



Communauté
d'Universités et d'Établissements
Lille Nord de France



Université
de Lille
2 DROIT
ET SANTÉ

ComUE Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

François WILINSKI

Le 12 décembre 2015

*L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à l'aune
du partenariat public-privé*

JURY

Directeur de thèse :

Monsieur Manuel GROS, Professeur à l'Université Lille 2.

Codirecteur de thèse :

Madame Hilde CAROLI-CASAVOLA, Professeur à l'Université de Molise

Membres du jury:

Monsieur Grégory KALFLÈCHE, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (rapporteur)

Monsieur Florian LINDITCH, Professeur à l'Université Aix-Marseille (rapporteur)

Monsieur Massimo LUCIANI, Professeur à l'Université de Rome, « la Sapienza »

Monsieur Giovanni SERGES, Professeur à l'Université de Rome 3

Thèse délivrée par
L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

||_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

François WILINSKI

Le 12 décembre 2015

<i>L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à l'aune du partenariat public-privé</i>

JURY

Directeur de thèse :

Monsieur Manuel GROS, Professeur à l'Université Lille 2.

Codirecteur de thèse :

Madame Hilde CAROLI-CASAVOLA, Professeur à l'Université de Molise

Membres du jury:

Monsieur Grégory KALFLÈCHE, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Monsieur Florian LINDITCH, Professeur à l'Université Aix-Marseille

Monsieur Massimo LUCIANI, Professeur à l'Université de Rome, « la Sapienza »

Monsieur Giovanni SERGES, Professeur à l'Université de Rome 3

Les Universités Lille 2 et de Molise n'entendent donner ni approbation ni improbation aux opinions exprimées dans la présente thèse.

Les opinions émises et les propos tenus dans cet ouvrage n'engagent que la responsabilité de leur auteur.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes plus profonds remerciements à mes directeurs de thèse, les Professeurs Manuel GROS et Hilde CAROLI-CASAVOLA pour avoir accepté de diriger ces recherches, pour leur disponibilité, leurs encouragements et leurs précieux conseils.

J'exprime également ma plus profonde reconnaissance à mes amis et à l'ensemble des membres du centre de recherche droits et perspectives du droit de Lille 2 pour leurs encouragements et leur bienveillance. Je tiens à remercier particulièrement Thomas, Julien, Jean-Philippe et François pour leur aide dans la relecture de ce travail.

J'ai également une pensée pour mes parents et mon frère, leur soutien a constitué une aide précieuse.

Enfin, je remercie Giusi. Elle m'a accompagné pendant toutes ces années sur le chemin de la thèse. Sa présence fut indispensable pour la réalisation de cette tâche.

SOMMAIRE

(Une table des matières figure en fin d'ouvrage)

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIÈRE PARTIE : DU DÉSORDRE AU SYSTÈME

Titre premier : Enquête sur un non-sens : la multiplicité des partenariats publics-privé en France et en Italie

Chapitre 1 : Le processus d'hybridation du droit de la commande publique en France et en Italie

Chapitre 2 : L'éclatement des catégories notionnelles de la commande publique autour du partenariat public-privé

Titre second : En quête de sens : le renouvellement systémique du droit de la commande publique

Chapitre 1 : Typologie des partenariats public-privé en France et en Italie

Chapitre 2 : Les partenariats public-privé : illustration du caractère autopoïétique du droit de la commande publique

DEUXIEME PARTIE : DU SYSTÈME À L ORDRE

Titre 1 : La recherche difficile d'un ordre homogène

Chapitre 1 : Le P.P.P ou le caractère mythique de l'adaptation du droit au fait

Chapitre 2 : Le développement problématique d'un modèle unique de P.P.P.

Titre 2 : La solution manifeste d'un ordre harmonieux

Chapitre 1 : Des catégories éclectiques...

Chapitre 2 : ... Rassemblées autour de règles communes

CONCLUSION GÉNÉRALE

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>A.C.C.P.</i>	Actualité de la commande et des contrats publics
<i>A.C.V.P.</i>	Autorité pour la vigilance sur les contrats publics (it.)
<i>Aff.</i>	Affaires (C.J.U.E)
<i>A.J.D.A.</i>	Actualité juridique du droit Administratif
<i>Al.</i>	Alinéa
<i>A.O.T.</i>	Autorisation d'occupation temporaire du domaine public
<i>A.P.D.</i>	Archives de philosophie du droit
<i>Ass.</i>	Assemblée
<i>B.E.A.</i>	Bail emphytéotique administratif
<i>B.E.H.</i>	Bail emphytéotique administratif hospitalier
<i>B.C.M.P.</i>	Bulletin des contrats et des marchés publics
<i>B.J.C.P.</i>	Bulletin juridique des contrats publics
<i>B.O.T.</i>	Build Operate and Transfer
<i>c/.</i>	Contre
<i>C.A.</i>	Cour d'appel
<i>C.A.A.</i>	Cour administrative d'appel
<i>Cass. It.</i>	Cour de Cassation italienne
<i>C.Cass.</i>	Cour de Cassation française
<i>C.E.</i>	Conseil d'État français
<i>C.G.C.T.</i>	Code général des collectivités territoriales
<i>C.G.P.P.P.</i>	Code général de la propriété des personnes publiques
<i>C.J.C.E.</i>	Cour de justice des Communautés européennes
<i>C.J.U.E.</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>C.M.P.</i>	Code des marchés publics
<i>C.S.</i>	Conseil d'État italien (<i>Consiglio di Stato</i>)
<i>Concl.</i>	Conclusions
<i>Cons. Stat.</i>	Il consiglio di Stato (revue italienne)
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D.A.</i>	Droit administratif
<i>D. Amm.</i>	Diritto amministrativo (revue italienne trimestrielle)
<i>Dact.</i>	Dactylographié
<i>D.B.F.O.</i>	Design Build Finance and Operate
<i>D.L.</i>	Décret loi (droit Français)
<i>D.Leg.</i>	Decreto legge
<i>D.lgs.</i>	Decreto legislativo
<i>Ed.</i>	Édition
<i>E.D.C.E.</i>	Études et documents du Conseil d'État
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>Foro amm.</i>	Foro amministrativo (recueil de décision)
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>G.A.J.A.</i>	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>G.U.</i>	Giurisprudenza italiana (revue italienne)
<i>G.U.R.I.</i>	Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana (Journal officiel italien)
<i>ibid.</i>	Ibidem (au même endroit)
<i>idem.</i>	Dans le même (ouvrage)
<i>in.</i>	Dans

<i>infra</i> :	Ci-dessous
<i>J.C.P.A</i> :	La Semaine Juridique (édition Administration)
<i>J.O.R.F</i> :	Journal officiel de la république française
<i>J.O.U.E</i> :	Journal officiel de l'Union Européenne
<i>L.P.A</i> :	Les Petites Affiches
<i>L.G.D.J</i> :	Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence
<i>M.E.T.P</i> :	Marché d'entreprise de travaux publics
<i>M.O.P</i> :	Maitrise d'ouvrage publique
<i>n°</i> :	Numéro
<i>N. S</i> :	Nuova rassegna
<i>Obs.</i> :	Observations
<i>Op. cit</i>	opere citato
<i>P.A.</i> :	Petites affiches
<i>P.F.I</i> :	Private Finance Initiative
<i>P.U.F</i> :	Presse universitaire de France
<i>P.P.P</i> :	Partenariat public-privé
<i>P.P.P.I</i> :	Partenariat public-privé institutionnalisé
<i>Pt.</i> :	Point
<i>R.A</i> :	Revue administrative
<i>R.D.I</i> :	Revue du droit l'immobilier
<i>R.D.U.E</i> :	Revue du droit de l'Union européenne
<i>Rec.</i>	Recueil Lebon
<i>R.F.D.A</i> :	Revue française de droit administratif
<i>R.F.P.P</i> :	Revue française de finances publiques
<i>R.G.C.T</i> :	Revue générale des collectivités territoriales
<i>R.I.D.C</i> :	Revue internationale de droit comparé
<i>R.I.D.P.C</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>Riv.it.dir.pub.comm</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>R.M.C.U.E</i> :	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>R.T.D.P</i> :	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>S.</i> :	Recueil Sirey
<i>Sect.</i>	Section
<i>Sez.</i>	Sezione
<i>S.E.M</i> :	Société d'économie mixte
<i>S.E.M.L</i> :	Société d'économie mixte locale
<i>S.O</i> :	Supplément ordinaire au journal officiel de la république italienne
<i>Supra</i> :	Ci- dessus
<i>T.</i> :	Tome
<i>Tab. Rec.</i> :	Aux tables du recueil Lebon
<i>T.A.R</i> :	Tribunal administratif régional (it).
<i>T.C</i> :	Tribunal des conflits
<i>U.E</i> :	Union européenne
<i>V.</i>	voir

INTRODUCTION GÉNÉRALE



¹ VAN-EYCK (J.), *Les Époux Arnolfini*, 1434, 82 x 60 cm, National Gallery©, Londres.

Le lien entre l'œuvre réaliste du peintre flamand et les partenariats public-privé (P.P.P.) peut sembler au premier abord assez ténu. Pourtant, son examen peut nous permettre d'aborder le sujet traité de manière éclairante. Ce tableau témoigne ainsi des mœurs et usages de la grande bourgeoisie flamande du XV^{ème} siècle, plus particulièrement de l'aspect privé et non religieux du mariage². Les ARNOLFINI étaient de riches marchands et banquiers franco-italiens, originaires de la province de Lucques dans la région de Toscane. Ils vivaient cependant entre Paris et Bruges³. La symbolique liée au mélange des cultures et à la confrontation des traditions catholiques et de la religion réformée est alors présente dans toute l'œuvre du peintre. En effet, les époux, bien que catholiques, se marient selon le rite protestant de l'époque. Ils prêtent serment dans l'intimité de leur chambre nuptiale⁴ dont nous pouvons remarquer le luxe et la richesse des objets composant le décor. Cependant, malgré cette « *acculturation* »⁵ aux us et coutumes économiques, idéologiques et spirituels n'étant originellement pas les leurs, il est aisé de remarquer l'existence d'éléments révélant, au figuré, la présence de valeurs que les commanditaires ne peuvent abandonner. Ainsi, le chandelier de cuivre ne porte qu'une seule bougie allumée, rappelant la présence de dieu dans un mariage où ne figure aucun prêtre. Les fruits sont posés sur le bord de la fenêtre, placés en face de la femme, et représentent ainsi la tentation de la chair. Ils s'opposent à la symbolique du chien, représentant la fidélité et au miroir placé entre les deux époux dans le fond de la pièce dont le caractère immaculé rappelle sans commune mesure la virginité alors que la mariée semble être enceinte. Les symboles religieux opposant le péché et la vertu sont donc des éléments essentiels de la toile, « christianisant » implicitement la morale d'un couple à travers l'expression explicite d'objets représentant sa richesse et sa liberté de mœurs. Dans ce mariage privé où l'église catholique est mise à l'écart, figure ainsi le cautionnement tacite de la prospérité de familles dont les

² MINGUET (P.), « Le mariage des Arnolfini », in, *l'Art dans l'histoire*, Bruxelles, éditions Labor, 1987, p. 251.

³ MIROT (L.), *Études Lucquoises*, Paris, Daupley-Gouverneur, 1930.

⁴ Au XV^{ème} siècle, en Flandres, la présence d'un prêtre n'était pas obligatoire, la religion réformée ne voyant dans le mariage qu'un simple contrat alors que le catholicisme y voit un sacrement. V. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Tome 1, Paris, PUF, Collection Quadriges, n°575, p. 1281.

⁵ Nous transposons ici la notion « *d'acculturation juridique* » défini par Michel ALLIOT comme « *la transformation globale d'un système juridique au contact d'un système différent* » ; ALLIOT (M.), « l'acculturation juridique », in POIRIER (J.), *Ethnologie générale*, Paris, 1968, p.1180.

activités économiques et financières étaient pourtant jadis interdites⁶. Les époux ARNOLFINI ne pouvaient donc totalement se départir des valeurs structurant la société dont ils étaient issus.

Toute étude sur le phénomène évolutif⁷ induit par la notion de partenariat public-privé semble à ce titre devoir se rapprocher de la symbolique cachée de la permanence de la culture originelle livrée par l'œuvre des époux ARNOLFINI. « *Il faut reprendre les données des anciens sur l'ordre juridique en s'efforçant de les mettre au point* », écrivait HAURIUO. « *Il en est du droit comme de la littérature, les thèmes classiques y sont éternels, seulement, de temps à autre, ils ne paraissent plus adaptés à la mentalité des contemporains et il convient de les renouveler dans la forme* »⁸.

Ainsi, selon Xavier BEZANÇON⁹, le caractère nouveau de la formule ne doit pas faire oublier les nombreuses pratiques anciennes connues en France comme en Italie. L'auteur cite alors de nombreux exemples. Il évoque la république de Sienne, confiant les premières concessions coloniales à la banque *Monte dei Paschi*

⁶ AKPLOGAN (P.), *L'enseignement de l'église catholique sur l'usure et le prêt à intérêt*, Paris, l'Harmattan, 2010 ; CLAVERO (B.), *La grâce du don*, Paris, éd. Albin-Michel, 1995, p. 9 ; MOLINA (B.), *Ideologia del credito fra tre et quattrocento : atti del convegno internazionale*, Modena, centro studi sui lombardie sul credito nel Medioevo, 2001.

⁷ Nous fixons, à ce stade de l'étude, comme point de départ de cette évolution, la création des modèles de *Private finance initiative* (PFI) consistant à confier à un opérateur du secteur privé la conception, le financement, la construction, la rénovation, l'exploitation et l'entretien d'infrastructures ou la fourniture d'un service. Voir BRACONNIER (S.), « les contrats de Private Finance initiative : réflexions sur la dynamique contractuelle dans les partenariats public-privés », *BJCP*, 2002, n°22, p. 174 ; « L'apparition des contrats de partenariats dans le champ de la commande publique », *JCP G*, 25/11/2004, n° 48.I.181 ; BRISSON (J-F.), « L'adaptation des contrats administratifs au besoin d'investissement immobilier sur le domaine public », *AJDA* 2005, n° 11, pp. 591 ; COSSALTER (P.) et du MARAIS (B.), *La private finance initiative*, Institut de la Gestion Déléguée, mars 2001 ; DELCROS (X.) et PEYRICAL (J.-M.), « Le financement privé des équipements collectifs : un développement inéluctable à encadrer », *AJDA* 1994, numéro spécial, p. 71 ; LICHÈRE (F.), « *Les contrats de partenariats, fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ?* », *RDP* 2004, n°6, p.1547 ; RICCHI (M.), « La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo », *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 12 p. 1375 ; RICHER (L.), « La transcription des exigences du P.P.P. dans le droit », in, *Partenariats public-privé et collectivités territoriales*, Paris, la documentation française, 2002 p. 195 .

⁸ HAURIUO (M.), *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p.6.

⁹ V. BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ, Tome 206, 1999.

dès le début du XIV^e siècle, Achille de Harlay à qui fut concédé le terrain de l'île du Palais pour qu'y soit construite la place Dauphine, les baux à cens et à rente mis au point pour la création de l'île Saint-Louis, des faubourgs Saint-honoré mais aussi de Montmartre, la multiplication, à l'initiative notamment de Sully et de Colbert, des contrats de construction et d'exploitation dans les domaines les plus divers : ponts, voirie, ferme des postes, *etc.* Le XIX^{ème} siècle marque alors selon lui le triomphe du P.P.P., avec la multiplication de la concession dans beaucoup de domaines. Le procédé est utilisé pour aménager, construire et gérer de nouveaux quartiers urbains¹⁰ et des chemins de fer. D'ailleurs, la construction de la tour Eiffel s'est effectuée selon ce procédé.

Pourtant, le partenariat public privé est aujourd'hui l'une des notions suscitant le plus de discussions dans les droits français et italien. Il est d'ailleurs intéressant de noter à ce stade de l'étude que les « controverses » sur les P.P.P. ne se sont pas établies d'un côté ou de l'autre des Alpes sur les mêmes points. Si, en France, la question portait plus sur la problématique de l'externalisation des missions de service public ainsi que sur la place et le rôle de l'État dans la sphère économique¹¹ ; en Italie, les points de frictions se sont notamment manifestés en fonction de la dualité opérée entre les partenariats contractuels et institutionnels et sur les implications découlant du régime juridique propre à ces deux catégories, notamment au regard du droit de l'Union européenne¹². Selon la Commission

¹⁰ *Ibid* : de 1853 à 1869, par exemple, Haussmann signe 42 traités de concession.

¹¹ V. CAILLOSSE (J.), « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999 ; CHEVALLIER (J.), *L'État postmoderne*, Paris, LGDJ ; MARCOU (G.), « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique ? », in Caisse des Dépôts et Consignations (CDC), *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 15 ; STOCKER (G.) (dir.), *La privatisation des services urbains en Europe*, Paris, La Découverte, 1995, pp. 61-80. ; 2003., p. 195 .

¹² V. ALBERTI (C.), « Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione », *Riv.it.dir.pub.comm.*, 2001, p. 495 ; BAGELLA (M.), « Note sulla produzione ed il finanziamento dei beni semipubblici : finanza di progetto e partenariato pubblico e privato come strumenti di politica economica », *Ec.Dir.Terz.*, 2005, p. 353 ; CHITI (M.), « I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra pubblico e diritto comune », in CHITI (M.), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009 ; CLARIZIA (A.), « Il privato inquina : gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica », *Giustizia Amministrativa.*, 2005 ; FERRARO (V.), « Le principali implicazioni della giurisprudenza comunitaria in materia di in house per la disciplina nazionale delle forme istituzionale di partenariato pubblico-privato »,

européenne, le recours aux instruments du P.P.P. s'explique de différentes manières : « *Au regard des contraintes budgétaires auxquelles doivent faire face les États membres, [le P.P.P.] répond à un besoin d'apport de financement privé pour le secteur public. Il s'explique également par la volonté de bénéficier davantage du savoir-faire et des méthodes de fonctionnement du secteur privé dans le cadre de la vie publique. Le développement du PPP s'inscrit par ailleurs dans l'évolution plus générale du rôle de l'État dans la sphère économique, passant d'un rôle d'opérateur direct à un rôle d'organisateur, de régulateur et de contrôleur* »¹³.

Expression globalisante des moyens d'actions du secteur privé au service du secteur public, le P.P.P. pourrait dès lors constituer le signe le plus avancé de l'effritement des distinctions classiques des catégories notionnelles des contrats de commande publique¹⁴. L'hétérogénéité même de la notion¹⁵ ne facilite pas le processus de définition. Il est nécessaire cependant, selon nous, de postuler pour l'existence d'une unité profonde de l'idée, unité mesurable dans la permanence d'application de « constantes » propres aux deux ordres juridiques étudiés, unité originaire laissant tendre à une forme d'harmonisation des droits.

in CHITI (M.), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009 ; FERRARO (V.), « Partenariati pubblico-privati ed in house providing », *Riv.it.dir.pub.comm*, 2010, p.1501.

¹³ Commission des Communautés Européennes, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaires des marchés et des concessions*, 30/04/2004, COM (2004), 327 final, pt. 3.

¹⁴ Voir notamment pour le cas Français, les nombreuses controverses doctrinales portant sur la question de l'exploitation du service public dans le cadre du contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004. **Pour les « pro-service public »** : REYNAUD T., « Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public », *BJCP* 2010, n° 70, p. 166 ; OLIVIER (F.), « Le partenariat public-privé en pratiques... nouvelles ! Ou lecture guidée et essai de synthèse. 2^e partie : le contrat de partenariat », *Contrats et marchés publics*. 2005. Etude 3 ; GUILLOT (P.), « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *D*. 2005. Chron.. 319 . **Pour les « contra-service public »** : DELELIS (P.), « Contrat de partenariat et exploitation du service public », *AJDA*, 2010, p. 2244 ; FATOME (E.) et RICHER (L.), « Contrat de partenariat immobilier ; réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages », *ACCP* 2004, n° 36, p. 24 ; HUBRECHT (H.-G) et MELLERAY (F.), « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique. Retour sur les contrats de service public », *Mélanges GUIBAL* », *P.U.M*, 2006, t. 1, p. 822 ; LICHERE (F.), « Les contrats de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ? », *RDP* 2004. 1552; LIGNIERES (P.), « *La frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat* », *DA*, 2005. p. 7.

¹⁵ V. *Infra*, chapitre 2 du titre 1 de la première partie, p. 114.

Délimitation de l'objet de la recherche

Toute tentative de définition des P.P.P. ne peut échapper à la constatation de Paul VALERY : « *ce qui est simple est faux, mais tout ce qui ne l'est pas est inutilisable !* »¹⁶. Pour autant, si l'exercice de définition peut s'avérer périlleux, il n'en demeure pas moins qu'il constitue à la fois la genèse obligatoire de tout travail de recherche, la meilleure illustration de l'évolution de la matière étudiée et le préalable nécessaire à la circonscription du sujet¹⁷. C'est dans cette perspective que nous avons choisi de définir le partenariat public-privé non pas comme concept, mais en tant que notion.

Notion et *concept* ne revêtent en effet pas la même signification. Si la notion peut évoquer le caractère élémentaire, intuitif, synthétique et imprécis d'un objet déterminé¹⁸ ; le concept, quant à lui, appelle un acte de pensée aboutissant à une représentation générale et abstraite de l'objet¹⁹. La notion de *poisson*, par exemple, est à tel point universelle que tout le monde peut l'appréhender. Un enfant peut la cerner très tôt. Il pourrait cependant désigner du mot *poisson* aussi bien le *requin*, le *dauphin* et le *saumon* en se référant de façon générale à un animal dont l'habitat est aquatique. Mais là s'arrête la notion. Dès qu'il s'agira, non plus de *sentir*, mais de *concevoir* précisément ce que recouvre l'idée de *poisson*, il faudra établir ses caractéristiques et différencier, à partir de celles-ci, ce qui en ressort précisément. Le naturaliste, par exemple, définira le poisson comme un animal vertébré à sang froid, généralement ovipare, d'habitat aquatique, muni de branchies et n'ayant pas de membres. Dès lors, le *dauphin* ne pourra être assimilé au *poisson* puisqu'il est un mammifère marin à sang chaud, muni de poumons et dont les membres antérieurs se sont certes transformés en nageoires mais dont le squelette garde les vestiges propres aux tétrapodes²⁰. Ainsi, la différence entre le concept qui relève de la construction et

¹⁶ VALERY (P.), *Mauvaises pensées et autres*, Paris, Gallimard, 1942, p. 223.

¹⁷ « *To define is to limit.* » (Définir c'est limiter), in WILDE (O.), *Le portrait de Dorian GRAY*, éd. SAVINE (A.), 1895 ? Chap. XVII, p.274.

¹⁸ V. *Le Grand Robert*, édition 2015, entrée « Notion ».

¹⁹ *Idem*, entrée « Concept ».

²⁰ *Idem* : « *ensemble de vertébrés dont le squelette comporte deux paires d'appendices de structure semblable appelés membres, que ces membres soient apparents ou non* »

de la classification, et la notion qui relève du ressenti et de la perception, tient à l'analyse des caractéristiques propres de l'objet étudié.

Dès lors, la notion de P.P.P. ne peut s'analyser qu'en vue de la spécialité du langage juridique²¹. Il est ainsi intéressant de relever la rupture sémantique qui existe entre le signifiant originel que véhicule le terme de « partenariat » et le signifié juridique qui transpose dans nos droits son ressenti lorsque le terme se couple avec l'ensemble « public-privé ». Cette analyse du couple « *signifiant-signifié* »²² est pertinente, d'un point de vue étymologique, puisqu'elle nous permettra de passer d'une description « *morphologique* »²³ du mot à la compréhension juridique de ce que les linguistes dénomment comme le processus de figement syntaxique²⁴, c'est-à-dire la perte du sens propre des éléments composant le groupe de mots qui apparaît alors comme une nouvelle unité lexicale indépendante de ses composantes. En effet, la notion de P.P.P. est une transcription littérale du vocable anglo-saxon « *public-private partnership* ». Le terme « *partner* » est un gallicisme²⁵. Il provient du vieux français « *parçonier* »²⁶, c'est à dire « *associé* » dans le cadre d'une communauté familiale paysanne (*la parsonerie*) et possédant de ce fait sa portion d'héritage²⁷. L'addition du suffixe « *ship* », dans la langue de Shakespeare, renvoie à la constitution d'un état de fait, d'une qualité. Le *partnership*, le partenariat et *il partenariato* s'analysent donc comme des fonctions associatives. Ils s'assimilent à la collaboration dans l'optique de la réalisation et de la pérennisation d'un projet commun.

²¹ CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2^{ème} édition, Paris, 2000, p23.

²² *Id.*, p. 33 ;

²³ *Id.*, p. 37 : « *méthode d'étude du langage ayant vocation à s'appliquer aux unités signifiantes, aux phénomènes de préfixation, de suffixation, de dérivation et de composition qui affectent les termes juridiques...* ».

²⁴ « *Une séquence syntaxique est figée quand elle refuse toutes les possibilités combinatoires et transformationnelles qui caractérise habituellement une suite de ce type. Elle est figée sémantiquement quand le sens est non compositionnel, c'est-à-dire quand il ne peut être déduit du sens des éléments composants* » in DE GIOIA (M.), « figement et discours spécialisés », in BELLATI (G.) (Dir.), *Un paysage choisi, mélanges de linguistique française offerts à Leo SCHENA*, l'Harmattan Italia, 2007, p.142.

²⁵ HARVEY (M.), « Pardon my French: the influence of French on legal English », in GÉMAR (J-C) et KASIRER (N.) (dir.), *Jurilinguistique : entre langue et droits*, Ed. Thémis et Ed. Bruylant, Montréal, 2005, p.261.

²⁶ V. *Le Grand Robert. op. cit.*, entrée « Partenariat ».

²⁷ ROQUEFORT-FLAMERICOURT (J-B), *Glossaire de la langue Romane*, Ed. CHASSERIAU et HECART, Paris, 1808, p. 308.

Cependant, l'étude de la fonction signifiante de la notion devient encore plus intéressante lorsque l'on se réfère à son étymologie latine²⁸. Elle marque, comme le révèle Mme MERINI, toute l'ambiguïté présente dans le terme²⁹. *Partitio* signifie en effet le partage, mais au sens de la répartition d'un butin. La forme actuelle, dérivée de *parçonier*, véhicule quant à elle l'association, le travail d'équipe dans le cadre de la division de différentes tâches. La compréhension du paradoxe né de ces différentes acceptions, appliquées aux domaines relationnels propres aux secteurs publics et privés, pourrait être envisagée comme une esquisse d'explication de la défiance envers la forme typiquement libérale que représente l'externalisation des missions de l'État accomplies dans le cadre des P.P.P.³⁰. En effet, le partenariat dans la vision latine se conçoit comme un « *partage-séparation* » (récolter et répartir les fruits d'un travail, la répartition peut dès lors s'effectuer contre l'autre, c'est-à-dire de façon inéquitable) alors que dans la vision anglo-saxonne dérivée du terme *partner*, il se conçoit comme un « *partage-association* » (équité dans la réalisation d'une mission commune, c'est-à-dire dans une logique gagnant-gagnant).

Les professeurs MARCOU³¹ et LICHERE³² font remonter l'origine de la notion à la fin des années 1970 aux États-Unis. Elle servait à englober, selon eux, les programmes des autorités publiques qui confiaient à des entreprises privées la réalisation d'investissements dans le secteur urbain. Il nous est apparu cependant plus opportun de traiter de la démocratisation de son emploi (et par la même occasion du figement syntaxique avec le couple « public-privé ») plutôt que de son irruption dans le vocabulaire juridique, d'autant plus que si l'utilisation du vocable

²⁸ RICHER (L.), « La transcription des exigences du P.P.P. dans le droit », in, *Partenariats public-privé et collectivités territoriales*, Paris, la documentation française, 2002 p. 195.

²⁹ MERINI (C.), *Le partenariat : histoire et essai de définition*, Actes de la Journée nationale de l'OZP, 5 mai 2001, Version en ligne : www.ozp.fr/IMG/pdf/merini.pdf.

³⁰ IANELLO (C.), « L'idée de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie », *AJDA*, 2012, n°39, p. 2150.

³¹ MARCOU (G.), « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique », in *Partenariats public-privé et collectivités territoriales*, Paris, la documentation française, 2002, p.18.

³² HOLLAND (R.C.), « The new era in public-private partnership », in PORTER (P.R.), *Rebuilding america cities : Roads to Recovery*, New Brunswick, Center for Urban Policy research, 1984 ; in LICHERE (F.), « Les contrats de partenariat : fausse nouveauté ou vraie libéralisation de la commande publique ? », *RDP*, 2004, n°6, p. 1547.

est relativement récente, la technique semble quant à elle être beaucoup plus ancienne³³. L'utilisation croissante du vocable « P.P.P. » dans la sphère juridique s'est ainsi effectuée au profit du programme britannique de *Private Finance Initiative* (PFI)³⁴. La PFI, élaborée par le gouvernement de John MAJOR en 1992³⁵, avait un double objectif : d'une part l'augmentation de la capacité de financement du secteur public britannique dans le cadre d'une politique de construction et de rénovation des infrastructures nécessaires à l'exercice de leurs activités ; d'autre part l'amélioration de la qualité et du coût des activités publiques par la voie de la gestion externalisée³⁶. Ce programme se divise essentiellement en quatre types de contrats³⁷, eux-mêmes divisés en deux catégories en fonction de la méthode de rémunération dont ils font l'objet³⁸. Sous la PFI, le secteur privé peut donc financer, construire et gérer des infrastructures comme des écoles, des routes, des prisons ou encore des hôpitaux. Le modèle britannique a souvent été perçu comme le symbole de la réduction du rôle de l'État, comme l'emblème de la tendance propre aux années 1990 de recourir à l'externalisation croissante des tâches de l'administration ainsi que comme l'outil principal des réformes issues de la doctrine du *New Public Management*, favorisant ce type de solutions dans une idéologie où la maximisation des intérêts personnels ne peut que s'opposer à l'intérêt général. Le Professeur

³³ Selon Alain MÉNÉMÉNIS : « Cette notion indéterminée n'est pas neuve en Europe. Depuis fort longtemps, la puissance publique a su faire appel, dans le cadre de contrats complexes et de longue durée, à des opérateurs économiques privés, afin qu'ils contribuent à la production de biens collectifs qu'elle estimait nécessaires pour la société, dans des conditions qui ne pèsent pas trop, au moins à court terme, sur les finances publiques. » in : MÉNÉMÉNIS (A.), « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *AJDA*, 2004, p.1737. V. également BEZANÇON (X.), *2000 ans d'histoire du partenariat public privé*, Presse nationale de l'école des ponts et chaussées, Paris, et BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, op. cit.

³⁴ COSSALTER (P.) et Du MARAIS (B.), *La private finance initiative*, institut de la gestion déléguée, mars 2001, p. 11.

³⁵ *Id.*, supra, réf. 28 ;

³⁶ *Ibid.*, Politique de la *best value for money*.

³⁷ Les B.O.O.T (Build, Own, Operate and Transfer : *construire, posséder, gérer et transférer*), les B.O.O (Build, Own and Operate), les D.C.M.F (Design, Construct, Manage, Finance : *dessiner, construire, diriger et financer*), les D.F.B.O (Design, Build, Finance and Operate : *dessiner, construire, financer et gérer*).

³⁸ D'une part les *services sold to the public sector* (D.F.B.O et D.C.M.F), c'est-à-dire les contrats dont la rémunération est versée par l'administration, le plus souvent au moyen d'un paiement fractionné et étalé dans le temps ; d'autre part, les *financially freestanding*, c'est-à-dire les contrats dont la rémunération est fonction d'une prestation payée par l'utilisateur. Les évolutions notables apportées par le programme de P.F.I sont, du reste, plus à classer dans la 1ère catégorie (mode de rémunération et objet du contrat).

MULLER le souligne: « *En un peu plus de dix années, la politique de Private Finance Initiative britannique est devenue un modèle de référence internationale en matière de partenariats public-privé, [...], ce phénomène témoignant d'un relatif consensus autour d'une redéfinition de la place de l'État dans l'économie de marché* »³⁹.

Dès lors, la Commission européenne ne pouvait que se saisir de cet instrument pour l'encadrer dans le marché commun. Selon elle, la notion de P.P.P., « *se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service* »⁴⁰. Le signifié juridique de la notion est donc sensiblement différent du signifiant originel véhiculé par le terme « partenariat ». Si le figement syntaxique (nous le retrouvons dans la définition de la Commission) ne s'était pas opéré avec le couple « public-privé », la notion serait alors extrêmement large. Elle pourrait évoquer n'importe quel type de rapport de collaboration entre le secteur public et le secteur privé puisque de façon générale l'expression devrait être le support d'un processus de coopération équitable dans une logique de gagnant-gagnant⁴¹.

M. LIGNIÈRES l'analyse de cette manière. Selon lui, le partenariat public-privé se définirait de façon large comme « *toutes les formes de collaboration entre, d'une part, les pouvoirs publics et, d'autre part, les entreprises privées* »⁴². Nous n'adopterons pas cette définition dont la largesse est sans doute justifiée par le caractère non théorique mais purement fonctionnel que son auteur confère au P.P.P.⁴³. Cette vision globalisante serait problématique pour notre sujet d'étude. L'ensemble des marchés publics, qu'ils soient de travaux, de services et/ou de

³⁹ MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, LGDJ, 2011, p. 6.

⁴⁰ Commission des Communautés Européennes, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, 30/04/2004, COM (2004) 327 final, pt. 1.1.1

⁴¹ COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, LGDJ, 2005, p. 9.

⁴² LIGNIERES (P.), *Partenariats publics privés*, LITEC, 2005, p1 et 2.

⁴³ « *Le partenariat public-privé n'est pas une discipline juridique, c'est un sujet pratique : il s'agit de réaliser des projets* », in, LIGNIÈRES (P.), *Partenariats publics privés*, Litec, 2000, avant-propos de l'auteur.

fournitures pourraient ainsi être considérés, de façon large, comme des P.P.P. puisqu'ils chargent leurs titulaires de réaliser des prestations au profit des personnes publiques et donnent lieu à une rémunération au moyen d'un prix versé par l'administration au cocontractant. Cette définition pourrait également nous conduire à assimiler, par exemple, les subventions accordées aux sociétés organisatrices de concerts à des P.P.P.⁴⁴, notamment parce qu'elles organisent le financement public d'activités de nature privée. Enfin nous pourrions, en ouvrant la collaboration de la personne publique avec tout type de personne privée, qualifier le contrat de travail d'un salarié d'un S.P.I.C géré par un E.P.I.C de P.P.P. puisque celui-ci loue sa force de travail contre rémunération et coopère ainsi à l'exécution d'une mission de service public.

D'autres auteurs rejettent également la notion et tentent d'insérer au sein d'un modèle homogène l'ensemble des techniques qu'ils regroupent dans la boîte à outil partenariat, « *notion creuse qui n'a pas de contenu précis sur le plan juridique* »⁴⁵. Ainsi, le professeur DEVOLVÉ, évoquant « *l'idée d'une alliance pour l'exercice d'une activité commune qui permettrait d'associer également les personnes publiques et les entreprises privées pour la réalisation et le financement de certaines activités* »⁴⁶, effectue une remarquable classification des différents contrats qu'il dénomme comme étant « *globaux* »⁴⁷. Selon lui, la diversité des catégories envisagées⁴⁸ s'efface au profit de l'unité d'un système plus vaste, constitué par des lignes directrices communes⁴⁹. Le système de contrat global décrit ne reflète pourtant qu'une seule facette du P.P.P., celle des contrats constituant selon les termes mêmes de l'auteur, « *des variantes des marchés* »⁵⁰. Ainsi, le principal critérium permettant de les unifier sous la bannière du marché public serait celui de

⁴⁴ T.A Marseille, n° 0004215 du 20/12/2002, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, CP-ACCP, n° 19/02/2003, p. 52, note RICHER (L.).

⁴⁵ DENOIX de SAINT MARC (R.), « la question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p.970.

⁴⁶ DEVOLVE (P.), « Le partenariat public privé et les principes de la commande publique », *RDI*, n°6, 2003, p.481.

⁴⁷ DEVOLVÉ (P.), « De nouveaux contrats publics : les contrats globaux », *RFDA*, 2004, p. 1079.

⁴⁸ Contrat de partenariat, B.E.A, convention de bail, *etc.*

⁴⁹ Une mission globale (comprenant le financement, la conception, la construction, l'entretien, la maintenance, *etc.*), l'unité de la rémunération (prix versé par l'administration), et l'unité des procédures de passation (dialogue compétitif et appel d'offre), DEVOLVÉ (P.), *op. cit.*

⁵⁰ *Id.* p. 1088.

la rémunération⁵¹. L'article du Professeur DELVOLVE nous permet cependant de cerner un autre critère permettant d'unifier ces « *contrats globaux, variantes des marchés publics* ». En effet, il est intéressant de remarquer que les montages contractuels complexes⁵² décrits par l'auteur permettent tous la construction, la rénovation, la gestion et/ou le financement d'ouvrages à usage direct de l'administration⁵³. Cette typologie différenciant les P.P.P. à destination des tiers des P.P.P. à destination de l'administration est très intéressante dans l'optique de notre comparaison. Elle fut systématisée par le Professeur COSSALTER dans sa thèse de doctorat comme la *summa divisio* structurant les délégations d'activités publiques, « *ensemble d'actes, contractuels ou unilatéraux, par lesquels une collectivité publique confie à un tiers avec lequel elle n'est engagée dans aucun rapport de déconcentration, de coopération ou de collaboration, le financement et la réalisation de prestations de travaux et de services constituant une activité publique, contre rémunération* »⁵⁴.

Cependant, la vision homogène du P.P.P. nous semble problématique pour notre étude. Les modèles imaginés se construisent de manière oppositionnelle. Ils sont fondés en effet dans le regroupement des instruments au sein soit des marchés publics, soit des concessions. Or le partenariat ne peut être appréhendé dans toute sa complexité en éludant cette opposition. De plus, la tentative d'élaborer un modèle global supposerait de réfuter la notion de P.P.P. et d'élaborer paradoxalement une catégorie à partir des éléments de celle-ci. En appliquant ce processus de définition dépassant la confrontation entre marché et concession, nous nous retrouverions dans une situation contestable : une même notion ne pouvant renvoyer à des fonctionnalités différentes sans poser de problèmes dans sa matérialisation juridique. En effet, si l'investissement du secteur privé était basé, dans le cadre de la concession classique à usage des tiers, sur la recherche d'une rentabilité directe dans

⁵¹ *Ibid.* Point 44 : « *La discussion doit porter essentiellement sur le mode de rémunération qui, donnant au contrat son caractère onéreux, permet de caractériser les marchés publics par rapport à d'autres contrats, spécialement les conventions de délégation de service public, et, parmi elles, les concessions...Tel est le cas avec tous les contrats globaux* ».

⁵² TERNEYRE (Ph.), « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, numéro spécial, p. 45, SYMCHOWICZ (N.), *Partenariat public-privé et montages contractuels complexes*, Ed. Le Moniteur, 2009.

⁵³ DEVOLVE (P.), *op. cit.* p.1082, point n°8.

⁵⁴ COSSALTER (P.), *op.cit.*, p. 369.

l'exploitation de l'ouvrage ; il est forcé de constater que les montages contractuels complexes apparus ultérieurement permettent, quant à eux, de financer et d'ériger, autrement que par l'emprunt et le marché de travaux, la construction d'ouvrages non rentables dans leur exploitation et à usage direct de l'administration⁵⁵. Ainsi la construction d'une prison par un opérateur privé ne pouvant se voir confier la mission du service public pénitencier mais simplement la maintenance du bâtiment est différente de la gestion déléguée d'un service de traitement des eaux usées. Ces deux mécanismes se matérialisent juridiquement par des contrats d'une singularité remarquable, ont des finalités différentes, ne s'adressent pas aux mêmes destinataires et pourraient pourtant être qualifiables de P.P.P.

La diversité des instruments juridiques ne semble donc pas pouvoir se retrouver dans une catégorie plus générale, constituée de principes communs. La solution pourrait alors être celle de la définition fonctionnaliste⁵⁶, basée sur une phraséologie opérationnelle, c'est-à-dire liée aux mécanismes d'exécution du contrat (construction, exploitation, gestion, partage des risques...). Elle présenterait du reste l'avantage d'atténuer les carences de « *terminologies difficilement accessibles au monde économique* »⁵⁷. Les professeurs MARCOU⁵⁸ et MULLER⁵⁹ sont les

⁵⁵ V. *Infra*, Chapitre 1 du titre 2 de la première partie, p. 199.

⁵⁶ « Apparaît comme fonctionnelle toute notion qui se définit par sa fonction, ou, ce qui revient au même, dont le contenu détermine la fonction, dans la discipline considérée... Est au contraire conceptuelle une notion qui se définit en elle-même et que donc l'on peut retrouver dans toutes les disciplines car elle est issue d'un langage général », CALAIS-AULOY (M-T), *Du discours et des notions juridiques, notions fonctionnelles et conceptuelles*, LPA, 09/08/1999, n°157, p. 4.

⁵⁷ DIEPOIS (G.), *Délégations de services publics – Pour un renouveau*, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Rapport présenté au nom de la Commission du commerce intérieur et adopté à l'Assemblée Générale du 19 septembre 2002, p.2 ; cité in, COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, Paris, LGDJ, 2005, p. 372.

⁵⁸ MARCOU (G.), « le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique », in Caisse des dépôts, *Partenariats public-privé et collectivités territoriales*, Paris, la documentation française, 2002, p.26 : « *Le PPP est une stratégie d'action tendant à l'exécution d'une mission incombant à la personne publique par une entreprise privée investie de cette mission par la puissance publique, mais qui l'assure sous sa propre responsabilité économique et financière, dans le cadre de relations stables et durables entre les partenaires et dans des conditions qui aboutissent à une mutualisation des risques entre la puissance publique et ses partenaires privés.* »

⁵⁹ MULLER (E.), *op.cit.*, p. 25 : « *l'expression renvoie à un phénomène relativement précis : celui du recours par les personnes publiques, dans le cadre d'activités d'intérêt général dont elles conservent la responsabilité, à des opérations d'externalisation globale et de longue durée incluant le préfinancement d'investissements publics par des opérateurs du secteur privé.* »

principaux tenants de cette méthode définition. Le professeur RICHER l'utilise également⁶⁰. Nous définirons ainsi notre objet d'étude de façon ontologique, en prenant comme base de départ le figement syntaxique opéré dans la définition de la Commission européenne et la combinaison des éléments précédemment évoqués. Nous emploierons ainsi le vocable P.P.P. comme *le support notionnel décrivant un processus de coopération entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique*⁶¹, *visant à la satisfaction de besoins d'intérêts généraux aux moyens des procédés de la commande publique, c'est-à-dire par la conception, le financement, la construction et/ou la gestion de biens qui appartiendront au pouvoir adjudicateur en retour et/ou par la fourniture d'un service dont il doit assumer la responsabilité.*

La notion pourrait alors se matérialiser dans deux types de mécanismes, eux-mêmes divisibles en plusieurs fonctions :

- D'une part les opérations de collaboration de longue durée confiant à des tiers la construction et l'entretien-maintenance d'infrastructures à usage direct de l'administration en incluant le préfinancement de ces infrastructures publiques par des opérateurs privés. Cette logique correspond à la financiarisation des moyens utiles à l'administration pour assurer ses missions. Ce mécanisme provient de la culture juridique anglo-saxonne. Il pourrait être assimilé aux nouvelles formules juridiques analysées par la Commission européenne dans son livre vert de 2004⁶².
- D'autre part les opérations correspondant aux externalisations des missions du secteur public vers le secteur privé, conduisant cette fois-ci, à la gestion déléguée de services d'intérêt généraux à l'usage direct des tiers. Ce modèle s'inscrit généalogiquement dans le mécanisme de la concession et est ainsi issu, non pas de la culture juridico-financière anglo-saxonne, mais de la culture juridico-économique latine.

⁶⁰ RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd., LGDJ, 2012, p. 684 et s.

⁶¹ Qu'il se matérialise de façon conventionnelle ou institutionnelle, V. *Infra*, p. 140.

⁶² Commission des Communautés Européennes, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaires des marchés et des concessions*, *op. cit.*, pt. 1 à 7.

Cette division, fondée sur la distinction entre les actes d'achats et les actes de délégation est selon nous aujourd'hui inopérante. Les instruments juridiques du partenariat public-privé partagent en effet plusieurs des caractéristiques propres à ces différentes catégories. La ligne de démarcation entre eux ne peut donc plus s'établir sur ces critères. Notre étude a notamment pour ambition de démontrer que cette évolution est inhérente à celle de l'ensemble du droit de la commande publique. La démarche comparative revêt alors un intérêt manifeste à notre démonstration.

Intérêt du recours à la méthode comparative et définition des approches utilisées

Si le droit étranger étudié ne servait qu'à une meilleure appréhension du droit français alors n'importe quel ordre juridique suffirait à la confection d'un tel projet. Tel n'est pas le cas pour notre sujet. Une telle entreprise « d'autosatisfaction juridico-centrée » souffrirait du reste de la critique légitime d'un droit administratif français faussement érigé en « *prototype reproduit en série* »⁶³. Les évolutions actuelles du droit de l'Union européenne, fortement inspirées par le droit anglo-saxon pour le volet économique, témoignent de cette méprise et traduisent une perte d'influence juridique française en promouvant les idées libérales au détriment des droits « latins », construits autour d'un État fort dont le paradoxal « *libéralisme autoritaire* » fut décrit par JAUME⁶⁴.

⁶³ RIVERO (J.), « Droit administratif français et méthode comparative », *Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales de Montevideo*, 1975, n°3-4, p. 375, cité in MELLERAY (F.), « Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français », in MELLERAY (F.) (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

⁶⁴ *Ibid.* V. JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

Ce mouvement de globalisation juridique, « *de compétition des systèmes et de leur harmonisation* »⁶⁵, nous servira comme outil de décryptage de l'évolution des contrats de commande publique⁶⁶. Si « *l'emprunt en droit est sans doute beaucoup plus fréquent que l'innovation* »⁶⁷ et que le phénomène improprement⁶⁸ décrit comme celui de la « *greffe juridique* »⁶⁹ ait toujours existé⁷⁰, il n'en demeure pas moins que, comme le soulignait le Professeur LEGRAND⁷¹, les transferts de droits jouent, à l'heure actuelle, un rôle prépondérant dans l'évolution des systèmes juridiques⁷². Les partenariats public-privé et leur articulation avec les droits français et italien, confèrent dès lors une certaine actualité à ces questions. Nous devons cependant nous justifier de l'utilité d'emploi d'une méthode comparative afin de ne pas sombrer dans le traditionnel écueil de l'instrumentalisation de « *l'argument de droit comparé* » comme moyen d'universalisation de ces systèmes sur la base de présupposés idéologiques⁷³.

⁶⁵ AUBY (J-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003. p. 78.

⁶⁶ Nous utiliserons le terme, tout au long de cette étude, selon la définition formulée par le Professeur KALFLÈCHE : « *un contrat de commande publique est un contrat à titre onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics, se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité des biens corporels ou des services.* » in, KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique- L'évolution du droit des marchés publics*, Paris II, 2005, p.23.

⁶⁷ PONTTHOREAU (M.-C.), « Trois interprétations de la globalisation juridique, Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 9 janvier 2006, p. 25.

⁶⁸ V. *Infra*, p. 38.

⁶⁹ « *Quand une règle étrangère est imposée dans une culture nationale... quelque chose d'autre se produit. Ce n'est pas une greffe dans un autre organisme, cela fonctionne plutôt comme une irritation importante qui provoque une série de nouveaux et inattendus événements* » in, TEUBNEUR (G.), *Legal irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, *Modern Law Review*, n°61, 1998, p.12.

⁷⁰ Le professeur RIVERO exprimait ainsi l'idée que « *lorsqu'un État entend perfectionner son droit, il peut soit innover afin de trouver la solution adéquate, soit, et c'est la démarche la plus fréquente, rechercher dans un autre État, les institutions et les règles qui lui paraissent répondre aux données de son propre problème. Il va alors transporter dans son milieu national le modèle étranger* », RIVERO (J.), « *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif* », in *Mélanges G. Van Der Mersch*, LGDJ 1972, t. III, p. 459.

⁷¹ LEGRAND (P.), « *Issues in the Translatability of Law* », in (S.) BERGMANN and WOODS (M.), *Nation, Language and the Ethics of Translation*, Princeton, 2005, p. 30; LEGRAND (P.), « *The Impossibility of Legal Transplants* », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 4, 1997, p. 111.

⁷² DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2002. p. 3.

⁷³ HUBRECHT (H-G), « *Peut-on toujours faire du droit comparé ? le droit administratif comparé à l'épreuve de la globalisation et du management public* », in, MELLERAY (F.), (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, *op. cit.*, p.47.

La méthode comparative nous permettra, à travers l'étude de la réception de règles juridiques exogènes et des mouvements de droits, de nous intéresser au processus contemporain de fabrication des droits administratifs nationaux⁷⁴, plus particulièrement du droit de la commande publique, et de conjecturer ses possibles évolutions⁷⁵. Il nous sera alors indispensable de resituer le contexte dans lequel la notion de P.P.P. trouve ses éléments fondateurs, en tenant compte des dimensions historiques, culturelles, économiques et sociologiques des ordres juridiques étudiés⁷⁶. L'étude de droit comparé au sens de l'analyse comparée de législations ne sera néanmoins pas oubliée puisqu'elle nous permettra, à travers l'étude des distinctions et points communs entre différentes institutions juridiques, de réfléchir à la question de la diminution du « *particularisme de chaque système législatif* »⁷⁷.

Afin d'établir cet aspect commun des institutions, il serait indispensable d'opter pour une micro-comparaison⁷⁸ axée autour de l'étude des solutions proposées par les systèmes juridiques étudiés face à une problématique semblable⁷⁹. Elle pourrait alors être formulée autour des nouveaux moyens de financement et d'exécution des missions traditionnellement assurées ou assumées par les personnes publiques. Nous ne retiendrons pourtant pas cette méthode de construction.

En effet, nous nous justifions de l'intérêt d'une méthode comparative axée sur l'étude des P.P.P. en France et en Italie fonction de cet argument principal : Le choix n'est pas celui l'Italie mais plutôt celui des contrats de commande publique

⁷⁴ ZWEIGERT (K.), « méthodologie du droit comparé », in, *Mélanges Maury*, Librairie Dalloz Sirey, 1960, Tome 1, p.583.

⁷⁵ SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2eme éd, 2009, p. 88.

⁷⁶ OTETELISANU (A.), « Les conceptions de M. LAMBERT sur le droit comparé », in, LAMBERT (E.), *Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Edouard LAMBERT*, Auvermann, 1973, p. 40 : « *Le droit comparé dans le sens de l'histoire comparative est une science du droit. Dans cette conception, en employant l'étude comparative entre les législations des différents peuples, on arrive à découvrir la liaison entre les phénomènes juridiques, c'est-à-dire, les causes qui les produisent, et on établit les formes des institutions juridiques correspondantes à un degré déterminé de progrès économique et social, dans lequel peut se trouver chaque peuple* ».

⁷⁷ *Ibid.* p. 41.

⁷⁸ SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2eme ed, 2009, p. 90 et 94.

⁷⁹ MICHAELS (R.), « The functional method of comparative law », in *the oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 342.

entrant dans la notion de P.P.P. en droit Italien. Il permet de mesurer juridiquement nos divergences et donc de comprendre les évolutions du droit de la commande publique au sein des deux ordres faisant l'objet de notre étude.

Avant d'expliquer de façon plus approfondie ce choix méthodologique, il nous faut préalablement prendre parti contre l'adage bien connu « *il faut comparer ce qui est comparable* ». Le suivre nous conduirait à définir notre étude comme une comparaison stricte entre la France et l'Italie et à la justifier exclusivement en fonction de la proximité frontalière et historique entre les deux pays ainsi que par leurs similitudes sociologiques et juridiques. Cette justification serait d'autant plus critiquable que l'on pourrait lui opposer la question du non choix d'autres États présentant les mêmes ressemblances, le même héritage culturel⁸⁰, sans qu'on le puisse objectivement s'en départir. Cependant, il existe une critique plus générale de l'application de l'adage précédemment cité. Le professeur SACCO l'a d'ailleurs brillamment démontré⁸¹. Selon lui, celui qui nie la possibilité d'une comparaison entre des objets *a priori* « incomparables » effectue en réalité déjà une telle comparaison lorsqu'il prétend que les différences sont trop importantes par rapport aux similitudes. A l'instar de Monsieur JOURDAIN faisant de la prose sans le savoir, il réalise une classification entre divergences et convergences de deux objets, et sans s'en rendre compte, il compare ! Les disparités entre les ordres étudiés restent donc, dans l'optique de la comparaison, au moins aussi utiles que les homologies. Il est alors intéressant de remarquer que l'arbre des ressemblances entre les ordres juridiques français et italiens cache une forêt de divergences utiles à l'appréhension du sujet qui est le nôtre. S'il *ne fallait comparer que ce qui est comparable*, alors l'étude des droits administratifs français et italiens tournerait court et se résumerait uniquement au caractère analogique de leur construction.

⁸⁰ Tel est le cas par exemple de l'ensemble des États composant la famille romano-germanique, V. DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.). *op. cit.*, p. 33.

⁸¹ SACCO (R.), *Introduzione al diritto comparato*, 4^{ème} éd. Turin, G. Giappichelli Editore, 1990, p.28.

L'apparition du droit administratif « moderne » est en effet liée à un contexte historique particulier que seuls certains États ont connu⁸² : le passage du monde féodal vers le monde bourgeois au moyen d'une révolution. Ce point de départ commun entre la Révolution française et le *Risorgimento* italien fait apparaître pourtant une multitude de divergences, notamment quant aux concepts qui nous intéresseront, ceux de services publics et de contrats des administrations⁸³. La France a institué au fil de son histoire⁸⁴ un « *système original de justice administrative ayant produit un droit administratif bien distinct du droit civil* »⁸⁵. Caractérisé comme un conglomérat de normes dérogeant au droit commun et permettant aux autorités étatiques d'exercer des prérogatives de puissance publique mais aussi d'échapper à tout contrôle juridictionnel, le premier âge du droit administratif français s'inscrit dans une politique de forte centralisation de l'État⁸⁶. Il s'est ensuite construit en fonction de la place originale du juge administratif au sein des institutions, place devant garantir la condition *sine qua non* de l'éclosion du droit administratif moderne : la soumission de l'administration au droit⁸⁷. Le rôle central du juge dans le contrôle de la légalité des actes de l'administration a ainsi permis d'étendre de façon large, par ces constructions spécifiques, le champ d'application du droit administratif français⁸⁸. Le droit administratif italien, dont la formation moderne remonte à la fondation du Royaume d'Italie en 1861⁸⁹, a été fortement inspiré par le droit français, notamment par le vecteur de la législation du Royaume de Piémont-Sardaigne⁹⁰. En effet, la *legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia* (loi pour l'unification administrative du Royaume

⁸² CASSESE (S.), *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p.9 à 20.

⁸³ V. *Infra*, p. 39 et ss.

⁸⁴ MESTRE (J.-L.), « L'histoire du droit administratif », in MELLERAY (F.) (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁵ FROMONT (M.), *Droits administratif des États européens*, PUF, 2006, p.16.

⁸⁶ CASSESE (S.), *op.cit.*, p.21 à 42.

⁸⁷ RIVERO (J.), « Vers un droit commun européen : nouvelle perspective en Droit administratif », in CAPPELLETTI (M.), *New Perspective for a Common Law of Europe*, Florence 1978, p. 389.

⁸⁸ AUBY (J.-B.), « Le droit administratif français vu du droit comparé », *AJDA*, 2013, p. 409.

⁸⁹ CASSESE (S.), *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 1995 ; CHIEPPA (R.), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 3 ; FROMONT (M.), *op. cit.* p. 27 ; SCHWARZE (J.), *op. cit.*, p.142 .

⁹⁰ COUZIN (T.), *Les apports de l'histoire piémontaise à l'émergence d'un droit public en Italie (1838-1859)*, Recherches Régionales, 2001, n° 159, p. 55 ; BERSTEIN (S.) et MILZA (P.), *L'Italie contemporaine : du Risorgimento à la chute du fascisme*, Paris, Armand Colin, 1995.

d'Italie)⁹¹ fit entrer en vigueur sur l'ensemble du territoire les lois sur l'administration communale et provinciale⁹², la sécurité publique⁹³, la santé publique⁹⁴, l'institution du Conseil d'État⁹⁵, le contentieux administratif⁹⁶ et les travaux publics⁹⁷. Ces textes, à quelques exceptions près, mettaient en place des institutions semblables à celles que connaissait la France. Ainsi, l'Italie naissante, État unitaire divisé en provinces administrées par des Préfets, connaîtra un système administratif centralisé dont le contrôle des actes s'effectuera par l'administration, sauf lorsque ces derniers portaient sur des droits civils ou politiques. La doctrine italienne les qualifiera par la suite de droits subjectifs.

Les deux droits vont ensuite se différencier nettement en ce qui concerne la détermination des compétences de la juridiction administrative. En France, l'interprétation extensive du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires et la division des types de contentieux ont permis d'étendre les compétences de la juridiction administrative. Elles ont également abouti à l'accroissement de l'office du juge dans le contrôle des actes de l'administration et leurs rapports aux droits objectifs comme aux droits subjectifs⁹⁸. En Italie, la *legge sul contenzioso amministrativo* de 1865 attribua à l'ordre judiciaire toute les affaires portant sur des droits subjectifs. Le juge judiciaire ne pouvait cependant pas annuler un acte administratif portant atteinte au droit subjectif d'un administré. Sa compétence le limitait à le rendre inapplicable à la solution du litige⁹⁹. Le système se perfectionna avec la loi du 31 mars 1889¹⁰⁰ qui institua une section contentieuse au Conseil d'État et lui attribua la compétence d'annulation des actes administratifs

⁹¹ Legge n° 2248 del 20/03/1865.

⁹² Allegato A della legge n° 2248, *Legge comunale e provinciale*, in Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, vol.11, n. 2248, p. 420 ss.

⁹³ *Ibid.* Allegato B, *Legge sulla Sicurezza pubblica*.

⁹⁴ *Ibid.* Allegato C, *Legge sulla Sanità pubblica*.

⁹⁵ *Ibid.* Allegato D, *Legge sull' istituzione del Consiglio di Stato*.

⁹⁶ *Ibid.* Allegato E, *Legge sul Contenzioso amministrativo*.

⁹⁷ *Ibid.* Allegato F, *Legge sulle Opere pubbliche*.

⁹⁸ Voir CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome 1, 15ème éd., Montchrestien 2001, p. 825 et ss. ; LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, 1^{ère} éd., 1877, p.429.

⁹⁹ Articoli 4 et 5 della legge del 20/03/1865 *sul Contenzioso amministrativo*.

¹⁰⁰ Legge n°5992 *che costituisce una nuova sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa*, Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia (GURI), 01/04/1889, n°78.

lésant *un interesse legitimo* (un intérêt légitime)¹⁰¹. Comme le relève Paolo SABBIONI, alors qu'en France « *le contentieux de droit objectif, loin d'être un obstacle au contentieux de droit subjectif, en constitue un achèvement [...] puisque le juge administratif peut connaître aussi bien de la légalité de l'activité administrative que des situations juridiques particulières [...], le juge administratif [italien] demeure fondamentalement celui des intérêts différents des droits subjectifs, c'est-à-dire d'un contentieux objectif qui porte sur l'acte* »¹⁰².

La délimitation des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif s'effectue alors, d'un côté ou de l'autre des Alpes, en fonction de perspectives radicalement différentes. En France comme en Italie, l'évolution des critères permettant de déterminer ce qui relève du champ d'application du droit administratif et donc de la compétence du juge administratif s'est en effet construite dans un processus de subsomption complexe. Alors que la compétence du juge administratif français, particulièrement marquée par la procédure¹⁰³, s'est paradoxalement autonomisée de celle des tribunaux ordinaires en fonction du jeu subtil des critères matériels du service public et de la puissance publique ; la compétence du juge administratif italien, érigée originellement dans la distinction entre droits subjectifs (*diritti soggettivi*)¹⁰⁴ et intérêt légitime (*interessi legittimi*)¹⁰⁵

¹⁰¹ RANELLETTI (O.), *Principi di diritto amministrativo*, Vol. 1, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Pierro Ed., 1912, p. 117 ; CHIEPPA (R.), *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.* p. 91.

¹⁰² SABBIONI (P.), « le service public et l'État de droit en Italie », in MARCOU (G.), MODERNE (F.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, l'harmattan, 2001, p.259.

¹⁰³ Comme l'affirme le Professeur SCHWARZE en citant M.JARASS « *les tribunaux administratifs n'ont pas été créés parce qu'un droit administratif préexistant avait besoin d'être appliqué par des organes spéciaux, c'était précisément le contraire, les instances de recours ont engendré leur propre mission : le droit administratif* » JARAAS (H.D), *Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich*, DÖV 1981, p.813 in SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2eme éd, 2009, p. 115.

¹⁰⁴ Le droit subjectif représente le pouvoir d'agir dans le cadre de son propre intérêt. Il est propre à toutes les personnes disposant de la capacité juridique et son titulaire pourra réclamer à l'ordre judiciaire que l'auteur du préjudice sur le droit lésé soit condamné à le réparer. V. CHIEPPA (R.), *op. cit.*, p. 91.

¹⁰⁵ L'intérêt légitime est plus complexe, selon les diverses interprétations doctrinale, il reflète le pouvoir de l'administration dans ses rapports avec les particuliers. Le recours apparait ainsi comme objectif dans la mesure où la situation subjective viciée par l'administration a des répercussions sur l'ensemble des administrés. Le requérant a donc légitimement intérêt d'en demander l'annulation au juge administratif. V. CHIEPPA (R.), *op. cit.*, p. 92 et ss.

s'est progressivement émancipée *dei tribunali ordinari* au moyen de dispositions spéciales. Par exemple, la Constitution reconnaît que le législateur a la possibilité de déterminer des compétences exclusives au profit du juge administratif dans certaines matières. Il pourra ainsi faire porter son contrôle sur des droits subjectifs¹⁰⁶.

Par ailleurs, les systèmes de droits administratifs italiens et français ont également divergé en fonction des approches doctrinales différentes dont ils ont respectivement fait l'objet. L'étude des critères fondant le droit administratif présente alors entre les deux ordres un cheminement analogique. Elle détermine en effet par opposition au droit commun ce qui caractérise le régime administratif. Cependant cette analyse s'est effectuée à travers des prismes propres à chaque ordre. Ils ont alors fortement influencé la répartition des compétences et leur champ analytique diffère largement en fonction des conceptions employées. En effet, les prismes utilisés ne réfractent pas la « lumière juridique » de façon identique dans les deux ordres. Ce clivage paradigmatique entre les ordres est alors à l'origine des différences perceptibles quant aux notions de service public, de *contratti pubblici* et de contrats administratifs. Ces dernières ont été conditionnées à la fois par le système de répartition des compétences et par les divergences entre les analyses doctrinales des grands auteurs français et italiens. C'est en fonction de ces dissimilitudes qu'il nous faudra étayer notre démonstration sur la nature originellement distincte des droits français et italien de la commande publique¹⁰⁷.

L'intérêt de la comparaison juridique porte donc moins sur le système juridique italien en général que sur les P.P.P. en droit administratif italien. Les différences entre les « *formants* »¹⁰⁸ des droits étudiés, loin d'être handicapantes pour notre sujet d'étude, nous permettront alors d'appréhender, de mesurer et de

¹⁰⁶ Articolo 103 della costituzione della repubblica italiana del 1 gennaio 1948 : « *Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi* » (Le Conseil d'État et les autres organes de justice administrative ont juridiction pour assurer la protection à l'encontre de l'administration publique des intérêts légitimes et également, dans des matières particulières déterminées par la loi, des droits subjectifs.)

¹⁰⁷ Voir *Infra.*, Chapitre 1 du titre 1 de la première partie.

¹⁰⁸ SACCO (R.), *Introduzione al diritto comparato*, Turin, Giappichelli, 1990 ; et, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, p.33.

comprendre nos divergences juridiques. L'ensemble des facteurs contribuant à modeler le droit doivent ainsi être utilisés. Ce qui comprend non seulement « *les formants formulés* » (la loi, le règlement, la jurisprudence, etc.), mais aussi ceux qui ne le sont pas¹⁰⁹ (les usages, l'idéologie économique et juridique dominante, etc.). Dès lors, le choix d'un « *tertium comparationis* »¹¹⁰ permettant de saisir, entre les deux ordres juridiques, une constante originelle à partir de laquelle s'effectuera la comparaison nous apparaît problématique. Les différences entre ce qui structure une notion sont telles entre les systèmes juridiques que la réduction à une forme primitive commune façonnant les nouvelles fonctions semble mal se prêter au choix qui est le nôtre de recourir à une méthode comparative axée sur l'étude de la confrontation des systèmes plutôt que de l'étude comparative d'une construction préétablie. Nous pourrions éventuellement envisager d'utiliser une question commune pour jouer le rôle de *tertium comparationis*¹¹¹. L'intérêt d'une comparaison entre les P.P.P. italiens et français résiderait alors dans l'étude de la détermination des solutions proposées par les systèmes juridiques français et italien face à une problématique rencontrée simultanément par chacun d'eux¹¹². Il serait alors aisé d'appréhender notre étude autour des nouvelles méthodes de financement et d'exécution des missions traditionnellement assurées ou assumées par les personnes publiques. Cependant, comme le soulignait le Professeur CONSTANTINESCO, la fausseté de cette conception « *procède d'une erreur méthodologique* »¹¹³, celle de confondre le terme à comparer avec le *tertium comparationis*.

¹⁰⁹ SACCO (R.), « Le droit muet », *RTD.civ.* 1995, p. 783, spéc. n° 11.

¹¹⁰ « *Le tertium comparationis en tant que problème méthodologique résulte de la question posée par les philosophes du droit et, plus spécialement par RADBRUCH qui affirmait qu'on ne peut comparer directement plus de deux termes à comparer ; que lorsqu'on confronte plus de deux ordres juridiques on ne peut le faire que de façon indirecte, c'est-à-dire par rapport à un troisième [...] système qui ne peut être un système national [...]. Il faut donc choisir des points communs de référence, donc un système juridique qui se trouve au-dessus des nations* » in, CONSTANTINESCO (L.-J.), *traité de droit comparé*, tome II, LGDJ, 1974, p.34.

¹¹¹ SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2eme éd, 2009, p. 94.

¹¹² MICHAELS (R.), *op.cit.*, p. 342.

¹¹³ *Ibid.* p. 37.

En effet, une comparaison axée sur la problématique du financement et de l'exécution des missions des personnes publiques, si elle demeure importante pour notre sujet, ne peut pourtant en constituer le cœur. Sa résolution exigerait en effet l'analyse exhaustive de l'ensemble des facteurs concourant à la formation de ce problème. Or, la question du partenariat public-privé n'est qu'une facette de ces multiples éléments. La notion de partenariat public-privé, prise isolément, ne saurait ainsi suffire à la comparaison du problème évoqué précédemment puisqu'elle n'est qu'une partie du *tertium comparationis*. L'intérêt du P.P.P., en tant que terme à comparer entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique italien, participe alors de la recherche de nos divergences et de nos convergences en matière de droit de la commande publique.

Le livre vert sur les partenariats public-privé de 2004 indiquait clairement la volonté d'harmonisation des droits internes, aussi bien dans les phases de passation que dans les phases d'exécution des contrats¹¹⁴. Cette harmonisation est nécessaire compte tenu des divergences subsistant entre les pays membres de l'Union. Ces différences sont encore plus perceptibles entre les pays de culture juridique latine et les pays de droit anglo-saxon. Dès lors, une recherche comparée entre les P.P.P. italiens et français nous paraît pertinente dans la mesure où elle peut offrir une nouvelle lecture de ces instruments juridiques, tant dans leur fonction que dans leur pratique, c'est-à-dire le service rendu à la collectivité publique et le partage des responsabilités entre les différents acteurs de l'opération. Elle revêtira également un intérêt non négligeable dans l'optique de promotion de la culture juridique publiciste « latine » dans un univers où la globalisation juridique tend à harmoniser les droits sous l'influence de la *Common Law*.

La présente étude se propose donc d'analyser la signification juridique du phénomène P.P.P. en France et en Italie. Afin de mener à bien cette recherche, nous avons choisi d'utiliser l'axe méthodologique développé par le Professeur CONSTANTINESCO¹¹⁵, la règle des trois étapes ou des trois C (Connaissance du terme à comparer- Compréhension du terme à comparer-Comparaison). Notre

¹¹⁴ Commission des communautés européennes, *op. cit.*

¹¹⁵ CONSTANTINESCO (L-J), *op. cit.* p. 122 à 283.

analyse des P.P.P. selon une méthode comparative, entre le droit français et le droit italien, sera donc fondée sur une triple approche combinatoire, constitutive de notre schéma comparatif. Elle combine tout d'abord les techniques conceptuelles et fonctionnelles, c'est-à-dire axées à la fois sur l'analyse du terme à comparer par rapport aux évolutions des formants juridiques des ordres étudiés et aux finalités poursuivies par la notion de P.P.P., c'est-à-dire les réalités correspondant à son contenu. Elle combine ensuite les points de vue diachronique et synchronique puisqu'elle explique les évolutions du droit de la commande publique à travers l'étude de l'histoire des instruments juridiques le composant et leur réalité à un moment précis. Elle combine enfin les approches inductives et déductives car elle cherche, à partir de l'analyse des expressions du terme à comparer, à remonter vers la construction harmonieuse d'un régime juridique propre à la notion et applicable aux deux ordres étudiés.

La méthode comparative employée combine d'abord les approches conceptuelles et fonctionnelles. Cette combinaison est selon nous indispensable pour parvenir à passer l'étape de la connaissance du terme à comparer. Elle suppose d'étudier le terme tel qu'il *est* au sein des deux ordres. La notion doit être examinée dans l'intégralité de ses sources. Il faut alors prendre en compte aussi bien ses significations originaires que ses variations, sans oublier de les interpréter en fonction de la conception du droit administratif et *a fortiori* du droit des contrats de l'administration dans chaque ordre étudié. Dès lors, le choix exclusif de l'approche conceptuelle ou fonctionnelle nous apparaît comme erroné et procéderait, pour le sujet qui nous intéresse, d'une erreur méthodologique. En effet, si depuis les travaux de ZWEIGERT et KÖTZ¹¹⁶, il est admis que le principe de la recherche comparative doit être celui de la fonctionnalité, c'est-à-dire que le processus de recherche doit se débarrasser de tous les concepts spécifiques pour partir d'un problème concret et déterminer la façon dont il a été solutionné¹¹⁷; il n'en demeure pas moins que cette perspective demeure problématique dans l'optique de notre recherche. Elle nous conduirait en effet à modifier profondément notre champ d'étude en utilisant, de ce

¹¹⁶ KÖTZ (H.) et ZWEIGERT (K.), *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, vol. I, *Grundlagen*, 2ème éd., Tübingen 1984, p. 29, cité in SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2ème éd, 2009, p. 89.

¹¹⁷ MICHAELS (R.), *The functional method of comparative law*, in *The oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 339-382, p. 342.

fait, un *tertium comparationis* axé sur une problématique semblable aux deux ordres étudiés. Nous n'effectuerions alors plus une recherche sur les P.P.P., selon une méthode comparative, entre le droit français et le droit italien, mais par exemple une recherche sur l'évolution des moyens de financement des activités publiques en France et en Italie, recherche qui plus est incomplète car n'abordant qu'un des nombreux moyens de financer les activités publiques, à savoir les P.P.P. Sur le plan conceptuel, le P.P.P. fait polémique au sein de chaque pays. Sa définition, son contenu, son utilité ont été sujet aux controverses. Il serait ainsi dommageable de priver son étude comparative d'une réflexion théorique sur ce que recouvre cette notion d'un côté ou de l'autre des Alpes. A notre connaissance, une telle recherche transfrontalière n'a d'ailleurs pas encore été effectuée.

À la combinaison des approches fonctionnelles et conceptuelles s'ajoute ensuite naturellement celle des approches diachroniques (ou verticales) et synchroniques (ou horizontales) dans l'optique de passer l'étape de la compréhension du terme à comparer. Nous ne pourrions en effet nous limiter à une étude exclusivement positive, c'est-à-dire fondée sur l'analyse comparée de législations et de jurisprudences à un moment précis alors que nous postulons pour une approche qui laisse la part belle aux concepts. Cet angle d'attaque réduirait notre vision des P.P.P. à l'existant sans se soucier de l'évolution multiséculaire des contrats de commande publique dans les deux pays et des concepts qu'ils véhiculent à travers eux. Ces concepts ont nécessairement interféré, au fil du temps, sur la notion étudiée. Leur évolution et l'évolution des institutions dans lesquelles ils s'insèrent jouent également un rôle prépondérant dans la manière de les aborder. Des facteurs extra-juridiques ont également pu avoir une influence sur la structure et la fonction du terme à comparer. Pour toutes ces raisons, il est indispensable d'analyser la notion en mettant en présence des ordres juridiques éloignés aussi bien dans l'espace que dans le temps, c'est-à-dire en prenant en compte à la fois l'histoire et l'analyse comparée de législations. Ce choix se justifie de notre volonté de déterminer ce qui constitue originellement la notion, afin de comprendre ce qui représente réellement les ajouts les plus récents¹¹⁸.

¹¹⁸ DE LABOUYAYE, « De la méthode historique et de son avenir », *Revue d'histoire du droit*, 1855 p.1-23.

La comparaison combine enfin les approches inductives et déductives. Elle part en effet de l'étude analytique établie à la suite de notre schéma comparatif, visant à la connaissance et à la compréhension du terme à comparer, pour remonter vers une approche globale postulant pour une reconstruction harmonieuse d'un régime juridique propre à l'ensemble de ces contrats et applicable aux deux ordres étudiés. De l'analyse individuelle des instruments juridiques composant la notion, aux concepts liés à celle-ci, combinant donc les indications « génétiques » du passé et la description technique du présent, devra émerger une définition du système qui l'encadre. Là se trouve l'induction, c'est-à-dire le passage du particulier au général, « *le processus de pensée par lequel, partie en raisonnant, partie en devinant, on remonte de certains indices à des faits qu'ils rendent probables* »¹¹⁹. Le processus inductif décrit précédemment permet ainsi la déconstruction de la notion à travers l'étude de ses éléments structurants et la description générale du système (le droit des contrats de commande publique) dans lequel ses fonctions évoluent. Cependant, il se complète nécessairement avec une approche déductive visant à la reconstruction harmonieuse du régime juridique des P.P.P. pour laquelle nous postulons. Nous croyons en effet que le contraste entre les deux approches est superficiel. Si l'induction relève de l'approche expérimentale, puisqu'elle tire de l'analyse particulière une loi générale ; il n'en demeure pas moins que des raisonnements déductifs, c'est-à-dire basée sur « *des opérations par lesquelles on conclut rigoureusement, à partir d'une ou de plusieurs proposition prises pour prémisses, à une proposition qui en est la conséquence nécessaire, en vertu des règles logiques* »¹²⁰, doivent être intégrés à l'analyse. Comme l'énonce le Professeur KALFLÈCHE : « *La méthode inductive permet la déconstruction, la reconstruction se doit d'être déductive* »¹²¹.

¹¹⁹ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F, 3eme éd., 2010, entrée « Induction ».

¹²⁰ *Id.* Entrée « Dédution »

¹²¹ KALFLÈCHE (G.), *op. cit.*, p. 18.

Problématique et axe de l'étude

Il ne serait plus juste, s'il fallait résumer en une citation nos conclusions à la suite de la méthode comparative employée pour cette étude, d'utiliser les propos de BERGSON : « *Il n'existe pas de chose faite, mais seulement de choses qui se font, pas d'états qui se maintiennent, mais seulement des états qui changent [...] Toute réalité est donc tendance si l'on convient d'appeler tendance un changement de direction à l'état naissant* »¹²². Quelle est la réalité actuelle du droit de la commande publique en France et en Italie ? Comment se répartissent les différentes catégories ? Par quels moyens la notion de partenariat public-privé se matérialise dans les différents droits ?

Toutes ces questions méritent d'être traitées aujourd'hui à l'aune du concept de globalisation juridique. Le processus de transposition des directives « commande publique » de 2014¹²³, en cours en France¹²⁴ et en Italie, renouvelle selon nous la problématique de l'uniformisation des droits. Selon le Professeur FRISON-ROCHE, il existerait deux types de « *mondialisation* »¹²⁵. La première s'analyse dans l'émergence d'instruments juridiques permettant l'accroissement de mobilité des personnes et des biens à travers les frontières. La seconde est constitutive d'un espace virtuel, sans territoire, dépassant le cadre protecteur de l'État-nation pour constituer un système juridique global dans lequel un droit nouveau se construit. Cependant, ces deux formes ne sont pas contradictoires. La seconde « *dévore la première* » dont elle est pourtant issue¹²⁶. La finance internationale, l'information

¹²² BERGSON (H.), *La pensée et le mouvant*, PUF, 5eme éd., 1996, p.211

¹²³ Par commodité de langage nous dénommerons tout au long de cette étude « directives commande publique » les trois textes de 2014, à savoir :

- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26/02/2014 *sur l'attribution de contrats de concession*, J.O.U.E du 28/03/2014, L-94, p. 1.
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26/02/2014 *sur la passation des marchés publics*, J.O.U.E du 28/03/2014, L-94, p.65.
- Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26/02/2014 *relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, J.O.U.E du 28/03/2014, L-94, p. 243.

¹²⁴ Ordonnance 2015-899 du 23/07/2015 *relative aux marchés publics*, J.O.R.F n° 169 du 24/07/2015, p.12602.

¹²⁵ FRISON-ROCHE (M-A.), « Le droit des deux mondialisations », in, *Archives de la philosophie du droit*, 2003, Tome 47, p. 17.

¹²⁶ *Id.*, p21.

globalisée et l'économie mondiale agiraient ainsi comme de puissants dissolvants des systèmes juridiques internes. Dans cette acception, le droit de la commande publique, et plus particulièrement celui des partenariats public-privé en France et en Italie, s'inscrit dans ce processus d'uniformisation « associé à la libéralisation et à l'adoption du principe d'économie libérale, par l'addition du libre-échange et de la libre concurrence. À modèle unique, droit unique »¹²⁷.

Cette dernière affirmation mérite cependant d'être nuancée. Selon les Professeurs OST et VAN DE KERCHOVE, la constitution de sous-systèmes autonomes est une alternative au processus de globalisation¹²⁸. Cette alternative se conçoit alors selon eux dans la dialectique d'ouverture ou de fermeture des différents systèmes juridiques par rapport au marché mondialisé du droit. Ainsi, « l'ouverture est imposée par les réseaux économiques et de communication, la fermeture par les traditions nationales, les mondes vécus »¹²⁹. Trois voies peuvent alors être imaginées. La première consisterait en la fermeture totale du système, c'est l'hypothèse de « pluri-systématicité », c'est-à-dire la coexistence de systèmes juridiques aboutissant à voir entre eux des entités fermées indifférentes aux autres. La seconde se matérialiserait dans le processus inverse, c'est-à-dire l'ouverture totale du système juridique impliquant la « trans-systématicité », à savoir la dissolution des systèmes pluraux par leur intégration dans un système plus vaste. La troisième possibilité est une voie médiane, celle de « l'inter-systématicité ». Dans ce cadre, il existe de multiples formes d'interpénétrations entre les différents systèmes, « où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des empiètements »¹³⁰.

La troisième solution semble être la plus adéquate pour notre étude. Le sous-système du droit de la commande publique, originellement clos, a progressivement constitué des formes d'ouvertures tout en maintenant des noyaux irréductibles propres aux différentes traditions juridiques nationales. Santi ROMANO qualifiait ces mouvements de phénomène de relevance et d'irrelevance¹³¹. La relevance « est

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Faculté universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 174 et s.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, p. 106 à 145.

le fait que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions visées par un autre ordre, [...], l'irrélevance signifie qu'il n'y a aucune relation entre les systèmes »¹³². Le partenariat public-privé pourrait alors être appréhendé comme vecteur d'ouverture du sous-système « droit de la commande publique », dans le cadre du processus d'harmonisation inhérent à la formation du droit de l'Union européenne. À travers la démarche comparative que nous avons adoptée, la problématique générale retenue est donc la suivante :

Dans quelle mesure et pour quelles raisons les partenariats public-privé ont-ils pu être jadis et peuvent encore être aujourd'hui considérés comme des facteurs déterminants de l'évolution du droit de la commande publique en France en Italie ?

C'est au moyen d'un raisonnement en deux temps que nous répondrons à cette question. Le premier est inductif. Il part de la multitude des instruments juridiques du P.P.P. ayant existé et existant toujours dans les deux ordres étudiés pour arriver non pas à la conclusion exclusive d'un droit de la commande publique source d'empilement, de sophistication et d'illisibilité ; mais plutôt comme révélateur d'une systématisation qui lui est propre. Le second est déductif. Il s'inscrit dans la construction d'un régime harmonieux et le développement, à partir de celui-ci, de règles juridiques communes dans lesquelles pourrait s'intégrer l'ensemble de ces instruments.

PREMIERE PARTIE : DU DÉSORDRE AU SYSTÈME

SECONDE PARTIE : DU SYSTÈME À L'ORDRE

¹³² *Ibid.*

PREMIÈRE PARTIE

DU DÉSORDRE AU SYSTÈME

« Le système juridique semble bien se caractériser par un curieux enchevêtrement de l'ordre et du désordre [...], l'ordre et le désordre se complètent secrètement multipliant leur échange selon une rationalité dont il faudrait décrire la nature.[....] Loin d'apparaître comme l'antithèse de l'ordre, ou à tout le moins comme son image déchue, le désordre opère plutôt comme condition de l'ordre ; d'un ordre autre, d'un sens nouveau qui garantirait l'indispensable adaptation du système »¹³³

¹³³ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Faculté universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 14 à 17.

Est-il possible de mesurer le désordre en droit ? Si pour les physiciens adeptes de thermodynamique, existe la notion d'entropie, censée représenter au niveau microscopique la mesure du désordre de tout système calorifique ; il n'est point dans le monde juridique d'instrument théorique permettant de calculer le désordre. Le désordre se constate par rapport à ce qu'il convient de définir comme étant l'ordre. Il faut alors déterminer la conception selon laquelle nous envisageons traiter des rapports entre les deux idées¹³⁴. C'est dans cette voie que nous traiterons du désordre non pas comme « *l'antithèse d'un ordre finalisé* »¹³⁵ (les pièces d'un puzzle disséminé par le vent), ni même comme dépourvu de nécessité et s'opposant à un « *ordre stable marqué par le caractère récurrent des éléments le composant* » (une suite de nombres aléatoires) mais comme n'étant « *qu'apparent et cachant un ordre plus essentiel* »¹³⁶. Ordre et désordre sont donc complémentaires l'un vis-à-vis de l'autre. L'ordre se constitue ainsi non pas en opposition au désordre, mais en se servant de lui. C'est dans cette acception que s'analyse le passage du désordre au système induit par l'irruption, dans les droits français et italien, des partenariats public-privé.

Le terme « système » donne du droit l'image d'un ensemble autonome de normes corrélées dans un processus logique¹³⁷. En effet, en grec ancien, le vocable *syntasein* était utilisé¹³⁸. De ce terme dérivera syntaxe, système et syntagme pour exprimer l'idée d'arrangement, de faire tenir ensemble, de disposer en ordre¹³⁹. À l'époque contemporaine, le terme se caractérise par trois acceptions possibles¹⁴⁰. La première correspond à l'ordonnement méthodique d'un procédé (le système de défense d'un accusé en droit pénal par exemple). La seconde établit des rapports stables entre différents objets (le système solaire par exemple). La troisième

¹³⁴ Notre conception du couple ordre/désordre découle essentiellement des travaux du professeur PIETTRE. Voir plus particulièrement PIETTRE (B), « Ordre et désordre : le point de vue philosophique », in, CHEVALIER (J.), ALEAUX (J.) et PIETTRE (B.), *Désordre*, Paris, PUF, 1998, p.29.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ ARNAUD (A-J), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p.596.

¹³⁸ V. *Le Grand Robert*, *op. cit.*, entrée « système »

¹³⁹ SÈVE (R.), « Introduction », in, *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, T.31, Paris, Sirey, 1986, p.2.

¹⁴⁰ GARDIES (J-L.), « Système normatif et système des normes », in, *Archives de philosophie du droit*, T. 19, Paris, Sirey, 1974, p.85.

s'applique enfin de façon plus générale à toute forme de savoir. Or c'est du savoir que provient la science et il apparaît ainsi comme un truisme que la science poursuit l'objectif d'entrer dans le système global du savoir, cette exigence utopique exprimant la volonté d'unité et d'universalité de tout ce qui peut être connu.

Ce qui caractérise ces différents exemples, ce sont les idées d'organisation, et d'ordonnement. Appliqué au système juridique, et plus particulièrement au sous-système du droit de la commande publique, le recours au concept traduit l'idée selon laquelle l'apparent désordre des instruments juridiques matérialisant la notion de P.P.P. dans les ordres juridiques français et italiens cache en réalité une certaine évolution de la matière qui les encadre : le droit de la commande publique. Cette évolution ne peut alors être décrite qu'au moyen de ces deux questions simples : Quelle est la position du problème et quelle en est l'esquisse de solutions ? Ainsi, l'enquête sur le « non-sens » que semble constituer la disparité des instruments juridiques regroupés paradoxalement au sein d'une même notion (Titre ^{1er}) laisse place à la quête de sens reposant sur le renouvellement systémique du droit de la commande publique qu'illustrent les partenariats publics-privé (Titre ^{2nd}).

TITRE PREMIER :

ENQUÊTE SUR UN NON SENS :

LA MULTIPLICITÉ DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ EN FRANCE ET EN ITALIE

D'un côté des Alpes ou de l'autre, la notion de partenariat public-privé se matérialise, au sein du droit de la commande publique, par une abondance de procédés, d'outils, ou pour reprendre les termes d'Etienne MULLER, « *d'instruments juridiques* »¹⁴¹. Sorte d'O.J.N.I (objet juridique non identifié), les P.P.P. souffrent, en France comme en Italie, d'une assimilation malheureuse à deux types de mécanisme : le contrat de partenariat¹⁴² et la *disciplina della finanza di progetto*¹⁴³. Cette réduction en apparence regrettable cache en réalité un processus plus diffus, influencé par un mouvement lobbyiste, visant à assurer la primauté de représentation au modèle d'inspiration britannique que constitue la PFI en instrumentalisant le droit comparé dans le but de voir les États réformer leur droit¹⁴⁴. Nous pourrions en tirer la conclusion hâtive que le droit « ancien » des contrats publics, fort de sa stabilité, a été impacté de façon néfaste par ces nouveaux

¹⁴¹ MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, Paris, LGDJ, 2011

¹⁴² Introduit en droit français par l'Ordonnance n° 2004-559 du 17/06/2004 *sur les contrats de partenariat* (JO n°141 du 19/06/2004, p. 10994.), modifiée essentiellement par loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 *relative aux contrats de partenariat* (JO n° 175 du 29/07/2008, p. 12144), et par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 *pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés* (JO n°41 du 18/02/2009, p. 2841).

¹⁴³ Introduite en droit italien par la Legge n° 414/1998 (dite merloni-ter), modifiée par la Legge n°166/2002 (dite merloni-quater), modifiant la loi cadre en matière de travaux publics (*Legge quadro in materia di lavori pubblici n°109/1994, GU n.41 del 19-2-1994*), et transposée dans le code des contrats publics aux articles 152 et suivants. (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. (GU n.100 del 2-5-2006 - Suppl. Ordinario n. 10)*).

¹⁴⁴ Pour une analyse complète du processus, notamment pour le cas français, V. BRENET (F.), « L'argument de droit comparé et les contrats de partenariats de l'ordonnance du 17 juin 2004 », in, MELLERAY (F.) (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français, op. cit.*, p. 111.

modèles, voisins de la P.F.I, venus en modifier les fondements. En réalité, il n'en est rien. Non seulement cette « *idée neuve pour les juristes* »¹⁴⁵ englobe les concessions de travaux et de service public, formes historiques du P.P.P. ayant connu leur apogée à la fin du XIX^{ème} siècle, ce qui prouve bien que l'innovation prêtée à la formule semble plutôt caractériser certaines particularités¹⁴⁶ des mécanismes cités précédemment plutôt que la notion elle-même ; mais, de plus, l'évolution par accumulation du droit de la commande publique n'a rarement été gage de stabilité juridique¹⁴⁷.

Dès lors, le constat de la disparité des procédés matérialisant dans les ordres juridiques français et italiens la notion de P.P.P., et l'éclatement des catégories notionnelles du droit de la commande publique dont elle en est la cause (chapitre 2), procéderait de l'accroissement constant d'instruments sectoriels permettant le préfinancement, la conception, la réalisation, la maintenance et/ou l'exploitation d'ouvrages publics nécessaires à l'exécution d'un service public. Présentée comme une évolution dont le destin conforte l'idée (en apparence paradoxale) selon laquelle le secteur privé devrait s'impliquer d'avantage dans la réalisation des activités publiques, il est cependant frappant de constater que le caractère évolutif de ces nouveaux instruments est moins important qu'il n'y paraît. Le droit de la commande publique, en France comme en Italie, a subi un processus d'hybridation permettant le développement des partenariats publics-privés (chapitre 1).

¹⁴⁵ LIGNIÈRES (P.), *Partenariats publics privés*, LITEC, 2nd édition, 2005, p. 1.

¹⁴⁶ Voir *Infra*, p. 68 et ss.

¹⁴⁷ V. KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique- L'évolution du droit des marchés publics*, Paris II, 2005, 1^{ère} Partie.

CHAPITRE 1 :

LE PROCESSUS D'HYBRIDATION DU DROIT

DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN FRANCE ET EN ITALIE

Des éléments extérieurs à un système juridique peuvent-ils l'influencer ? En cas de réponse positive à cette question, l'existence de mécanismes d'influences réciproques entre les différents systèmes traduirait une certaine convergence des droits. Comment dès lors l'élément étranger peut-il être accueilli en droit interne ? Selon le Professeur PONTTHOREAU « *la thèse la plus répandue, celle de la convergence des droits, mérite d'être discutée à la lumière de deux autres interprétations : la domination du modèle anglo-saxon et le relativisme culturel* »¹⁴⁸. La notion de partenariat public-privé est incontestablement issue de la culture juridique anglo-saxonne¹⁴⁹. Elle véhicule à travers elle la doctrine du nouveau management public (*new public management*)¹⁵⁰ et de la meilleure utilisation de l'argent public (*best value for money*)¹⁵¹. Cependant, est-ce véritablement cette notion qui a entraîné une mutation des ordres juridiques français et italien ? Nous sommes convaincus que le processus est plus complexe.

Jean RIVERO exprimait l'idée suivante. Lorsqu'un État entend perfectionner son droit, il peut soit créer la solution juridique de toute pièce, soit, « *et c'est la démarche la plus fréquente, rechercher dans un autre État, les institutions et les règles qui lui paraissent répondre aux données de son propre problème. Il va alors transporter dans son milieu national le modèle étranger* »¹⁵². Le partenariat public-privé semble en apparence répondre de cette logique de « greffe juridique ». Selon nous, le recours au concept de greffe est cependant assez mal choisi. En effet, en

¹⁴⁸ PONTTHOREAU (M.-C.), « Trois interprétations de la globalisation juridique, Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 09/06/2006, p. 25.

¹⁴⁹ DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, p. 417.

¹⁵⁰ COSSALTER (P.) et DU MARAIS (B.), *La Private finance initiative*, IGD, 2001, p. 24.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² RIVERO (J.), *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*, in Mélanges G. Van Der Mersch, LGDJ 1972, t. III, p. 459 .

médecine la greffe est un processus ne supposant pas la vascularisation du greffon¹⁵³. Lorsque l'organe est implanté et relié au système vasculaire, le terme de transplantation est préféré. Il correspond mieux selon nous aux mouvements de droits et aux emprunts juridiques. En effet, c'est à une sorte de fertilisation croisée (*cross-fertilisation*) que l'irruption des P.P.P. a donné lieu. La transplantation d'une technique étrangère conduit à une forme de modification. Elle concerne non seulement le processus transplanté mais aussi le droit dans lequel il est intégré. Par ailleurs, le receveur et le donneur doivent être compatibles pour que la transplantation perdure. Les emprunts juridiques traduisent à la fois le métissage et la réappropriation des droits. Le terme « hybridation » est donc le plus approprié pour rendre compte de ces changements¹⁵⁴. Il véhicule l'idée d'un croisement fécond entre deux sujets de nature différente. Aussi, l'idée d'hybridation du droit de la commande publique par les P.P.P. ne peut être appréhendée sans analyser le degré de compatibilité entre les systèmes juridiques et le nouvel instrument. Il nous faut alors rechercher ce qui a permis l'émergence de la notion dans les droits français et italien (section 1), avant de se pencher sur les effets de la transplantation de la logique de performance à la gestion publique. Cette dernière étant bien évidemment liée à la promotion des instruments juridiques du partenariat public-privé (section 2).

¹⁵³ Dictionnaire médical de l'académie de médecine, version 2015, entrée « greffe ».

¹⁵⁴ PONTTHOREAU (M.-C.), « L'argument de droit comparé » et les processus d'hybridation des droits, Les réformes en droit administratif français », in, *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 23

Section 1 : La similitude des causes ayant permis l'émergence des P.P.P. en France et en Italie

Le partenariat public-privé se matérialise en France comme en Italie à travers un ensemble d'instruments juridiques propres au droit de la commande publique. C'est donc naturellement vers les manières dont se sont structurées les notions de *contratti pubblici* (contrats publics) et de contrats administratifs qu'il faut se tourner pour expliquer leur émergence (§1). Dès lors, il apparaît plus aisé de comprendre pourquoi ces instruments procèdent de la volonté du secteur public de collaborer avec le secteur privé pour mener à bien les missions qui sont les siennes, comme l'indique le nom de la catégorie générique à laquelle ils appartiennent (§2)

§1) Les « formants » des droits français et italiens de la commande publique : des analogies entre les notions de *contratti pubblici* et de contrats administratifs

Ils procèdent alors des interprétations des grands docteurs de chaque État (A), mais aussi de l'influence de la notion de travaux publics sur l'émergence de la matière (B).

A) Les approches théoriques de la doctrine administrativiste française et italienne sur la notion de contrat

Si l'analyse de ces deux visions de grands docteurs français et italiens sur la notion de contrat, plus particulièrement sur les contrats passés par l'administration, possède un caractère anachronique (la première datant de 1956 et la seconde de 1900), il n'en demeure pas moins qu'elle est révélatrice de la différence de perception sur la matière étudiée. Ainsi, André de LAUBADÈRE s'exprime en ces termes dès les premières lignes de son traité sur les contrats administratifs : « *Un accord de volontés générateur d'obligations, cette définition habituelle du contrat vaut pour toutes ses variétés ; elle s'applique aux contrats de l'administration*

comme à ceux des particuliers »¹⁵⁵. Vittorio Emmanuelle ORLANDO, dans son célèbre traité de droit administratif¹⁵⁶, ne consacre pas quant à lui de partie spécifique à l'activité contractuelle de l'administration. Il considérait que le domaine d'action de l'État en sa qualité de « *possesseur et d'administrateur d'un patrimoine* »¹⁵⁷ sortait du secteur du droit public, l'État s'assimilant à un sujet de droit privé quelconque¹⁵⁸. Dans ces deux acceptions s'opposent ainsi clairement, d'une part la vision du contrat fondée sur l'accord de volonté¹⁵⁹ générateur de droits et d'obligations de l'article 1101 du code civil¹⁶⁰ ; et, d'autre part, une vision du contrat constitutive d'un rapport juridique patrimonial comme le conçoit l'article 1321 *del codice civile*¹⁶¹. Ces deux analyses sont très intéressantes pour aborder la façon dont les juristes français et italiens conçoivent les contrats de l'administration. Alors qu'en France l'autonomisation de la notion par rapport au droit privé avec l'émergence de la catégorie des contrats administratifs s'est effectuée au moyen d'un lent processus historique visant à différencier la spécificité des droits et obligations (notamment à travers la figure du service public) générées par l'échange de consentements entre l'administration et son cocontractant ; en Italie, le rattachement du contrat à un rapport juridique strictement patrimonial, c'est-à-dire limité à un échange entre un ensemble de biens et/ou de charges, n'a longtemps pu s'opérer que dans le giron du droit privé. L'évolution de ces deux tendances différentes est nécessaire à l'appréhension des notions réceptacles des P.P.P. : les

¹⁵⁵ DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tome I, Paris, LGDJ, 1956, p. 7.

¹⁵⁶ ORLANDO (V.E), *Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1900, p. 72-77.

¹⁵⁷ *Ibid.* « *Lo stato come possessore e amministratore di un patrimonio [...] lo stato assimilarsi ad un subbietto privato qualsiasi* ».

¹⁵⁸ « *Lo stato quando vuole venire in rapporti economici coi privati, deve farlo per mezzo di contratti ed è sottoposto all'impero del diritto comune* ». (Quand l'État veut entrer dans des rapports économiques avec des privés, il doit le faire au moyen des contrats et se soumettre à l'empire du droit commun.)

¹⁵⁹ V. MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, coll. Nouv. bibl. des thèses, 2010, p. 41.

¹⁶⁰ Article 1101 du code civil « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* »

¹⁶¹ Articolo 1321 del codice civile : « *Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.* » (Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties pour constituer, réglementer ou éteindre entre elles à un rapport juridique patrimonial.)

contrats administratifs et *i contratti pubblici*. En effet, la majorité des instruments juridiques matérialisant la notion appartiennent respectivement à ces catégories. Cette hypothèse se vérifie également pour les partenariats public-privé « institutionnalisés » puisque dans ce cas de figure le cocontractant n'est pas l'opérateur privé directement partenaire mais l'entité mixte dans laquelle il est associé à la personne publique. C'est ensuite cette entité qui deviendra titulaire du contrat sur lequel repose l'opération de partenariat¹⁶².

Sous l'effet de la législation européenne, plus particulièrement de la combinaison des nouvelles directives marchés¹⁶³ et concession¹⁶⁴, le type particulier de contrats de l'administration passé avec une personne privée que constituent les P.P.P. procède donc, dans chacun des deux ordres, d'un régime spécial dérogeant aux dispositions traditionnelles relatives au droit des contrats « civils ». La vision italienne des contrats de l'administration, partie du principe selon lequel il existe une situation juridique d'égalité entre les cocontractants, a donc été profondément modifiée. Cette conception, dont l'inspiration provient des théoriciens allemands, a conduit à nier l'existence de prérogatives spécifiques de la personne publique lorsqu'elle use du procédé contractuel.

Otto MAYER pensait ainsi que le contrat administratif du droit français n'en était pas un puisqu'il se fondait sur un rapport inégalitaire entre les cocontractants. Il le définissait alors comme un acte unilatéral obligeant un administré à effectuer une prestation contre indemnisation¹⁶⁵. Le Professeur GAUDEMET souligne également que, « *le contrat administratif n'est pas né contrat, [...], le marché est organisé et compris comme une procédure administrative, proche finalement de celle de l'acte unilatéral, et débouchant sur la désignation (presque une nomination) du titulaire*

¹⁶² En France, l'ensemble des P.P.P. peuvent être rangés dans la catégorie plus générale des contrats administratifs. En Italie, le code des contrats publics de 2006 (codice *dei contratti pubblici*, D.lgs 163/2006 du 12/04/06) définit, dans son article 3, paragraphe 15-ter, les contrats de partenariats public-privé. L'articulation de ce paragraphe avec les dispositions du paragraphe 3 du même article font entrer les P.P.P. italiens, dans la catégorie plus générale *dei contratti pubblici*.

¹⁶³ Directive 2014/23/UE, directive 2014/24/UE et 2014/25/UE, précitées.

¹⁶⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 *sur l'attribution de contrats de concession*, J.O.U.E, L94/1 du 28/03/2014

¹⁶⁵ MAYER (O.), *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, in *Archiv für öffentliches Rechts*, 1887, p. 291, cité in, NOGUELLOU (R.) et STELKENS (U.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 11.

du marché »¹⁶⁶. L'outil contractuel de l'administration était ainsi considéré uniquement comme un acte de droit privé¹⁶⁷. Cette vision a profondément marqué ORLANDO qui ne concevait pas l'État comme le détenteur d'une personnalité juridique unique supérieure s'imposant à la volonté de chacun (dans sa manifestation de puissance publique à travers l'acte administratif unilatéral comme dans le contrat) mais plutôt comme doté d'une double personnalité. L'une serait alors relative à ses activités de puissance publique et donc souveraine. Dans l'autre, l'État, personne dotée d'un patrimoine, serait lié par le contrat comme un simple particulier¹⁶⁸.

Cependant, cette théorie s'est paradoxalement hybridée avec la conception du droit français selon laquelle l'inégalité de nature entre l'administration et son cocontractant s'expliquerait par la finalité de l'acte contractuel, c'est-à-dire l'obligation pour l'administration d'assurer ou d'assumer le fonctionnement d'un service public. Cette idée conduit alors à justifier l'utilisation d'un droit spécifique fondé sur des prérogatives de la personne publique sur son cocontractant. Comme JÈZE l'affirmait : « *Toutes ces règles spéciales se résument en ceci : les effets des contrats administratifs ne sont pas les mêmes que les effets des contrats civils. Celui qui conclut un contrat administratif prend l'obligation non seulement de ne pas gêner le fonctionnement du service public, mais encore de faciliter le fonctionnement du service public* »¹⁶⁹. C'est alors parce qu'il est choisi dans le but de pourvoir à l'intérêt général que des procédures spéciales, régies par un droit spécial et contrôlées par un juge spécial, doivent être déterminées. Ce Janus conceptuel du droit italien explique sans doute que ce type de prérogatives, existant par exception à la règle, soit autorisé par la constitution¹⁷⁰ et prévu par la loi¹⁷¹. Le

¹⁶⁶ GAUDEMET (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, n°2, p. 313.

¹⁶⁷ PÉQUIGNOT (G.), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, thèse, Montpellier, 1945, p. 32.

¹⁶⁸ MASSERA (A.), « I contratti », in CASSESE (S.), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Vol. 2, 2^{ème} éd., Milano, Giuffrè, 2003, p. 1554.

¹⁶⁹ JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif, le fonctionnement des services publics*, Tome 3, Paris, Dalloz, p. 8.

¹⁷⁰ Article 103 de la constitution italienne « *Le Conseil d'État et les autres organes de justice administrative ont juridiction pour assurer la protection à l'encontre de l'administration publique des intérêts légitimes et également, dans des matières particulières déterminées par la loi, des droits subjectifs.* »

¹⁷¹ Articolo 244 del D.lgs 163/2006 del 12/04/2006, *codice dei contratti pubblici*.

régime juridique applicable en Italie aux *contratti pubblici* est ainsi mixte : de compétence exclusive du juge administratif jusqu'à la conclusion du contrat lorsque la procédure de passation est susceptible de léser un *interesse legittimo*, il est de droit commun durant l'exécution de ce dernier et relève ainsi de la compétence du juge judiciaire lorsqu'un *diritto soggettivo* peut être violé¹⁷².

Autre particularité des deux visions évoquées précédemment : elles sont révélatrices de leurs conceptions singulières de la figure de l'administration, plus particulièrement de celle de l'État. En effet, dans les deux pays, la manière d'aborder les contrats de l'administration est intimement liée aux différentes approches du droit administratif. Cette évolution, produit d'un travail multiséculaire, mériterait sans doute de plus amples développements. Arrêtons-nous simplement quelques instants sur les efforts doctrinaux forgés d'un côté et de l'autre des Alpes, notamment aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, pour illustrer ce long processus. S'interroger sur l'État, et plus particulièrement sur son rôle et ses missions, c'est-à-dire le droit administratif, permet alors de réfléchir sur ses moyens d'agir. C'est dans cette zone que se rencontre la question primordiale du financement de ses activités. Or, le droit administratif a été conçu différemment en France et en Italie. Les divergences doctrinales à ce sujet sont ainsi révélatrices des analogies entre contrats administratifs et *contratti pubblici* et permettent de comprendre « *les formants* »¹⁷³ de ces réceptacles des P.P.P. En effet, nul ne peut douter que le droit administratif français fût profondément marqué par les œuvres des Doyens DUGUIT et HAURIOU en France comme le droit administratif italien l'eut été par celles des Professeurs ORLANDO et RANELLETTI. Or, leurs approches de la matière, plus particulièrement des postulats fondamentaux de ce dernier, comme la personnalité juridique de l'État, sont radicalement différentes.

Pour DUGUIT, l'approche du droit administratif est axiologiquement tournée vers l'État de droit, la soumission de l'administration à la légalité. La recherche de cet idéal ne procède alors que d'une démarche réaliste¹⁷⁴. Dans ces

¹⁷² C.S, sez V., Sentenza n°591 del 26/01/2011.

¹⁷³ SACCO (R.), *La comparation juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p.35.

¹⁷⁴ Voir plus particulièrement la huitième leçon des leçons de droit public intitulée : « Le problème de l'État. La solution réaliste. Comment elle seule peut donner un fondement au pouvoir de l'État et

ouvrages, l'auteur décrit ainsi la disparition du « *système impérialiste* »¹⁷⁵, la domination autoritaire de la figure étatique sur le citoyen en échange de la protection et du bon ordre, au profit d'un ordre autre, non moins supérieur mais fondé et légitimé par la fourniture de services publics¹⁷⁶. Selon lui, *l'État n'est plus une puissance souveraine qui commande ; il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne* »¹⁷⁷. En conséquence, s'il y a des contrats dont la compétence de contrôle appartient à la juridiction administrative, le critérium permettant de fonder cette compétence est et ne peut être que le but de service public en vue duquel ils sont faits¹⁷⁸. Ainsi, nous ne pouvons que constater que la vision de l'État qui était celle de DUGUIT a profondément marqué sa conception de la figure du contrat.

Le même constat peut être formulé à l'encontre du Doyen HAURIOU. Si, dans la pensée de ce dernier, la façon « *de mettre l'État au centre du droit administratif* »¹⁷⁹ procède d'une manière différente ; il n'en demeure pas moins que l'approche du droit administratif, comme celle de Duguit, demeure liée à une vision subjective de la réalité sociale¹⁸⁰. Ainsi, le Doyen de la faculté de droit de Toulouse lie la notion d'État à celle de « *régime administratif*¹⁸¹ », résultat de la centralisation des services pouvant être rendus au public dans un but de police¹⁸². HAURIOU justifie ainsi l'autonomie du droit particulier qui limite le régime administratif de l'État par l'importance sociale de l'administration dans l'action de l'État. Or, il

à la limite de ce pouvoir. La notion de service public. », In DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, Ed. La mémoire du droit, 2000 Paris, p. 139 à 152.

¹⁷⁵ DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Ed. La mémoire du droit, Paris, p.1 à 31.

¹⁷⁶ *Idem*. P. 33: « *du jour même où sous l'action de causes très diverses,[...] s'est formée la distinction entre gouvernants et gouvernés, la notion de service public est née dans l'esprit des hommes. En effet, dès ce moment on a compris que certaines obligations s'imposaient aux gouvernants envers les gouvernés et que l'accomplissement de ces devoirs était à la fois la conséquence et la justification de leur plus grande force.* »

¹⁷⁷ *Idem* p. XIX.

¹⁷⁸ *Idem* p. 167.

¹⁷⁹ BEAUD (O.), « L'État », in, GONOD (P.), MELLERAY (F.) ET YOLKA (P.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, p. 218.

¹⁸⁰ En témoigne le célèbre « *on nous change notre État* » de la note sous la décision TC, 9/12/1899, *Association Syndicale du canal de Gignac*, S. 1900.3.49, note Hauriou.

¹⁸¹ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^{ème} édition, Paris, Sirey, 1921, p.1.

¹⁸² *Ibid.*

fonde cette autonomie du droit d'exception qu'est le droit administratif par rapport au droit commun, comme chacun le sait, sur « *les droits de puissance publique* »¹⁸³, les prérogatives de l'administration. Ces prérogatives se voient dès lors appliquées aux contrats dont la nature particulière ne peut être confondue avec les contrats de droit privé passés par l'administration et qui s'apparentent à des simples ventes, « à *des contrats de louage d'ouvrages* »¹⁸⁴. En effet, aux marchés de fournitures qu'il assimile à une vente, HAURIOU ajoute cependant : « *il faut qu'il y ait contrat spécial avec cahier des charges. Un achat au comptant n'est pas un marché de fourniture* »¹⁸⁵. Le cahier des charges est alors assimilé dans sa pensée comme révélateur d'une situation qui « *si dans la forme est contractuelle, demeure à moitié réglementaire au fond* »¹⁸⁶, l'entrepreneur devant l'accepter sans explications et négociations.

Ainsi, à travers cette recherche constante d'une forme de limitation des gouvernants par le droit et leurs méthodes descriptives de la réalité sociale, DUGUIT et HAURIOU posèrent les bases de ce qui constituera plus tard, avec les œuvres de JÈZE¹⁸⁷, PEQUIGNOT¹⁸⁸ et de LAUBADÈRE¹⁸⁹, la théorie du contrat administratif français, c'est-à-dire une notion déterminée par des règles spéciales, contrôlée par un juge spécial, privilège inhérent à la puissance publique lorsqu'elle légitime son action dans le but d'assurer le fonctionnement de services publics.

Cette façon d'aborder le droit et la figure de l'État est très différente de celle des grands doctrinaires italiens, notamment de la méthode proposée par ORLANDO¹⁹⁰. Cette dernière impliquait l'exclusion des autres disciplines des sciences humaines et sociales de toute analyse juridique. La méthode « Orlandienne », liée au *Risorgimento* italien, est ainsi marquée par une volonté de cloisonnement de la discipline juridique. Elle influencera durablement la doctrine

¹⁸³ *Idem*, p. 467.

¹⁸⁴ *Idem* p. 792.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Idem* p. 747.

¹⁸⁷ JEZE (G.), *Les principes ...*, *op.cit.*

¹⁸⁸ PÉQUIGNOT (G.), *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pédone, 1945

¹⁸⁹ DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tome I II et III, LGDJ, 1956 ; DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLLE (P.), *Traité des contrats administratifs*, 2ème éd., 2 vol., LGDJ, 1984.

¹⁹⁰ ORLANDO (V.E.), « I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico », *Arch. giur. Serafini*, Vol. XLII, Pisa, 1889.

ultérieure dans le sens du normativisme kelsenien. Dans cette optique, l'étude du droit administratif ne peut être réalisée que sous le primat de la loi, norme légitimatrice du pouvoir politique destinée à assurer, par le droit, la stabilité et l'unité du nouvel État italien¹⁹¹. Le droit administratif voit ainsi son existence conditionnée par son adossement aux principes constitutifs de l'État constitutionnel. Il est essentiellement le produit de la loi. Cette méthode a alors eu pour effet de lier l'existence des institutions administratives à leur existence constitutionnelle et législative. L'État, et *a fortiori* l'administration, se déterminent exclusivement par la loi. Il faut donc faire sortir du droit administratif ce qui relève, positivement, du droit civil, c'est-à-dire l'acte contractuel. Le droit de l'action administrative se réduit alors à la frontière infranchissable entre ce qui relève organiquement du public et du privé, de l'unilatéral et du contractuel. Cette doctrine, purement positive, peut donc se résumer dans l'étude du système juridique tel qu'il est, c'est-à-dire détaché des réalités historiques et des pratiques administratives.

RANELLETTI partage le même postulat de la personnalité juridique de l'État et de ce qui légitime sa puissance souveraine¹⁹². Selon lui, l'État ne pouvait s'analyser qu'en fonction de son caractère d'organisation politique de la société. Si « *l'État naît du droit par le droit*¹⁹³ », le maintien de certaines de ses activités dans l'ordre privé paraît alors être un fait nécessaire. Le caractère subalterne de ces activités ne semblait pas, au demeurant, devoir être rattaché à l'étude de ce qui constitue, positivement, les institutions de l'État. Cependant, la limite de cette théorie se mesurait dans la prise en considération par RANELLETTI des buts de l'État, plus particulièrement de ses moyens d'actions. Son analyse sur la notion contrat recule ainsi au profit d'une analyse théorique générale des actes de l'administration dans lesquels l'auteur range (ce qui peut paraître paradoxal pour un juriste français) les concessions. En effet, dans un célèbre ouvrage¹⁹⁴, RANELLETTI cherche à établir une systématisation de l'ensemble des actes de

¹⁹¹ CASSESE (S.), *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologne, Il mulino, 1971, p.130.

¹⁹² RANELLETTI (O.), "Principi di diritto amministrativo", Vol. I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Piero Ed., 1912, p. 117 et s.

¹⁹³ SABBIONI (P.), « Le service public et l'État de droit en Italie », in, MARCOU (G.), MODERNE (F.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, l'Harmattan, 2001, p.259.

¹⁹⁴ RANELLETTI (O.), "Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative", in *Giur. it.*, 1894, IV, c, p. 7.

l'administration à la manière de celle opérée en droit civil pour la catégorie des « *negozi giuridici* » (transactions juridiques)¹⁹⁵. Dans cette perspective, la concession reçoit une attention particulière. En se fondant sur la méthode d'ORLANDO et sur les écrits des théoriciens allemands comme MAYER¹⁹⁶, RANELLETTI en arrive à la conclusion que la concession est un acte unilatéral. Cette thèse est basée principalement sur la distinction entre les actes d'autorités et les actes de gestion que le droit administratif français a également connu¹⁹⁷. Selon lui, lorsque l'objectif est la réalisation d'un *interesse pubblico* « *l'administration opère comme une autorité, en fonction des normes du droit public : tout cela révèle la qualité d'acte impérieux dans les actes de concessions* »¹⁹⁸. L'analyse est donc la suivante : là où se trouve un acte impérieux (*atti d'imperio*), il y a intérêt public (*interesse pubblico*), donc intérêt légitime (*interesse legittimo*), donc compétence du juge administratif¹⁹⁹. L'analyse de RANELLETTI sur la nature de la concession administrative, profondément marquée par la figure de ce qui constitue la personnalité juridique de l'État italien, influencera elle-même le débat sur la nature *dei contratti pubblici*²⁰⁰.

Ainsi, à l'inverse du droit administratif français, le droit administratif italien ne reconnaît pas une catégorie spécifique de contrats dévolus au droit administratif. Les contrats conclus par les administrations sont essentiellement des contrats de droit privé. Cependant, la nature particulière de la personnalité juridique de l'administration et sa position spéciale caractérisée par le caractère exorbitant de ses pouvoirs ont conduit le législateur italien à adopter (certes sous l'influence du droit de l'Union européenne pour les plus récentes) des procédures spéciales

¹⁹⁵ *Idem* p.11.

¹⁹⁶ MAYER (O.), *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Op. cit.

¹⁹⁷ MADIOT (Y.), *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, LGDJ, 1971, p. 145 à 170.

¹⁹⁸ *Ibid* : « *l'amministrazione opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico : tutto questo rivela la qualità di atti d'imperio negli atti di concessione* ».

¹⁹⁹ Cass. It, Rome, 17/05/1899; G.A., 1889.III.69. Dans cette décision, la cour de cassation de Rome reconnaît que la concession est un acte d'autorité, expression du pouvoir discrétionnaire de l'administration. L'ensemble du contentieux de cet acte particulier est ainsi transféré au Consiglio di Stato.

²⁰⁰ V. MIELE (G.), *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; GALLO (M.), *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; CAMMEO (C.), *I contratti della pubblica amministrazione*, Roma, 1939; GIANNINI (M.S.), *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, p. 26 ; LEDDA (F.), *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965; FALCON (G.), *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.

(*procedura di evidenza pubblica*) pour le choix de son « partenaire ». Cette zone relève du droit administratif²⁰¹. Elle représente *l'imperio*, la prérogative de l'administration dans le but de pourvoir à *un interesse pubblico*. Là se retrouve la première analogie entre les contrats administratifs et i *contratti pubblici*.

Nous avons défini en introduction le terme P.P.P. comme le support notionnel décrivant un processus de coopération sur le long terme entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique, visant à satisfaire des besoins d'intérêts généraux aux moyens des procédés de la commande publique et en y incluant un préfinancement privé. Si nous venons de décrire brièvement la différence de perception de la notion de contrat, procédé générique de la commande publique, il nous faut maintenant aborder ce qui permet de satisfaire le besoin d'intérêt général. Or, cette satisfaction est en grande partie liée à la notion d'ouvrage public. L'ouvrage public est le support fonctionnel de l'action de l'administration lorsqu'elle assure sa mission. Dans cette optique, la fonction primordiale du P.P.P. est de doter l'administration des moyens nécessaires à l'exécution de ses missions. Dès lors, s'interroger sur l'hybridation des droits français et italiens de la commande publique nécessite de décrire ce qui constitue, originellement, le procédé permettant la création de l'ouvrage public, c'est-à-dire le travail public. Nous comprendrons alors mieux ce qui représente la véritable hybridation de nos droits et ce qui a permis l'émergence du P.P.P. En ce qui concerne les travaux, un constat doit être formulé : la diversification des missions de l'administration a conduit au développement sectoriel d'instruments juridiques nécessaires à la construction des ouvrages publics.

²⁰¹ Art. 244 del codice dei contratti pubblici : « *Il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici.* » (Le code justice administrative identifie les conflits en matière de contrats publics à la compétence exclusive du juge administratif.)

B) L'influence pratique de la notion de travaux publics dans l'élaboration de régimes juridiques spécifiques

Le point de départ commun des P.P.P. français et italiens réside dans la notion de travaux public (*lavori pubblici*). Très ancienne²⁰², cette notion a été à l'origine des règles relatives aux droits des contrats administratifs et *dei contratti pubblici*. L'analyse comparée de deux célèbres textes, à savoir la loi du 28 pluviôse an VIII²⁰³ et la *legge sulle opere pubbliche*²⁰⁴ de 1865, permet alors de mesurer les différences d'appréciations, non seulement entre les notions de travaux publics et *dei lavori pubblici*, mais aussi entre les différents contrats supports de ces notions.

Ainsi, ces opérations ont de tout temps fait l'objet de réglementations spécifiques. En effet, aussi loin que nous puissions remonter, la formulation de prescriptions spéciales semble souvent avoir été appliquée à ce domaine. La loi des douze Tables réglementait par exemple la largeur des routes dans l'Empire romain dans le but de faciliter le déplacement et l'intervention des légions²⁰⁵. Des lois de 1791 fixaient les règles de passation pour les travaux de construction et de fortification des casernes militaires²⁰⁶. Ces textes, depuis la seconde campagne d'Italie menée par Bonaparte, furent appliqués aux places fortes et postes militaires situés sur le royaume du Piémont-Sardaigne (qui deviendra le noyau fondateur de l'État italien unifié dont l'existence à proprement parler date de 1861). Outre cette application aux deux pays de notre étude, ils révèlent de nombreuses règles encore en vigueur en matière de marchés publics de travaux. Ainsi, ces dispositions, édictées dans le but de préserver les deniers publics, mettaient en place une

²⁰² V. KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique- L'évolution du droit des marchés publics*, Paris II, 2005, p. 33 à 106.

²⁰³ Loi concernant la division du territoire français et l'administration, 28 pluviôse an VIII, Bulletin des Lois, 3° S., B. 17, n° 115.

²⁰⁴ Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, 20 marzo 1865, legge sulle opere pubbliche (Allegato f), G.U del 27 aprile 1865.

²⁰⁵ HUMBERT (M.), « La loi des douze Tables, une codification ? », *Droits*, 1998, n°27, p.87, cité in, KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique- L'évolution du droit des marchés publics*, Paris II, 2005, p.39.

²⁰⁶ Lois des 8=10 juillet 1791 *sur la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs*, in, BARROT (O.), *Recueil général des lois, décrets, et ordonnances : depuis le mois de Juin 1789 jusqu'au mois d'Août 1830*, Paris, Journal des notaires et des avocats et journal du notariat, 1834-1840, p.253.

procédure d'adjudication²⁰⁷, des mesures de publicités²⁰⁸ et de mise en concurrence²⁰⁹, le principe de l'allotissement²¹⁰ et surtout les moyens de financement (intégralement publics) de ces ouvrages²¹¹. D'autres textes sectoriels viendront, en France²¹² comme dans les différents États italiens de la période pré-unitaire²¹³, appliquer, dans l'unique but de la préservation des finances publiques et de la lutte contre la corruption, des procédures spécifiques pour la conclusion des contrats propres aux activités stratégiques d'États n'intervenant pas encore directement dans le secteur économique. Pouvaient être alors considérées à l'époque comme travaux publics les réalisations d'ouvrages liés aux activités régaliennes de l'État et régies par des textes spéciaux. La différenciation entre les notions viendra des méthodes d'interprétation des deux grands textes cités ci-dessus, la loi de pluviôse an VIII et la *legge sulle opere pubbliche* de 1865.

En France, la célèbre loi concernant la division du territoire français et l'administration²¹⁴ disposait, en son article 4, que « *Le conseil de préfecture prononcera... sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de*

²⁰⁷ *Op. Cit* : Art 3 du titre VI « *Tout les travaux de constructions, d'entretien ou de réparation des fortifications, bâtiments et établissements militaires quelconques, et de tout ce qui en dépend, seront faits par entreprise, d'après une adjudication au rabais.* »

²⁰⁸ *Op.cit.* : Art 6 du titre VI : « *d'après l'époque convenue entre les corps administratifs et le commissaire des guerres, celui-ci fera poser, dans les places et dans les lieux circonvoisins, des affiches signées de lui et indicatives de l'objet, de la durée et des conditions du marché, ainsi que du jour et du lieu où il sera passé, de manière à ce que les particuliers puissent être informés à temps, et se mettent en état de concourir à l'adjudication qui sera faite.* »

²⁰⁹ *Op.cit.* : Art 8 du titre VI : « *le jour fixé pour l'adjudication, les membres du directoire du département[...]ainsi que le commissaire des guerres, se rendront au lieu d'assemblée [...] par devant lequel devra se passer le marché, et là, en leur présence[...] , l'adjudication sera faite par le commissaire des guerres, au rabais, publiquement, et passé à celui qui fera les meilleures conditions.*

²¹⁰ *Op. Cit* Art 3: « *Cette adjudication ne sera jamais passée en masse, mais elle comprendra le détail des prix affectés à chaque nature d'ouvrages et de matériaux qui seront employés.* »

²¹¹ *Op.cit.* Art 1^{er} : « *Les fonds destinés à l'augmentation, à l'entretien et aux réparations des fortifications, ainsi que des bâtiments et établissements militaires, dans les places de guerre et postes militaires seront dorénavant fournis en entier par la partie du trésor public affectée au département de la guerre...* »

²¹² V. BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ, Tome 206, 1999 ; KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique- L'évolution du droit des marchés publics*, Paris II, 2005.

²¹³ SANDULLI (M. A), NICTOLIS (R.) et GAROFOLI (R.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008.

²¹⁴ Loi du 17 février 1800 (28 pluviôse an VIII), Bull. des Lois, 3^o S., B. 17, n^o 115.

leur marché ». Les deux notions clefs fondant la compétence de l'ordre administratif au détriment de l'ordre judiciaire sont donc celles de « marché » et de « travaux publics ». En s'en tenant à une stricte interprétation du texte, il semble que ce qu'il convient de définir comme étant des « travaux publics » ne peut s'exécuter que par le moyen de ce qu'il convient d'appeler « des marchés ». En réalité, l'extension de la notion de travaux publics sera telle que la reconnaissance du caractère « public » des travaux entraînera *de facto* le classement des différents contrats ayant pour finalité ce type d'opération dans la catégorie des « marchés ». Dans les deux cas, les frontières respectives de ces deux notions ont subi d'importantes extensions.

En ce qui concerne les travaux, le XIX^{ème} siècle fut celui du développement des équipements publics de sorte que de nombreuses infrastructures furent construites. Le développement de ces travaux publics, bien que la notion ne soit définie nulle part²¹⁵, conduit alors le législateur, entre 1830 et 1840, à adopter plusieurs textes étendant la procédure d'adjudication aux marchés de l'État, des communes et des établissements de bienfaisance²¹⁶. À leur lecture, c'est le critère organique qui prédomine originellement dans la qualification de ce qui relève des travaux publics. Est un travail public ce que le doyen HAURIOU définira comme une opération de « *construction, réparation, d'entretien, d'exploitation d'un ouvrage public, exécutée pour le compte d'une administration publique et sous sa surveillance, par un negotium qui relève du louage de service*²¹⁷ ». Cette définition semble assez large si l'on considère l'étendue de ce que recouvre la notion d'ouvrage public telle qu'interprétée par le Conseil d'État²¹⁸. Ainsi, la jurisprudence n'a eu de cesse d'étendre la notion de travaux publics à de multiples contrats afin de fonder la compétence contentieuse du juge administratif dans ce domaine. Trois éléments se dégagent de la définition d'HAURIOU : un travail, à caractère immobilier et pour le compte d'une personne publique. Or, comme l'a démontré le

²¹⁵ Voir. DUFAU (J.), *Droits des travaux publics*, Paris, PUF, 1998, p.20.

²¹⁶ Art 1^{er} de l'ordonnance 07/12/1836 portant règlement sur les marchés passés au nom de l'Etat, in, GALISSET(C.), *Recueil complet des lois, décrets, arrêtés, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat* [...], Paris, Bureau du corps du droit français, 1836, p. 925 ; et, art 1^{er} de l'ordonnance du 14 novembre 1837 portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance, Bull. des lois, n°546.

²¹⁷ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^{ème} édition, Paris, Sirey, 1921, p.732

²¹⁸ CE Ass., Avis n° 323179, 29/04/2010, *Époux Béliгаud*, RFDA 2010 p. 572, comm. MELLERAY (F.), AJDA, 2010, p.1916, note NICINSKI (S.), JEANNENEY (P-A.) et GLASER (E.).

Professeur KALFLÈCHE, au fil du temps, les éléments composant la notion ont subi une grande évolution visant à un élargissement toujours plus grand²¹⁹ : « *les immeubles largement entendus, le travail réduit à peau de chagrin et le caractère public des travaux dont la définition multiforme englobe la quasi-totalité des travaux d'intérêt général, dès lors qu'une personne publique à un rôle quelconque dans leur réalisation* »²²⁰. Nous ne dresserons pas une liste exhaustive de l'ensemble des décisions du Conseil d'État portant sur cette matière. À titre d'exemple, nous pouvons simplement citer les travaux aussi divers et variés que ceux relatifs aux canalisations de gaz²²¹, aux enlèvements des boues et immondices²²², aux pompes funèbres²²³, aux travaux sur les voies fluviales²²⁴, cimetières²²⁵, prisons²²⁶, etc. La notion française de travaux publics ne cessera alors de s'étendre sans réelle conceptualisation²²⁷. Aujourd'hui, les limites semblent être fixées par la combinaison des célèbres jurisprudences *Monségur*²²⁸ et *Effimieff*²²⁹. À la vue de ces deux décisions, peuvent être considérés comme constituant des opérations de travaux publics : soit les travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'intérêt général, soit les travaux exécutés pour le compte d'une personne privée mais sous le contrôle d'une personne publique et dans le cadre d'une mission de service public. Les éléments de la notion se sont donc sensiblement étendus au fil de la jurisprudence du Conseil d'État.

En ce qui concerne l'emploi du terme marché, la formulation de l'article 4 de la loi de pluviôse an VIII ne semble pas opérer les distinctions d'aujourd'hui entre les notions de marchés publics et de concessions. Le marché, au sens originel, représente n'importe quel type de contrat soumis à des procédures spécifiques de

²¹⁹ KALFLÈCHE (G.), *op.cit.*, p. 55 à 70.

²²⁰ *Idem* p.77.

²²¹ CE, 12/07/1889, *Union des gaz*, Rec. p. 1287.

²²² CE, 28/06/1855, *Giroult*, Rec. p.220.

²²³ CE, 08/07/1910, *Commune de Lardy*, Rec. p. 568.

²²⁴ TC, 24/05/1876, *De Chargère*, Rec. p.497.

²²⁵ CE, 03/07/1850, *Pairel*, Rec. p. 644.

²²⁶ CE, 03/05/1895, *Monlaü contre département de la Corse*, Rec. p.377.

²²⁷ BERTHELEMY dira de la notion que sa « *définition n'est donnée par aucun texte ; elle se dégage seulement de la tradition et des lois qui en parlent.* », BERTHELEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris, Rousseau,1906, p.557.

²²⁸ CE, 10/06/1921, *Commune de Monségur*, Rec. p.573 ; *Dalloz* 1922, 3, p. 26 Concl. CORNEILLE ; note JEZE *RD* 1921, p.361 ; note HAURIOU, *S.* 1921,3, p.49.

²²⁹ TC, 28/03/1955, *EFFIMIEFF*, Rec. p.617 ; note BLAVOET *JCP* 1955.II, p.8786 ; note LIET-VEAUX, *rev. Adm.*, 1955, p.285 ; *AJDA* 1955.II, p.332.

passation et d'exécution. Ainsi, le Conseil d'État se fonde la loi de l'an VIII, dans sa jurisprudence *Cartier*²³⁰ de 1851, pour assujettir la compétence des conseils de préfecture en matière de contestation entre l'État et les fermiers des bacs sur la plus ou moins-value du matériel en fin d'affermage alors que l'opération relève plus d'un service que d'un travail public, d'une concession que d'un marché de travaux. La notion de travail public domine celle de service et emporte, dans ses acceptions les plus larges, la qualification de marché et la compétence du juge administratif. Le critérium permettant de distinguer les différents types de contrats est donc très difficile à élucider tant que la notion de travail public surplombe la matière des contrats entrant dans le champ de la loi du 28 pluviôse an VIII (que nous pouvons qualifier de commande publique par commodité de langage). Le critère du mode de rémunération ne semble pouvoir être utilisé pour tracer une frontière entre les contrats. En effet, dans une décision de 1878, le Conseil d'État considéra que le traité liant un particulier et une commune afin de lui fournir les ouvrages nécessaires à la distribution de l'eau et la distribution en elle-même était une concession alors même que le paiement était intégralement public et consistait au versement d'une prime forfaitaire annuelle et d'une prime variable en fonction de la quantité d'eau délivrée²³¹. En réalité, la concession se conçoit encore à cette époque comme une libéralité, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de TARBÉ de VAUXCLAIRS, comme « *l'octroi fait par l'autorité souveraine d'un droit, d'une grâce, d'un privilège, d'une faculté de faire* »²³².

Cette conception sera d'ailleurs la même chez HAURIUO qui considérait que l'opération « *est une concession des droits de puissance publique [...] instituée de façon réglementaire* »²³³. L'ordonnance royale du 26 février 1823²³⁴ établissant

²³⁰ CE, 26/01/1850, *Cartier et autres*, Rec. p. 91.

²³¹ CE, 08/02/1878, Pasquet, Rec. p. 128 : « *Considérant que par un traité, le maire de Bourges a concédé au sieur Pasquet, [...], l'établissement et l'exploitation de la fourniture de l'eau nécessaire à la consommation [...], moyennant le paiement d'une annuité fixe par la ville de 30 000 francs et d'une annuité variable avec la quantité d'eau élevée[...]* Que ce traité ne constituait pas seulement un marché de travaux publics[...]*mais qu'il porte concession au sieur Pasquet du droit d'exploiter le service de la fourniture des eaux de la ville pendant une période déterminée.* », cité in, BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ, Tome 206, 1999, p. 376.

²³² TARBÉ de VAUXCLAIRS (J-B), *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes, considérés dans leur rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence*, Paris, CARILIAN-GOEURY, 1835, p.152., in, BEZANÇON (X.), *op.cit.*, p. 358.

²³³ HAURIUO (M.), *op. cit.*, p. 754.

la première concession de chemin de fer qu'a connue la France est d'ailleurs sans ambiguïtés à ce sujet²³⁵. Il s'agissait d'établir une ligne de chemin de fer de la Loire au Pont-de-l'Ane sur la rivière de Furens, afin de développer l'exploitation minière du bassin de Saint-Etienne. Il est intéressant de constater, non seulement que la concession fut « demandée » par les exploitants miniers et « octroyée » par le souverain²³⁶, mais encore que le but principal de cette dernière était de conférer à la société concessionnaire le droit d'exproprier les propriétaires des terres situées sur le tracé du chemin de fer²³⁷, droit par essence de puissance publique. De plus, ce qui pourrait être aujourd'hui qualifié de service public du transport en commun des voyageurs est absent du texte. La ligne de chemin de fer n'avait qu'un but commercial, celui de faciliter l'acheminement des divers produits et marchandises nécessaires au développement de l'exploitation minière. Nous le percevons ainsi aisément, la concession ne se différencie pas originellement du marché. Elle est un élément particulier de ce dernier, en fonction du pouvoir de concéder, c'est-à-dire de céder à un autre ce qui relève de ses propres prérogatives. C'est l'exécution d'un travail public dans le but de l'exploitation future d'un ouvrage public, au frais du concessionnaire, avec ou sans subvention, qui détermine originellement ce qui relève du marché (au sens de la loi du 28 pluviôse an VIII). La concession, élément du marché, consiste ainsi en la délégation de droits et de prérogatives de puissance publique dans le but d'effectuer des travaux et/ou des services (les seconds étant considérés, à l'époque, comme accessoires aux premiers). La contrepartie des obligations du concessionnaire liées à l'octroi de ces droits réside alors dans la rémunération de leurs activités par une rétribution de ceux à qui profitera le travail.

Le droit italien du XIX^{ème} est plus pragmatique. *La legge sulle opere pubbliche*²³⁸ dresse une liste des travaux publics. Ces derniers relèvent, sauf exceptions, de la compétence *del ministero dei lavori pubblici*²³⁹. Il est intéressant de remarquer que les types d'opérations diffèrent en fonction des spécificités des

²³⁴ Ordonnance du Roi relative à l'établissement d'un chemin de fer de la Loire au pont de l'âne sur la rivière de Furens, par le territoire houiller de Saint-Etienne, département de la Loire, Bull. lois, 1823, n°591, p. 193.

²³⁵ Voir PICARD (A.), *Traité des chemins de fer*, Paris, J.ROTHSCILD, 1887, tome 1, p.3 à 13.

²³⁶ Article 1^{er} de l'Ordonnance royale de 1823, *op. cit.* p. 194.

²³⁷ Article 2 de l'Ordonnance royale de 1823, *op. cit.* p. 194.

²³⁸ LEGGE 20/03/1865, n°2248 (ALLEGATO F), *legge sulle opere pubbliche*, G.U 27/04/1865.

²³⁹ *Legge sulle opere pubbliche*, *op. cit.*, Art. 1.

ouvrages publics décrits. Sont ainsi considérés comme des travaux publics les opérations de constructions et de maintenances concernant les routes nationales ; les concessions relatives aux constructions et exploitations des voies de chemins de fer ; les travaux exécutés sur les routes provinciales, communales ainsi que les chemins vicinaux prévus par la loi (la compétence est normalement dévolue aux provinces et aux communes) ; les opérations de construction, de conservation et d'amélioration des canaux domaniaux et des voies de navigation ; les travaux de réalisation d'ouvrages de distribution d'eau ; les travaux sur les rivières, les ruisseaux et les lacs ; les constructions des ports, les opérations de conservation des monuments publics ; la construction, l'amélioration et la maintenance des bâtiments de l'administration publique (excepté ceux des administrations de la guerre et de la marine...) ; l'établissement, la maintenance et l'exploitation des télégraphes. La loi fixe des compétences extrêmement larges au ministre puisque des domaines aussi précis que la fixation des montants des redevances pour les concessions s'ajoutent aux pouvoirs étendus et variés de ce que nous pourrions qualifier de maîtrise d'ouvrage en matières de travaux afférents aux voies ferrées, bâtiments administratifs, voies navigables, etc.

Ces différents types de travaux sur ouvrage public, dont la nature est détaillée avec grande précision dans chacune des sections du texte, sont réalisés, dans les faits, par de multiples contrats n'ayant pas de cadre juridique précis. En effet, le chapitre II du titre VI de la loi, intitulé paradoxalement *dei contratti*, ne mentionne pourtant aucun des procédés permettant de matérialiser juridiquement ces travaux et n'établit nullement, du reste, une frontière entre ce qui relève des concessions et *degli appalti pubblici* (des marchés publics). Comme pour la France, la concession est à l'époque liée à l'opération de travaux publics, au contrat de travaux en lui-même. Le texte de la loi se borne uniquement à des considérations financières. Ce qui transparaît de sa lecture et de son analyse est, qu'à l'instar des différentes législations françaises de la période post-révolutionnaire jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle, l'élément dominant est la volonté de préservation des deniers publics. Ainsi, le ministre de travaux publics, assisté dans sa tâche par le conseil supérieur des travaux publics, est compétent pour approuver ou refuser l'exécution des contrats, pour un travail donné, à une date donnée. Le prix convenu doit être, sauf exceptions, fixe et invariable. Les travaux sont payés par l'État dans les limites

fixées par le budget annuel et divisés entre les travaux ordinaires (ceux relevant d'opérations d'entretien) et extraordinaires (constructions nouvelles). Comme pour la France, le critère de la rémunération n'est donc, à cette période, pas un élément déterminant de la distinction.

Le concept de concession n'est pas encore défini et ces dernières ne sont envisagées que sous un strict rapport patrimonial visant à conférer au concessionnaire le droit d'utilisation des biens du domaine public ou le domaine en lui-même afin d'effectuer les travaux nécessaires à la construction *delle opere pubbliche* (ouvrages publics). Les concessions administratives sont donc assimilées à des contrats de droit privé au même titre que les marchés publics²⁴⁰. Une attention particulière est apportée aux concessions ferroviaires au secteur privé²⁴¹. Depuis le début de cette industrie, une distinction fût établie entre le royaume de Piémont Sardaigne et le royaume des Deux-Siciles. Alors que le premier royaume réalisa la construction des lignes principales sur fonds publics et concéda les lignes secondaires à des entreprises privées, le second procéda différemment en décidant de construire lui-même les voies ferrées le reliant aux autres États italiens alors qu'originellement il avait concédé les premières lignes de chemins de fer à des opérateurs privés dans un but exclusivement commercial²⁴². Cette divergence est, selon nous, à l'origine des particularités de la concession telle qu'elle figure dans la *legge sulle opere pubbliche del 1865*. En effet, l'article 206 de la loi établit une distinction entre les voies ferrées privées et publiques en fonction de leur but. Si ces dernières ont pour objectifs le transport de voyageurs ou d'objets, elles seront considérées comme publiques. À l'inverse, si elles ont été construites par une personne privée dans l'unique but du développement d'une activité commerciale et/ou industrielle, elles seront considérées comme privées. Les voies de chemin de fer privées se distinguent alors en deux sous catégories. Dans la première ne sont

²⁴⁰ Cette conception perdurera jusqu'aux travaux de RANELLETTI et l'assimilation par la Cour de Cassation de la concession comme acte administratif unilatéral (C.Cass 1894) et sera ensuite considérée comme un acte mixte par la cour de cassation en 1910. Actuellement en Italie la concession est considérée comme un acte unilatéral de dévolution d'une activité publique complété par un contrat.

²⁴¹ Capo V del Titolo V della legge, *delle strade ferrate*.

²⁴² Ferdinand des Deux-Siciles octroya par exemple une concession à un promoteur Français, Armand BAYARD de la VINGTRIE, afin de construire et d'exploiter la première ligne de chemin de fer reliant Naples à Granatello di Portici en 1839. V. CUCHEVAL-CLARIGNY (A.), *Les chemins de fer italiens*, Revue des deux mondes, t. 64, 1884, p.72.

concernées que les voies situées exclusivement sur les propriétés des personnes privées (la compétence de contrôle du ministre des travaux publics se limite alors exclusivement au respect de considérations de sécurité et de salubrité publique) ; dans la seconde, sont concernées les voies dont le tracé est situé sur les biens d'autrui et le domaine public (la compétence du ministre est donc beaucoup plus grande et son contrôle sur l'opération porte sur toutes les étapes de la procédure). La loi va alors distinguer entre les voies ferrées publiques et les voies ferrées privées de seconde catégorie. Si pour les secondes l'exploitation est toujours effectuée par le privé, pour « les voies ferrées publiques » les articles 291 et 297 vont amener à une curieuse interprétation.

Ces deux articles présentent en effet les concessionnaires comme chargé de la construction **ou** de l'exploitation des voies ferrées publiques²⁴³. L'utilisation de la conjonction de coordination « *o* », dans la langue de *Dante*, est elle inclusive ou exclusive ? En d'autres termes, est-il possible de concéder la construction d'un ouvrage public sans son exploitation ? Le manque de précision de la loi quant à cette question semble provenir de la vieille tradition du royaume de Piémont Sardaigne dont l'expérience en matière de voies ferrées était suffisante pour pouvoir gérer directement les lignes après leur construction, et donc leur préfinancement par le privé. Une forme contractuelle spécifique à l'Italie naitra de ces différences d'acceptions : la *concessione di sola costruzione*²⁴⁴. Avec ce mécanisme assimilable à un marché de travaux (les paiements des concessionnaires pouvaient s'établir en une fois), de nombreux ouvrages ont ainsi pu être réalisés sous le régime de la concession de seule construction, c'est-à-dire en l'absence de mise en concurrence. La frontière entre marché et concession était donc, comme en droit français, extrêmement poreuse à l'époque. Ce qui importait était la délégation de pouvoirs appartenant par essence à l'autorité concédante, en aucun cas les modalités de rémunération du cocontractant.

²⁴³ Articolo 291 : « *Allorché i concessionari della **costruzione o dell'esercizio** di una strada ferrata pubblica contravverranno alle condizioni degli atti di concessione...* » (Lorsque les concessionnaires de la construction **ou** de l'exploitation d'une voie ferrée publique conviennent aux conditions des actes de concession.) ; Articolo 297 : « *Non saranno ammessi sequestri a favore di terzi sugli averi di una società anonima concessionaria della **costruzione o dell'esercizio** d'una ferrovia pubblica* »

²⁴⁴ V. *Infra*, p. 120.

Afin de se pourvoir en ouvrages publics au cours du XIX^{ème} siècle, la France et l'Italie ont donc eu recours à de multiples formes contractuelles, liées de façon sectorielle aux opérations qu'elles entendaient voir réaliser. Aucune systématisation des procédés juridiques permettant d'encadrer les constructions de ces ouvrages n'eut lieu. L'état de développement du droit de la commande publique apparaît donc comme extrêmement confus. Les différents procédés dérivèrent également des conceptions respectives de ce qui constituait la figure du contrat de l'administration au sein des deux pays. Le souci premier de la législation concernant les contrats de commande publique était la préservation des deniers publics. Ce n'est que bien plus tard que la concession, que d'aucuns qualifient comme étant le P.P.P. originel²⁴⁵, offrira aux contrats de commande publique leurs principes fondamentaux, notamment avec l'écllosion de la notion de service public. La multiplicité des interventions des personnes publiques dans l'économie et l'extension dans la sphère juridique de ce qui constitue une activité de service public va entraîner en effet une utilisation accrue du recours au secteur privé afin de financer les ouvrages nécessaires à la réalisation des missions de l'administration. À ce titre, c'est donc la notion de service public qui constitue le vecteur essentiel d'évolution des droits de la commande publique français et italien, édictés originellement afin d'assurer la protection des deniers publics et la limitation des pratiques corruptives. Ces évolutions prendront des tournures différentes, notamment au regard des caractéristiques particulières des modèles « originaux » de P.P.P. en France et en Italie.

DUGUIT affirmait en 1913 que « *l'organisation et le fonctionnement des services publics entraînent de fortes dépenses pour lesquelles il faut aux gouvernants de l'argent, beaucoup d'argent ; que la richesse constituant l'élément principal de la puissance, l'augmentation et l'extension des services publics accroissent en même temps les charges des contribuables et la puissance des gouvernants* »²⁴⁶. Ce qui relève du paralogisme dans cette « prémonition », c'est que son auteur ne prévoyait pas que, l'argent manquant, la gestion déléguée, ou plutôt la « *décentralisation du service public par voie de concession* »²⁴⁷ comme il la

²⁴⁵ BEZANÇON Xavier, *2000 ans d'histoire du partenariat public privé*, Paris, Presse nationale de l'école des ponts et chaussées, 2004.

²⁴⁶ DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Ed. La mémoire du droit, Paris, p. 55.

²⁴⁷ *Idem.*, p.56.

nommait, prendrait une part de plus en plus importante dans l'organisation et le fonctionnement de services de plus en plus nombreux²⁴⁸.

§2) La collaboration avec le secteur privé comme solution aux problèmes liés à l'accroissement des services publics

Il nous faut préalablement établir ce que recouvre la notion de service public au sein des deux ordres étudiés (A), avant d'analyser les modèles contractuels qui ont, les premiers, permis sa dévolution (B).

A) Des différentes acceptions de la notion de service public en France et en Italie

La construction des notions de service public et de *servizio pubblico* s'est effectuée en France et en Italie selon les méthodes évoquées précédemment. Elles vont emporter des conséquences importantes en droit de la commande publique. Alors que le droit administratif français va (certes de façon mythique²⁴⁹), avec la jurisprudence *Blanco*²⁵⁰, faire du service public un critère de légitimité de son autonomie, la méthode de la pureté juridique développée par les doctrinaires italiens va conduire à concevoir le service public non pas comme un critère déterminant de la construction du droit administratif mais comme un simple élément de reconnaissance de ce qui constitue les activités des personnes publiques, notamment au regard du principe *della legalita formale* (légalité formelle)²⁵¹. Dès

²⁴⁸ Il reviendra toutefois sur cette affirmation dix ans plus tard. Il affirmera en effet que « *L'accroissement du nombre de services ne résulte pas pour autant de l'accroissement de la puissance de l'État. Dire qu'un service devient ou doit devenir un service public, cela veut dire que ce service sera organisé par les gouvernants et qu'il fonctionnera sous leur contrôle. Mais cela ne veut pas dire nécessairement que les agents qui en seront chargés et les richesses qui y seront effectuées seront placés sous la dépendance directe des gouvernants. Au contraire, l'augmentation du nombre des services publics implique une décentralisation de plus en plus grande de ces services* » in, Traité de droit constitutionnel, II, 1923, p. 60.

²⁴⁹ BIGOT (G.), « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, p. 527.

²⁵⁰ T.C, 08/02/1873, *Blanco*, Rec. p. 61, Concl. David ; D. 1873.3, p. 20 ; S. 1873.3, p. 153.

²⁵¹ Est une activité de service public celle qui est déterminée comme telle par la loi. V. D'ALBERTI (M.), *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992, p.134.

lors, l'interprétation entre les deux pays de la notion de service public apparaît, à l'origine, comme radicalement différente.

Les juristes italiens de la période post-unitaire ont très vite été confrontés aux apories de la théorie de la seule légitimation de l'État par le formalisme juridique le plus extrême. Ont ainsi été particulièrement éludées les études sur le rôle de l'État dans le champ social et économique alors que ce dernier ne cessait de croître de façon exponentielle. Le critère d'identification de la notion de *servizio pubblico* comme étant celui lié exclusivement aux buts « juridiques »²⁵² de l'État a ainsi conduit à affirmer la solution insatisfaisante selon laquelle toute activité de l'Administration constituait un service public²⁵³. Une notion dérivant du droit pénal fût alors utilisée pour limiter cette croissance et opérer une distinction entre les buts « juridiques » et les buts « sociaux » de l'État par le biais des activités relevant de l'exercice de la puissance publique. En effet, le code pénal italien de 1889 prévoyait un délit d'offense à l'encontre de personnes chargées de la gestion d'un *servizio pubblico*²⁵⁴. Dans le même temps, il dressait une liste des types de fonctionnaires susceptibles de faire l'objet d'une sanction prévue pour les délits commis à l'encontre de l'administration publique, notamment les fraudes dans les approvisionnements publics²⁵⁵. Dans cette liste figuraient les personnes détentrices *della funzione pubblica*, c'est-à-dire les personnes exerçant une « fonction publique », au sens littéral du terme. La doctrine utilisa cette confusion du texte entre les deux termes pour assimiler la notion de *funzione pubblica* aux activités qui se matérialisaient dans l'expression de la puissance publique, et ainsi opérer une distinction entre elles et les activités qualifiées, organiquement, de service public²⁵⁶. Le service public pouvait donc être assimilé à cette époque comme représentant l'ensemble des activités sociales assurées directement par une personne publique et qui ne relèvent pas d'une *funzione pubblica*²⁵⁷. Ces dernières ne seront alors considérées que dans une acception économique et/ou sociale et n'obtiendront pas,

²⁵² ORLANDO (V-E), *op. cit.*, p. 58

²⁵³ *Idem.*, p.31.

²⁵⁴ Articolo 396 del codice penale per il regno d'Italia, Roma, Stamperia reale, 1889.

²⁵⁵ *Idem.*, Articlo 207.

²⁵⁶ ZANOBINI (G.), *Corso di diritto amministrativo*, Tome V, 2^{ème} éd., 1957, p. 343, in, SABBIONI (P.), *op. cit.*, p. 278.

²⁵⁷ MIELE (G.), *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffré, 1987, Tome 1 (réimp.), p.153.

en droit administratif italien, la place fondamentale reconnue en droit français²⁵⁸. Ce qui conditionne l'autonomie du droit administratif italien et la compétence du juge administratif demeurera donc la notion d'*interesse legittimo*, c'est-à-dire les situations subjectives affectées par des actes relevant du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Par la suite, cette conception « subjective » (ou « nominaliste »²⁵⁹) selon laquelle le service public consistait en une activité ne possédant pas la dimension de puissance publique des autres fonctions de l'administration dans ses relations avec les administrés sera abandonnée au profit d'une conception dite « objective ». En effet, à l'instar de la France, avec la Constitution de 1946 et les droits de seconde génération, plus particulièrement les principes sociaux et économiques contenus dans le préambule, la Constitution de 1948 va consacrer l'extension des tâches de l'État et des collectivités territoriales dans ces types particuliers d'activités. Or, nombre d'entre elles sont gérées par des personnes privées. La conception subjective du service public apparaissait alors comme dépassée puisqu'elle liait organiquement la personne publique à la réalisation de l'activité de service public. La loi du 7 mars 1938 sur le système bancaire²⁶⁰ peut alors être considérée comme le point de départ de la conception objective du service public. Elle prévoyait en effet d'assujettir les entreprises privées exerçant l'activité de crédit à la tutelle de l'État²⁶¹, puisqu'elle était considérée comme d'intérêt public²⁶². Cependant, l'activité de crédit ne pouvait entrer dans la conception subjective de service public dans la mesure où le caractère « propriété publique » qui eût été nécessaire manquait. GIANNINI formula alors la théorie « *degli ordinamenti sezionali* » selon laquelle l'activité d'intérêt public

²⁵⁸ CASSESE (S.), *Trattato di diritto amministrativo*, T. I, *Diritto amministrativo generale*, p. 643. cité in, MARCOU (G.) MODERNE (F.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, l'harmattan, 2001, p. 52.

²⁵⁹ Les termes sont employés indifféremment en fonction des auteurs. V. CHIEPPA (R.), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 1031 p. 793.

²⁶⁰ Legge n° 141, 07/03/1938, Conversione del regio decreto legge N°375, 12/03/1938, *Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*, G.U., 16/03/1936, n° 63.

²⁶¹ Art. 2 : « *Tutte le aziende che raccolgono il risparmio tra il pubblico ed esercitano il credito, siano di diritto pubblico che di diritto privato, sono sottoposte al controllo di un organo dello stato che viene a tal fine costituito e che è denominato "ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito"*. (Toutes les entreprises exerçant une activité de crédit au bénéfice du secteur public, quelles soient de droit public ou de droit privé, sont soumises au contrôle d'un organe de l'État constitué à cette fin et dénommé..)

²⁶² Art. 1 : « *La raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico regolate dalle norme della presente legge* »

pouvait être gérée de façon privée en subordonnant cette gestion au pouvoir de régulation de l'État²⁶³. Dix ans plus tard, la Constitution italienne prévoira que « dans des buts d'utilité générale, la loi peut réserver originellement ou transférer, par l'expropriation et sous réserve d'indemnisation, à l'État, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général supérieur »²⁶⁴. Les communautés de travailleurs ou d'usagers sont par définition des personnes privées. Ces dernières peuvent donc se voir transférer ou réserver originellement des services publics essentiels. Le service public se réfère ainsi en Italie à une qualification légale, dans laquelle le but de l'activité, c'est-à-dire une prestation économique et/ou sociale fournie aux administrés, est prépondérante.

La notion de service public ne s'est donc pas conçue initialement de façon matérielle. Elle ne peut non plus être comprise comme organique étant donné la multiplicité des opérateurs privés susceptibles d'intervenir dans la gestion de ce type de missions. Elle est en définitive fonctionnelle, puisque liée aux activités de nature économique et/ou sociale fournies aux usagers et considérées comme étant de service public par le législateur. Elle découle ainsi fonctionnellement de « l'identification d'un lien direct avec l'usager »²⁶⁵ et est soumise en conséquence à un programme de contrôle afin de l'orienter vers la satisfaction de buts sociaux²⁶⁶. En 2012, il *Consiglio di Stato* (le Conseil d'État) rappellera que pour identifier juridiquement un service public, « il n'est pas indispensable de se fier à la nature public de celui qui le gère tandis qu'il est nécessaire qu'une norme législative

²⁶³ GIANNINI (M.S.), *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, Moneta e credito, 1949, p.105, in, SABBIONI (P.), *op. cit.*, p. 285.

²⁶⁴ Art. 43 della Costituzione della Repubblica italiana: « A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale. »

²⁶⁵ Cass. it, 1^{ère} sect. Civ., 3/11/1960, n° 2965, *nuova Rassegna*, 1962, n°6, p.796-798, in COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2005, p. 72.

²⁶⁶ SABBIONI (P.), *op. cit.*, p.287.

prévoit sa création ainsi que la nature publique des règles qui détermine l'exercice de l'activité »²⁶⁷.

La référence à des services publics essentiels dans la Constitution italienne sous-entend donc qu'il existerait des services publics non essentiels. Cette conception est liée à la tradition de longue énumération du droit italien, inaugurée avec la célèbre loi Giolitti de 1903²⁶⁸ et poursuivie notamment avec le décret royal de 1925²⁶⁹ sur la gestion directe des services publics par les communes et les provinces et dont on trouve encore des traces dans des textes plus récents. Ces listes ne sont pas exhaustives et leur caractère non limitatif a conduit la doctrine à développer la théorie selon laquelle les services publics se distinguaient selon leur caractère obligatoire (c'est-à-dire ceux prévus par un texte) ou facultatif (ceux qui ne relevaient d'aucun texte). Cette distinction fut également proposée en droit administratif français. Ce dernier se tourna pourtant vers une conception matérielle de la notion.

En effet, dans une affaire peu connue et portée devant le Conseil d'État en 1911²⁷⁰, le juge administratif français dut se prononcer sur la question de savoir si une commune qui gérait un service d'éclairage électrique était imposable à la patente en sa qualité d'exploitant industriel. Cette dernière déférait au juge administratif l'arrêté du conseil de préfecture de 1907 qui rejetait sa réclamation selon laquelle elle avait créé un service d'utilité générale. Ce faisant, elle ne pouvait, selon elle, être assimilée à une exploitation industrielle, notamment parce qu'elle ne tirait de cette activité aucun bénéfice et qu'elle ne réalisait, de ce fait, aucun acte de commerce. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement BLUM commença par admettre, en principe, le premier argument soulevé par la commune selon lequel un acte de commerce est un acte générateur d'un bénéfice et que les organismes qui effectuent des actes non qualifiables « de commerce », puisque ne résultant pas d'un échange constituant un bénéfice, ne peuvent donc être assujettis à l'imposition. Cette argumentation lumineuse, où BLUM cherche à lier le mode de gestion à la nature même de l'activité (bénéfice possible donc acte de commerce,

²⁶⁷ C.S, Sez. VI, Sentenza n.° 202 del 05/4/2012, *POLIMERI Europa s.p.a c/ Regione Puglia*.

²⁶⁸ V. *Infra*, p. 86.

²⁶⁹ R.D n°2578 del 15/10/1925, *Approvazione del testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie*, G.U 1925.

²⁷⁰ CE 03/02/1911, *Commune de Mesle sur Sarthe*, Concl. BLUM (L.), 3 février 1911, Rec. p. 137.

acte de commerce donc activité exercée comme un particulier...), préfigure les conclusions de MATTER sur la jurisprudence « *Bac d'Eloka* »²⁷¹ et s'approche de l'indice de l'origine des ressources des SPIC de la jurisprudence *Union Syndicale des Industrie Aéronautique*²⁷². En l'espèce, le commissaire du gouvernement considéra que l'usine électrique exploitée en régie par la commune pouvait très bien effectuer des bénéfices puisque sa convention d'établissement ne faisait pas de la revente du kilowattheure à tarif réduit une obligation mais une faculté²⁷³. Cependant, ce qui est encore plus remarquable, c'est que BLUM propose, dans sa réponse au second moyen soulevé par la commune selon lequel elle serait exemptée d'impôt puisqu'elle gère un service public, une solution novatrice mais qui ne sera pas suivie par la Haute assemblée. Selon lui, il était en effet dangereux de s'interroger sur la nature publique ou privée du service puisque « *le critérium qui permettra de distinguer entre les uns et les autres, d'accorder aux uns une exemption qu'on refusera aux autres sera à peu près impossible à établir et à justifier juridiquement* »²⁷⁴. BLUM proposa alors de changer la nature du critère pour distinguer les activités des communes selon qu'elles soient constitutives de services communaux obligatoires, c'est-à-dire imposés par la loi, ou facultatifs. Seuls les services obligatoires seraient exemptés de charges fiscales. Dans le cas de services facultatifs, la personne publique, agissant comme un particulier, se verrait appliquer les dispositions du droit commun²⁷⁵. Le Commissaire du gouvernement ne sera pas

²⁷¹ Concl MATTER, TC, 22/01/1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 91.

²⁷² CE, Ass., 16/11/1956, *Union syndicale des industries aéronautiques* Rec. p. 434.

²⁷³ Dès lors, le bénéfice n'était pas forcément réel, mais demeurait possible au sens de la loi de 1880 sur les activités commerciales et elle devait être assujettie à la patente comme n'importe quel autre exploitant industriel privé.

²⁷⁴ Et le commissaire de donner deux jurisprudences contradictoires à ses yeux: l'une portant sur une usine de distribution d'eau que le Conseil avait déclaré d'intérêt public et à ce titre exempté d'imposition (CE *Ville de Lille* de 1878) et l'autre de 1900, l'arrêt *Léonard* dans lequel la Haute juridiction avait décidé que les entreprises de production d'électricité n'était pas d'intérêt public.

²⁷⁵ Le commissaire du gouvernement termine ainsi ses conclusions, laissant présager de la politique que mettra en place le futur Président du Conseil quelques années plus tard en matière de socialisme municipal : « *Nous sommes convaincus* », énonça t'il, « *qu'une solution de ce genre est conforme à l'intérêt véritable des communes et que, bien loin d'être défavorable à l'extension des services communaux, elle contribuerait à développer ce qui, à notre égard est infiniment souhaitable : la monopolisation progressive du plus grand nombre possible de services d'intérêt commun. Plus on souhaite cela, plus on souhaite d'ailleurs qu'au régime de la concession se substitue, dans la plus large mesure possible, le régime de l'exploitation directe où les communes s'accoutumeraient à gérer leurs services dans les mêmes conditions que des particuliers, en se prêtant aux conditions générales du commerce et en acquérant cet esprit qui fait prospérer les entreprises particulières* ».

suiwi par le Conseil d'État et ce qui caractérisera la notion française, c'est un lien étroit, cumulatif et parfois difficile à établir²⁷⁶ entre conception organique et matérielle. Elle emportera également de nombreuses conséquences sur les contrats administratifs français et bien évidemment, sur la notion de P.P.P.

Ainsi, au début du XX^{ème} siècle, le Conseil d'État n'aura de cesse de s'appuyer sur la notion de service public²⁷⁷ pour justifier sa compétence, s'affranchissant de l'utilisation de la notion de travail public²⁷⁸. Originellement, la conception française du service public fut marquée par la prépondérance paradoxale²⁷⁹ du critère organique, ou tout du moins le fait que l'élément organique entraînait dans son orbite l'élément matériel. Pouvait ainsi être considéré comme étant de service public, l'ensemble des activités assurées directement par une personne publique. Les choses évoluèrent assez rapidement sous l'influence du commissaire du gouvernement ROMIEU, lequel dans ses célèbres conclusions sur la décision *Terrier*²⁸⁰ proposa au Conseil d'État que constituent des opérations administratives relevant de la compétence du juge administratif « *par [leur] nature [...] toutes les actions entre les personnes publique et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public* ». Les termes « par leur nature » sont sans équivoque dans la pensée de ROMIEU. Ils permettent en effet la prise en compte du critère matériel comme composante indispensable du service public.

²⁷⁶ Certains auteurs ont ainsi pu considérer que la définition est impossible, voire introuvable. V. TRUCHET (D.), « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p.427 ; LINOTTE (D.), MESTRE (J-L) et ROMI (R.), *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec,2004.

²⁷⁷ Voir TESSIER (G.), *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Paul Dumont, 1906 ; réédition, Ed. la mémoire du droit, Paris, 2009.

²⁷⁸ Voir BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ, Tome 206, 1999, p. 396 à 404.

²⁷⁹ Paradoxale puisque nombres d'activités relevant de la compétence du juge administratif par le rattachement à la notion de travail public étaient déjà assurées, via le modèle de la concession, par des personnes privés (chemins de fer, distribution d'eau, d'électricité, de gaz, transports urbains...).

²⁸⁰ CE 6/02/1903, *Terrier*, Rec. p. 94, Concl. ROMIEU ; *D.* 1904.3.65 ; *S.* 1903.3.25, Concl. ROMIEU, note HAURIOU.

Dans cette acception, l'absence de définition claire de la notion sert un juge voulant accroître son autonomie et ne pas entraver sa compétence au profit d'une définition rigide ayant l'effet d'un carcan²⁸¹. La dimension publique du service préexiste alors à sa prise en charge par l'Administration. Avec à la jurisprudence *Thérond*²⁸², la décision *Terrier* révèle ainsi un caractère précurseur en ce début de siècle puisqu'elle admet qu'un service géré par une personne privée puisse, en définitif, être qualifié de public et emporter la compétence du juge administratif en ce qui concerne les litiges nés de l'exécution de ce dernier.

Cependant, le lien avec le critère organique ne disparaît pas pour autant puisque le Conseil d'État « *constatera que les contrats conclus dans l'intérêt du service public sont des actes d'exécution du service, confiés à une personne privée mais sous la surveillance et la responsabilité des collectivités locales en cause* »²⁸³. La nécessité de dégager une définition s'imposera de manière plus forte dans les années trente avec le phénomène de la gestion statutaire de missions de service public, hors habilitation contractuelle, par des organismes de droit privé²⁸⁴. À partir des critères de définition fournis dans les décisions *Magnier*²⁸⁵ et *Narcy*²⁸⁶, notamment via le rattachement à la personne publique, une activité sera considérée comme étant de service public si elle réunit les éléments suivant : une mission d'intérêt général, des prérogatives de puissance publique dans l'exécution de cette mission et le contrôle de l'administration. Nous nous permettons ainsi de reprendre les termes du Professeur GROS qui considère qu'à « *l'image d'une grande partie du droit administratif lui-même, l'élément organique tend à s'estomper au nom de la réalité matérielle en matière de gestion des services publics. Ainsi plus qu'un lien*

²⁸¹ Voir CHENOT (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE* 1950, p.77 ; « *l'existentialisme et le droit* », *Revue Française de science politique*, 1959, p.60. Pour une opinion contraire voir : RIVERO (J.), « Apologie pour les faiseurs de système », *D.* 1951, p.109.

²⁸² CE, 04/03/1910, *Thérond*, Rec. p.193, Concl. PICHAT; *Sirey* 1911.3.17, note HAURIOU, *RD*, 1910, p.249, note JÉZE.

²⁸³ CHEVALLIER (J.), Essai sur la notion juridique de service public, <http://u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>; p.142.

²⁸⁴ CE Ass., 13/05/1938, *Caisse primaire Aide et protection*, Rec. p.417, *D.* 1939.3.65 Concl. LATOURNERIE, note PEPY, *RD* 1938, p.830, Concl. LATOURNERIE.

²⁸⁵ CE, 13/01/1961, *Magnier*, Rec., p. 33, *RD* 1961, p. 155, Concl. FOURNIER, *Dr. Soc.* 1961, p. 335, note TEITGEN.

²⁸⁶ CE, 28/06/1963, *Narcy*, Rec., p. 401, *AJDA* 1964, p. 91, note DE LAUBADERE, *RD* 1963, p. 1186, note WALINE.

juridique suffisant sera exigé un lien réel suffisant. En ce sens, une simple dépendance dans les faits suffira le plus souvent »²⁸⁷. Cette simple dépendance sera utilisée pour traquer les missions de service public d'associations qui, agissant dans un but d'intérêt général, étaient pourtant dépourvues de l'usage de prérogatives de puissance publique²⁸⁸.

Le juge administratif français précisera, par la suite, dans la jurisprudence *A.P.R.E.I.*²⁸⁹ que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission. La conception française du service public peut alors être résumée selon les termes suivants : « *Elle est une activité d'intérêt général assumée directement ou indirectement par une personne publique et qui est soumise, à des degrés variables suivant les cas, à un régime exorbitant du droit privé* »²⁹⁰. La satisfaction d'un but d'intérêt général apparaît alors comme prédominante parmi les critères. La notion tend donc de plus en plus vers une acception matérielle.

Les visions fonctionnalistes et à tendance matérielle des droits français et italiens sur la substance de la notion de service public permettent alors de mieux cerner la construction et l'évolution, au sein des deux ordres, de ce qui constituera la figure historique du P.P.P. : le modèle contractuel de type concessif.

²⁸⁷ GROS (M.), *Droit administratif : l'angle jurisprudentiel*, Paris: l'Harmattan, 2010, p. 80.

²⁸⁸ CE Sect., 22/08/1990, *Ville de Melun*, Rec. p. 220. L'association a été créée par la mairie, les aides qu'elle reçoit représentent la moitié de ses recettes, elle utilise des locaux et emploie des personnels communaux. Enfin, son conseil d'administration est composée de nombreux conseiller municipaux. L'association est dépendante de la commune. Elle gère, sous le contrôle d'une personne publique, une mission de service public.

²⁸⁹ CE, Sect., 21/02/2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec., p. 92, *JCP A* 2007, p.2066, Concl. VEROT, *RFDA* 2007, p. 803, note BOITEAU.

²⁹⁰ LACHAUME (J-F) (dir.), *Droit des services publics*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, p. 13.

B) Les modèles contractuels de type concessif : forme historique du P.P.P.

Afin de matérialiser juridiquement les processus de coopération avec les personnes morales de droit privé visant à satisfaire leurs besoins en ouvrages publics ou la satisfaction d'activités entrant dans le champ des services publics, les personnes publiques vont donc avoir recours, au sein des deux ordres étudiés, à différents modèles juridiques. Ces modèles peuvent, dans leur ensemble, être considérés comme étant concessif. En effet, au sens étymologique du terme, *concedere* signifie « accorder ». La culture « historique » du modèle concessif fait donc appel, pour reprendre les termes de Marceau LONG, « à l'appel du souverain, du Prince, au concours de ses "loyaux sujets", ou de ses "bonnes villes" »²⁹¹. Comme nous l'avons vu précédemment, la distinction entre la concession et le marché était à l'origine assez difficile à établir. Les choses ont ensuite évolué, dans chacun des deux ordres étudiés, en fonction des différentes conceptions sur les notions de contrat et de service public décrites auparavant.

1) La définition du modèle concessif français intrinsèquement liée au critère matériel du service public et des méthodes de rémunération

Historiquement, les procédés contractuels français de type concessif pouvaient être classés en cinq grands modèles : la concession de travaux publics, la concession de service public, la gérance, l'affermage et la régie intéressée. Les concessions représentent cependant « l'archétype »²⁹² de ce procédé contractuel, les autres contrats ne pouvant être considérés que « comme des variantes particulières

²⁹¹ LONG (M.), « Service public et réalités économiques du XIX^{ème} siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, p. 1161 : « Le prince à été d'abord celui qui "prend le premier" – *primum capere*-, puis lorsque l'économie du ravisement a trouvé ses limites dans l'Occident médiéval, il a intensifié son emprise, et transformé son territoire en zone productive, favorisé la création des marchés, lieux où la souveraineté peut appréhender les richesses et en prélever sa part. Avec le temps, le souverain deviendra producteur et employeur ; comme il ne peut tout faire, souvent ayant pris la décision de faire, il confie l'application à un opérateur : c'est la concession, sur le fondement de la division des responsabilités entre celui qui organise et contrôle, et celui qui construit et exploite ».

²⁹² DOUENCE (J-C.) et TERNEYRE (P.), « Marchés publics et délégation de services public : nouvelles modifications législative », *RFDA*, 1995, p. 971.

de ces derniers »²⁹³. Les concessions de travaux publics étaient à l'origine difficilement identifiables par rapport au concept de marché²⁹⁴, tout du moins sur les caractéristiques matérielles du contrat. La distinction entre les deux modèles ne reposait en effet pas plus sur leur objet que sur le critère de la rémunération ou encore sur celui du risque d'exploitation. Ce qui les caractérisait était essentiellement le transfert de pouvoirs du concédant vers le concessionnaire. Elles ont pu, du reste, comme nous le montre l'exemple des concessions de chemins de fer, être octroyées après sollicitations des futurs concessionnaires. Les choses vont évoluer sous l'effet de l'extension de la notion de service public et de l'apparition du critère de la rémunération du concessionnaire sur l'exploitation du service. Ce critère est ainsi intrinsèquement lié à l'extension matérielle de la notion de service public au détriment de celle de travaux publics. En 1927, JÈZE écrivait en effet que le second critère relatif à la reconnaissance d'une concession résidait dans son objet particulier, à savoir « *l'exploitation d'un service public, le fonctionnement d'un service public* »²⁹⁵. Or, le nombre croissant de missions d'intérêt général assumées par les personnes publiques va entraîner, comme l'avait prévu DUGUIT, une augmentation des coûts et des besoins en financement proportionnels aux demandes toujours plus grandes des administrés vers des services de plus en plus nombreux et à la qualité de plus en plus élevée.

La logique concurrentielle propre aux années 1980-1990²⁹⁶ était alors incompatible avec la conception large de la concession « transfert de pouvoirs ». Cette dernière conduisait en effet, avant la promulgation de la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi SAPIN »²⁹⁷, à faire sortir du champ d'application des règles strictes censées garantir la concurrence un nombre important de contrats. Avant la loi SAPIN, seuls les marchés publics étaient en effet soumis à cette obligation.

²⁹³ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 44.

²⁹⁴ V. *Supra*, p. 49 et ss.

²⁹⁵ JEZE (G.), *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, LGDJ, tome 1, 1927, p. 55.

²⁹⁶ Voir *Infra*, p. 84.

²⁹⁷ Loi n° 93-122 du 29/01/1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF du 30 janvier 1993, p. 1588, codifiées aux articles L. 1411-4 s. du CGCT.

La reconnaissance du critère tiré des modalités de la rémunération et la « mise en concurrence » du secteur concessif permettaient alors de concilier deux logiques opposées puisque le cocontractant de l'administration ne se verrait confier la responsabilité du service public que s'il assumait les conséquences de son exploitation et donc si la rémunération se trouvait attachée à cette dernière²⁹⁸. C'est donc par le truchement du critère de la rémunération que les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du service public sont transférés au délégataire²⁹⁹. C'est à ce titre qu'il peut donc être considéré comme matériel. En répercutant une partie des coûts de production du service sur les usagers bénéficiaires, les personnes publiques ont alors ressuscité le système de redevance employé antérieurement par les opérateurs privés sur les ouvrages construits sous le régime de la concession de travaux publics³⁰⁰. Dans cette conception, le critère de la rémunération substantiellement assurée sur les résultats de l'exploitation ne s'oppose pas à celui de l'objet « transfert d'une mission de service public », mais le complète.

Cependant, le critère du mode de rémunération va complètement occulter un modèle existant pourtant depuis de nombreuses années : les concessions de travaux à paiement public³⁰¹. Ces dernières peuvent être considérées comme les ancêtres des marchés d'entreprises de travaux publics (M.E.T.P), modèles ayant eux mêmes inspirés les programmes de P.F.I britanniques³⁰². Le célèbre passage des conclusions du commissaire du gouvernement CHARDENET sur la décision *Compagnie du gaz de bordeaux*³⁰³ de 1916 révèle d'ailleurs déjà de ces différences entre les deux modèles, non pas en fonction du mode de rémunération, mais plutôt en fonction de leur objet. Or comme pour les directives « commande publique » de 2014, les questions soulevées ne se situent pas au niveau des procédures ou des formes spécifiques d'exécution des contrats, mais plutôt au niveau des notions utilisées.

²⁹⁸ V. *Infra*, Chapitre 2 du titre 2 de la présente partie, p. 267.

²⁹⁹ LLORENS (F.), « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », in, *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum*, Jean WALINE, Paris, Dalloz, 2002, p. 301.

³⁰⁰ V. BEZANÇON (X.), *2000 ans d'histoire du partenariat public privé*, *op. cit.*

³⁰¹ Certains auteurs iront même jusqu'à affirmer qu'il est à la fois inutilisable et indéfinissable, notamment pour certains contrats comme la gérance et la régie intéressée. V. DOUENCE (J-C), « Étude sur CE 07/04/1999, Commune de Guilhaum-Granges », *RFDA*, 1999, p.1134.

³⁰² Voir *Infra*, p. 116.

³⁰³ CE, 30/03/1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p.125, D.1916.3, p.25; *RDP*, 1916., p.206 et 388, Concl. CHARDENET, note JEZE ; S.1916.3.17, Concl. CHARDENET, note HAURIOU.

Ainsi, lorsque CHARDENNET qualifia la concession de « *contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public* »³⁰⁴, faisait-il du critère du mode de rémunération l'indice prépondérant de la reconnaissance du modèle concessif ?

Selon nous, la réponse ne peut qu'être négative. La formulation « *le droit de percevoir* » ne peut s'analyser comme imposant une obligation mais plutôt comme conférant une possibilité, au même titre que l'octroi de subvention. Elle s'oppose à la formule « *contrat qui charge un particulier* » où la notion de dévolution apparaît prépondérante. Ce qui est encore plus remarquable, c'est que le commissaire du gouvernement semble opposer les deux modèles de la concession de travaux et de service public et opérer une distinction subtile entre l'exploitation d'un ouvrage public et l'exécution du service public. Or, l'ouvrage public, fruit d'un travail public, ne répond pas forcément à la condition stricte de l'existence d'un service public mais à celle de l'utilité générale³⁰⁵. L'emploi de la conjonction de coordination **ou** (*d'exécuter un ouvrage public ou un service public*) semble ainsi conférer une plausible exclusivité du modèle « concession de travaux publics ». En d'autres termes, l'exploitation de l'ouvrage public dans le cadre d'une concession de travaux publics semblait pouvoir être effectuée en l'absence de service public.

Une partie de la doctrine considérait pourtant qu'il ne pouvait y avoir concession de travaux publics que si l'exploitation de l'ouvrage s'insérait dans l'exécution d'un service. JÈZE, par exemple, considérait que « *la concession de travaux publics était la combinaison d'un marché de travaux publics et du contrat de concession de service public* »³⁰⁶. L'exemple de la convention liant la ville de Paris à M. EIFFEL pour la construction et l'exploitation de la tour du même nom en

³⁰⁴ Concl. CHARDENNET, *op. cit.*, p. 213.

³⁰⁵ CE 10/6/1921, *Commune de Monségur*, Rec. p. 573, D. 1922.3, p. 26, Concl. CORNEILLE; R.D.P 1921, p.361, Concl. CORNEILLE, note JEZE; S. 1921.3, p. 49, Concl. CORNEILLE, note HAURIOU.

³⁰⁶ JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif, le fonctionnement des services publics*, Tome 3, Paris, Dalloz, 2011, p. 344.

1887, à laquelle les termes du commissaire du gouvernement CHARDENET s'appliquent à la virgule près, contredit quelque peu cette vision³⁰⁷. L'existence de contrats de ce type, liés à l'édification d'infrastructures dont le rattachement à l'exécution d'un service public semblait au demeurant peu probable, peuvent ainsi entrer dans la catégorie des concessions de seuls travaux publics puisqu'ils ont pour objet (beaucoup plus large que l'exécution d'un service public) la construction exclusive d'ouvrages publics³⁰⁸. L'extension de la notion de service public au détriment de la notion de travaux publics entrainera néanmoins la régression de la concession de travaux publics au profit de la concession de service public. La France ne connaîtra ainsi la concession de « seuls » travaux public, jusqu'à une période très récente³⁰⁹, qu'au moyen de rares exemples pratiques.

Les auteurs du *Traité des contrats administratifs*³¹⁰ citent ainsi les infrastructures de transport³¹¹, l'aménagement du territoire et l'énergie³¹². Cependant, dans sa thèse de doctorat, M. BEZANÇON démontre brillamment, au moyen d'une analyse approfondie de la jurisprudence du Conseil d'État de 1930 à 1960, que ce dernier n'aura de cesse de rattacher au procédé de la concession de

³⁰⁷ Il ressort en effet de la lecture de la convention passée le 8 janvier 1887 entre L'État, la ville de Paris et M.EIFFEL pour la construction et l'exploitation de la tour de 300 mètres (disponible sur <http://cnum.cnam.fr/>) que cette convention ne peut s'assimiler qu'à une concession de travaux publics « *puisque'elle à chargé EIFFEL d'exécuter la tour de trois cent mètres, à ses frais, avec une subvention de 1.500.000 francs, mais sans garantie d'intérêt, et qu'elle l'en a rémunéré en lui confiant l'exploitation de la tour, avec le droit de percevoir des redevances sur les visiteurs.* », in, BEZANÇON (X.), *op. cit.*, p.411.

³⁰⁸ En dehors d'une telle qualification par la loi. Il ressort de la jurisprudence que le caractère public d'un ouvrage peut résider dans son affectation à l'utilité publique. Voir en ce sens les conclusions du rapporteur public GUYOMMAR sur CE Avis, Ass, 29/04/2010, n° 323179, RFDA 2010, p. 572.

³⁰⁹ V. notamment l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 *relative aux contrats de concession de travaux publics*, JORF n°162, 16/07/09, p.11853.

³¹⁰ DE LAUBADERE (A.), MODERNE (F.), DELVOLLE (P.), *Traité des contrats administratifs*, 2ème éd., 2 vol., LGDJ, 1984, p.311.

³¹¹ V. CE 21/02/1975, *Consorts Nougarède*, AJDA, 1975, p.370, note LAFFERIERE.

³¹² Notamment avec les concessions d'énergie reconnues dans un premier temps comme des concessions de travaux publics exclusifs de service public (CE 22/06/1928, *époux de SIGALAS*, D. 1928.3.45 Dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du gouvernement Josse se fondait sur les « caractères intrinsèques » des concessions : l'exécution de l'ouvrage pour le compte d'une personne publique et l'affectation de l'ouvrage à l'utilité générale), puis elles ont été rattaché à la délégation de service publique dans un avis du Conseil d'Etat (CE avis, 28/09/1995, EDCE, 1995, n°47, p.402. Cet avis indiquait que, « *les activités concédées présentent le caractère d'un service public* » dans la mesure « *où cette exploitation a pour objet la fourniture de l'électricité produite au public ou aux services publics* ».)

travaux publics exclusifs, c'est-à-dire la concession conférant l'exploitation et/ou la construction d'un ouvrage public non lié directement à l'exécution d'un service public³¹³, les concessions à paiement intégralement public³¹⁴. Entraient par exemple dans cette catégorie les concessions liées aux opérations immobilières complexes en matière d'urbanisme et d'aménagement³¹⁵, certaines opérations de construction des casinos³¹⁶ ainsi que certaines concessions en matière de traitement des ordures ménagères³¹⁷.

C'est dans cette même matière du traitement des ordures et déchets ménagers que le Conseil d'Etat, dans la décision *Ville de Colombes* en 1963³¹⁸, mettra fin à la concession de travaux publics à paiement intégralement public et consacra le critère de la rémunération sur l'usager comme étant indispensable à la reconnaissance du modèle concessif³¹⁹, créant par la même occasion la formule controversée du marché d'entreprise de travaux publics. La suite de l'histoire est connue et il serait fastidieux d'en faire une analyse exhaustive³²⁰. L'extension de la notion de service public amènera le législateur français à consacrer la notion de délégation de service public³²¹, modèle englobant l'ensemble des contrats de types concessif. Le Conseil d'État, à travers les décisions *Préfet des Bouches-du-Rhône*

³¹³ Une grande part des ouvrages publics est nécessaire au fonctionnement du service mais la fourniture de ce dernier n'est pas assurée par le prestataire privé puisqu'il ne constitue qu'une « séquence » de la prestation. Ex : Un viaduc ne correspond qu'à une partie du réseau routier par opposition à la ligne de chemin de fer ou au réseau fluvial où l'intégralité de la prestation est nécessairement prise en compte par le concessionnaire. Ces concessions d'infrastructures peuvent alors être considérées comme des concessions de travaux publics exclusifs, c'est-à-dire liées à la construction et l'exploitation d'un immeuble affectée par un aménagement spécial à l'utilité générale ou à l'exécution d'un service public.

³¹⁴ BEZANÇON (X.), *op. cit.*, p.415 à 420.

³¹⁵ CE, sect., 22/11/1935, *Chouards et autres*, Rec. p. 1080, S.1936.3, p. 9, note BONNARD.

³¹⁶ CE 11/07/1941, *Sieurs Grenouiller c/ commune de Balaruc-les-Bains*, Rec. p. 124 ; S. 1942.3.1., Concl. IMBERT.

³¹⁷ CE, sect., 07/05/1939, *Société Samson et Spitzner*, Rec. p. 480.

³¹⁸ CE, 11/12/1963, *Ville de Colombes*, Rec. p. 612.

³¹⁹ LORENS (F.), « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne », in BRECHON-MOULENES (C.), *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Sirey, 1992, p.36.

³²⁰ Voir LACHAUME (J-F) (dir.), *Droit des services publics*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, p. 359 à 375.

³²¹ Loi n° 93-122 du 29/01/1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n° 25 du 30/01/1993.

*contre commune de Lambesc*³²², *commune de la Ciotat*³²³ et *commune Guilherand-Granges*³²⁴ donnera à ce modèle sa définition jurisprudentielle avant que celle-ci ne soit reprise dans la loi MURCEF de 2001³²⁵.

Le critère de la rémunération, permettant de distinguer la concession du marché, est ainsi intimement lié à la reconnaissance de la délégation de service public en France comme modèle dominant alors que le critère de l'objet « transfert de pouvoir » a longtemps primé dans la reconnaissance du modèle concessif historique³²⁶. Il évoluera ensuite vers celui du risque d'exploitation³²⁷. Si la distinction entre concession de travaux et concession de service, ne s'imposait donc plus en France lorsque la notion de délégation de service public était le seul modèle existant et parce que cette dernière était essentiellement tournée vers les critères matériels de l'exécution d'une mission de service public par le truchement du transfert du risque d'exploitation, il n'en demeure pas moins que le droit de l'Union

³²² CE, n° 168325, 15/04/1996, *Préfet des bouches du Rhône contre commune de Lambesc*, Rec. p.274.

³²³ CE, n° 150931, 8/02/1999, *Commune de la Ciotat*, RFDA, 1999, p..1172, Concl. BERGEAL, BJCP, 1999, n°4, p. 352.

³²⁴ CE, 07/04/1999, *Commune de Guilherand-Granges*, BJCP 1999, p.456, Concl. BERGEAL, note SCHWARTZ, AJDA, 1999, n°6, p.517.

³²⁵ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JORF n° 288 du 12/12/2001, p. 19703, article 3 : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

³²⁶ LLORENS (F.), *op. cit.*, p. 307.

³²⁷ Notamment avec les décisions SMITOM (CE, 30/06/1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères*, rec. p.230) et Département de la Vendée (CE, 07/11/2008, *département de la Vendée*, rec. tab. P 805) et de leur convergence sur ce point avec la jurisprudence de la cour de justice (CJCE, 13/10/2005, Aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, Rec. p. I-8612; CJCE, 18/07/2007, Aff. C-382/05 *Commission c/ Italie*, Rec. P. I-6659 et CJUE, Aff. C-274/09, 10/03/2011, "*Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, Rec., p. I-6657 : « Si le mode de rémunération est, ainsi, l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question et que l'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services. Pour conclure à l'existence d'une concession de services, il convient de vérifier si le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter un service et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation du service en question. Si ce risque peut, certes, être, dès l'origine, très limité, la qualification de concession de services exige cependant que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque qu'il encourt. »

européenne utilisera le critère « transfert de pouvoir », certes pendant un laps de temps assez court, comme critère de reconnaissance de la concession, toujours en opposition avec la notion de marché³²⁸. Il ressortait d'ailleurs des conclusions de l'avocat général La PERGOLA sur la décision *Gemeente Arnhem c/BFI holding*³²⁹ que cette opposition marché/concession pouvait s'effectuer notamment en fonction d'un critère que le droit italien connaîtra à la suite de l'évolution de la notion de service public : la prestation fournie directement à un tiers.

2) La construction des modèles concessifs italiens intrinsèquement liée au critère fonctionnel de la prestation

La polysémie du terme *concessione* en Italie rend difficile l'appréhension de la notion par un juriste français. Le terme recouvre une multitude d'usages. La subvention, la licence de taxi, les permis de construire ou encore l'officine pharmaceutique sont concédés, au même titre que les travaux et/ou services publics. La confusion résulte de l'étymologie³³⁰ même du terme. *Concedere* en latin classique signifie en effet céder la place, dans le sens d'abandonner quelque chose à quelqu'un, d'accorder. Ce que la doctrine italienne qualifie de concession administrative recouvre ainsi deux modèles : les *concessioni traslative* (translative) et les *concessioni costitutive* (constitutives)³³¹. La première représente un transfert de pouvoirs de l'administration vers le titulaire de la concession, afin d'agir pour son compte. La seconde accorde au titulaire un droit spécial comme une licence pour

³²⁸ Voir CJCE, 26/04/1994, Aff. C-272/91, *Commission contre Italie*, Rec. p. I-1409, point 22 à 25 et 32.

³²⁹ CJCE, 10/11/1998, Aff. C-360/96, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, Rec. I-6846, BJCP 1999, n°3, p.155, Concl. PERGOLA, Rec. I-6846, BJCP 1999, n°3, p.155: « *La distinction entre marchés et concessions de services en droit communautaire, selon l'opinion commune et en l'absence de définition communautaire spécifique ayant une valeur normative, se fonde sur un ensemble de critères. Le premier est celui du destinataire ou du bénéficiaire du service fourni. Dans le cas des marchés, le bénéficiaire du service rendu est censé être l'organisme adjudicataire, alors que, dans le cas de la concession, le bénéficiaire du service est un tiers étranger au rapport contractuel...* »

³³⁰ La ROCCA (P.), *La costruzione e la gestione di opere pubbliche in regime di concessione*, Rimini, Maggioli, 1993, p. 59.

³³¹ CHIEPPA (R.), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2011, p. 595.

exercer une activité professionnelle particulière. Nous nous intéressons ici au premier modèle.

En ce qui concerne sa définition, la Cour de cassation italienne, dans un arrêt de 1910³³², ira à l'encontre de la conception de RANELLETTI³³³ selon laquelle la concession s'analysait comme un acte administratif unilatéral exercé dans le cadre du pouvoir discrétionnaire de l'administration³³⁴. Elle consacra en effet le concept de la concession-contrat. La concession, dans cette vision dualiste³³⁵, se divisait donc entre l'acte *di provvedimento* représentant la souveraineté et la volonté de l'administration dans le transfert de puissance publique, et le moment *contrattuale* représentant les règles afférentes au rapport patrimonial classique qu'institue un contrat en droit italien³³⁶. Cette reconstruction dualiste de la concession s'inscrit dans la logique historique, propre à l'ordre juridique italien, de partage des compétences de juridiction³³⁷. En effet, elle représentait à l'époque une solution de compromis permettant de garantir l'équilibre entre le contrôle des prérogatives de l'administration, compétence dévolue à la juridiction administrative lorsque ces dernières lèsent un intérêt légitime, et le contrôle des droits subjectifs dans le cadre des contrats, compétence dévolue au juge de droit commun³³⁸. On le perçoit alors aisément, la conception italienne du modèle concessif fait donc largement appel au *provvedimento*, c'est-à-dire à l'acte par lequel l'autorité administrative exprime sa

³³² Cass. it. 12/01/1910, in Riv. dir. comm. 1910, p. 248, cité in, D'ALBERTI (M.), *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, p. 187. Jurisprudence réaffirmée par la Corte di Cass. 27/09/1915, in *Foro it.*, 1915, I, p. 1379.

³³³ V. *Supra*, p. 46.

³³⁴ Conception qu'elle avait pourtant consacrée en 1899 et qui l'avait amené à reconnaître que les litiges afférents à ce type de contrat ressortait de la compétence du juge administratif. (V. Cass. it. 17/05/1899, in, G.A., 1899.III.69, in COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 67.)

³³⁵ CHIEPPA (R.) (dir.), *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè ed., Milano, 2007, p. 378.

³³⁶ MOLITERNI (A.), "Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio : tra specialità e diritto comune", *D. amm.*, 2012, p. 567.

³³⁷ V. SABBIONI (P.), *op. cit.*, p.266.

³³⁸ D'ALBERTI (M.), *op.cit.* p. 190 : « la vera esigenza sottesa a tale ricostruzione era quella di conferire maggiore razionalità e stabilità alla problematica del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario: il primo avrebbe conosciuto delle vicende dell'atto amministrativo, mentre il secondo delle vicende (patrimoniali) relative al contratto. » (La véritable exigence de cette reconstruction était qu'elle conférerait plus de rationalité et de stabilité à la problématique de la répartition des juridictions entre le juge administratif et le juge ordinaire : le premier aurait connaissance des faits relatifs à l'acte administratif alors que le second aurait connaissance des faits (patrimoniaux) relatifs au contrat). Le contentieux des concessions sera réuni par la suite au profit des tribunaux administratifs régionaux (T.A.R) par la loi de 1971 (Legge n°1034 du 06/12/1971, *Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*, G.U.R.I., 13/12/1971, p. 315.), leur conférant une compétence exclusive en matière de service public et de bien publics.

volonté d'agir en fonction d'un intérêt public et qui influence les situations subjectives des personnes privées³³⁹. Le trait principal de la concession italienne est donc le transfert des pouvoirs de la puissance publique, des prérogatives de l'administration, vers le concessionnaire. Cependant, ce transfert de pouvoirs ne s'opère que dans un but précis : fournir une prestation d'intérêt général aux usagers concourant à l'exercice d'activités qui sont normalement dévolues à l'administration. Le critère de distinction entre les différents types de contrat était ainsi essentiellement fonctionnel, c'est-à-dire attaché à l'exercice d'une mission en lien direct avec les usagers ou à la fourniture des moyens nécessaires à l'administration d'effectuer sa propre mission. La nature de la concession se déterminait donc de façon prépondérante en fonction de son rapport à la prestation de service. En d'autres termes, la concession de service public était liée à la fourniture directe d'une telle activité aux usagers alors que la concession de travaux était liée à la fourniture d'un ouvrage indirectement lié à la prestation de service. Le destinataire de la prestation joue alors, dans cette acception, un rôle prépondérant dans la qualification du contrat.

α. La concession de service public

Ce modèle est évidemment lié à la conception de la notion de service public. Or, comme nous l'avons vu précédemment, cette conception s'analyse de façon fonctionnelle. Elle est en effet liée à la fourniture d'une prestation d'intérêt général aux usagers de l'administration. Dans un arrêt de 1960³⁴⁰, la *Corte di Cassazione* établissait ainsi comme critère de distinction entre *l'appalti di servizi* et la *concessione di servizi* la fonction « *de substitution à l'administration du concessionnaire dans l'accomplissement de la fonction publique* ». La concession se conçoit alors comme le transfert total, « *avec toutes les charges inhérentes et les attributions de la personne publique* » des prérogatives de l'administration. Il n'y a donc pas d'intermédiaire entre la personne privée et l'utilisateur. Le marché public, quant à lui, permet « *la réalisation d'ouvrages et de travaux déterminés nécessaires*

³³⁹ CHIEPPA (R.), *manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 445.

³⁴⁰ Cass. it., Sentenza n°2965, 03/11/1960, *Nuova Rassegna*, 1962, Rv. 880929 n°6, p. 796.

au fonctionnement du service public, ce dernier restant géré par l'administration publique ». La nature particulière de la concession de service public continue d'être liée à une activité d'intérêt public fournie, sans intermédiaire, à la jouissance des administrés dans un strict rapport trilatéral concédant-concessionnaire-usagers³⁴¹.

Il Consiglio di Stato, en 2002³⁴², rappela que le critère de la rémunération ne pouvait être considéré comme suffisant pour distinguer la concession de service public du marché de service. Il releva ainsi la dimension unilatérale du contrat de concession par rapport à la dimension strictement conventionnelle du marché, la qualification de service public rendu aux usagers par rapport à la dimension prestation de services rendue à l'administration dans le marché public de service, enfin, le caractère transfert du pouvoir de la puissance publique dans la concession. Même si les textes en vigueur font, dans une logique d'harmonisation avec le droit de l'Union européenne³⁴³, du mode de rémunération un critère d'identification des concessions par rapport aux marchés³⁴⁴, la conception « objet du rapport », c'est-à-dire le transfert total des charges inhérentes à la personne publique dans l'accomplissement de sa mission, continue néanmoins d'être utilisée par les juridictions italiennes. Ainsi, dans une décision de 2008³⁴⁵, *il Consiglio di Stato* a réaffirmé, en s'appuyant sur sa jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du code de 2006³⁴⁶, que le paiement d'une contrepartie au prestataire n'avait pas d'influence sur la qualification de service public de la concession. Dans cette affaire, qui concernait l'ouverture d'un appel offre pour la mise en concession de la gestion, la maintenance et la surveillance du patrimoine routier communal de la commune de Tricase, le Conseil d'État italien a en effet considéré que la présence ou non d'une redevance sur l'utilisateur n'affectait pas la reconnaissance d'une concession de service

³⁴¹ C.S., Sect. V., Sentenza n°2012 del 01/04/2011.

³⁴² C.S., Sect. V., Sentenza n° 2294 del 30/04/2002.

³⁴³ Articolo 3 del codice dei contratti pubblici. Ce qui pose de multiples problèmes avec la façon dont se sont construites les notions. V. *Infra*, p. 158., notamment avec CJUE, Aff. C-274/09, 10/03/2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*.

³⁴⁴ Cette conception est du reste suivie par les juridictions de premier ressort. V. TAR Milano 19/10/2007, sezione I, n° 6137.

³⁴⁵ C.S., Sect. V., Sentenza n°36 del 15/01/2008, *Comune di Roma c/ Manital s.c.p.a.* confirmation de C.S., Sez. V., Sentenza n° 8090 del 16/12/2004 et de C.S., Sez. V., Sentenza n° 2294 del 30/04/2002.

³⁴⁶ C.S., Sect. V., Sentenza n°670, 30/04/2002, *Comuni di Tricase e di Castro c/ ANCI s.r.l.* précitée.

public puisque « *la prestation est liée de façon " instrumentale" à la satisfaction d'une finalité sociale* ».

Il ressortait donc de la jurisprudence italienne que la distinction entre la concession de service et le marché public relevait de l'objet de la prestation. Était ainsi qualifiée de concession de service public le contrat dans lequel un transfert de pouvoir du concédant vers le concessionnaire permettait à ce dernier d'exercer une mission d'intérêt public au bénéfice direct des tiers à l'administration³⁴⁷. Ainsi, comme le relevait le professeur FORTI, « *la concession traduit : une obligation de faire faire qui se concrétise dans l'objet "service public" du rapport*³⁴⁸ ». La distinction entre concession de service public et concession de travaux pouvait ensuite paraître assez simpliste puisqu'elle reposait sur une logique binaire : tout ce qui n'était pas concession de service public était concession de travaux publics. Cependant cette distinction, de part sa subtile ambiguïté, va renfermer de multiples contradictions entraînant à leur tour de lourdes conséquences sur le régime juridique des concessions de travaux italiennes.

β. Les concessions de travaux publics

Comme nous l'évoquions précédemment, la notion de service public italienne se définit notamment par la fourniture d'une prestation directe du concessionnaire vers les usagers. Or, puisque l'ouvrage public est généralement le support nécessaire de l'activité de service public, la doctrine italienne a utilisé concept de « *funzionalità strumentale* » qui pourrait être traduit littéralement par « fonction instrumentale »³⁴⁹. La concession de service public serait alors celle où l'ouvrage public serait lié de manière instrumentale à la réalisation du service, de sorte que sa gestion et son exploitation par le concessionnaire entraîneraient *de facto* l'exécution du service public. Dans le cas inverse, c'est-à-dire celui où l'ouvrage

³⁴⁷ Cette conception sera par la suite bouleversée avec l'intégration en droit italien, par le biais de la transposition des directives marchés de 2004, du code des contrats publics.

³⁴⁸ FORTI (U.), *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, Giur. It, 1900, IV, p.129.

³⁴⁹ V. CHIAPETTI (A.), *L'impianto del servizio : la concessione dei servizi pubblici di fronte alla legislazione sulle opere pubbliche*, in, ROVERSI MONACO (F.) dir., *La concessione dei servizi pubblici*, Università di Bologna, Rimini, 1988.

n'est qu'une composante nécessaire au service mais n'est pas lié directement à l'exécution de ce dernier, on se trouve en présence d'une concession de travaux publics. Cette conception de la distinction entre concession de service et concession de travaux publics était déjà perceptible dans les écrits de RANELLETTI sur la notion de domaine public. Ce dernier affirmait en effet : « *Lorsque le bien [public] est le moyen de satisfaire les besoins de la société, et que cette dernière en réalise immédiatement l'utilité avec l'usage direct et immédiat qu'en font les individus la composant et en ressentant le besoin, [...], l'on se trouve en face d'une prestation de travaux ; en revanche, lorsque l'utilisation directe du bien pour la société est le service, et que les choses ne sont pour la société que des biens instrumentaux, c'est-à-dire des instruments pour la production de l'utilité directe, l'on se trouve en face d'une prestation de services* »³⁵⁰.

La pensée de RANELLETTI fut traduite dans la loi de 1929 portant dispositions sur les concessions d'ouvrages publics³⁵¹. Cette dernière disposait dans son article 1^{er} que « *peuvent être concédés par les provinces et communes, les ouvrages publics de toute nature, indépendamment même de leur "esercizio"* »³⁵². Ce dernier terme, outre la dimension « concession de seule construction » qu'il suggère³⁵³, peut être traduit littéralement par « exercice » et être interprété dans le sens de l'exploitation et de la gestion de l'ouvrage. Cette traduction pose cependant problème. Elle brouille en effet la frontière entre la gestion du service qui correspond à la *concessione di servizi pubblici* et l'exploitation de l'ouvrage au sens de sa participation au service à laquelle semble plus correspondre le modèle de la *concessione di costruzione ed d'esercizio*. La doctrine italienne distingue en effet, *l'esercizio* de la *gestione*³⁵⁴. Là où la gestion suppose l'exécution par le concessionnaire du service public dont l'ouvrage est le support, la concession de construction et d'exercice suppose le fonctionnement normal de l'ouvrage tout au long de sa durée de vie dans le cadre d'une collaboration à l'exécution de la mission de service public.

³⁵⁰ RANELLETTI (O.), *Concetto, natura e limite del demanio pubblico*, n°2-3.

³⁵¹ Legge n° 1137 del 24/06/1929, *Disposizioni sulle concessioni di opere pubbliche*, G.U 12/07/1929, N° 161.

³⁵² *Ibid*, Art 1 : « Possono essere concesse in esecuzione a Province, Comuni, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse ».

³⁵³ V. *Infra* p. 120.

³⁵⁴ CHIAPETTI (A.), *op. cit.*, p.56.

Dans cette acception, se pose alors la question de la nature des contrats mixtes, c'est-à-dire des concessions dans lesquelles figure à la fois une dimension « travaux » et une dimension « service ». La grande loi de 1994 sur les travaux publics³⁵⁵, dite « loi MERLONI », a posé comme critère de distinction dans son article 2 la dimension économique assez simpliste et issue du droit communautaire³⁵⁶ selon laquelle la détermination du modèle était fonction de la part prépondérante des travaux ou du service dans l'opération. En d'autres termes, les dispositions relatives aux concessions de travaux s'appliquaient lorsque ces derniers étaient supérieurs à cinquante pour cent du coût total de l'opération. Si cette méthode semble au demeurant assez facile de compréhension, elle révèle pourtant de multiples incertitudes dans son application car force est de constater que dans la plupart des cas, l'accomplissement d'une opération de service public repose souvent sur un travail public préalable. De plus, le coût de l'entretien et de la maintenance de l'ouvrage se calculera plus en rapport au modèle concession de construction et d'exercice qu'à celui de la concession de service public. La quantification du montant de l'opération semble ainsi toujours tourner au net avantage de la concession de travaux publics au détriment de la concession de service public, dont le modèle serait ainsi voué au déclin.

En outre, la conception italienne selon laquelle l'acte de concession se constitue à travers la dévolution au concessionnaire des prérogatives de l'administration semblait en opposition avec cette vision strictement « financière » de la distinction. En France, HAURIUO avait déjà cerné le problème de la coexistence des objets « travaux » et « service » du modèle concessif. Il en tira la conséquence, dans ses notes sous l'arrêt *Blanleuil et Vernaudeau*³⁵⁷ que les travaux étaient des éléments accessoires dont il fallait se débarrasser au profit de la dimension service public du contrat. Préfigurant ainsi l'évolution de la matière vers la notion globalisante de délégation de service public, il considérait par exemple que « *si les concessions de chemins de fer sont des concessions de travaux publics, en ce sens que la construction de la voie ferrée aura le caractère juridique d'un travail*

³⁵⁵ LEGGE n° 109 del 11/02/1994, *Legge quadro in materia di lavori pubblici.*, GU n° 41 du 19/2/1994, S.O n° 29 .

³⁵⁶ Elle transpose en droit interne la directive n° 93/37/CEE du 14/01/1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, JO L 199 du 9/8/1993, p. 54.

³⁵⁷ CE, 14/02/1902, *Blanleuil et Vernaudeau c/ Ville d'Angoulême*, S. 1904.III.81.

public, il est bien clair que l'objet principal de l'opération n'est pas la construction de la voie mais son exploitation ; c'est-à-dire l'organisation et l'exécution régulière pendant une certaine durée, d'un service public de transports »³⁵⁸.

Cette vision de l'opération semble être analogue à la notion de *lien instrumental* évoqué précédemment pour distinguer une concession de service d'une concession de travaux. Elle fût encore utilisée récemment, sans pour autant renier la distinction purement économique à laquelle se réfère la législation de l'Union européenne. En témoigne une décision de 2008³⁵⁹ dans laquelle Haute juridiction italienne affirme que « *les différences entre les concessions de travaux public et de service public se mesurent dans les types de fonctions instrumentales liant la gestion du service à la réalisation de l'ouvrage ; il y aura ainsi concession de construction et d'exercice si la gestion du service est liée à la construction de l'ouvrage, en ce qu'elle permet la récupération des moyens financiers nécessaires à sa réalisation ; tandis qu'il y aura concession de service public lorsque l'accomplissement des travaux est instrumentale, c'est-à-dire qu'elle contribue à profiter à la maintenance, la restauration ou la mise en œuvre et à la gestion d'un service public* ». En d'autres termes, il y aura concession de service public lorsque l'ouvrage public sera lié de façon directe à la réalisation du service (ligne de tramways, canalisation de distribution d'eau, etc.). Il n'y a donc pas, dans cette configuration, d'intermédiaire entre l'utilisateur et le prestataire. En revanche, il y aura concession de construction et d'exercice lorsque l'exploitation de l'ouvrage en lui-même et la rémunération sur ceux qui en bénéficient permettra le remboursement des sommes investies par le concessionnaire. Fondamentalement, la concession de travaux italienne se définit ainsi de façon négative : puisque qu'elle n'est pas concession de service public et que la concession de service est liée de façon instrumentale à une prestation d'intérêt général fournie directement à un usager, la concession de travaux peut se déterminer dans la réalisation d'un ouvrage public nécessaire au service public mais ne permettant pas son exécution intégrale. La rémunération du concessionnaire peut alors également provenir d'un prix payé par l'administration. L'exploitation (*esercizio*) de l'ouvrage se distingue ainsi de la gestion (*gestione*) du service. Dans

³⁵⁸ HAURIUO (M.), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome 3, Paris, Sirey, 1929, p. 439.

³⁵⁹ C.S n°1600, Sezione V, Sentenza 568 del 14/04/2008, *Elettrici Cimiteriali s.r.l contro Comune di Novate Milanese*.

la concession *di costruzione e d'esercizio* le concessionnaire exploite l'ouvrage sans être le pourvoyeur exclusif du service³⁶⁰. Néanmoins, la concession de service public et la concession de travaux publics partagent le point commun de lier directement le titulaire du contrat aux usagers et se différencient encore du marché par cette considération: soit la prestation est rendue directement aux usagers et le contrat sera qualifié de concession, soit la prestation est fourni à l'administration et le contrat aura le caractère d'un marché public. La typologie des concessions italiennes est donc liée intrinsèquement au critère fonctionnel du destinataire de la prestation, à l'instar de l'évolution de la notion de service public.

Dans les deux ordres juridiques composant notre étude, l'évolution du modèle concessif, forme historique du P.P.P., a donc été le fruit d'un processus de subsomption complexe faisant lui-même appel à la manière dont se sont construites les notions liées à celles de concession : le contrat de commande publique et le service public. En France, l'extension de la notion de service public, vers une tendance de plus en plus matérielle, a abouti à l'englobement de la concession de travaux publics au sein de celle de service public, notamment à travers l'élaboration du modèle la D.S.P, ainsi qu'à sa définition par opposition au marché public en fonction du critère matériel du « service public » ainsi que celui de la rémunération via le risque d'exploitation. En Italie, la conception fonctionnelle de la notion de service public a permis d'appréhender la concession selon la logique de transfert de prérogatives de l'administration vers le concédant dans le but d'effectuer une prestation à destination directe des tiers. Ces logiques analogues de gestion déléguée viendront être impactées et évolueront sous l'effet de la transplantation de la logique « performantielle » à la gestion publique. Le processus d'hybridation du droit de la commande publique se situe à cette époque. Il va en effet profondément modifier les vieux modèles dont les caractéristiques ne seront plus aptes à saisir les mutations de la gestion publique. D'autres modèles seront alors expérimentés et seront en quelque sorte, les formes embryonnaires du modèle de la P.F.I britannique.

³⁶⁰ V. FRACCHIA (F.), *La distinzione fra concessione di servizio pubblico e di opera pubblica*, in PERICU (G.) , ROMANO (A.), SPAGNUOLO (V.), *La concessione di pubblico servizio*; Milan, Giuffrè, 1995, p. 204.

Section 2 : La transplantation du critère de la performance à la gestion publique

L'utilisation du terme « performance » qui renvoie à l'accomplissement, l'exécution ou l'achèvement d'une tâche³⁶¹, appartient traditionnellement au champ lexical sportif, voire à celui de l'art³⁶². Dans le domaine économique, le terme « *doit sa promotion et sa fortune aux pratiques managériales* »³⁶³. L'irruption de la notion de service public avait constitué le vecteur permettant l'hybridation des droits français et italien de la commande publique, ces derniers achèveront leur mue lorsque l'idéologie économique dominante transplantera la logique de la performance à la gestion publique. L'action publique tirerait ainsi sa légitimité dans le calcul des résultats obtenus en considérant le coût des moyens utilisés pour les atteindre. L'action publique devrait donc être efficiente, ce qui justifierait que les missions de l'État ne soient pas confiées au secteur privé. S'il est vrai que cette conception a été marquée par la doctrine anglo-saxonne de la *best value for money*³⁶⁴ et a inspiré le programme de *private finance initiative* britannique³⁶⁵ ; il n'en demeure pas moins que le droit administratif, et donc le droit de la commande publique, a toujours été sous l'influence de doctrines économiques³⁶⁶. EISENMAN écrivait ainsi que l'étude des marchés publics « *impliquait le dépassement de la seule analyse juridique, propos de replacer l'institution ou mécanisme analysés dans la réalité sociale où elle s'insère aujourd'hui, en évoquant et précisant les grands et vastes problèmes de politique financière, de politique économique et de politique sociale auxquels les marchés publics s'articulent étroitement, soit les affectant, soit affectés par eux* »³⁶⁷. Cette influence économique et financière a conduit à l'érection de différents modèles de gestion publique « externalisée »,

³⁶¹ V. Le Grand Robert, *op. cit.*, entrée « Performance ».

³⁶² CAILLOSSE (J.), « Le droit administratif contre la performance publique », *AJDA*, 1999, p.195.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ HARDEN (I.), « Value for Money and Administrative Law », *Public Law*, 1996, p. 661.

³⁶⁵ V. COSSALTER (P.) et Du MARAIS (B.), *La private finance initiative*, institut de la gestion déléguée, mars 2001.

³⁶⁶ LINDITCH (F.), « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », *RFDA*, 2014, p.403.

³⁶⁷ EISENMAN (C.), *Écrits de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2013, p.487.

propres au sujet d'étude qui est le notre (§1). Cependant la mise en place de la logique « *performantielle* » dans la commande publique nécessite une étude plus particulière. Elle a amenée, selon nous, à un bouleversement des rapports entre les personnes publiques et leur cocontractant, rapport pouvant expliquer les particularités des montages contractuels complexes entrant dans le champ des partenariats public-privé (§2).

§1) L'influence de certaines doctrines économiques sur les modes de gestion délégué du service public

Elle peut être mesurée à l'aune de deux exemples. Le premier traite de l'influence du socialisme municipal sur les formes de gestion de type institutionnalisée (A), le second de l'utilisation de la doctrine du nouveau management public dans le cadre de l'externalisation des activités publiques par des montages contractuels globaux (B).

A) L'influence du socialisme municipal : la genèse des formes « institutionnalisées » du P.P.P.

La période allant de la fin du XIX^{ème} au début du XX^{ème} siècle fut marquée en France comme en Italie par un fort courant politique permettant l'interventionnisme économique des personnes publiques, notamment au niveau des structures locales. Les collectivités se détournèrent en effet peu à peu du mécanisme de la concession pour les services de distribution du gaz, de l'eau ou de l'électricité, afin de privilégier d'autres modes d'action. L'apparition de nouvelles formes d'organisation et de coordination de l'action publique remet ainsi toujours en question, et sur plusieurs niveaux d'analyse, le modèle dominant. BLUM disait ainsi en 1921, à propos de la concession « *qu'aujourd'hui moins que jamais, nous ne pouvons admettre cette politique de dépècement, de lotissement, de remise, à des*

*groupements de capitaux privés, de l'ensemble de nos richesses nationales...»*³⁶⁸. Le « *socialisme municipal* »³⁶⁹ ou la « *municipalisation des services publics* » comme on préfère l'appeler en Italie³⁷⁰, est issu d'une pratique pragmatique du pouvoir local et ne peut être analysé sans prendre en compte ses indéniables succès lors de périodes de crises et de guerres³⁷¹.

En effet, le principal motif de cette mouvance économique résidait non seulement dans l'agrandissement des villes mais plus encore dans l'intensité croissante des modes de vie urbains après la révolution industrielle. À titre d'exemple, la population des aires urbaines de plus de dix mille habitants avait augmenté de 173 % en France et de 190% en l'Italie sur la période allant de 1880 à 1890³⁷². Ainsi, le développement de l'industrie, des agglomérations ouvrières concomitantes et la multiplication de « néo-urbains » déclassés à cette époque conduisirent les citoyens à aspirer, par rejet de leur propre condition, à des horizons plus vastes et fructueux, lesquels se manifesteraient, pensaient-ils, avec la prise en charge directe par les personnes publiques d'activités considérées comme étant d'intérêt général.

En Italie, la loi de 1903 sur la municipalisation des services publics³⁷³, dite « *legge giolittiana* » a longtemps représenté le cadre normatif de référence de la gestion locale des services publics. En effet, malgré les modifications ultérieures l'ayant affecté³⁷⁴, la substance de la loi Giolitti restera formellement en vigueur

³⁶⁸ BLUM (L.), « Discours à la chambre des députés », séance du 24 juin 1921, Débat Parlementaires, p. 2893

³⁶⁹ RICHER (L.), « Le socialisme municipal a t'il existé ? », *Revue historique de droit français et étranger*, 1984, p.205 ; GUERARD (S.), « Socialisme municipal et économie mixte », in *Regards croisés sur l'économie mixte, Approche pluridisciplinaire droit public droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p.121.

³⁷⁰ MAJORANA (A.), « La municipalisation des services publics en Italie », traduit par BUCQUET (P.), *Revue socialiste*, Paris, mars-avril 1903, p.333, Disponible sur <http://gallica.bnf.fr>

³⁷¹ André DE LAUBADÈRE écrivait en effet que « *guerre et crises constituent les facteurs habituels de circonstance les plus puissants de l'interventionnisme économique.* » DE LAUBADERE (A.), *Traité de droit administratif. L'administration de l'économie*, Paris, LGDJ, Vol. 4, 3^{ème} éd., 1977, p.15. V. également VIDELIN (J-C.), « Le droit public économique et les crises économiques : approche historique », *RFDA* 2010, p. 727.

³⁷² MAJORANA (A.), *op. cit*, p. 337.

³⁷³ Legge n° 103 del 29/03/1903 *sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni*.

³⁷⁴ Réforme spéciale par l'arrêté royal du 04/02/1923 aboutissant, dans les limites fixées par le texte, à ce que les provinces puissent également procéder à la gestion directe de services publics et autorisant le gouvernement à réunir et à coordonner l'ensemble de ces mesures dans un texte

jusqu'à des temps très récents³⁷⁵. Son article 1^{er} commençait, conformément à la tradition italienne, dressé une longue liste énumérative des services que les communes pouvaient prendre en mains selon les formes établies dans la loi. Cette énumération n'était cependant en aucun cas, selon les termes mêmes du rapporteur, exhaustive.³⁷⁶ Il n'en demeure pas moins qu'elle fait figure de « photographie » de ce que le législateur italien a entendu faire entrer dans le champ des services publics au début du XX^{ème} siècle.

Les dix-neuf paragraphes que compte ce premier article peuvent être classés en deux catégories. La première concerne les activités qui s'exerçaient auparavant sous l'égide de la concession, monopoles de fait résultant de l'utilisation du domaine public (distribution d'eau [§1], éclairage public [§2], canalisations, tramways à traction mécanique [§4], etc.). La seconde concerne les activités commerciales considérées généralement comme strictement privées mais dont l'accomplissement répondait d'objectifs d'intérêts généraux (création et exploitation de pharmacies [§6], de fours communaux dans le but d'empêcher la hausse artificielle du prix du pain [§9], de boucheries [§10], etc.). Pour cette catégorie, le parallèle relatif au droit, pour les communes française, d'intervenir économiquement dans le cadre de la création de services publics locaux est très intéressant. Alors que la création des services publics locaux fût, dans un premier temps, limitée par la jurisprudence du Conseil d'État à l'existence de circonstances exceptionnelles³⁷⁷, le législateur italien mettait en place nombre de mesures ayant l'effet de « *garanties protectrices relatives à l'exercice même du droit de municipalisation*³⁷⁸ », dans le but de ne pas annihiler l'initiative privée.

unique qui deviendra le célèbre R.D n° 2578. Del 15/10/1925, *Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie*.

³⁷⁵ Elle fut effectivement abrogée par l'article 24 de la loi n°112 du 25/06/2008 *portant disposition urgente pour le développement économique, la simplification, la compétitivité et la stabilisation des finances publiques*, G.U. n° 147 del 25/06/2008 - Suppl. Ordinario n.152/L. Voir en ce sens, PALLIGIANO (G.), *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*- 26/06/2009, <http://www.giustiziaamministrativa.it>.

³⁷⁶ MAJORANA (A.), *op. cit.*, p. 348.

³⁷⁷ Voir CE, 29/03/1901, *Casanova*, Rec. p. 333, S. 1901.3.73, note HAURIOU.

³⁷⁸ JARRAY (G-L.), *Le socialisme municipal en Italie*, Annales des sciences politiques, Paris, 1904, p.303

Ainsi, sauf exceptions³⁷⁹, le texte prévoyait la mise en place d'une *azienda speciale* (agence spéciale³⁸⁰) distincte de l'administration ordinaire avec comptes et budgets séparés dans l'hypothèse où la commune souhaitait municipaliser le service³⁸¹. La municipalisation des services n'était donc pas obligatoire mais facultative. C'est donc l'opportunité qui, à l'instar de la création des services publics locaux en France, était la mesure du processus en Italie. Cependant alors qu'en France le Conseil d'État était le seul juge de cette opportunité, il admettait en effet la dérogation au principe de la liberté du commerce et de l'industrie par la présence de « *circonstances particulières de temps et de lieu* »³⁸² ; en Italie, le législateur a préféré mettre en place une série de différentes opérations de contrôle.

La délibération du conseil municipal portant création d'un service public municipalisé devait tout d'abord être soumise au conseil administratif de la province. Il fallait, afin qu'elle soit validée, fournir les éléments techniques et financiers nécessaires à la mise en place du service. Une fois le projet approuvé par la commission provinciale³⁸³, la délibération du conseil municipal était ensuite soumise au vote de l'ensemble des électeurs de la commune. Après que la constitution du service ait recueilli le consentement du corps électoral, le règlement spécial édicté par le conseil municipal était examiné par le conseil administratif de la province dans un délai de trente jours, puis rendu exécutoire sur décision du Préfet. Le règlement devait obligatoirement confier le service public municipalisé à une agence spéciale, dirigée par une commission *ad hoc* nommée par le conseil municipal. Cette commission, présidée par le directeur de l'agence, lui-même nommé par l'organe délibératif, était donc étroitement dépendante de l'autorité

³⁷⁹ Cas de monopoles de droit constitués par actes d'autorité de la puissance publique notamment en matière de sécurité, d'hygiène et de santé publique. Ainsi pour les pompes funèbres, les abattoirs et boucheries publics, les services d'affichages publics et la construction et l'exploitation des places de marchés ; les communes et provinces disposaient, selon l'article 1^{er} du R.D de 1925, de la possibilité d'établir des monopoles publics exclusifs.

³⁸⁰ La notion correspond au modèle français de l'établissement public.

³⁸¹ Art I : « *comuni possono assumere... l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi seguenti ...* » (les communes **peuvent** assumer... l'implantation et l'exploitation des services publics suivants ...)

³⁸² CE, 30/05/1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583, RDP 1930, p. 530, note JOSSE, S. 1931.3, p. 73, Concl. JOSE, note Alibert.

³⁸³ La loi de 1903 prévoyait même le recours à une commission royale afin d'obtenir son avis sur le projet de municipalisation (Articolo 12), mais cette disposition ne fut pas reprise dans le texte unique de 1925.

municipale, malgré une certaine forme d'autonomie constituée notamment par le caractère spécial de sa mission ainsi que par la séparation des comptes et budgets avec ceux de la commune.

En France, s'il existait encore entre la fin du XIX^{ème} et le début du XX^{ème} siècle un interventionnisme économique d'État hérité du colbertisme³⁸⁴, l'intervention économique directe des collectivités territoriales n'était, à proprement parler, encadrée par aucun texte. Certaines des communes françaises avaient cependant crue être investies de cette compétence par l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 qui disposait, dans son premier alinéa que « *le conseil municipal règle, par ses délibérations, les affaires de la commune* ». Le juge administratif, sur le fondement de l'atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie³⁸⁵, était cependant réticent vis-à-vis de ces interventions³⁸⁶, les considérant incompatibles avec la notion même d'État libéral³⁸⁷. Le législateur s'orienta alors dans une voie médiane entre la gestion directe et la concession, celle de l'économie mixte. HAURIOU définissait le concept comme consistant « *en une collaboration entre administrations et particuliers pour la gestion d'entreprise publique en faisant usage des méthodes du droit privé et spécialement, du procédé des souscriptions d'action* »³⁸⁸. Cette définition décrit parfaitement les mécanismes originaux institués par les lois de 1906 sur les habitations à bon marché³⁸⁹ et de 1908 sur les sociétés de crédit immobilier³⁹⁰, permettant aux communes, aux départements et aux hôpitaux de se procurer par voie d'actions jusqu'à deux tiers du capital des sociétés anonymes relevant de ce type d'activité. Excepté ces secteurs relatifs à la bienfaisance³⁹¹ et l'exemple des *stadtwerke* d'Alsace et de Lorraine hérités du droit Allemand³⁹², il

³⁸⁴ BRAMERET (S.), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, LGDJ, 2012, p. 2.

³⁸⁵ GROS (M.), *Droit Administratif : l'angle jurisprudentiel*, Paris, L'harmattan, 4^e éd., p.99.

³⁸⁶ CE avis 01/03/1900, *Vidanges lilloises*, RGA, 1900.I.433 ; CE avis 02/08/1894, *Pharmaciens de Roubaix*, RGA, 1894.III.435.

³⁸⁷ GUÉRARD (S.), *Socialisme municipal et économie mixte*, *op. cit.* p. 65.

³⁸⁸ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 10^{ème} éd., Sirey, 1921, p. 330.

³⁸⁹ *Dalloz*, 1906, n°4, p. 119.

³⁹⁰ *Dalloz*, 1908, n°4, p. 55.

³⁹¹ CE, 26/01/1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains*, Rec. p. 91.

³⁹² L'économie mélangée en Allemagne (ou *gemischte Wirtschaft*) est un procédé ancien, les sociétés créées sous ce modèle, dite *stadtwerke*, permettaient aux communes de s'associer à un partenaire

faudra attendre l'année 1926 et les décrets-lois POINCARÉ³⁹³ pour que les sociétés d'économie mixte, et plus généralement le processus de municipalisation des services publics, soient légalement étendus à l'ensemble du territoire français.

Le premier décret-loi autorisait l'intervention des communes, « *par voie d'exploitation directe ou de simple participation financière dans les entreprises, même de forme coopérative ou commerciale ayant pour objet le fonctionnement des services publics, le ravitaillement et le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale, ou de réalisation d'amélioration urbaine.* » Le second était relatif au statut des sociétés et aux modalités d'acquisition des actions. Ainsi, les communes pouvaient soit exploiter directement les services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial via le mécanisme de la régie municipale, soit les concéder, soit choisir de s'associer avec un partenaire privé dans le cadre d'une société d'économie mixte.

C'est sur le fondement de ces textes que le maire de Nevers avait créé un service municipal de ravitaillement. Constatant en l'espèce qu'aucune circonstance particulière ne justifiait la création en cause, le Conseil d'État annula les délibérations du conseil municipal³⁹⁴. L'interventionnisme économique des collectivités territoriales n'était alors possible qu'à la double condition d'une carence de l'initiative privée et de l'existence d'un intérêt local. Ces règles jurisprudentielles fixées par le juge administratif français, fortement marquées par le contexte social et économique de l'époque où elles ont été établies, allaient ensuite connaître une évolution vers l'admission généralisée de l'interventionnisme public dans ce même type d'activité, notamment via un élargissement de la notion d'intérêt local et de la désuétude de la priorité donnée à l'initiative privée³⁹⁵. Cette évolution

privé à hauteur de 50 % du capital maximum. M. BRAMERET (*op. cit.* p. 7) mentionne notamment l'exemple de la compagnie des transports Strasbourgeois, fondée en 1877 et devenue une entreprise communale en 1912 avec une prise de participation à hauteur de 50 % par la municipalité ; cité in Cour des comptes, *Société d'économie mixte du Bas-Rhin du Haut-Rhin et de la Moselle*, rapport public annuel 1964, Paris, Edition du Journal officiel, 1966, p. 79.

³⁹³ D. L du 05/11/1926, *loi de décentralisation et déconcentration administrative*, JORF, 7/11/1923, p.11894 et D. L du 28/12/1926, *loi relative aux régies municipales règlementant les entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière*, J.O.R.F, 31/12/1926, p. 13742.

³⁹⁴ CE, 30/05/1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *op. cit.*

³⁹⁵ Pour une analyse exhaustive de cette évolution jurisprudentielle, voir, GROS (M.), *op. cit.*, p. 100 à 107.

se synthétise d'ailleurs à travers la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris* de 2006³⁹⁶.

En ce qui concerne les S.E.M.L. (sociétés d'économie mixte locales), leur création nécessitait une approbation par décret en Conseil d'État et la participation publique ne pouvait excéder 40 % du capital. L'objet principal de ces textes était donc de permettre aux communes, dans des domaines limités, d'intervenir et d'assurer des missions à caractère industriel et commercial en évitant au mieux possible la création d'organismes dotés d'une relative autonomie et pouvant s'opposer au pouvoir du maire, « *compromettant ainsi la concorde indispensable au bon fonctionnement des services* »³⁹⁷. En effet, le recours à la formule de l'économie mixte apparaît comme la voie médiane entre les régies, jugées comme étant trop proche des communes, et les établissements publics, souffrant d'une trop grande autonomie³⁹⁸. Cantonnés au domaine de la bienfaisance sociale, ces premiers textes permettaient de poser les bases des relations institutionnalisées entre les personnes publiques et privées. Les évolutions législatives futures peuvent être résumées grossièrement en trois grandes périodes³⁹⁹.

La première va de l'après seconde Guerre mondiale jusqu'au début des années 80. À partir de cette époque, l'économie mixte ne s'assimile plus exclusivement à la prise de participation des personnes publiques dans l'actionnariat d'entreprises privées exerçant leurs activités dans le domaine de la bienfaisance sociale mais acquiert un statut propre. D'abord sectoriel⁴⁰⁰, ce statut sera généralisé par le décret du 20 mai 1955⁴⁰¹ qui étendra le champ d'intervention des communes « *à la mise au point de projet et l'exécution de travaux présentant un caractère*

³⁹⁶ CE Ass, 31/05/2006, *ordre des avocats au barreau de paris*, Rec. p. 272, *BJCP* 2006, p.295, *RFDA* 2006, p.1048, Concl. CASAS ; *JCP A* 2006, p.113, note LINDITCH.

³⁹⁷ BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, LGDJ, Paris, 4^{ème} éd, 1943, p. 282.

³⁹⁸ BRAMERET (S.), *op. cit.*, p. 7.

³⁹⁹ Voir DELION (A.), « L'histoire des SEM : une progressive maturation institutionnelle », *in*, GUERARD (S.), *op. cit.*, p. 64.

⁴⁰⁰ Ainsi les législations spécifiques ont été nombreuses : La loi du 30/04/1946 autorisait par exemple la création de S.E.M. d'Outre-mer, celle du 20/03/1951 autorisait la constitution de S.E.M. pour la construction et l'exploitation de gare routière de voyageurs, le décret du 10/11/54 facilitait la création de S.E.M. d'aménagement de zones industrielles...

⁴⁰¹ Décret n°55-579 du 20/05/1955 *relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique*, J.O.R.F du 21/05/1955, p. 5073.

d'intérêt public ou l'exploitation de services publics »⁴⁰². Les caractères majeurs des S.E.M. locales sont donc fixés. La structure juridique de droit privé est privilégiée. En contrepartie, le contrôle de la personne publique est garanti par l'obligation d'actionnariat public majoritaire⁴⁰³. La seconde période débute en 1983 avec la loi relative aux sociétés d'économies mixtes locales⁴⁰⁴. Cette loi, rendue nécessaire par le processus de décentralisation et *a fortiori* par la disparition du mécanisme de tutelle entraînant l'abandon de l'autorisation préfectorale nécessaire à la création de telles structures, garantira la prééminence de l'actionnariat public au sein de ces structures partenariales avec comme limite 80 % du capital. Le champ de compétence des S.E.M. locales sera élargi « *à toute activité d'intérêt général* »⁴⁰⁵. Leur gestion sera enfin contrôlée plus rigoureusement, notamment par les chambres régionales des comptes, ceci afin de garantir leur stabilité financière et éviter les liquidations comme ce fut le cas dans la période précédente⁴⁰⁶. La troisième période débute avec la réforme de 2002⁴⁰⁷ et fait entrer la logique « performantielle » dans l'économie mixte française. Elle rapproche les collectivités du statut d'actionnaire afin de susciter un bouleversement du management des sociétés d'économie mixte.

En résumé, le courant économique pragmatique dénommé « socialisme municipal » ou « municipalisation » a profondément influencé les personnes publiques dans les procédés de gestion des activités publiques. Un constat semble au demeurant pouvoir être réalisé. Ces deux mouvements économiques ont conduit au développement de structures juridiques partenariales qui seront définies plus tardivement comme étant institutionnalisées. La référence à l'œuvre du doyen HAURIOU ne peut alors être occultée si nous souhaitons décrire ces « institutions ». Selon la définition classique⁴⁰⁸, le processus d'institutionnalisation repose sur « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social. Pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des*

⁴⁰² *Ibid.* Article 1^{er}.

⁴⁰³ BRAMERET (S.), *op. cit.* p. 8.

⁴⁰⁴ Loi n° 83-597 du 07/07/1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, J.O.R.F du 08/07/1983, p.2099.

⁴⁰⁵ L 1521-1 CGCT

⁴⁰⁶ DELION (A.), *op. cit.*, p. 67.

⁴⁰⁷ Loi n° 2002-1 du 02/01/2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, J.O.R.F du 03/01/2002, p. 121.

⁴⁰⁸ HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », *cahier de la nouvelle journée*, Paris, 1925, n°23, p. 10.

organes. D'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures ». Trois éléments composent ainsi la notion : l'idée d'œuvre, le pouvoir de gouvernement organisé et les manifestations de communion.

En premier lieu, l'idée d'œuvre ou d'entreprise se matérialise aisément dans les modèles français et italiens. Elle ne doit cependant pas être confondue avec le but de l'institution⁴⁰⁹ qui n'est qu'un élément extérieur sans plan d'action précis alors que l'idée d'entreprise est intérieure à l'institution et dépasse « *le but pour être à la fois celui-ci et les moyens permettant d'y parvenir* »⁴¹⁰. Elle n'est pas non plus la fonction, part déjà réalisée de l'institution, puisqu'elle est tournée vers le futur, vers la virtualité dans l'accomplissement **de l'objet** de l'institution. C'est en définitive cette notion d'objet qui se rattache le plus à l'idée d'œuvre, c'est par lui que l'institution va « *s'objectiver et acquérir une individualité sociale* »⁴¹¹. Cet objet, qui dure juridiquement en ce qui concerne les P.P.P.I., né du contexte social propre à la France et à l'Italie du début du XX^{ème} siècle, est celui de « l'Etat providence ». La *municipalisation des services publics* et le socialisme municipal s'inscrivent dans cette optique. En effet, le libéralisme économique du milieu du XX^{ème} siècle, qui voulait voir les fonctions des pouvoirs publics réduites au minimum au profit de l'initiative privée à laquelle rien ne pouvait se substituer, souffrait de la constatation objective de l'accroissement des populations urbaines, notamment après les révolutions industrielles, multipliant ainsi les besoins collectifs auxquels cette même initiative privée ne pouvait plus suffire.

En deuxième lieu, le pouvoir de gouvernement provient quant à lui de l'idée d'œuvre. Deux principes essentiels s'en dégagent selon HAURIUO, la séparation des pouvoirs et le régime représentatif. La séparation des pouvoirs au sein de l'institution se décompose dans le vocabulaire spécifique d'HAURIUO par :

- *la compétence intuitive de la décision exécutoire* qui traduit le pouvoir de fondation de l'institution à travers le passage de l'irrationnel (l'intuition de la nécessité de faire intervenir une personne publique pour assurer une activité

⁴⁰⁹ MILLARD (E.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n°30, p.381.

⁴¹⁰ HAURIUO, *op. cit.*, p. 12.

⁴¹¹ *Ibid*, p.14.

d'intérêt général) au rationnel (la manifestation de puissance dans l'acte fondateur).

- *la compétence discursive*, c'est-à-dire le moment où l'intuition, l'idée directrice exécutoire passe à la phase du débat rationnel.
- *le suffrage ou l'assentiment* qui fait passer de la sphère minoritaire de l'intuition ou du débat à la sphère majoritaire de l'acceptation du processus institutionnalisant. Le régime représentatif se situe dans ce processus. Alors que les deux procédés s'exercent positivement ou négativement, c'est-à-dire par approbation ou désapprobation de l'idée d'institution, l'assentiment suggère un rapport identique entre les gouvernants et les personnes gouvernées quant à l'objet de l'institution et aussi l'acceptation par les secondes d'être représentées par les premières au sein de l'institution.

En dernier lieu, la manifestation de communion correspond enfin au passage de l'idée directrice à l'état subjectif de l'institution : « *Les manifestations de communion des membres du groupe et aussi des organes du gouvernement, correspondent, soit en l'idée de l'œuvre à réaliser, soit en celle des moyens à employer* »⁴¹². La référence aux grands mouvements populaires, qui accompagnent la fondation d'institutions politiques et sociales nouvelles, est donc facilement perceptible. Ces crises correspondent à des faits et moments historiques. En l'occurrence celle du mouvement ouvrier.

L'explication de la distinction entre la procédure complexe instituée en Italie pour contrôler de l'opportunité du recours à l'interventionnisme économique des personnes publiques (décision du conseil municipal, avis du conseil provincial, référendum local, etc.) et le recours en France au juge administratif procède alors selon nous du mode électoral respectif de ces deux pays au début du siècle. En effet, l'Italie ne connaîtra le suffrage universel direct (masculin) qu'en 1919. Les structures électives locales étaient donc fortement imprégnées par le suffrage censitaire alors qu'en France le suffrage universel direct avait permis, notamment dans les bassins industriels, d'instaurer un socialisme local qui s'opposait au libéralisme d'État. La figure du juge administratif permettait ainsi une forme d'arbitrage entre ces aspirations économiques antagonistes. Cet esprit de conciliation

⁴¹² HAURIOU (M.), *op. cit.*, p. 19.

se mesure bien dans le phrasé employé par le Conseil d'État, notamment dans la jurisprudence *Casanova*⁴¹³. La conciliation entre les intérêts des entrepreneurs privés et l'intérêt collectif communal en Italie ne s'est pas effectué par le biais du juge, mais *via* l'ensemble de la représentation électorale au niveau local, provincial et même national. Le modèle juridique ainsi produit (*l'azienda speciale*) était caractérisé par une forme typique d'exercice des fonctions administratives (comptabilité publique, procédure administrative, etc.) affectées à une entité juridique distincte du droit commun et soumis au contrôle central du préfet de province. Ce mécanisme était doublé du contrôle communal au moyen du referendum local qui justifiait son objet et aussi du contrôle sur les moyens d'action opéré par le conseil municipal dans la mesure où le directeur de l'institution, nommé par l'organe délibératif, devait nécessairement lui rendre des comptes. Il existait également à cette époque, mais de façon marginale, une forme d'économie mixte locale. La commune pouvait être actionnaire majoritaire d'une société de droit privé⁴¹⁴. Les municipalités et les provinces étaient en mesure d'agir comme des entrepreneurs privés et étaient soumis au droit commun.

Dans le milieu des années 1990⁴¹⁵, s'est ouverte la phase de privatisation des services. La tendance à l'utilisation des méthodes entrepreneuriales pour la gestion des services publics locaux s'est également consolidée. L'origine du changement était justifiée avant tout par la nécessité d'assurer des services plus efficaces, en augmentant notamment la flexibilité organisationnelle et fonctionnelle. Ces méthodes ont été pensées pour être appliquées aux entreprises privées, donc, avec la volonté de soustraire les institutions compétentes aux contraintes excessives du régime de droit public. La société mixte (*società mista*) est née à cette période comme un modèle transitoire: elle fut conçue pour attirer des capitaux privés dans l'optique de mettre en place une économie de marché des services d'intérêt public,

⁴¹³ « Considérant que la délibération attaquée n'a pas été prise en vue **d'organiser l'assistance médicale gratuite des indigents**, conformément à la loi du 15 juillet 1893 ; que si les conseils municipaux peuvent, **dans des circonstances exceptionnelles, intervenir, pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés**, il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto, où exerçaient deux médecins »

⁴¹⁴ CAMELLI (M.), «Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale», in *Le forme associative fra enti territoriali*, a cura di VANDELLI (L.), Milano, Giuffrè, 1992, p. 503.

⁴¹⁵ FERRARO (V.), *I partenariati pubblico-privato nella prospettiva del diritto europeo*, Academy of European public law series, London, 2010, p.186; et ; *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, R.I.D.P.C, 2010, fasc. 6, p.150

conformément aux règles de l'Union européenne⁴¹⁶. Les sociétés mixtes sont à l'heure actuelle en Italie, la principale forme institutionnelle de P.P.P. Les *azienda speciale* ont disparu progressivement (transformées en sociétés par actions) en raison de règles relatives à l'instauration de la logique « performantielle » dans la gestion de ce type de société⁴¹⁷. La grande loi sur les collectivités locales de 1990⁴¹⁸, consolidée en 2000 dans un texte unique sur l'organisation des entités locales (TUEL)⁴¹⁹, constitue le cadre législatif de la gestion des services publics locaux. Sans remettre en cause le modèle de l'*azienda speciale*, elle met en place néanmoins la formule de la société publique par action à capitaux mixte qui connaîtra un succès grandissant au détriment du premier modèle.

Ainsi, les deux modèles présentent un caractère analogue, notamment dans leur fonction transitoire. Le processus de l'économie mixte était historiquement, en France, considéré comme une modalité de transition entre la gestion déléguée et la gestion directe. Plus tardif en Italie, il peut néanmoins être regardé comme une forme transitoire entre la gestion directe et la gestion déléguée⁴²⁰. Dans les deux cas, ces deux formes institutionnelles seront bouleversées, comme le droit de la commande publique d'ailleurs, par la doctrine du *new public management*.

B) L'influence de la doctrine du New Public Management : la justification de la performance par le recours au procédé contractuel.

Les années 1970 furent marquées par une rhétorique et des initiatives gouvernementales visant à la fois la redéfinition du périmètre d'action et des modes d'intervention de l'État. À partir de cette époque, les États ont du démontrer, afin de légitimer leur action au détriment du secteur privé, le caractère performant de leur intervention (1). Dans un contexte européen marqué par un libéralisme économique affiché, par la volonté de réduction et de maîtrise des dettes publiques, le droit de la

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Voir *Infra*, chapitre 2 du titre 1 de cette partie, p. 145.

⁴¹⁸ LEGGE n° 142 del 08/06/ 1990, *Ordinamento delle autonomie locali*. GU n° 135 del 12-6-1990 - Suppl. Ordinario n. 42.

⁴¹⁹ D.L n° n°267 du 18/08/2000, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, G.U n°227 del 28/09/2000, Suppl. ord. n°162.

⁴²⁰ COSSALTER (P.), *op. cit*, p. 657.

commande publique a donc été fortement impacté. La recherche de la performance ou de l'efficacité de l'action publique se manifeste ainsi au sein de l'action publique. Cette dernière se doit alors de revêtir les formes de l'entreprise afin de justifier du caractère optimal entre les résultats obtenus et des moyens engagés pour les obtenir (2).

1) La légitimité de l'action publique performante

C'est à partir des années 1990 que les pays d'Europe de l'Ouest décidèrent de mettre en place un système de gestion de la performance en matière d'action publique. Dans cette logique, la notion d'intérêt général, légitimant l'action publique, est supplantée par la démonstration de la performance de l'action publique⁴²¹. Ce qui relève alors de la « nouvelle gestion publique », c'est-à-dire la redéfinition du périmètre des fonctions étatiques, c'est la remise en cause des activités régaliennes⁴²² bien que paradoxalement le secteur public soit encore très présent dans la vie sociale française et italienne. L'État est le garant de la cohésion sociale mais ces activités s'opèrent différemment puisqu'il est désormais fortement influencé dans l'optique de composer avec d'autres acteurs, dans une logique partenariale, afin d'assurer certaines de ses missions. Cette logique fut fortement influencée par la recherche de la performance dans l'action publique. L'analyse du choix des termes utilisés dans chacun des deux ordres est par ailleurs extrêmement intéressant. Le terme générique le plus usité au sein des pays de l'OCDE est celui *Public Management reform*⁴²³. Cette politique donnera naissance aux théories de la *best value for money* qui se traduirait dans le domaine de la commande publique comme la meilleure utilisation possible des deniers publics⁴²⁴.

Ces concepts, issus pour la plupart d'une promotion très "dynamique" des doctrines économiques des pays anglo-saxons⁴²⁵, ont reçu sur le plan sémantique des

⁴²¹ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003, p. 66.

⁴²² *Idem*.

⁴²³ V. DUREAU (G.), GUILLAUME (H.), et SILVENT (F.), *Gestion publique : l'État et la performance*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002, p.23.

⁴²⁴ HARDEN, et F. WHITE "Value for Money and Administrative Law", *Public Law* 1996, p. 661.

⁴²⁵ V. MELLERAY (F.), *L'argument de droit comparé*, *op. cit.*

traductions ne recouvrant pas la même réalité. Ainsi, le terme de *reform* en anglais a pu être transposé par celui de *modernisation* en français dont la signification semble, du moins sur le plan étymologique, opposée⁴²⁶. En Italie, les anglicismes ont tendance à être traduits littéralement dans la langue de Dante. La globalisation des marchés publics s'est opérée par le mécanisme de la performance, au moyen de standards que la banque mondiale et le fond monétaire international se sont efforcés de répandre⁴²⁷. Ces standards faisaient la part belle aux partenariats public-privé, symbole de l'efficacité en matière de gestion publique. La promotion de la compétition et de la performance s'est traduite dans des secteurs aussi stratégiques que ceux de l'électricité et du gaz⁴²⁸. L'événement marquant pour le droit français réside bien évidemment dans l'adoption de la loi organique relative aux lois de finance (L.O.L.F) en 2001⁴²⁹ dont il est dit traditionnellement qu'elle fait passer le budget de l'État d'un budget de moyens à un budget de résultats⁴³⁰. En Italie, en ce qui concerne le recours à l'endettement des collectivités territoriales, l'art. 119, al. 6 de la Constitution prévoit que « *les communes, les provinces, les villes métropolitaines et les Régions ont un patrimoine propre, qui leur est attribué selon les principes généraux établis par les lois de l'État. Elles ne peuvent avoir recours à l'endettement que pour le financement des dépenses d'investissement. Toute garantie de la part de l'État sur les emprunts qu'elles contractent est exclue* ».

Ainsi, la « nouvelle gouvernance financière publique »⁴³¹ a induit dans la gestion publique la culture de la performance. Celle-ci se matérialise par la recherche d'objectifs à atteindre pour les responsables de programmes budgétaires, objectifs déterminés en fonction d'indicateurs de résultats. Le guide pratique de la

⁴²⁶ Réformer signifie former de nouveau, « *refaire ce qui était défait* », V., *Le Grand Robert, op. cit.*, entrée « réformer ».

⁴²⁷ LIGNIÈRES (P.), *Partenariats publics privés*, LITEC, 2000, p.18.

⁴²⁸ NAPOLITANO (G.), *The state and the economy*, in, CASSESE (S.), *News trends in Italian public law*, EPLO series, London, 2012, p.90.

⁴²⁹ Loi organique n° 2001-692, 1/08/2001, *relative aux lois de finances*, JORF du 2 août 2001, p. 12480. Voir. CATTEAU (D.), *La LOLF et la modernisation de la gestion publique : la performance, fondement d'un droit public financier rénové*, Paris, Dalloz, 2007 ; LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), *Le droit dérivé de la LOLF*, AJDA, 2006, p. 536.

⁴³⁰ PARIENTE (A.), « La démarche de performance issue de la LOLF : quelles perspectives ? », *RDP* 2006, p. 38.

⁴³¹ BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M-C), « La gestion du budget de l'Etat saisie par la logique de contractualisation », in, *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent RICHER, a propos des contrats des personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2013.

LOLF en relève trois types⁴³² : l'efficacité socioéconomique pour le citoyen, la qualité de service pour l'utilisateur et l'efficacité de gestion pour le contribuable. La mesure de la performance relève pourtant d'une dimension idéologique assez partielle. Si les doctrines ultralibérales des années 1970 ont développé l'idée selon laquelle il devait y avoir « moins d'État et mieux d'État » ; les objectifs de réduction des dépenses et d'amélioration de la qualité des services publics, la volonté de rendre plus transparente l'action publique et l'externalisation des activités publiques sont autant de thèmes que nous retrouvons dans les législations françaises et italiennes contemporaines⁴³³. La logique du P.F.I anglo-saxon peut ainsi être considérée comme le symbole afférant à ces nouveaux mécanismes contractuels et institutionnels. Ces derniers revêtent en effet l'image d'outils de configurations organisationnelles soumis à des considérations idéologiques, politiques, budgétaires, économiques et managerielles très fortes. La dimension qui caractérise le mieux les formes les plus récentes peut s'expliquer selon quatre considérations : la fragilité des finances publiques⁴³⁴ ; la volonté des usagers à l'endroit des services publics d'obtenir des prestations de qualités dans une logique consumériste⁴³⁵, la rhétorique néolibérale⁴³⁶ faisant la part belle aux mécanismes du marché pour la fourniture du service public, et la volonté affirmée d'homogénéisation des droits par l'adaptation des expériences étrangères⁴³⁷. Dans cette optique, la figure du BOT (Build-Operate-Transfer)⁴³⁸ a été souvent utilisée dans le domaine des montages avec financement privé d'équipements et/ou de services publics.

⁴³² Guide pratique de la LOLF, *comprendre le budget de l'Etat*, éd. Juin 2012, p. 26. <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr>

⁴³³ DANJOU (B.) et MASSA (E.), *Services publics et externalisation. Réalités, actualité et perspectives*. CERNA - Ecole des Mines de Paris, 2004.

⁴³⁴ BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, 2001.

⁴³⁵ IANELLO (C.), « L'idée de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie », *AJDA*, 2012, n°39, p. 2150.

⁴³⁶ MAZOUZ (B.), « Les aspects pratiques des partenariats public-privé : de la rhétorique néolibérale aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP », *RFAP*, n° 130, 2009, p. 215.

⁴³⁷ BETTINGER (C.), « La gestion déléguée des services publics dans le monde », Paris, Berger-Levrault, 1997.

⁴³⁸ Voir *Supra*, Introduction générale p. 10.

2) Le modèle de l'entreprise transposée à la gestion publique

Le cadre normatif et l'environnement idéologique étant adaptés à la démarche, il s'en suit que la culture de l'entreprise ne pouvait que se rapprocher de la figure de l'institution publique. Or, par définition, le modèle d'action propre à l'entreprise est le contrat. Certains auteurs ont même annoncé la dissolution de l'entreprise au moyen de l'externalisation contractuelle, cette dernière ne se matérialisant que dans « *un nœud de contrats* »⁴³⁹. Cette logique est à la base d'un système partenarial dans lequel « *tout est fondé sur le principe que le décideur et l'agent s'engagent mutuellement ; le second, qui est mandaté pour réaliser un objectif et dispose d'une délégation de pouvoir pour le faire, est relativement autonome* »⁴⁴⁰. Cette logique entrepreneuriale de l'action publique a conduit à l'instauration d'outils mesurant la performance. Les rapports annuels auxquels sont astreintes de façon générale les entités adjudicatrices dans le cadre des montages contractuels de longues durées nous montrent à quel point le champ de l'action publique, surtout lorsqu'elle est externalisée, est soumis à une logique d'objectifs. Frédéric PARRAT affirme ainsi à propos de l'entreprise qu'elle « *n'est plus une entité à part entière mais une fiction légale, c'est-à-dire un lieu où se réalise par un processus d'équilibre complexe entre individus des objectifs potentiellement conflictuels. La firme est une coquille vide qui sert de réceptacle à de multiples contrats passés entre les individus au centre desquels se trouve le dirigeant [...] il n'existe que des rapports contractuels entre les individus* »⁴⁴¹. Si la transposition de ce constat au secteur public semble trop sévère, il n'en demeure pas moins que la question de la ténuité de la frontière entre gestion publique et gestion privée semble pouvoir se poser. En d'autres termes, en adoptant la logique entrepreneuriale à son action, l'administration a-t-elle ouvert la transformation des rapports entre les fournisseurs de services et ceux qui les reçoivent ?

⁴³⁹ JAMIN (C.), « Les enjeux de l'externalisation », *LPA*, n° 147, 09/12/1998, p. 3.

⁴⁴⁰ BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M-C), *op. cit.*, p.39.

⁴⁴¹ PARRAT (F.), *Le gouvernement de l'entreprise*, Paris, Maxima, 1999, p. 33.

Les politiques de privatisations des grands secteurs publics, sous l'égide de la législation européenne, a en effet conduit à l'instauration d'une relation nouvelle entre le citoyen et l'administration. Comme le relevait en 1997 le Professeur AMATO : « *les activités économiques qui relevaient auparavant du droit public vont désormais se déplacer dans le droit qui règle les rapports inter-privés. Le service lui-même n'est plus le service assuré, en principe, par l'autorité ou le sujet public, il est le service effectué par le " common carrier", par le sujet privé à responsabilités spéciales* »⁴⁴². DUGUIT avait déjà pensé en son temps la substitution de la puissance publique, symbolisé par l'autoritarisme administratif, au service public, symbole du caractère démocratique « *du secteur de la fourniture de ces mêmes services* »⁴⁴³. Le bouleversement induit par l'application de la logique « performantielle » et *a fortiori* la logique entrepreneuriale amène progressivement le consommateur à remplacer celle l'utilisateur. La consommation de service devient en quelque sorte « *la nouvelle pierre angulaire du processus qui mène à la libéralisation des domaines d'activités économiques* »⁴⁴⁴ faisant traditionnellement l'objet de monopole en faveur des États. Une nouvelle substitution semble ainsi se dégager, le service public relève plus d'une dimension économiste et individualiste, remplaçant le rapport administration/citoyen par celui d'entreprise/client⁴⁴⁵. Cette logique se transpose assurément dans le cadre des partenariats public privé et peut notamment être mesurée dans les relations entre les personnes publiques et leurs cocontractants.

⁴⁴² AMATO (G.), « *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia* », *Riv. Dir. Pubb.*, 1997, p.645.

⁴⁴³ IANELLO (C.), « *L'idée de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie* », *op. cit.*

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ Voir, *Infra*, p.343.

§2) L'évolution des rapports entre les personnes publiques et leurs cocontractants

Cette évolution suit deux grands mouvements. L'attractivité de la notion de service public et son accroissement quantitatif ont conduit au passage de la figure du cocontractant comme une adversaire de l'État à celui de son collaborateur (A). Le second mouvement, induit par l'intégration de la logique performantielle dans l'action publique, a cette fois fait évoluer le rôle du collaborateur en celui de véritable partenaire (B).

A) De l'adversaire au collaborateur : la justification de l'intuitu personae

Marcel WALINE avait remarquablement retracé, à la moitié du siècle précédent, l'évolution des rapports de l'État avec ses cocontractants⁴⁴⁶, symbolisée par le passage de l'adversaire au collaborateur. En effet, ce qui marque cette époque c'est que le cocontractant de l'administration, perçu autrefois comme ayant des intérêts antagonistes de ceux des personnes publiques (son seul profit face à l'intérêt de tous), avec le risque latent de conflits dans l'exécution toujours prêts à dégénérer en procès ; s'est mué en collaborateur volontaire dont les intérêts ne sont pas opposés à ceux de l'État mais plutôt complémentaires.

Ainsi l'auteur justifie-t-il son analyse en résumant l'idée originelle dominante des administrations lorsqu'elles devaient se procurer contractuellement ce qui était nécessaire à leur besoin : les marchés permettent de se procurer des travaux ou des fournitures à moindre coût que dans les cas où « *elle les exécutait directement* », ou alors des prestations que l'administration « *ne peut tout simplement pas exécuter elle-même* ». Quant à la concession, elle apparaît au départ comme une méthode de financement d'ouvrage « *sans avoir à payer en argent celui qui aura construit à ses frais un ouvrage public, et qui s'estimera suffisamment*

⁴⁴⁶ WALINE (M.), « L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants », *RDP*, 1951, p.5.

rémunéré s'il obtient en échange le droit d'exploitation »⁴⁴⁷. En définitive, ce qui guide l'administration dans ses relations contractuelles, c'est le souci de l'économie, de la bonne gestion des deniers publics. Dès lors, son attitude avec ses cocontractants, dominée par cette idée, se caractérise par une particulière vigilance à l'encontre des potentiels soumissionnaires. Ces derniers, dans une logique économique propre au libéralisme du XIX^{ème} siècle, se disputent les marchés à la règle de l'adjudication au moins disant, en France⁴⁴⁸ comme en Italie⁴⁴⁹. Cette méfiance à l'égard des cocontractants est aussi partagée à l'égard de ses fonctionnaires les moins zélés. Ainsi, lorsque le député DUBOIS-AIMÉ⁴⁵⁰ dépose un amendement à la loi portant règlement du budget pour 1829 disposant « [qu'] aucun marché, achat, vente, construction ou réparation dont la valeur s'élèverait au dessus de 3000 francs, ne pourra avoir lieu à l'avenir, pour le compte du gouvernement, qu'avec publicité et concurrence [...]», il évoque lors des débats parlementaires les « marchés passés sous le manteau » lesquels ont été souvent initiés « par d'odieuses friponneries »⁴⁵¹. Cependant, c'est surtout l'argument économique, insistant déjà sur l'inégalité de fait entre l'administrateur chargé de conclure et l'entrepreneur beaucoup plus spécialisé que lui dans le domaine faisant l'objet du contrat qui attire notre attention. « *Quelque habile que soit un administrateur, il ne peut jamais être certain qu'un autre spéculateur n'eut pas pu se charger de la même entreprise à un prix plus modéré* »⁴⁵².

Ainsi, nous remarquons bien qu'une sorte méfiance généralisée envers le secteur privé guide dans un premier temps la formulation des règles de passation des contrats publics dans un souci de gestion optimale des deniers publics. Cependant, cette méfiance se retrouve également dans le souci de la bonne exécution des contrats. « *Malheur au soumissionnaire qui s'est trompé dans ses calculs* » énonçait WALINE, « *il n'aura aucune pitié à attendre ni de l'administration, ni des tribunaux administratifs, qui lui feront application, avec la plus stricte rigueur, des*

⁴⁴⁷ *Ibid.* p. 7.

⁴⁴⁸ Ordonnance du 04/12/1836 portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 36, p. 487.

⁴⁴⁹ Legge de 1865 allegato F, *op. cit.*

⁴⁵⁰ RICHER (L.), « Une tradition : le caractère réglementaire des marchés publics », <http://www.cabinet-richer.com>

⁴⁵¹ Chambre des députés, *Archives parlementaires*, Séance du 22/11/1831, p.753.

⁴⁵² *Ibid.* p. 226.

clauses les plus draconiennes des cahiers des charges qu'il aura l'imprudence de souscrire »⁴⁵³. Dès que son offre est déposée, le soumissionnaire ne peut plus la retirer, la réviser ou l'annuler⁴⁵⁴. L'administration puissante tient son adversaire entre ses mains et jusque 1916⁴⁵⁵ il n'obtiendra même aucune indemnité des fluctuations des prix des matières premières qu'il n'avait pu prévoir⁴⁵⁶. L'article 33 du cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées de 1806 prévoyait par exemple que la résiliation du marché était la seule possibilité si les prix subissaient une augmentation minimale de 1/6 par rapport aux valeurs initiales du contrat⁴⁵⁷. La révision du cahier des clauses et conditions générale de 1892 maintiendra, dans les mêmes termes, cet article⁴⁵⁸. Les candidats potentiels prenaient donc un risque non négligeable dans leur relation avec l'administration dans la mesure où il n'avait pas à espérer la moindre compréhension et indulgence de cette dernière dans l'exécution de leur prestation. Ils pouvaient véritablement être considérés comme les adversaires de l'Administration, même dans le cadre d'une concession.

Cette considération se mesure bien dans les conclusions du commissaire du gouvernement TARDIEU sur l'affaire *Compagnie des messageries maritimes* lorsqu'il affirmait que « *les tribunaux administratifs [avaient] le droit* », en raison de l'intérêt général, « *de se montrer plus sévères dans l'application de la conduite de l'entrepreneur, et d'exiger de lui plus d'efforts pour assurer l'exécution de son contrat, que les tribunaux judiciaires n'en exigeraient d'un entrepreneur privé* »⁴⁵⁹. L'intérêt général s'établissait ainsi comme le curseur de l'adversité entre l'administration d'État, œuvrant dans le bien commun, et les cocontractants de cette dernière, dont les prestations étaient certes indispensables à sa réalisation mais néanmoins effectuées dans l'optique de leur profit privé.

⁴⁵³ WALINE (M.), *op. cit.*

⁴⁵⁴ CE, 09/07/1919, *Grande*, Rec. p. 611.

⁴⁵⁵ CE, 30/03/1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125.

⁴⁵⁶ CE, 24/06/1866, *Deslandes*, Rec. p. 575 ; CE, 29/11/1889, *Funnagalli*, Rec. p. 1096.

⁴⁵⁷ TARBÉ de VAUXCLAIRES (J-B), *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes, considérés dans leur rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence*, Paris, CARILIAN-GOEURY, 1835, p. 415.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ CE, 29/01/1909, *Compagnie des messageries maritimes*, Rec. p. 120.

Les choses commencèrent à évoluer sous l'influence croissante, dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, du procédé concessif, notamment pour multiplier les infrastructures nécessaires aux services publics. Les qualités techniques supposant la construction et la gestion à long terme de ce type d'infrastructure, ainsi que l'immensité des capitaux à engager, réduisaient de fait la concurrence aux seuls groupes capitalistiques assez puissants pour assurer de telles missions⁴⁶⁰. L'attitude de l'administration en fut donc radicalement modifiée. Elle ne voyait en effet plus son cocontractant comme un simple adversaire mais plutôt comme un collaborateur dont les intérêts n'étaient donc pas antagonistes aux siens, mais les complétaient. C'est dans cette acception que le choix du cocontractant relevait de *l'intuitu personae* propre à la logique concessive.

En effet, la durée et l'importance économique des travaux à réaliser (ligne de chemin de fer, grands barrages hydrauliques, travaux portuaires, développement de l'électricité) augmentaient de façon exponentielle. Dès lors, plus les contrats étaient longs, moins le cocontractant de l'administration apparaissait comme le fournisseur « accidentel » d'un besoin, à l'instant t où elle avait l'utilité d'une prestation ponctuelle. Au contraire, il apparaissait comme un collaborateur dont l'aide devenait habituelle. C'est en ce sens que l'on peut deviner l'apparition de la logique partenariale avec comme catalyseur, la performance. De plus, les travaux demandés aux entrepreneurs étaient d'une technicité beaucoup plus avancée qu'auparavant. De telles réalisations nécessitaient la collaboration d'ingénieurs et de bureaux d'études travaillant en commun. C'est dans cette optique que s'est développé, en France plus particulièrement, le processus de l'étude préalable avant contrat, avec le mécanisme des lettres de commande. Ces dernières devaient déterminer à titre provisoire et exceptionnel, en cas d'urgence pour des travaux dont il était nécessaire que l'exécution commence avant que toutes les conditions n'aient pu être formulées, « *le prix et les modalités suivant lesquelles sont déterminées par avenant les clauses définitives du marché* »⁴⁶¹. L'exécution des travaux suppose ainsi des compétences de plus en plus grandes de la part des cocontractants de l'État. Le nombre des entreprises capables de se lier avec l'administration tendait donc à se restreindre. Cela s'est renforcé par le fait que les grands groupes industriels pouvaient

⁴⁶⁰ WALLINE (M), *op. cit.*

⁴⁶¹ Article 24 du décret du 06/04/1942, JORF du 11/04/1942, p.1370.

notamment comprimer leurs coûts de production (obtention de prix plus bas par leurs fournisseurs pour des achats « en gros », équipement plus perfectionné, organisation plus efficiente du travail, etc.) et étaient donc en mesure d'emporter le choix des administrations. Ces différentes évolutions ont alors conduit à assouplir la réputation d'intransigeance de l'Administration, notamment au regard de l'interprétation des clauses du contrat et de la fixation du prix. En effet, si elle ne fait pas preuve d'une certaine mansuétude à l'égard des risques d'évolution des prix ou aux conditions d'exécutions des travaux, les candidats appliquent alors à leurs offres des mécanismes d'assurances censés garantir ces risques. Dans cette logique, la fermeté de l'administration conduit donc à une augmentation des prix.

Par ailleurs, cette évolution s'est manifestée en parallèle avec l'évolution du droit des concessions. Elle s'est matérialisée dans le recul des procédés quasi-automatiques d'adjudication au profit du recours à l'*intuitu personae* (même si les deux ne sont pas forcément incompatibles) ainsi que par une jurisprudence plus libérale qui a contribué à forger ce que l'on dénomme comme étant les grands éléments de la théorie générale des contrats administratifs⁴⁶². La situation des cocontractants de l'administration est ainsi passée de la logique d'adversité à celle de la collaboration. L'accroissement du nombre de services publics a également joué un rôle essentiel dans ce processus. Selon nous, une autre évolution est perceptible depuis l'intégration de la logique performantielle dans la sphère publique. Elle s'explique également par l'explosion de la technicité des prestations demandées par l'administration. Elle a fait passer le collaborateur à celui de véritable partenaire. En effet d'un rapport effectué *intuitu personae*, marquant une confiance particulière et réciproque entre les cocontractants en fonction notamment des risques générés par le contrat nous sommes passés à un rapport de *fusio personae* dans lequel le partenaire et l'administration sont liés contractuellement. Ils peuvent poursuivre des objectifs différents, voire antagonistes. Toutefois, ils restent juridiquement dépendants l'un envers l'autre⁴⁶³.

⁴⁶² V. DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, 2ème éd., 2 vol., LGDJ, 1984.

⁴⁶³ Selon les termes mêmes du Conseil d'État, « le droit de la délégation de service public » a muté « d'un régime de contrats dits "relationnels", [...] vers un régime de contrats dits "transactionnels" », in, CE, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n° 53, p. 319.

B) Du collaborateur au partenaire : Vers une fusio-personae

Dans sa note sous la célèbre décision *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*⁴⁶⁴, le doyen HAURIOU justifiait l'existence de la théorie de l'imprévision par la « *subordination de l'élément contractuel à l'élément service public* ». Cette subordination s'expliquait selon lui par logique même de la concession, acte d'institution de la logique « service public », laquelle implique que le service doit continuer d'être assuré « *même si l'on doit faire plier des clauses du contrat* ». HAURIOU traduisait sa pensée par la maxime suivante : « *rigidité du service public et flexibilité du contrat* ». Comme nous venons de le voir précédemment, cette conception succédait à celle de la rigidité du cahier des charges ou du contrat, succession justifiée selon nous par l'émergence et la position dominante de la notion de service public par rapport à celle de travaux publics.

Le contrat de concession amena ainsi à la logique de l'*intuitu personae* pour tenir compte des exigences du service. Si autrefois l'exécution de travaux publics emportait comme conséquence de calquer la durée des contrats sur la période de construction et d'installation, l'institution de services publics implique quant à elle que la durée du contrat soit liée à la période de gestion. En effet, « *l'élément du contrat initial a perdu de son importance ; il est devenu l'accessoire du service public* »⁴⁶⁵. À l'heure actuelle, ce constat pourrait plutôt être inversé, témoignant du caractère circulaire des règles juridiques. En effet, l'élément travaux a repris le pas

⁴⁶⁴ CE, 30/03/1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125, Concl. CHARDENET ; RDP 1916, p.388, Note JEZE ; S.1916.3, p. 17, Note HAURIOU.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

sur l'élément service. La complexité de ces derniers (due notamment à l'évolution des techniques) et les coûts colossaux qu'ils supposent amènent à une forme d'alliance extrêmement aboutie entre les cocontractants. Elle confine même quelque fois à la perte de leur entité propre au profit d'une société de projet⁴⁶⁶, d'où la notion de *fusio personae*, découlant de celle de partenariat. L'élément du contrat initial, pour paraphraser HAURIOU, a aujourd'hui gagné en importance et c'est le service qui semble être devenu accessoire⁴⁶⁷, à tel point que la maxime employée par HAURIOU pourrait être reformulée de la manière suivante : Rigidité du contrat, flexibilité du service ! Ce constat peut être aisément mesuré à travers l'étude des procédés et clauses institués par certains contrats type du P.P.P. ayant pour fonction l'édification d'équipements publics, même lorsqu'ils sont au profit direct des personnes publiques⁴⁶⁸.

Ces différents procédés, institués à partir des années 1990⁴⁶⁹ en France notamment, ont remplacé « *le succédané de pouvoir réglementaire ministériel* »⁴⁷⁰ qui provenait des cahiers des charges types que nous évoquions précédemment. Avec la tutelle de l'État sur les collectivités jusqu'aux lois de décentralisation⁴⁷¹ c'est la rigidité même du droit de la commande publique qui s'effaça peu ou prou à partir de 1982. En effet, le caractère contraignant des cahiers des charges type à l'égard des collectivités territoriales fut supprimé par l'article 13-1 de la loi de décentralisation ; ces documents ne furent ensuite guère renouvelés et leur disparition fut officialisée par la suppression du conseil national des services publics départementaux et communaux en 2004⁴⁷². Dès lors, la disparition de ce contrôle centralisé sur l'exécution des partenariats public-privé en général, et des D.S.P en particulier, traduit nécessairement une plus grande liberté dans la rédaction des

⁴⁶⁶ V. *Infra*, p.192.

⁴⁶⁷ V. *Infra*, p. 297.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ Loi n° 92-125 du 6/02/1992 *relative à l'administration territoriale de la République* (J.O.R.F. du 8/02/1992, p. 2064), la loi n° 93-122 du 29/01/1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* (précitée), et la loi n° 95-127 du 8/02/1995, *relative aux marchés publics et délégations de service public*, J.O.R.F. du 9/02/1995, p. 2186.

⁴⁷⁰ DOUENCE (J.-C), « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », *Dalloz Collectivités territoriales*, 2008, Fasc. n° 61130.

⁴⁷¹ Loi n° 82-623 du 22/07/1982 (J.O.R.F. du 23 juillet 1982, p. 2347).

⁴⁷² Article 45 de la loi n° 2004-811 du 13/08/2004 *de modernisation de la sécurité civile*, J.O.R.F. du 17/08/2004, p. 14626.

contrats. Compte tenu du rapport de force entre les délégants et les grands groupes industriels spécialisés dans la gestion des services publics locaux, cette liberté a conduit à ce que les clauses figurant dans ces contrats soient, comme l'a énoncé la Cour des comptes, « *plus souvent imposés par les entreprises gestionnaires [...] que proposés par les collectivités* »⁴⁷³.

Ainsi, un des exemples témoignant du passage du collaborateur au partenaire dont découle le caractère fusionnel de la future relation se mesure dans la préparation des liens contractuels, notamment à travers les processus d'évaluations préalables. Ces procédés existent aussi bien en France qu'en Italie. Par ailleurs, des structures opérationnelles ont été mises en place pour « aider » les administrations dans leurs recours aux P.P.P.⁴⁷⁴. Dénommées « *task force* à la française ou à l'italienne » (force opérationnelle), notamment par les ministères de l'économie de chaque État⁴⁷⁵, elles proposent sur leurs sites internet des « clausiers-type », guides et autres documents techniques fournis révélateurs de cet état de fait. En ce qui concerne le partage des risques par exemple, il est frappant de remarquer la contractualisation en des termes très précis des événements susceptibles d'affecter la modification du contrat. Ces éléments s'expliquent par la volonté de définir précisément le partage des risques dans les clauses du contrat. Ainsi, les modèles type de convention fournis respectivement par la MAPPP⁴⁷⁶ et l'UTFP⁴⁷⁷ prévoient la manière dont des théories très connues en droit des contrats publics comme la force majeure, le fait du prince ou l'imprévision vont s'appliquer.

En ce qui concerne la force majeure, le modèle italien prévoit ainsi que soit fixé dans les clauses du contrat le nombre de jours aux termes desquels la résolution

⁴⁷³ Cour des comptes, *La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement*, Rapport public 1997, p. 60.

⁴⁷⁴ Mission d'appui aux partenariats public privé (M.A.P.P.P) et *L'Unità tecnica di finanza di progetto* (U.T.F.P).

⁴⁷⁵ Italian Ministry of the economy and finance, *Unità tecnica Finanza di Progetto (UFP) Italian PPP Task Force*, in http://www.utfp.it/docs/UFP_English.pdf, Ministère de l'économie et des finances, *the « Mission d'appui aux PPP (MAPPP) : The French PPP task force*, in <http://www.economie.gouv.fr>.

⁴⁷⁶ MAPPP, *contrat de partenariat : clausier général type*, 28/11/2011, <http://www.economie.gouv.fr/ppp/contrats-signes>

⁴⁷⁷ UTFP, *PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO : Modello di convenzione*, 03/2008, http://www.utfp.it/doc_tecnici.htm

pourra être demandée devant le juge⁴⁷⁸, ainsi que le montant des rétributions qui devront être acquittées au partenaire de l'administration pour le travail déjà fourni. Le modèle français⁴⁷⁹ est aussi précis. Il prévoit par exemple la possibilité de mettre en jeu la responsabilité de la partie qui, par action ou omission, aurait sérieusement aggravé les conséquences d'un événement de force majeure. Les procédures de mise en œuvre de cette théorie sont par ailleurs très rigoureuses. La partie qui l'invoque doit le notifier à l'autre par tout moyen, doublé d'une lettre recommandée avec accusé de réception. S'il s'agit du partenaire privé, ce dernier doit communiquer à la personne publique une note décrivant la nature de l'événement et précisant les conséquences sur l'exécution du contrat ainsi que les mesures prises pour en atténuer les effets. Le délai dont dispose la personne publique pour interpréter les prétentions de son cocontractant est prévu dans le contrat. Si c'est elle qui constate la force majeure, il est prévu qu'elle doit recueillir l'avis du partenaire dans un délai également fixé dans les clauses contractuelles. Les conséquences financières directes et indirectes de la survenance du cas de force majeure sont supportées, dans les modèles type français et italien, par les personnes publiques.

En ce qui concerne la théorie de l'imprévision et le fait du prince, le même type de précision s'appliquant au délai et à la procédure d'information, ainsi qu'au support du portage financier par la personne publique sont prévues⁴⁸⁰. Le partage des risques repose donc dans ces contrats sur l'établissement de programmes fonctionnels servant de base à la rédaction des clauses. Leur de préparation varie en fonction des projets et de l'importance des travaux à réaliser. Les insuffisances rédactionnelles conduiront alors nécessairement à la multiplication d'avenants au contrat. À titre d'exemple, le contrat pour la réalisation de l'hôpital *dell Angelo di Mestre*⁴⁸¹ fait porter la responsabilité de la force majeure sur la personne publique, ne transcrit pas dans les clauses du contrat les risques de défaillance du constructeur ou les évolutions technologiques. Ces dernières devront donc être négociées par

⁴⁷⁸ UTFP, PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO, *op.cit.*, p.69.

⁴⁷⁹ MAPPP, *Contrat de partenariat : clausier général type*, *op. cit.*, p.21.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 71 pour le modèle français et p.65 pour le modèle italien.

⁴⁸¹ GRECCO (L.), *PPP's for Italian Hospitals: The Case of Mestre, The Use of PPPs for Infrastructure Investments in Urban Areas*, Annual Meeting on Public-Private Partnerships OECD Conference Center,

avenant, entraînant ainsi des conséquences sur la durée du contrat et sa rémunération⁴⁸².

La prévision contractuelle des risques met ainsi en évidence dans ce type de contrat l'importance d'un partenariat fusionnel entre les acteurs. Une bonne relation entre les différents protagonistes pouvant conduire à des gains d'efficience sur le plan économique. Dans cette optique, la personne publique doit par exemple communiquer à son cocontractant « *l'ensemble des documents en sa possession* »⁴⁸³ relatifs aux terrains d'assiette et/ou aux ouvrages existants. Le partenaire ne pourra, du reste, se prévaloir du caractère erroné ou incomplet de ces documents. Il sera précisé au contrat l'absence ou la présence de droits réels sur le domaine public⁴⁸⁴. De plus le contrat doit nécessairement comporter une clause relative « *aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public* »⁴⁸⁵.

Cependant, la relative précision des modèles-types se heurte dans les faits au constat de la déficience des moyens des administrations (surtout au niveau local) ainsi qu'au caractère déséquilibré de la relation au profit du partenaire privé. Ce constat fut opéré de manière quasi identique par les juridictions financières des deux pays de notre étude⁴⁸⁶. En effet, pour ce qui concerne l'exécution et la passation des contrats, si les clauses relatives au contrôle par la personne publique sont obligatoires⁴⁸⁷, les moyens humains nécessaires sont insuffisants et révèlent la dépendance des administrations face à leur cocontractant. La Cour des comptes a par exemple relevé pour le contrat de partenariat relatif à la rénovation du stade vélodrome de Marseille que la commune ne disposait que d'un seul chef de projet à

⁴⁸² V. pour le détail des procédures, porteur du projet, avenants et plan de financement : <http://www.infopieffe.it>

⁴⁸³ Article 13 de l'Ordonnance n°2004-559 relative au contrat de partenariat, *précité*, article L.1414-16 du C.G.C.T.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ Article 11 e) de l'Ordonnance n°2004-559, article L.1414-12 e) du C.G.C.T

⁴⁸⁶ V. Cour des comptes, *Rapport public annuel*, février 2015, p. 170 ; et *Rapport public annuel 2014*, février 2014, p. 378 ; Corte dei conti, Corte dei conti, Sez. Riunite, 14/05/2010, *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, ; Deliberazione n° 5/2012 della *Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna* ; Procura regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti, *intervento del procuratore regionale carmine scarano per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2014*.

⁴⁸⁷ Article L. 1414-12 du CGCT et

temps plein, ce qui la rendait extrêmement dépendante de son partenaire vis-à-vis de la maîtrise d'ouvrage du projet, lequel cumula les missions de programmation, d'assistance au montage contractuel et le suivi juridique et financier du projet⁴⁸⁸.

La multiplicité des opérateurs économiques partenaires⁴⁸⁹ et la faiblesse concurrentielle des secteurs spécifiques de construction de très grands équipements publics (stades, centres hospitaliers, etc.) peuvent en outre conduire à des insuffisances dans le contrôle de l'activité du partenaire privé par la personne publique. Ainsi la Cour des comptes a constaté que « *la rédaction ambiguë de ces clauses conduit le titulaire du contrat de partenariat conclu avec la ville de Rouen en matière de sécurité des espaces publics à produire des rapports ne permettant pas à la commune d'exercer son contrôle dans des domaines essentiels de l'économie du contrat, notamment sur les recettes annexes perçues par le partenaire privé et sur le respect des obligations de sous-traitance* »⁴⁹⁰. De plus, ces contrats incluent la réalisation d'un équipement public mais aussi la maintenance de l'ouvrage. Des mécanismes de prévision des grosses réparations sont alors intégrés au calcul du loyer⁴⁹¹, certains contrats distinguaient même la maintenance dite « curative » de la maintenance « préventive » sans que la distinction entre les deux notions ne soit clairement explicitée et souvent avec des incidences financières lourdes pour la personne publique⁴⁹².

Aux remarques qui précèdent, on objectera sans doute que les instruments juridiques du partenariat public-privé prospèrent de façon conjoncturelle, dans le cadre historique établi par le droit des concessions. Ce constat est sans doute vrai,

⁴⁸⁸ Cour des comptes, *Rapport public annuel*, février 2015, *Ibid*.

⁴⁸⁹ À titre d'exemple, AREMA est la société de projet créée pour concevoir, et construire le stade Vélodrome. Ses actionnaires sont la Caisse des Dépôts et Consignations, la Caisse d'Épargne Provence Alpes Corse, le FIDEPPP (fonds d'investissement et de développement des partenariats public-privé), la GFC Construction et BOUYGUES ENERGIES SERVICES, filiales de Bouygues Construction, <http://www.lenouveaustadevelodrome.com>

⁴⁹⁰ Cour des comptes, *Rapport public annuel*, février 2015, *Ibid*

⁴⁹¹ Cas de l'hôpital *Alto Vicentino di Santorso* (http://www.comunitas-schio.it/wp-content/uploads/2013/06/il-proiect-a-santorso_esposto_2013.pdf), du BEAH du centre hospitalier de Pontoise (rapport Cour des comptes, *op. cit.*, p.379.)

⁴⁹² Cas du contrat de partenariat pour le centre hospitalier sud Francilien, V. Rapport cour des comptes, *précité*.

surtout en période économique moribonde. Cependant, la complexité des relations instituées au fil du temps entre l'administration et son cocontractant, dans le cadre de ce type particulier de contrat, induit de réelles transformations du droit de la commande publique. Si ces dernières ont été influencées au cours du temps par différentes notions, il n'empêche qu'elles témoignent de la difficile intégration des procédés performantiels et économiques issus du droit anglo-saxon avec les notions propres aux droits administratifs français et italien, garantissant ainsi une forme de relativisme de la culture juridique de ces deux pays. Ces difficultés expliquent selon nous le phénomène d'éclatement contractuel des droits français et italien à l'aune de la notion de P.P.P.

CHAPITRE 2 :

L'ÉCLATEMENT DES CATÉGORIES NOTIONNELLES

DE LA COMMANDE PUBLIQUE

AUTOUR DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

S'il fallait résumer la façon dont se sont construites les figures des contrats administratifs français et *dei contratti pubblici* italiens, nous ne pourrions faire l'économie des notions suivantes : marchés publics et concessions ; services publics et travaux publics ; objet du contrat et modalités de rémunération. Ces catégories conditionnent en effet la reconnaissance des divers instruments contractuels entrant dans le champ de la commande publique ainsi que les règles relatives à leur publicité et mise en concurrence. Les « *instruments juridiques* »⁴⁹³ des P.P.P. en France et en Italie ne peuvent être réunis actuellement dans une catégorie juridique globalisante. La raison en est simple : ils transcendent bien souvent les frontières des couples structurant le champ des procédés contractuels de la commande publique. Ce faisant, l'application d'un modèle homogène pour leur passation et leur exécution apparaît sans doute difficile⁴⁹⁴. Les P.P.P. français et italiens forment, au sein de leur ordre, une multitude de catégories distinctes dont la corrélation avec le droit de l'Union européenne des marchés publics et des concessions est autant problématique que le foisonnement des régimes juridiques des différents instruments dans les droits internes. L'hétérogénéité des instruments juridiques des partenariats publics privés en France et en Italie témoigne ainsi de toute la dimension heuristique de la formation du droit de la commande publique. Elle révèle également les difficultés de faire coïncider une notion avec des concepts juridiques dont nous avons vu que la construction relevait d'une histoire propre à chaque pays.

Il est alors des instruments juridiques du partenariat public-privé comme de l'impressionisme en peinture, un mouvement de mobilité permanente, d'impressions fugitives s'opposant à l'aspect théoriquement stable de l'art qui l'encadre. Selon l'angle de vue au moyen duquel on l'aborde, que l'on se situe d'un côté ou de l'autre

⁴⁹³ MULLER (E.), *Les instruments juridiques des partenariats publics privés*, *op.cit.*

⁴⁹⁴ Voir *Infra*, titre 1 de la seconde partie, p. 315.

des Alpes par exemple, ces instruments peuvent présenter des caractéristiques différentes alors qu'ils se regroupent paradoxalement au sein d'une catégorie déterminée du droit de l'Union européenne. Le constat de leur morcellement en droit interne (section 2), apparaît ainsi comme fonction de l'inadéquation entre les catégories notionnelles auxquelles ils se forcent de correspondre et la réalité pratique de ce que ces instruments recouvrent (section 1).

Section 1 : L'inadéquation entre les catégories notionnelles et la réalité pratique des instruments juridiques du P.P.P.

Elle procède d'un problème de définition entre les différents instruments (§1) mais aussi de la distinction communautaire entre les partenariats public-privé institutionnels et conventionnels (§2).

§1) La problématique liée aux différences de définition entre les catégories internes et européennes

Ces différences ont amené à la création, dans certains domaines spécifiques, de montages contractuels complexes (A). Après leur condamnation, ils serviront de base à l'élaboration des instruments français et italien les plus emblématiques du partenariat public-privé (B).

A) La création de montages contractuels complexes, palliatifs nécessaires aux problèmes de définition des modèles concessifs

Les figures françaises et italiennes du marché d'entreprise de travaux public et de la *concessione di sola costruzione* présentent d'étranges similitudes quant aux problématiques qu'elles ont générées par rapport à leurs qualifications juridiques. Les noms prêtés à ces deux formules sont en radicale opposition. Ils relèvent en effet

pour chacun d'une des deux parties de la « *summa divisio* » fixée par le droit de l'Union européenne. Pourtant, ces instruments ont dépassé la distinction entre marchés publics et concessions en droit interne. Selon nous, cette inadéquation entre les catégories européennes et la réalité pratique des instruments s'expliquait par la ligne de démarcation fondée, au niveau de l'Union européenne, sur le critère des modalités de rémunération, alors que les modèles de droit interne faisait prévaloir le critère matériel sur le critère financier. Prix payé par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché public ou rémunération assujettie sur un droit exploitation de l'ouvrage ou du service dans le cadre de la concession ; la fixation de la frontière entre les deux types de contrats au niveau européen et la prépondérance de l'objet dans les droits internes entraînaient de multiples problèmes. Pour les deux modèles, il ressort cependant de leur analyse un trait commun : ils correspondaient, dans la plupart des cas, à des contrats confiant à un entrepreneur privé la conception et la construction d'un ouvrage public support d'un service public. Les travaux étaient préfinancés par l'entrepreneur et le remboursement des sommes investies ne provenait pas d'une redevance payée par les usagers mais plutôt d'un prix versé par l'administration. Cependant, derrière cette ressemblance « conceptuelle », se cachait une multitude de divergences, notamment dans leur origine pratique et dans leur adéquation avec les catégories du droit de l'Union.

1) Le marché d'entreprise de travaux publics du droit français

Le M.E.T.P du droit français est issu de la pratique des collectivités locales. On en trouve déjà la formulation dans une affaire datant de 1953⁴⁹⁵ dans laquelle la commune de Nogent-sur-Marne avait par contrat, « concédé » à des particuliers le droit de percevoir le prix des places sur les marchés en échange de fournir aux commerçants le matériel nécessaire à leur installation. Les « concessionnaires » construisaient ainsi à leur frais les halles mécaniques pour les emplacements et se rémunéraient sur les marchands. Le Conseil d'Etat refusa pourtant de qualifier le contrat en concession de service puisque « *le service public, dont ni l'organisation ni l'exécution ne leur avait été confiées d'une manière générale, ne saurait être*

⁴⁹⁵ CE, 15/05/1953, *Commune de Nogent sur Marne*, Rec. p. 235.

regardé comme leur ayant été concédé ». Il l'interpréta alors comme contenant d'une part une convention d'affermage en ce qui concerne la perception des droits de place et de location de matériel et, d'autre part, un « *marché d'entreprise de travaux* » en ce qui concerne la construction des halles. Même si la qualification de la convention dépendait étroitement des faits et que la raison pour laquelle le Conseil d'État refusa de reconnaître la concession de travaux publics semblait être liée d'avantage à l'insolvabilité du cocontractant qu'aux caractéristiques propres du contrat⁴⁹⁶ ; il n'en demeure pas moins que ce dernier préféra utiliser le critère de l'objet du contrat plutôt que celui des modalités de sa rémunération comme un facteur de reconnaissance du modèle concessif et qualifia ainsi le second contrat de marché d'entreprise de travaux alors que la rémunération du cocontractant n'était pas issue d'un prix payé par l'administration mais de sommes perçues sur les commerçants qui utilisaient l'ouvrage.

La notion de M.E.T.P. est apparue pour la première fois dans la jurisprudence *Ville de Colombes*⁴⁹⁷. Elle fut ensuite consacrée expressément en 1971 par la Section du contentieux du Conseil d'État pour qualifier une convention visant à la construction et à l'exploitation d'une usine de traitement des ordures ménagères contre redevances payées par la personne publique contractante en fonction de la quantité des déchets traités⁴⁹⁸. La raison du recours à cette forme contractuelle par les collectivités est plutôt simple d'assimilation : elle présente l'avantage d'user d'un préfinancement privé pour la construction d'un équipement public support d'un service public sans recourir à l'emprunt et donc à l'augmentation de la pression fiscale sur les administrés, surtout lorsque les usagers bénéficiaires du service se sont pas directement identifiables⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ L'effondrement des halles sur la place du marché avait entraîné des recours indemnitaires des victimes ou de leurs ayants droits. Le conseil de préfecture avait jugé la commune responsable au titre de maître d'ouvrage sur le fondement de la loi de pluviôse an VIII. Le Conseil d'État alla dans le même sens.

⁴⁹⁷ CE, 11/12/1963, *Ville de Colombes*, Rec. p. 612.

⁴⁹⁸ CE, Sect. 26/11/1971, n°75710, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et récupération (SIMA)*, Rec. p. 723 ; *RDP*, 1972, *Concl.* GENTOT (M.), p. 239, note WALLINE (M.), p.1245 ; *AJDA* 1971, p.649, LABETOULLE (D.) et CABANES (P.), *CJEG* 1972, p.140, note BASSET (M.).

⁴⁹⁹ V. BRENET (F.) et MELLERAY (F.), *Les contrats de partenariats de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats administratifs*, Paris, Lexis-Nexis, 2005, p. 16.

La pratique a ensuite évolué sous l'influence de ce que le Conseil d'État appela, dans son rapport public de 1993, « *des groupes de pressions des inventeurs et praticiens du METP* »⁵⁰⁰. Ainsi, le Professeur COSSALTER évoque notamment les divisions entre les entreprises du bâtiment et travaux public, favorables au rattachement de la notion à celle de délégation de service public et les entreprises concessionnaires des services d'eau, défavorable à un tel rattachement⁵⁰¹. L'Union Syndicale des Services Publics Industriels et Commerciaux (UNSPIC) proposera la création d'une catégorie dite de « troisième voie » empruntant à la fois à la concession et au marché certaines de leur caractéristiques. Cependant, ce modèle contractuel, qui semblait se développer dans des hypothèses où un service public était délégué, s'orienta vers le préfinancement, la conception, la construction et l'entretien d'équipements publics⁵⁰². Ainsi, alors que les « vrais M.E.T.P » portaient sur la délégation d'un service public⁵⁰³ dont la rémunération pouvait difficilement reposer sur l'usager, la doctrine⁵⁰⁴ qualifia de « faux M.E.T.P » les contrats dans lesquels le partenaire ne faisait que concourir à la gestion du service public, bien souvent de manière symbolique par le truchement de l'entretien et de la maintenance des bâtiments construits. En d'autres termes, l'objet « transfert de la mission de service public » était absent du contrat.

Dans son rapport public de 1999, la Cour des comptes a critiqué sérieusement le modèle. Dans une sous section intitulée : « *le recours à des montages complexes anticoncurrentiels* »⁵⁰⁵, elle considérait en effet qu'il correspondait à un endettement déguisé des collectivités amenant à un coût financier

⁵⁰⁰ Conseil d'État, Rapport public 1993 : *EDCE*, n°45, 1994, p.70.

⁵⁰¹ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 57.

⁵⁰² La rénovation de 121 lycées d'Île-de-France dans le milieu des années 1980 entrainé par exemple dans cette catégorie, de même que des contrats ayant pour but la rénovation et l'entretien de la voirie, de piscines municipales, de modernisation et d'extension de l'éclairage public par certaines communes. V. LEMASSON (F.) « L'exemple du financement des lycées et le METP », *Revue d'économie financière*, 1995, p.213.

⁵⁰³ Concl. BERGEAL sur CE, 8/2/1999, *Préfet des bouches du Rhône contre commune de la Ciotat*, *RFDA* 1999, p.1183, *BJCP*, 1999, n°4, p.352, *AJDA* 1999, p. 365 : « Pour qu'il y ait M.E.T.P, il faut en effet qu'il y ait véritablement exploitation du service dont l'ouvrage construit est le support public. Rénover, entretenir, voire refaire entièrement un ouvrage et garantir dans la durée son bon fonctionnement n'est pas l'exploiter ».

⁵⁰⁴ ROUQUETTE (R.), « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration » *AJDA*, 1995, p. 483 ; PEYRICAL (J-M), « Le marché d'entreprise de travaux publics : une nouvelle atteinte au droit des services publics locaux », *LPA* n°28, 7/03/1994, p. 7.

⁵⁰⁵ Cour des Comptes, *Rapport public pour 1999*, la documentation française, p. 753.

supérieur à celui d'un marché de travaux publics classique et à une mise en concurrence inexistante du fait des ententes entre les grandes entreprises française du BTP. Ces critiques formulées par la Haute juridiction financière à l'encontre de cette forme contractuelle si particulière du droit français ne sont pas sans rappeler celles, plus contemporaines, adressées à l'encontre du contrat de partenariat⁵⁰⁶. Les observations de nature financière des magistrats du palais Cambon se corroboraient du reste à de multiples questions quant à la légalité des M.E.T.P, notamment sur l'adéquation entre les catégories du droit communautaire dans lesquelles ils s'inséraient et les règles de droit interne prévalant pour ces mêmes catégories.

En effet, la qualification de ces contrats en tant que concession se heurtait à la fois au critère de l'objet des DSP puisqu'ils ne correspondaient pas à la dévolution d'un service public (faux METP) mais également au critère du mode de rémunération puisque le paiement du cocontractant ne provenait pas de résultats substantiellement assurés sur l'exploitation (vrais METP). Ils ne pouvaient alors qu'entrer dans la catégorie des marchés publics. Or, cette affiliation s'opposait, en droit interne, à l'interdiction de paiement différé s'appliquant aux marchés publics⁵⁰⁷ ainsi qu'aux dispositions de la loi M.O.P obligeant les personnes publiques à ne pas confier, sauf exceptions, les missions de maîtrise d'œuvre aux entrepreneurs⁵⁰⁸. Les mêmes types de problématiques seront soulevés en Italie.

⁵⁰⁶ Cour des Comptes, *Rapport public 2014, Les partenariats public-privé du plan Hôpital 2007 : une procédure mal maîtrisée*, La documentation Française, 2014, p. 369 ; SUEUR (J-P) et PORTELLI, *Rapport d'information fait au nom de la commissions des lois sur les partenariats public-privé*, n° 773, 16/07/2014.

⁵⁰⁷ Articles 175 et 350 de l'ancien code des marchés publics de 1964.

⁵⁰⁸ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O.R.F du 13/08/1985, p.7914 ; Article 7 : « [...] Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur ».

2) La concessione di sola costruzione du droit italien

En Italie, le processus de la concession de seule construction⁵⁰⁹, contrairement au droit français, n'était pas issu de la « pratique administrative », mais de la législation, conformément à la tradition *della legalita formale*. L'article 235 de la loi de 1912 sur les concessions ferroviaires à l'industrie privée disposait en effet que le gouvernement était autorisé à concéder en seule construction les lignes reliant Asti à Chivasso, Belluno à Cadore, Borgo à Pontassieve et San-Vito à Portogruaro⁵¹⁰. À la suite de multiples revirements du législateur⁵¹¹, cette concession sans gestion sera étendue à tous types d'ouvrages publics par une loi de 1929 portant dispositions sur les concessions d'ouvrages publics⁵¹².

Le trait caractéristique de cette loi est qu'elle établissait une distinction entre les concessions de construction et d'exercice (*concessione di costruzione ed esercizio*) et les concessions de seule construction (*concessione di sola costruzione*) puisque l'article 1^{er} disposait que pouvait « être concédée par les provinces, communes, consortiums [...] l'exécution d'ouvrages publics de quelconque nature, indépendamment même de leur "esercizio" »⁵¹³. À travers l'emploi de cette dernière proposition (*anche indipendentemente dall'esercizio*) la concession pouvait ainsi se limiter uniquement à la construction d'un ouvrage public au profit de l'administration. L'existence de cette forme concessive spéciale se concevait par le caractère accessoire, dans le régime juridique italien, du critère du mode de

⁵⁰⁹ CIANFLONE (A.) e GIOVANNINI (G.), *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffré, 2012, p. 274.

⁵¹⁰ R.D.L n° 1447 9 Maggio 1912, *Approvazione del testo unico delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobilin.*; Art 235 « Il Governo è autorizzato a concedere anche in sola costruzione le linee Asti-Chivasso, Belluno-Cadore, Borgo San Lorenzo-Pontassieve, San Vito-Motta-Portogruaro ».

⁵¹¹ La concession de seule construction sera dans un premier temps étendue à tout les ouvrages publics de l'Etat (RDL n° 107, 06/02/1919, *disposizioni generali per l'esecuzione d'opere pubbliche*.) avant d'être interdite en 1924 (RDL n° 1396 du 28 août 1924) puis autorisée en 1926 à la condition que leur octroi ne soit pas effectué au profit d'un particulier. (RDL n°1657 du 6/08/1926); cité in CARBONE (P.), « La revisione dei prezzi nei contratti di servizi e fornituree l'adeguamento monetario degli appalti di lavori », *Rivista trimestrale degli appalti*, 2013, n°1, p.66.

⁵¹² Legge n°1137, 24/06/1929, *disposizioni sulle concessione d'opere pubbliche*, G.U 12/07/1929, N° 161.

⁵¹³ Articolo 1 : « Possono essere concesse in esecuzione a Province, Comuni, consorzi e privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse. »

rémunération comme constitutif de la séparation entre la concession et le marché public. En effet, l'article 1^{er} de la loi 1929 établissait que les contrats de concession pouvaient stipuler que la dépense à la charge de l'administration soit versée en une seule fois lors de la liquidation des travaux, ou répartie en un maximum de trente tranches annuelles constantes⁵¹⁴.

La différenciation entre la concession et le marché s'établissait au regard de l'objet du contrat. Dans la conception italienne, c'est en effet le transfert de pouvoir allant du concédant vers le concessionnaire qui primait. Ainsi, la frontière entre la concession de seule construction et le marché de travaux publics s'établissait en fonction d'une série d'opérations transposant aux concessionnaires les pouvoirs de l'administration (étude de faisabilité, conception de l'ouvrage, activité d'expropriation, préfinancement du projet, direction des travaux, etc.)⁵¹⁵. Elle se différenciait ensuite de la concession de service public puisqu'elle ne permettait pas au concédant de fournir directement le service, par un lien instrumental⁵¹⁶ entre l'ouvrage, les administrés et ce dernier. Elle se différenciait enfin de la concession de construction et d'exercice (*esercizio*) puisque que le concédant n'était pas chargé du fonctionnement matériel de l'ouvrage, notamment à travers son exploitation. Ce système avantageux a donc permis de réaliser ce que le droit communautaire qualifiera plus tard de marchés publics de travaux sans publicité et mise en concurrence. Les administrations italiennes se sont ainsi trouvées dotées d'instruments leur permettant de s'affranchir des règles contraignantes des marchés de travaux puisque la loi ne prévoyait pas que l'attribution des concessions s'effectuait en présence de critère de choix. Elles ont pu également externaliser de nombreuses tâches leur étant dévolues à la charge des concessionnaires⁵¹⁷. Une partie de la doctrine italienne était cependant divisée sur la nature même de la concession de seule construction, l'assimilant, dans sa configuration même, à un

⁵¹⁴ Articolo 1 : « *Negli atti di concessione può disporsi che la spesa a carico dello Stato sia corrisposta in unica soluzione al momento della liquidazione dei lavori, oppure ripartita in non più di trenta rate annuali costanti, comprensive di capitale e interesse* ».

⁵¹⁵ CORSI (C.), « Le concessioni di lavori e di servizi », in, CHITI (M.) (dir.), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, p.22.

⁵¹⁶ V. *Supra*, p. 79 et ss.

⁵¹⁷ PALLOTINO (M.), *Costruzione di opere pubbliche*, in, Digesto IV ed., Torino, Utet, 1989.

marché public de travaux⁵¹⁸. L'analogie avec les vrais et les faux M.E.T.P du droit français est alors saisissante.

En effet, selon le Professeur PELLIZER⁵¹⁹, il fallait distinguer, entre les concessions purement exécutives qui ne pouvaient s'assimiler qu'à des marchés au sens du droit communautaire (les « fausses » concessions de seule construction) et les concessions où, en plus de l'exécution des travaux, était transférée une série d'activités relatives à la réalisation de l'ouvrage normalement dévolues au pouvoir adjudicateur (les « vraies » concessions de seule construction). Tel était le cas des missions relatives aux études de faisabilité, à la recherche de financement et à la conception de l'ouvrage. Le Professeur PELLIZER donna alors à ces concessions le terme de « *sostituzione* » (substitution) puisqu'elles matérialisaient l'action du concessionnaire dans la sphère juridique propre du concédant. Elles équivalaient en quelque sorte au transfert des missions propres à ce que l'on appellerait en France la maîtrise d'ouvrage publique.

La directive européenne de 1971⁵²⁰ vint mettre un coup d'arrêt à cette pratique et conforter la position pourtant minoritaire d'une partie de la doctrine⁵²¹. Elle disposait en effet dans son article 3 que « *dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés à l'article 1^{er} a) [les marchés de travaux] à l'exception du fait que la contrepartie des travaux à effectuer consiste, soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix, les dispositions de la présente directive ne sont pas applicables à ce contrat, dit de "concession". Dans tous les autres cas, le recours aux procédures de marchés publics est obligatoire* ». En conséquence, la directive rendait applicable les procédures relatives aux marchés publics aux concessions de seule construction. Le législateur italien adapta alors leurs régimes dans une loi

⁵¹⁸ PELLIZER (F.), *Le concessioni di opera pubblica*, Padova, Cedam, 1990, p.82.

⁵¹⁹ PELLIZER (F.), *op. cit.*, p. 153.

⁵²⁰ Directive Européenne n°71-305 du 26 juillet 1971, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, JOCE du 16/08/1971 p.5.

⁵²¹ VALLANIA (E.), « Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretiva della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche », *Rivista trimestriale degli appalti*, 2000, p. 841.

datant de 1977⁵²². Le régime procédural propre aux *appalti di lavori pubblici* (marchés de travaux publics) fut alors appliqué à la concession de seule construction⁵²³.

Cependant, les questions soulevées par les directives européennes ne doivent pas être placées uniquement au niveau des procédures (publicité, mises en concurrence, seuils...). Elles doivent surtout être appréhendées à l'angle des notions. Le hiatus fondamental entre le droit de l'Union et les droits internes se situe sur ce point, et non sur celui de la technique procédurale, qui n'est que la conséquence de la catégorisation d'un contrat au sein d'une notion. Le parallèle avec les marchés d'entreprises de travaux publics du droit français semble alors particulièrement intéressant à effectuer, démontrant bien le caractère trompeur des dénominations à la vue de leur régime juridique. Deux modèles contractuels distincts dans leur qualification existaient en France et en Italie. L'un faisait référence à la catégorie concessive, l'autre à la catégorie des marchés publics. Ces deux modèles étaient pourtant fonctionnellement similaires puisqu'ils visaient, à travers des contrats de longue durée, au préfinancement, à la conception puis à l'édification d'équipements publics par des personnes privées, lesquelles étaient rémunérées par un prix payé par l'administration. Ces deux modèles ne résistèrent pas et furent condamnés dans chacun des deux pays.

⁵²² Legge n. 584 du 08/08/1977, *Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea*, G. U del 26/8/1977 n°232.

⁵²³ Articolo 1, comma 2 : «Aux fins d'application de la présente loi la concession de seule construction est assimilée au marché. (*i fini dell'applicazione della presente legge la concessione disola costruzione e' equiparata all'appalto*). »

3) La condamnation de ces différents modèles

La *concessione di sola costruzione*, malgré un régime procédural semblable à celui des marchés publics du droit communautaire, continuera néanmoins d'être classée en Italie dans la catégorie des modèles contractuels de type concessif⁵²⁴. En effet, la jurisprudence italienne confèrera à ce contrat le « *proprium* » de l'institution concessive. Ainsi, dans une décision datant de 1999, le *Consiglio di Stato* considèrera qu'en fonction de la législation antérieure à 1994, ce modèle entrait toujours dans la catégorie des concessions de travaux publics et se différenciail du marché public en ce que « *le concessionnaire n'assume pas la seule obligation de construire l'ouvrage public, c'est-à-dire qu'il n'accomplit pas la seule activité matérielle de construction mais, de manière générale, est investi de pouvoirs propres au concédant* »⁵²⁵. La transposition de la directive 93/37/CEE⁵²⁶ par la grande loi sur les travaux publics de 1994⁵²⁷, dite loi MERLONI, fut l'occasion de concilier la définition de la concession basée sur un transfert de pouvoirs au concessionnaire avec la notion communautaire, dérivée de la conception française, établissant le critère du mode de rémunération lié à l'exploitation comme prépondérant dans la reconnaissance du modèle. La loi MERLONI prévoyait en effet que les contrats de travaux publics attribués par les pouvoirs adjudicateurs qui avait pour objet, outre l'exécution des travaux, la gestion de l'ouvrage, ne se concevaient comme étant des concessions exclusivement parce qu'ils confiaient au concessionnaire le droit d'exploiter l'ouvrage et d'en tirer économiquement les fruits⁵²⁸. L'emploi du terme « exclusivement » semblait ainsi condamner la concession de seule construction. De plus, l'article 17 de cette même loi interdisait

⁵²⁴ La doctrine ne fut cependant pas unanime sur ce mécanisme, certains auteurs la qualifiant déjà en 1950 de « marché secret ». V. CIANFLONE (A.), *L'Appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950, p. 152.

⁵²⁵ C.S., 4^e Sez., 04/10/1999, *Societa E c/ Comune di Napoli*.

⁵²⁶ DIRECTIVE n° 93/37/CEE du 14/01/1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, JO L 199 du 9/8/1993, p. 54.

⁵²⁷ LEGGE n° 109 del 11/02/1994, *Legge quadro in materia di lavori pubblici.*, GU n° 41 du 19/2/1994 - Suppl. Ordinario n. 29).

⁵²⁸ Art 19 al 2 : « les administrations adjudicatrices attribuent en concession les travaux publics **exclusivement** dans le cas ou la concession a pour objet, outre l'exécution des travaux, la gestion de l'ouvrage. Dans de tels cas, la contrepartie en faveur du concessionnaire consiste uniquement dans le droit de gérer fonctionnellement et d'exploiter économiquement l'ouvrage. »

aux administrations de confier à un seul cocontractant, la conception et l'exécution des travaux. À l'instar des M.E.T.P français et de leur non-conformité avec les dispositions du code des marchés publics et de la loi M.O.P, les concessions de seule construction semblaient être en contrariété avec la grande loi sur les travaux publics de 1994.

La ressemblance dans la condamnation des deux modèles s'arrête cependant sur ce dernier point puisque le législateur italien n'envisagera pas de lier la contrepartie en faveur du concessionnaire à une rémunération assurée sur l'exploitation de l'ouvrage. En effet, la loi prévoyait assez subtilement qu'en cas de nécessité, la rémunération pouvait s'effectuer par un prix versé par l'administration, dans la limite de 50 pour cent de la valeur des travaux⁵²⁹. Cette limite ne résistera cependant pas longtemps, car la loi dite MERLONI Quater la fera tomber en 2002⁵³⁰. En définitive, l'objet du contrat importait plus que son mode de rémunération, la notion de « nécessité » prévue par la loi afin que l'administration puisse verser un prix au concessionnaire étant difficilement appréciable de façon objective. L'attitude du juge français sera différente dans la solution qu'il donnera au problème d'appartenance aux catégories du droit interne. Le M.E.T.P sera qualifié comme marché public et ce faisant, son intérêt financier et opérationnel sera annihilé par le pouvoir réglementaire dès suite de l'instauration dans le code de 2001 de l'interdiction de paiement différé⁵³¹. À cette interdiction s'ajoutaient bien évidemment les dispositions de la loi M.O.P prohibant le cumul des missions de conception et de réalisation⁵³².

⁵²⁹ Legge n° 415, 18/11/1998, *Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici*, GU n° 284 del 4/12/1998 ; Suppl. Ordinario n. 199 : « **Lorsque c'est nécessaire**, le concédant garantit au concessionnaire la recherche de l'équilibre économique et financier des investissements et la gestion qui y est liée, en rapport avec la qualité du service à fournir, y compris au moyen d'un prix fixé dans la mise en concurrence, qui ne peut excéder 50 pour cent du montant total des travaux. Le prix peut être versé à des essais effectués en un seul versement ou en versements annuels, des constantes ou des variables »

⁵³⁰ Legge n° 166 del 1/08/2002, *Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*, G.U n.181 del 3/8/2002, S.O n°158.

⁵³¹ Article 94 du code des marchés publics de 2001.

⁵³² Article 7 et 18 de loi M.O.P, précitée.

L'analyse comparée de ces diverses règles juridiques démontre néanmoins une certaine analogie entre les deux ordres, notamment dans la façon de répondre à la problématique d'adéquation avec les notions communautaires. En effet, la catégorisation des modèles va être opérée en fonction de la conception du modèle concessif propre à chaque pays. Ainsi c'est en fonction de la dévolution d'un service public à un délégataire dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation que « *les doutes relatifs à la légalité des M.E.T.P se transformeront en certitudes* »⁵³³. Le juge administratif a qualifié le modèle de marché public en raison son objet et pour son mode de rémunération⁵³⁴. La notion de M.E.T.P est, selon les termes mêmes du Conseil d'État, « *sans incidence sur l'application du code des marchés publics* »⁵³⁵. Elle révèle, en outre, toute la définition de la D.S.P opérée par le juge français à la suite de la jurisprudence *Préfet des Bouches-du-Rhône* de 1996⁵³⁶. Les décisions *SMITOM*⁵³⁷ et *Guilherand-Granges*⁵³⁸ de 1999 renforcent cette interprétation. Si elles ne s'appliquent pas directement au marché d'entreprise de travaux publics (elles concernent respectivement une régie intéressée et un contrat de gérance), elles impliquent néanmoins que tout contrat administratif dont la rémunération n'est pas liée substantiellement au risque d'exploitation doit être qualifié de marché public, en opposition à la conception du modèle concessif français⁵³⁹. En Italie, la « condamnation législative » de la concession de seule construction sera effectuée au profit de la conception du modèle concessif. La *concessione di sola costruzione* ne se concevant pas « exclusivement » comme conférant au concessionnaire le droit de se substituer à l'administration dans ses pouvoirs afin d'exploiter un ouvrage public, elle ne pouvait correspondre au modèle italien. Cependant, la « mort » prétendue de ces instruments ne sera que de courte

⁵³³ BRENET (F.) et MELLERAY (F.), *op. cit.*, p. 17.

⁵³⁴ CE, 8/02/1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône contre commune de La Ciotat*, Rec. p. 19, AJDA 1999, p.364, Concl. BERGEAL (C.), note CHABANOL, RFDA 1999, p.1172, note BRACONNIER (S.) ; CE, 30/06/1999, Département de l'Orne et Société Gespace France, BJCP 1999, n°7, p. 602, Concl. BERGEAL (C.), CJEG 1999, p. 434, note RICHER (L.), RGCT 1999, p.510, Note MESCHERIAKOFF (A-S.).

⁵³⁵ CE, 30/06/1999, *Département de l'Orne et Société Gespace*, Rec., p. 227.

⁵³⁶ CE, 15/04/1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône contre commune de Lambesc*, Rec. p. 274.

⁵³⁷ CE, 30/06/1999, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères du centre-ouest seine-et-marnais*, BJCP 1999, n°7, p. 607, Concl. Bergeal.

⁵³⁸ CE, 7/04/1999, *Commune de Guilherand-Granges*, BJCP, 1999, n°5, p. 456, Concl. BERGEAL (C.), obs. SCHWARTZ (R.).

⁵³⁹ CE, 7/11/2008, *Département de la Vendée*, Rec. tab., p. 805.

durée, réveillant des problématiques semblables pour les nouveaux instruments représentant leur résurrection.

B) La « résurrection » des modèles condamnés

1) La mise en place en droit français du contrat de partenariat

En France, divers montages contractuels complexes⁵⁴⁰, issus de législations sectorielles, vont aboutir dans une certaine mesure à un retour des anciens modèles décriés. Ainsi les lois dites L.O.P.S.I.⁵⁴¹ et L.O.P.J.⁵⁴² sont venues, dans un premier temps, permettre aux personnes publiques d'avoir recours à des contrats globaux⁵⁴³ dans les secteurs pénitentiaires et de la justice afin de déroger aux interdictions fixées dans la loi M.O.P. Un même contractant pouvait ainsi se voir confier une mission de conception et de réalisation⁵⁴⁴. En un sens, les M.E.T.P ont ainsi été ressuscités. Cependant, dans un autre sens, force est de constater que dans la mesure où l'exécution de ces missions résultait d'un marché passé entre l'État et son cocontractant, selon les procédures prévues par le code des marchés publics, l'interdiction de paiement différé de l'article 94 du Code de 2001 n'était pas susceptible de dérogation⁵⁴⁵. Cette première étape vers la renaissance des M.E.T.P avait alors un caractère quelque peu tronqué. Le législateur étendra par la suite ce type particulier de contrats à des secteurs aussi variés que les bâtiments militaires⁵⁴⁶,

⁵⁴⁰ SYMCHOWICZ (N.), *Partenariat public-privé et montages contractuels complexes*, Ed. Le Moniteur, 2009.

⁵⁴¹ Loi n° 2002-1094, 29/08/2002, *loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, J.O.R.F n°202 du 30/08/2002.

⁵⁴² Loi n° 2002-1138, 09/09/2002, *loi d'orientation et de programmation pour la justice*, J.O.R.F n° 211 du 10/09/2002.

⁵⁴³ DELVOLVÉ (P.), « De nouveaux contrats publics : les contrats globaux », *RFDA*, 2004, n°6, p.1079.

⁵⁴⁴ Article 3-I de la LOPSI et article 3 de la LOPJ

⁵⁴⁵ DELVOLVÉ (P.), « Sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmation et inflexions », *BJCP*, 2002, p.418, spéc. p.419

⁵⁴⁶ Article 7 de la loi n° 2003-73 du 27/01/2003 *relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008*, J.O.R.F n°24 du 29/01/2003.

les bâtiments et systèmes de communications afférents à la sécurité intérieure⁵⁴⁷, les centres de rétention⁵⁴⁸ et les établissements de santé⁵⁴⁹.

Cependant, les articles 3-II et 3-III de la L.O.P.S.I, *via* les méthodes d'occupation du domaine public, ressusciteront pleinement le « faux M.E.T.P », notamment en ce qui concerne le volet rémunération. En effet, ces différents montages « aller-retour » permettront de confier aux titulaires de l'occupation domaniale, une mission globale comprenant la conception, le financement, la construction et éventuellement⁵⁵⁰ l'entretien d'équipements publics supports de services publics sans délégation de ces derniers. La rémunération des « occupants » ayant assuré le préfinancement de l'ouvrage s'effectuera ainsi par des loyers versés par la personne publique tout au long de l'occupation ou jusqu'au remboursement des sommes investies. La personne publique récupérera ensuite la propriété de l'ouvrage construit à l'expiration de l'occupation soit lorsque le montant total des investissements sera remboursé par les loyers ou lorsque l'option d'achat insérée dans le contrat sera levée. Le mécanisme du B.E.A « L.O.P.S.I » sera par la suite étendu au profit des établissements de santé⁵⁵¹, aux enceintes sportives⁵⁵² ainsi qu'aux services départementaux d'incendie et de secours (S.D.I.S)⁵⁵³. Mise en place initialement pour une période allant de 2001 à 2007, il sera prolongé à l'ensemble des secteurs concernés jusqu'en 2013⁵⁵⁴, puis jusqu'en 2017⁵⁵⁵.

⁵⁴⁷ Article 118 de la Loi n° 2003-239 du 18/03/2003 *sur la sécurité intérieure*, J.O.R.F n°66 du 19/03/2003.

⁵⁴⁸ Article 52 de la loi n° 2003-1119 du 26/11/2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, J.O.R.F n° 274 du 27/11/2003.

⁵⁴⁹ Article 21 de l'ordonnance n° 2003-850 du 04/09/2003 *portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation*, J.O.R.F. n° 206 du 06/09/2003, ratifiée par la loi n° 2004-806 du 9/08/2004, J.O.R.F du 11/08/2004.

⁵⁵⁰ Le mécanisme des AOT LOA ne permet que le paiement étalé des travaux sans possibilité de confier au cocontractant l'entretien maintenance de l'ouvrage. V. BRÉVILLE (A.), et BEZANCON (X.), « Quel montage contractuel en partenariat public privé », *Le moniteur*, 15/10/2004, n° 5264. L'article 96 de la loi du 14 mars 2011 à, quant à lui, permis d'instaurer ce type de missions dans le cadre des B.E.A.

⁵⁵¹ Ordonnance n° 2003-850 du 04/09/2003 précitée.

⁵⁵² Loi n°2011-267 du 14/03/2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, J.O.R.F n°62 du 15/03/2011, p. 4582.

⁵⁵³ Article 21 de la loi n° 2009-179 du 17/02/2009 *pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, J.O.R.F n° 41 du 18/02/ 2009, p.2841.

⁵⁵⁴ Article 96 de la loi n° 2011-267 du 14/03/ 2011, précitée.

Pour reprendre l'expression du Professeur DELVOLVÉ (à propos des DSP) « *La succession de textes s'enchaînant les uns aux autres rappelle ces bateleurs qui, dans les cirques et les music-halls, font sortir de leurs manches ou chapeaux des flopees de foulards dont on ne voit pas la fin* »⁵⁵⁶. L'ordonnance de 2004⁵⁵⁷ aurait pu rompre avec cette pratique des réformes sectorielles en instituant un modèle complet de contrats permettant de cumuler la conception, le financement, la construction, l'entretien et la maintenance d'un ouvrage public sans délégation du service public et avec rémunération intégralement publique⁵⁵⁸. En réalité, le contrat de partenariat ne viendra ni remplacer ni adapter le régime fragmenté et inintelligible construit à la suite de la condamnation des M.E.T.P mais plutôt s'insérer dans le « millefeuille » des contrats déjà existants⁵⁵⁹. Ce modèle spécifique, souvent qualifié de contrat de troisième voie, s'est construit en fait sur les mêmes incertitudes que les marchés d'entreprises de travaux publics. Ni marché public au sens du droit interne puisqu'il va à la fois à l'encontre des règles de l'obligation d'allotissement⁵⁶⁰, de non introduction de clauses de paiement différé⁵⁶¹ ainsi que du principe contenu dans la loi MOP selon lequel la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur⁵⁶² ; ni délégation de service public puisque la gestion du service par le partenaire est exclue et donc que le mode de rémunération du cocontractant ne peut être lié aux résultats de son exploitation. Le contrat de partenariat est en définitive, selon les termes même du Conseil constitutionnel, un contrat dérogatoire au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique⁵⁶³.

⁵⁵⁵ Article 137 de la loi n° 2013-1278 du 29/12/2013 *de finances pour 2014*, J.O.R.F n° 303 du 30/12/2013 p. 21829.

⁵⁵⁶ DELVOLVÉ (P.), « Les contradictions dans l'identification de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p.675.

⁵⁵⁷ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, J.O.R.F n°141 du 19/06/2004 p. 10994.

⁵⁵⁸ Article 1^{er} : « [...] *La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.* »

⁵⁵⁹ Voir *Infra*, section 2 de ce chapitre, p. 166.

⁵⁶⁰ Article 10 du C.M.P

⁵⁶¹ Article 96 C.M.P

⁵⁶² Article 7 loi M.O.P

⁵⁶³ CC, n° 2003-473 DC du 26/06/2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec., p. 382, *RFDC* 2003, p. 772, Chron. FATOME (É.) et RICHER (L.), *JCP A* 2003, p. 1289, note LINDITCH (F.), *RDP*, 2003, p. 1163, comm. LICHÈRE (F.), *AJDA*, 2003, p. 1391, note (J.-E.) SCHOETTL, et p. 1404, note FATOME (É.), et p. 2348, note FATÔME (É.) et RICHER (L.) ;

La fonctionnalité essentielle du contrat de partenariat consiste ainsi à confier au cocontractant « *une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital* »⁵⁶⁴. Une des questions fondamentales pour un juriste français quant à l'objet de ce contrat porte ainsi sur la définition du lien de nécessité par rapport au service public. Si le caractère « nécessaire à l'exécution du service public » s'interprète de façon restrictive, la dévolution du service au titulaire du contrat est exclue. Dans cette hypothèse, l'opération qui consistait précédemment à confier au titulaire la gestion d'un service public dont les usagers sont difficilement identifiables (« vrais M.E.T.P »), comme par exemple le traitement des ordures et déchets ménagers, avec une rémunération forfaitaire intégralement publique, ne peut donc être effectuée sous l'égide du contrat de partenariat. Le champ d'application de l'ordonnance est donc sensiblement le même que celui des « faux M.E.T.P. ». L'exploitation de l'ouvrage construit ne peut être synonyme d'exécution du service public. L'ouvrage ou l'équipement est en définitive mis à la disposition de la personne publique qui continue de gérer directement le service ou délègue ensuite ce dernier via une convention d'affermage⁵⁶⁵.

En définitive, le droit français des P.P.P. post-ordonnance de 2004 peut être décrit comme un droit de déviation. Il a en effet été établi de façon fragmenté, confinant parfois à l'illisibilité, pour se détourner de plusieurs obstacles : la définition française des modèles concessif (D.S.P et concession de travaux) qui rend impossible le recours à des contrats avec paiement intégralement public, les interdictions de la loi M.O.P, les principes de la domanialité publique et enfin le

C.C n° 2004- 506 DC du 02/12/2004, *Loi de simplification du droit*, Rec., p. 211, LPA n° 253, 20/12/2004, note SCHOETTL (J.-É.) ; C.C n° 2008-567 DC du 24/07/2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, AJDA 2008, p. 1664, note DREYFUS (J.-D.).

⁵⁶⁴ Article L-1414-1 du C.G.C.T.

⁵⁶⁵ La communauté d'agglomération de Lens-Liévin a par exemple conclu un bail emphytéotique assorti d'une convention d'exploitation pour son usine d'incinération des déchets. Cité in Fédération des villes moyennes, *collectes et traitement des déchets ménagers*, <http://www.villesdefrance.fr/>, p.13. Voir également : ADEME (Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie), *Les montages juridiques des installations de traitement des déchets ménagers et assimilés : éléments d'éclairage à l'attention des élus locaux*, Série juridique n° 8, 06/2008, p.17.

principe de l'allotissement et de l'impossibilité d'effectuer des paiements différés dans le cadre des marchés publics. L'examen de la constitutionnalité de la loi de 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit⁵⁶⁶ démontre bel et bien, en fonction des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel, la véracité de ce dernier constat⁵⁶⁷. Le recours à un contrat de ce type, symbolisant « *la généralisation des dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique* » se justifie de façon exceptionnelle. En effet, il est réservé « *à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien à la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service public* ». Aux conditions de complexité et/ou d'urgence posées par l'ordonnance⁵⁶⁸, s'est ensuite ajoutée la condition du bilan avantages/inconvénients par rapport aux autres contrats de la commande publique⁵⁶⁹.

2) La discipline *della finanza di progetto* en droit italien

La réaction à la condamnation des modèles évoqués précédemment fut également assez rapide en Italie. Est en effet apparue la figure de la *concessione di mera committenza*, que nous pourrions traduire par concession de simple maîtrise d'ouvrage. Grâce à ce modèle, le concessionnaire pouvait user de toutes les dispositions de loi de 1929 pour la réalisation d'ouvrages (pouvait donc être concédées la planification économique, technique et la conception du projet), mais l'exécution des travaux devait être effectuée selon la forme d'un marché public. Nous pourrions assimiler cette forme à celle de la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée du droit français. Cette formule permettra d'adapter dans le droit italien le modèle du *General Contractor* (entrepreneur général) *via* la loi dite

⁵⁶⁶ CC, n° 2003-473 DC, précitée. V. LINDITCH (F.), « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel », *Contrats et Marchés publics*, 2003, n°10 Chron.18.

⁵⁶⁷ V. *Infra*, p. 174.

⁵⁶⁸ Article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée.

⁵⁶⁹ LOI n° 2008-735 du 28/07/2008 *relative aux contrats de partenariat*, J.O.R.F n°0175 du 29/07/2008, p.12144 ; et, CC, n° 2008-567 DC du 24/07/2008, Loi relative aux contrats de partenariats, précitée.

« LUNARDI »⁵⁷⁰. Dans ce contrat, le partenaire de l'Administration est chargé des phases préliminaires du projet (conception, planification technique, etc.) et de la direction des travaux. Il peut également réaliser lui-même les travaux, sans toutefois exploiter les ouvrages produits⁵⁷¹. On retrouve ainsi très nettement les traits caractéristiques de la concession de seule construction⁵⁷², d'autant plus que la rémunération par un prix payé à la réception de l'ouvrage par la personne publique pouvait, dans le silence des textes, être fractionnée⁵⁷³.

Cependant, la réforme phare du droit italien consiste en un tout autre instrument. La frénésie législative ayant conduit à son adoption n'est d'ailleurs pas sans rappeler le processus français d'instauration du contrat de partenariat. Elle a du reste conduit au même *imbroglio* juridique. Cette réforme est celle de la discipline du financement de projet et du célèbre contrat de promoteur. L'expression est en elle-même liée à la logique du droit anglo-saxon dont elle en est une traduction littérale (*Project finance*). Elle trouve son application dans la définition donnée des P.P.P. par l'article 3 du *codice dei contratti pubblici* : « *l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto* », c'est-à-dire l'attribution de travaux *via* le mécanisme du financement de projet. Elle fût introduite en droit italien à la suite de la modification de la loi MERLONI de 1994⁵⁷⁴ par la loi dite MERLONI-ter de 1998⁵⁷⁵, modifiée en partie par la loi dite MERLONI-quater de 2002⁵⁷⁶ puis par le

⁵⁷⁰ Legge n°443 du 21/12/2001, *Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive.*, GURI n° 229, 27/12/2001, Suppl. ord. n°279.

⁵⁷¹ MAMELI (B.), *Servizio pubblico e concessione, l'influenza del mercato sui regimi protezionistici e regolamentari*, Milano, Giuffré, 1998, p.630.

⁵⁷² On retrouve d'ailleurs dans article 1.2.f) de la loi Lunardi la "substantifique moelle" de la *concessione di sola costruzione*: « La discipline du « *contraente generale* », conformément à l'article 1^{er} de la directive 93/37/CEE du Conseil, est défini comme l'exécution par tous les moyens d'un ouvrage répondant aux besoins spécifiques précisés par le pouvoir adjudicateur, *il contraente generale* se distingue du concessionnaire de travaux publics **par l'exclusion de la gestion de l'ouvrage exécuté** et est qualifié d'une capacité d'organisation, de réalisation et de financement de l'ouvrage par tout moyen. »

⁵⁷³ MAMELI (B.), *op. Cit.* P. 634.

⁵⁷⁴ Legge n° 109 del 11/02/1994, *Legge quadro in materia di lavori pubblici.*, *op. cit.*

⁵⁷⁵ Legge n° 415 del 18/11/1998, *ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici*, G.U n°284 del 4/12/ 1998, Suppl. Ordinario n. 199.

⁵⁷⁶ Legge n° 166 del 1/08/2002, *Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*, G.U n.181 del 3/8/2002, Suppl. Ordinario n. 158.

décret législatif n°190/2002⁵⁷⁷, modifiée ensuite par la loi de transposition de 2005⁵⁷⁸ et inscrite enfin dans le code des contrats publics⁵⁷⁹ aux articles 152 et suivants dont les modifications ont été également nombreuses⁵⁸⁰.

Le mécanisme du contrat de promoteur est fondé sur le modèle concessif italien. Il est défini à l'article 153 du code des contrats publics. Cet instrument contractuel original se rapproche du mécanisme de l'article 10 de l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat. Il peut être défini comme un contrat de concession dans lequel l'initiative de la délégation ne viendrait pas du concédant, mais d'une candidature spontanée d'une personne privée se proposant de devenir concessionnaire. En réalité, cette procédure indissociable *della finanza di progetto*⁵⁸¹ commence bien avant la sélection du promoteur par l'édiction d'un programme triennal effectué par l'administration⁵⁸². Dans ce programme actualisé chaque année, le pouvoir adjudicateur doit rendre compte de ses orientations en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire, identifier et quantifier ses besoins et déterminer l'ensemble des travaux publics nécessaires à leur satisfaction à chaque fois que leur montant est supérieur à cent mille euros. Les ouvrages pouvant être réalisés sous l'égide de la concession de travaux font l'objet d'une mention spéciale dans le programme. C'est dans ce cadre qu'un entrepreneur est fondé à proposer la réalisation d'un projet correspondant à ceux mentionnés dans la liste. Si la proposition est approuvée par le pouvoir adjudicateur, elle constitue le point de départ de l'avis de mise en concurrence pour une concession de travaux. La concession en Italie représente ainsi « l'institution » même du P.P.P. Ce procédé s'assimile ainsi à une pénétration des techniques de financements privés dans le

⁵⁷⁷ D.lgs, n°190 del 20/08/2002, *Attuazione della legge n°443 del 21/12/2001, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, G.U n° 199 del 26/8/2002 – S.O n. 174.

⁵⁷⁸ Legge n°62 del 18/04/2005, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunita' europee*, G.U n° 96 del 27/4/2005 - Suppl. Ordinario n. 76.

⁵⁷⁹ D.lgs n° 163 del 12/04/2006, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, GU n.100 del 2-5-2006 - Suppl. Ordinario n° 107.

⁵⁸⁰ V. CARTEI (F.), « La finanza di progetto : Modello e varianti », in, CHITI (M.), *op. Cit*, p. 60.

⁵⁸¹ V. CARTEI (F.), « La finanza di progetto : Modello e varianti », p. 62 ; ROSSI (G.), *Diritto amministrativo. Vol II*, Milan, Giuffré, 2005, p. 110.

⁵⁸² Article 128 del codice dei contratti pubblici, précité.

droit administratif⁵⁸³. Cependant, la réforme du droit des concessions de travaux en Italie, articulée autour de la discipline *della finanza di progetto*, va non seulement bouleverser l'adéquation entre la définition du modèle communautaire et le modèle interne, mais également permettre la résurrection de la concession de seule construction. Ainsi, trois grandes modifications de la loi cadre sur les travaux publics, opérées en 2002⁵⁸⁴ et aujourd'hui inscrites dans le *codice dei contratti pubblici*⁵⁸⁵ vont dans ce sens.

Premièrement, la limite de durée auparavant fixée à trente ans pour les concessions peut, dans certaines hypothèses, être supprimée au profit d'un mécanisme lié à la durée de remboursement des investissements opérés par le concessionnaire. Le code indique qu'afin d'assurer le retour des capitaux investis et l'équilibre économique et financier, les concessions nouvellement signées dont le montant est supérieur à 1 milliard d'euros peuvent être mises en place pour cinquante ans. Cette disposition, introduite en 2011⁵⁸⁶, semble toutefois être plus indicative qu'impérative. L'absence de limitation ne semble pas *a priori* en contradiction avec la nouvelle directive concession. En effet, la durée maximale de la concession peut être « calquée » sur le temps nécessaire au concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour la réalisation et l'exploitation des ouvrages et/ou services, avec un retour sur les capitaux investis⁵⁸⁷.

⁵⁸³ BENEDETTI (A.), *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999 ; CHIRULLI (P.), *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005, p. 497; NAPOLITANO (G.), *pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p.156 ; TOMMASI (R.), *Il nuovo diritto privato della pubblica amministrazione*, Torino, 2004.

⁵⁸⁴ Legge n°166, 1/08/2002, *Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*. GU n.181 del 3-8-2002 - Suppl. Ordinario n. 158 .

⁵⁸⁵ Articolo 143 del codice dei contratti pubblici.

⁵⁸⁶ D.L n° 201 del 06/12/11, *convertito con modificazioni dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214*, G.U n° 284 del 6/12/2011, S. O n° 251.

⁵⁸⁷ Article 18 § 2 de la directive 2014/23/UE 26/02/2014, *sur l'attribution de contrats de concession*. De plus que le point 52 de l'exposé des motifs énonce que « *la durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement. Toutefois, une telle durée peut se justifier si elle est indispensable pour permettre au concessionnaire de recouvrer les investissements prévus pour l'exécution de la concession ainsi que pour obtenir un retour sur les capitaux investis* ».

Deuxièmement, le prix que le pouvoir adjudicateur peut payer au concessionnaire n'est plus limité comme c'était le cas auparavant à 50 % de la valeur des travaux⁵⁸⁸. Le concessionnaire peut donc être rémunéré de façon quasi-intégrale par un prix. En effet, le code dispose que « *la contreprestation en faveur du concessionnaire consiste, normalement, uniquement dans le droit de gérer fonctionnellement et d'exploiter commercialement tout les travaux réalisés. Toutefois, le concédant établi comme tel dans l'avis d'appel public à la concurrence peut également offrir un prix si le concessionnaire est tenu de facturer un prix pour l'utilisateur inférieur à ceux correspondant au retour sur investissement et à la somme due au coût du service et du bénéfice net, ou si le concessionnaire est tenu de veiller à la réalisation des investissements économiques et financiers et de gestion liée à la qualité du service à fournir. Pour déterminer le prix il faut tenir compte de l'éventuelle fourniture de biens et de services au pouvoir adjudicateur par le concessionnaire en ce qui concerne l'ouvrage concédé, en vertu des dispositions de l'avis d'appel public à la concurrence* »⁵⁸⁹. Si la concession est traditionnellement un contrat dans lequel le cocontractant se rémunère, à la différence du marché, en exploitant économiquement l'ouvrage par une redevance perçue directement sur l'utilisateur, donc en l'absence d'un prix intégral versé par l'administration, ce critère reçoit dans la logique du financement de projet italien, un assouplissement pouvant amener à une inadéquation entre la catégorie du droit de l'Union et la concession italienne⁵⁹⁰.

Troisièmement, la définition même de la concession de travaux a été bouleversée, ce qui constitue selon nous l'évolution la plus marquante du droit italien des contrats publics. En effet, la loi n° 190 de 2002 a ajouté à la définition classique de la concession de travaux donnée à l'article 19 de la loi du 11 février 1994 le paragraphe suivant : « *les administrations adjudicatrices peuvent confier en*

⁵⁸⁸ Article 19.2 de la Legge n° 109 del 11/02/1994, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, *op. cit.*

⁵⁸⁹ Article 143 du code des contrats publics, § 3 et 4.

⁵⁹⁰ DIRECTIVE 2014/23/UE, 26/02/2014, *sur l'attribution de contrats de concession*, Article 5, al. 1 : « *Aux fins de la présente directive, on entend par : [...] concession de travaux*», un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit **accompagné** d'un prix ».

concession des ouvrages destinés à l'utilisation directe par l'administration publique, lorsqu'ils sont fonction de la gestion des services publics, à condition que reste à la charge du concessionnaire l'aléa économique-financier de la gestion de l'ouvrage ». Ces dispositions, inscrites aux paragraphes 4, 8 et 9 de l'article 143 du code des contrats publics, permettent donc de passer des contrats de type B.O.T sous l'égide du régime juridique italien des concessions de travaux, en dépit même du lien direct entre l'usager et le concessionnaire définissant traditionnellement le régime concessif italien.

Nous pouvons ainsi observer que dans ces différentes hypothèses, les instruments juridiques les plus symboliques des P.P.P. en France comme en Italie, ont souffert d'une inadaptation entre les catégories des droits internes et celles forgées par le droit de l'Union européenne, notamment parce que les premières étaient déterminées par rapport à leur objet alors que les secondes ne prennent absolument pas en compte ces différents éléments pour différencier les contrats de commande publique. Ce constat d'inadaptation peut d'ailleurs être formulé à l'encontre de la seconde division notionnelle des partenariats public-privé opérée dans le livre vert de la Commission européenne, la distinction entre instruments dits institutionnalisés et conventionnels⁵⁹¹.

§2) La distinction problématique entre partenariats public-privé institutionnalisés et partenariats public privé conventionnels.

Au sens du Livre Vert de la Commission européenne sur les P.P.P., les opérations de type institutionnalisé impliquent la mise en place d'une entité détenue conjointement par le partenaire public et le partenaire privé. L'entité commune a pour mission de veiller à la livraison d'un ouvrage ou d'un service au bénéfice du public⁵⁹². La mise en place d'un P.P.P.I. peut alors s'opérer de deux manières différentes. Dans la première, la personne publique et la personne privée vont créer ensemble une société qu'ils détiendront de façon conjointe. Dans la seconde, une

⁵⁹¹ Commission des Communautés européennes, 30/04/2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé*, COM(2004) 327 final, pt. 51 et s.

⁵⁹² *Ibid.*, pt. 53.

entreprise publique fait entrer dans son capital un actionnariat privé. Si l'opération consistant à la création de l'entreprise commune n'est pas en elle-même soumise aux directives, il convient néanmoins de s'assurer du respect des règles relatives à l'attribution des contrats de commande publique lorsque l'entité est dédiée à la réalisation de missions pouvant être qualifiées de marchés publics ou de concessions au sens du droit de l'Union européenne⁵⁹³.

Il est alors aisé d'observer une extension des règles de la commande publique à l'ensemble des contrats conclus entre les administrations et ces structures spécifiques⁵⁹⁴. À ce titre, l'application de l'exception de relation *in house* est impossible (B), dans la mesure où le recours au contrat de commande publique est systématique (A).

A) Le recours systématique au contrat

Ce qui caractérise le droit de la commande publique, c'est la mise en concurrence dans l'optique de préserver l'égalité de traitement entre les candidats, la liberté d'accès à la commande publique et la transparence des procédures. Or cette mise en concurrence peut apparaître comme étant en contradiction même avec l'idée d'économie mixte (1), dont nous avons pu voir qu'elle était historiquement considérée comme une modalité transitoire facilitant le passage de la gestion déléguée à la gestion directe. Pour permettre cette conciliation entre ces deux logiques contradictoires⁵⁹⁵, le procédé de l'économie mixte a donc été dissous dans les modèles contractuels de la commande publique, plus particulièrement dans celui de la concession. C'est à cette condition qu'il peut revêtir l'apparat d'un partenariat public privé institutionnalisé (2).

⁵⁹³ *Ibid.*, pt 57.

⁵⁹⁴ BRAMERET (S.), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, L.G.D.J, 2012, p. 221.

⁵⁹⁵ COSSALTER (P.), « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *RFDA*, 2002, p. 938.

1) La contradiction intrinsèque entre le recours à l'économie mixte pour la gestion des activités publiques et la mise en concurrence formalisée

Au regard du droit de l'Union européenne, les sociétés d'économie mixte sont des sociétés de droit commun comme les autres. Ainsi, le principe selon lequel l'un des actionnaires doit choisir son partenaire au moyen d'une mise en concurrence formalisée apparaît comme étant en contradiction avec l'idée même de la liberté d'entreprendre. Pourtant, cette soumission est bien réelle dès l'instant où ces sociétés ont pour mission une activité entrant dans la définition d'un marché public ou d'une concession au sens du droit communautaire⁵⁹⁶. La Commission européenne avait d'ailleurs rappelé en 2000, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice⁵⁹⁷, que les dispositions législatives ou réglementaires des États membres réservant des contrats publics aux sociétés dans lesquelles le secteur public détient une participation majoritaire sont contraires aux règles du traité⁵⁹⁸. Sa position sera du reste réaffirmée dans sa communication de 2008⁵⁹⁹, quand bien même la participation du secteur public au sein de l'entité mixte serait minoritaire⁶⁰⁰. Cette participation exclut ainsi la possibilité d'une relation « *in house* »⁶⁰¹, à laquelle la législation relative aux marchés publics et aux concessions ne s'applique pas.

La contradiction avec le concept de mise en concurrence formalisée procède alors de l'opposition entre les conceptions organiques et matérielles de l'économie mixte⁶⁰², et paradoxalement de la prédominance de la première approche sur la seconde⁶⁰³. Nous pourrions en effet être tentés d'affirmer que c'est uniquement

⁵⁹⁶ CJCE, Aff. C-324/1998, 7/12/2000, *Telaustria et Telefonadress*, Rec. p. I-10745.

⁵⁹⁷ CJCE, Aff. C-3/88, 5/12/1989, *Commission c/ Italie*, Rec. p.4035.

⁵⁹⁸ Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 12/04/2000, JOCE n°121, p.7.

⁵⁹⁹ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés, 12/04/2008, JOCE n° 91, p.5.

⁶⁰⁰ CJCE, Aff. C-26/03, 11/01/2005, *Stadt Halle*, Rec. 2005, I-1, point 49.

⁶⁰¹ V. *Infra*, p. 152.

⁶⁰² ROLIN (F.), « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », *AJDA*, 2005, p.898.

⁶⁰³ BRAMERET (S.), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixtes locales, recherches sur l'institutionnalisation d'u partenariat public privé*, *op. cit.*, p.222 et s.

parce que la ou les fonctions opérées par la société entrent dans le cadre de ce qui est défini comme étant un marché public ou une concession que doit être effectuée une mise en concurrence. De plus, il ressort expressément du livre Vert de 2004 que le droit de l'Union n'a pas vocation à s'appliquer aux opérations d'apport de fonds à une entreprise publique⁶⁰⁴. La constitution d'une entité mixte semble donc être épargnée des réglementations européennes alors que les principes de non discrimination en raison de la nationalité, d'égalité de traitement, de liberté d'établissement et de libre prestation de services conduisent à appliquer ce même type de réglementations lorsque qu'une autorité publique confie à un tiers une mission entrant dans le champ matériel des marchés publics ou des concessions. La conception matérielle semble donc l'emporter au premier abord sur la conception organique de l'économie mixte.

Pourtant, la constitution de l'entité mixte implique une décision politique antérieure à la mise en concurrence, la fameuse « *compétence intuitive de la décision exécutoire* » du processus institutionnalisant comme la dénommait HAURIOU⁶⁰⁵. Or, il apparaît illogique de pouvoir créer un organisme spécialement dédié à l'exécution d'une mission d'intérêt public et de devoir ensuite effectuer une mise en concurrence formalisée pour choisir, parmi un ensemble de candidats potentiels dans lequel figure l'entité mixte, celui qui devra contribuer à la réalisation de cet objet déterminé⁶⁰⁶. Ce constat est d'autant plus frappant que l'objet de ces entités est d'intérêt public, qu'elles sont contrôlées par des personnes publiques et sont créées à leur initiative. Ces considérations sembleraient justifier à elles seules l'existence d'un traitement particulier des S.E.M. au regard de la mise en concurrence. Cependant, force est de constater que ces régimes d'exceptions ne s'appliquent pas, sous l'influence combinée des textes et de la jurisprudence européenne.

Selon le Professeur ROLIN, cette contradiction provient d'une « *disjonction entre personnalité morale et contrat* »⁶⁰⁷. Elle s'explique selon lui par la disparition de l'unité de la personnalité morale des collectivités publiques au profit d'institutions dotées d'une personnalité juridique propre. Les opérations regardées

⁶⁰⁴ Livre vert sur les partenariats public-privé, *op. cit.* Pt. 57.

⁶⁰⁵ HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », *op. cit.*, p. 10..

⁶⁰⁶ GRECO (G.), « Gli appalti pubblici di servizi », *Riv. It. Dir. Pub. Comm.*, 1995, p.1299.

⁶⁰⁷ ROLIN (F.), *op. cit.*, p.898.

avant comme étant internes deviennent donc des contrats passés avec des tiers, *a fortiori* lorsque ces entités ont des capitaux mixtes et que leur statut juridique leur confère la personnalité morale de droit privé. C'est parce qu'est admise l'idée de contracter avec un tiers dont il est pourtant partie prenante que les prestations fournies aux personnes publiques peuvent avoir des conséquences concurrentielles sur le marché. Elles sont donc assujetties aux procédures formalisées lorsqu'elles ont pour objet des marchés publics ou des concessions⁶⁰⁸.

La conception matérielle procède ainsi, dans cette optique, de la conception organique de l'économie mixte. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, depuis l'arrêt *Teckal*⁶⁰⁹, s'inscrit aussi dans cette conception personnaliste. Pour que les règles relatives à la mise en concurrence s'appliquent, il faut qu'il y ait contrat, donc accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes distinctes⁶¹⁰. C'est dans cette acception que les prestations internes, qui ne sont donc pas véritablement des contrats puisqu'on ne peut normalement contracter avec soi-même⁶¹¹, ne sont pas assujetties aux obligations de mises en concurrence. Dès lors, la notion de contrôle analogue sur une entité distincte issue de la jurisprudence *Teckal* prend tout son sens. La nature des relations entretenues avec un prestataire intégré à la personne publique peut dans ce cas être considérée comme « inter-organique ». Le terme de prestations quasi-internes ou de relations *in house* peut donc être employé lorsque la personne publique exerce sur la société en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qu'elle réalise l'essentiel de son activité avec les collectivités qui la détiennent⁶¹². Dans cette hypothèse, les règles relatives à la mise en concurrence peuvent être écartées.

⁶⁰⁸ Dans son arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* de 2007, le Conseil d'État se place dans cette position lorsqu'il énonce que les collectivités publiques peuvent ne pas passer de convention de délégation de service public « lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel » V. CE, Sect., 6/04/2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec., p. 155, AJDA 2007, p. 1020, Chr. LENICA (F.) et BOUCHER (J.), JCP A, n° 21, mai 2007, p. 21, note LINDITCH (F.), *Contrats et Marchés publics*, n° 6, juin 2007, note Eckert (G.), n° 191.

⁶⁰⁹ CJCE 18/11/1999, Aff. C107/1998, *Teckal SRL*, point 50, Rec. p. I-8121.

⁶¹⁰ Concl. COSMAS sur CJCE, Aff. C-107/98, 18/11/1999, *Teckal SRL*, point 52.

⁶¹¹ DELVOLVÉ (P.), « Marchés publics: les critères des contrats-maison », *RDUE*, 2002, p.55.

⁶¹² Soit 80 % de son activité, V. *infra* p.368 et ss, notamment avec l'analyse des articles 12 et 17 des nouvelles directives marchés et concessions.

En France, la décision du Conseil constitutionnel déclarant non conforme à la constitution la disposition de loi SAPIN qui exonérait les sociétés d'économie mixte de procédure de mise en concurrence pour l'attribution des D.S.P s'inscrit également dans cette perspective⁶¹³. En effet, bien avant la jurisprudence *Telaustria* de 1998, le juge constitutionnel avait dû résoudre cette problématique. Il affirma ainsi que ces dispositions méconnaissaient le principe d'égalité et qu'elles ne pouvaient « *se justifier ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités...* ». Mais c'est dans la comparaison avec les établissements publics et les entreprises détenant légalement un monopole pour l'ensemble des activités correspondant aux DSP que la prédominance de l'approche organique prend tout son sens dans l'analyse du juge. Leur exclusion des dispositions de la loi SAPIN se justifie en effet par la nature même de ces entreprises. Elles relèvent, selon les termes du Conseil constitutionnel, « *directement et exclusivement de l'État ou des collectivités territoriales et sont dans des situations différentes des autres organismes susceptibles d'obtenir des délégations de service public au regard des objectifs de transparence et de concurrence poursuivis par la loi* ». Ainsi, les sociétés à capitaux mixtes délégataires de services publics ne peuvent être considérées comme se trouvant dans une situation identique puisque la présence d'un actionnariat privé, même minoritaire, confère une certaine autonomie à l'entité, interdisant de ce fait l'éviction des règles de mises en concurrence.

En Italie, *Il consiglio di stato* avait déjà en 1956 cerné le problème de l'ambivalence du statut juridique de ces entités et rendu un avis négatif sur l'association entre partenaire public et privé au sein d'une même société par action⁶¹⁴. Il affirma à l'époque qu'une entité publique ne pouvait s'associer avec une entité privée au sein d'une société de cette nature. Si elle le faisait, la société constituée se trouverait gestionnaire directe du service public, violant les normes en vigueur, notamment le texte unique sur l'organisation des collectivités locales de 1925⁶¹⁵. La seule possibilité prévue par le droit italien afin qu'une société de droit

⁶¹³ CC, n° 92-316 DC du 20/01/1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec. p. 14, LPA n° 66, 1993, p. 4, note MATHIEU (B.) et VERPAUX (M.), *RFDA* 1993, p. 902, note POUYAUD (D.).

⁶¹⁴ CS, Sez n°1, Sentenza n°373 del 06/03/1956. Cité in ALESIO (M.), *I servizi pubblici locali: peso della tradizione e nuovo assetto delineato dalla Finanziaria 2002*, <http://www.lexitalia.it>.

⁶¹⁵ R.D n°2578 del 15/10/1925, *Approvazione del testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie*, G.U, 1925.

commun gère un service public est celle de la concession. Or, selon le Conseil d'État, si les entités locales décidaient de revenir à une gestion directe, elles devraient acquérir la totalité des actions de la société, effectuant en quelque sorte « *une opération de rachat du service public* ». Ainsi, selon le raisonnement du juge, la loi exige qu'une distinction réelle entre concédant et concessionnaire existe lorsque le service était délégué. Le modèle de la société mixte gestionnaire d'un service public ne pouvait donc être viable, compte tenu de l'interprétation de la législation par le juge administratif. Par conséquent, il n'était pas possible de gérer des services publics par le mécanisme de la société de droit privé à participation public.

Le recours aux sociétés d'économie mixte a pourtant été consacré en 1990 pour les sociétés à capital public majoritaire et en 1992 pour les sociétés d'économie mixte à capital public minoritaire. Cette restructuration du secteur public local a donné lieu à une jurisprudence interne et communautaire importante, notamment par rapport à la notion de prestation quasi-interne. Ainsi, la place du secteur privé dans le cadre de la gestion mixte des activités publiques est une des questions les plus délicates qu'ait eu à résoudre le législateur. La solubilité de l'économie mixte dans la mise en concurrence s'est alors effectuée au moyen d'instruments conciliateurs (les contrats de commande publique, notamment la concession) permettant d'évacuer le dilemme cornélien de la création d'un instrument pour un objet déterminé et de sa mise en concurrence pour l'attribution de ce même objet.

2) La dissolution de la gestion mixte dans les contrats de commande publique

Selon la Commission européenne, le fait qu'une entité privée et une entité publique coopèrent dans le cadre d'une société à capital mixte ne peut justifier le non-respect des dispositions relatives aux concessions lors de l'attribution du contrat à cette structure⁶¹⁶. La résolution du conflit entre mise en concurrence et économie mixte se réalise ainsi au moyen de la dissolution de l'économie mixte dans les

⁶¹⁶ Commission européenne, *Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés*, JOUE, 2008, C-91, p. 4.

procédés contractuels de la commande publique. Dans la logique performantielle propre au partenariat public-privé, la contractualisation est le dénominateur commun permettant de regrouper dans une même entité les administrations et les entreprises ayant vocation à obtenir la gestion d'activités publiques. Elle s'opère ainsi par la recherche d'une répartition optimale des risques entre la collectivité et son partenaire. Dans cette acception, la distinction européenne entre partenariat public-privé institutionnels et conventionnels n'a pas lieu d'exister.

En effet, la principale fonction du P.P.P. institutionnalisé est de permettre la constitution d'une société à capital mixte dont l'objet est l'obtention d'un contrat unique. La mise en concurrence formalisée est donc simplement déplacée dans le temps au niveau de la création de la structure et non plus au stade de l'attribution du contrat puisque, pour pouvoir prendre corps, la société doit nécessairement se voir attribuer le contrat lui permettant de réaliser son objet social⁶¹⁷. Au final, le mécanisme « institutionnalisant » s'efface au profit du caractère conventionnel. La distinction entre l'objet du contrat et l'objet social est en effet purement artificielle, le seconde procédant du premier. Dans ce sens, la CJUE a accepté⁶¹⁸, sous certaines limites⁶¹⁹, que le respect des principes du traité soit garanti lorsque la mise en concurrence porte sur le choix du partenaire devant intégrer la structure créée à cet effet. Le mécanisme, assimilable selon elle à une forme de concession, serait difficilement compatible avec l'économie procédurale qui inspire les P.P.P.I si le pouvoir adjudicateur devait avoir recours à une double procédure de mise en concurrence⁶²⁰. Ainsi, le choix de l'associé résulte indirectement de celui du concessionnaire, notamment car les candidats doivent établir avant tout leur capacité technique à fournir le service. Les critères de sélection de l'actionnaire privé sont donc exclusivement fondés sur cet élément et sur les caractéristiques de l'offre du futur associé au regard des prestations spécifiques à fournir.⁶²¹

⁶¹⁷BRAMERET (S.), « La société d'économie mixte contrat : partenariat public privé à la française ? » *JCP A*, n°49, 02/12/2013, p.2347.

⁶¹⁸ CJCE, Aff. C-196/08, 15/10/2009, *Acoset SpaA c/ Province de RAGUSE*, Rec. point 59.

⁶¹⁹ *Ibid.*, point 62 : La société notamment doit garder le même objet social pendant toute la durée de la concession, toute modification substantielle du contrat entraînerait une obligation de mise en concurrence.

⁶²⁰ *Ibid.*, point 42.

⁶²¹ V. CJCE 19/06/2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, point 34.

Ce mécanisme de prise de participation dans une société déjà constituée avec mise en concurrence pour l'introduction du capital privé provient du modèle italien de la *società mista*⁶²². L'article 22 de la loi de 1990 sur l'ordonnancement des autonomies locales⁶²³ peut à ce titre être considéré comme l'une des premières manifestations juridique du P.P.P.I. Le recours à la « *société par action avec participation de capitaux publics* »⁶²⁴ était enserrée au côté des autres formes de gestion des services publics par les entités locales (régies, agences spéciales, institutions pour les services sociaux et concessions aux tiers). Dans ces sociétés, le capital public devait être majoritaire. L'article 12 de la loi de 1992 portant mesures urgentes en matière de finances publiques⁶²⁵ a par la suite créé la formule des sociétés par action sans contraintes de capitaux publics majoritaires. Les régimes juridiques applicables aux deux formes de sociétés d'économie mixte peuvent être alors résumés de la manière suivante :

- La société par action à capital public minoritaire était qualifiée d'instrument juridique permettant de réunir les fonds privés nécessaires à la réalisation d'ouvrages ou à l'exécution des missions de services publics⁶²⁶. Dans cette logique, le transfert des pouvoirs de l'administration *via* la société, permettait garder un certain contrôle sur le partenaire privé⁶²⁷.
- La société à capital public majoritaire présentait quant à elle un lien étroit avec les objectifs institutionnels de la personne publique⁶²⁸. Elle permettait en effet d'établir un mode transitoire de privatisation des établissements publics à caractère industriels et commerciaux⁶²⁹. Dans un premier temps, ces sociétés échappèrent à toutes formes de mises en concurrence. Le juge

⁶²²COSSALTER (P.), « sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *op. cit.* p. 947.

⁶²³ Legge n° 142 del 08/06/ 1990, *Ordinamento delle autonomie locali*, G.U n°135 del 12/06/1990, S.O. n°42.

⁶²⁴ *Ibid*, Art. 22 : « *Società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico* »

⁶²⁵ LEGGE n° 498 del 23/12/1992, *Interventi urgenti in materia di finanza pubblica*. GU n° 304 del 29/12/1992

⁶²⁶LEOPAZZA (A.), « Sulle società miste per la gestione dei servizi degli enti locali », *Gurisprudenza Commentata*, 1998, p.68.

⁶²⁷OTTAVIANO (V.), « Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali », *Rivista delle società*, 1999, p.253.

⁶²⁸MARCOLUNGO (C.), « Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato », in CHITI (M.), *op.cit.* p.199.

⁶²⁹ V. *Supra* p. 96.

judiciaire interpréta en effet leur forme commerciale comme incompatible avec la notion de concession administrative, tirant argument de la présence de ces sociétés à côté des concessions et non en leur sein⁶³⁰.

À la suite de la réception de la jurisprudence et de la législation communautaire, les régimes de sociétés par action à capital public majoritaire et minoritaire furent unifiés dans le texte unique des lois sur l'organisation des entités locales (T.U.E.L) de 2000⁶³¹, lui-même modifié à de nombreuses reprises⁶³². La distinction établie entre « *servizi pubblici di rilevanza economica* » (service publics ayant une importance économique) et les *servizi pubblici senza rilevanza economica* (sans importance économique) contenu aux articles 113 et 113 bis du T.U.E.L a entraîné un régime procédural différent en fonction du type de service. Les services de nature non économique peuvent être gérés par des établissements publics (*azienda speciale*), des institutions, des sociétés par action à capital intégralement public ou en régie lorsque leur faible dimension et leurs caractéristiques ne rendent pas opportun le recours aux formes mentionnées précédemment. Dans tous les cas, les services de nature économique sont gérés, sauf exceptions législatives⁶³³, par des sociétés de droit privé. La distinction du régime juridique s'effectue ensuite en raison du type de capital les composant. S'il est intégralement public et dans la mesure où la collectivité exerce un contrôle analogue à ses propres services sur la société et que cette dernière effectue l'essentiel de son activité avec l'entité publique qui la contrôle, alors l'attribution du service peut être directe⁶³⁴. Pour les sociétés par actions à capitaux intégralement privés, ou à capital public minoritaire, l'attribution du service et/ou des travaux connexes s'effectue exclusivement au moyen des

⁶³⁰ Cass. it. n° 4989, 06/05/1995, *Siena parcheggi s.p.a*, Foro amm., 1996, p.32; BARDUSCO (A.), « Servizi locali e libertà di mercato », *Riv. It. Dir. Pub. Comm.*, 1194, p.34 ; CAIA (G.), « Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale : scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio », N.S, 1995, p. 1089.

⁶³¹ D. Lgs n° 267 del 18/08/2000, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, G.U n° 227 del 28/09/2000, S.O n° 162.

⁶³² L'article 113 du TUEL fixant les modes de gestion des services publics locaux de nature économique à ainsi été modifiée par la loi n° 448 del 28/12/2001, G.U. 29/12/2001 ; le D.Lgs n° 269 del 30/09/2003, G.U. 02/10/2003 ; la loi n° 350 del 24/12/2003, G.U. 27/12/2003 ; la loi n° 308 du 15/12/2004, G.U. 27.12.2004, le D.L n° 112/2008 et le D.L n° 135/2009 ainsi que le D.P.R. n° 168 du 07/09/2010 *portant réglementation en matière de services locaux*, G.U. 12.10.2010.

⁶³³ Secteur des transports publics locaux (D.lgs modifié n° 4229 /11/ 1997).

⁶³⁴ Paragraphe 4 de l'article 113 T.U.E.L

procédures formalisées propres aux marchés publics et aux concessions décrites dans le code des contrats publics⁶³⁵.

La dissolution du modèle l'économie mixte dans le cadre des procédés de la commande publique en Italie est donc aisément perceptible. Cette interprétation est d'autant plus vérifiable que le modèle de la société par action à capital public majoritaire, dont l'utilisation par les collectivités italiennes permettait - avant que la CJCE ne sanctionne le procédé - le recours à la relation « *in house* » afin d'éviter la mise en concurrence des services publics auparavant gérés en régie personnalisée, a aujourd'hui disparu au profit des sociétés par action à capital intégralement public.

La formule française, unique en Europe, qui consistait à mettre en concurrence la société d'économie mixte lors d'une procédure d'attribution d'un contrat de commande publique a aujourd'hui disparu. Le Conseil d'État, dans un avis de 2009, avait prévenu que « *l'introduction dans le droit français d'une formule de PPPI au stade de la passation, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat, nécessiterait une modification substantielle de l'ensemble des textes applicables. Dissociant le candidat initial et la personne retenue pour conclure le contrat, elle n'irait pas sans difficultés au regard des principes de valeur constitutionnelle et des impératifs communautaires* »⁶³⁶. La solution préconisée par le juge administratif aurait alors été d'attribuer le contrat dans un premier temps après mise en concurrence puis, dans un second temps, d'effectuer une cession de ce dernier à l'entité après une autre mise en concurrence, comme il l'avait mentionné dans un avis précédent⁶³⁷. L'identité entre le candidat à la procédure de passation et l'attributaire du contrat souffre en effet d'une valeur très élevée en droit français. Le Conseil d'État la considère comme étant un gage d'impartialité de la procédure. Elle n'a pourtant pas la même valeur du point de vue du droit de l'Union européenne⁶³⁸.

⁶³⁵ Paragraphe 5-ter de l'article 113 T.U.E.L.

⁶³⁶ CE, avis n°383264,01/12/2009, *EDCE*, 2010, p.353. V. HOEPFFNER (H.), « L'avenir compromis des partenariats publics-privés institutionnalisés. À propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'État n° 383264 du 1er décembre 2009 », *Contrats et Marchés publics*, 2010, étude 11.

⁶³⁷ CE, avis du 8 juin 2000, n° 364803.

⁶³⁸ *Communication interprétative de la Commission européenne concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés*, *op. cit.*, point 2.3 à 3, C 91/6 à C 91/9.

Six propositions de loi furent donc déposées en novembre 2013 pour instaurer le mécanisme de la « S.E.M. contrat »⁶³⁹ avant que la loi du 1^{er} juillet 2014 ne consacre l'existence de la société d'économie mixte à opération unique (S.E.M.O.P)⁶⁴⁰. Les deux intitulés employés pour cette formule, « *avènement du PPPI à la française* »⁶⁴¹, corroborent aisément l'argument de la dissolution du modèle de l'économie mixte dans les procédés contractuels de la commande publique⁶⁴². En effet, la société doit être constituée pour une durée limitée et de façon exclusive pour la conclusion et l'exécution d'un contrat dont l'objet unique est : « *soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement, soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service, Soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales* »⁶⁴³.

En outre, le contrat peut inclure la conclusion d'un B.E.A nécessaire à la réalisation de son objet. La personne publique détient entre 34 % et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants. La part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 %. La société d'économie mixte à opération unique est dissoute de plein droit au terme du contrat. Sur le plan de la mise en concurrence, le choix du partenaire privé s'opère par un seul appel public. Les procédures applicables aux contrats de commande publique doivent être respectées, selon la nature du contrat destiné à être conclu. La formule permet donc aux collectivités de contourner l'interdiction de contracter librement avec des S.E.M. qu'elles ont constituées. L'ajout de ce nouvel outil sans suppression des anciens, aboutit pourtant à une complexification des procédures de passation des contrats de commande publique des collectivités territoriales et de leur groupement.

⁶³⁹BRAMERET (S.), « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé institutionnalisé à la française ? » *op. cit.*, p. 248.

⁶⁴⁰ LOI n° 2014-744 du 01/07/2014 *permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique*, JORF n°151 du 02/07/2014.

⁶⁴¹ LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « La SEM à opération unique ou l'avènement du PPPI à la française », *CMP* n°1, 2014, repère 1 ; CLAMOUR (G.), « La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », *CMP* n° 8-9, 2014, comm 214.

⁶⁴² V. LINDITCH (F.), « De la SEM Contrat » à la SEM à opération unique », *CMP* n°2, 2014, alerte 10.

⁶⁴³ Article L 1541-1-I CGCT.

En définitive, les mécanismes français et italien ne permettent pas de contourner les procédures de mise en concurrence formalisée imposées par le droit de l'Union européenne. La coopération public-public, à travers les sociétés de droit privé à capital intégralement public, est dorénavant l'une des rares hypothèses à laquelle peut s'appliquer l'exception du « *in house* ».

B) L'inapplicabilité du critère de la relation « *in house* »

La CJCE avait admis en 1999 qu'échappaient aux règles de publicité et de mise en concurrence les marchés conclus entre une collectivité et une personne juridiquement distincte d'elle « *dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* »⁶⁴⁴. Cette exception, étendue au domaine des concessions⁶⁴⁵, est naturellement reprise dans les nouvelles directives de 2014⁶⁴⁶. La condition du contrôle analogue soulève énormément de difficulté d'interprétation. Comme le souligne le Professeur ECKERT, ces difficultés « *s'illustrent de prime abord par l'extrême variabilité des formules utilisées* »⁶⁴⁷. Si les nouvelles directives emploient successivement le terme de « *contrôle analogue* » et l'expression « *contrôle semblable* »⁶⁴⁸, le législateur français utilise également la notion de « *contrôle comparable* »⁶⁴⁹ à propos des D.S.P, alors que le législateur italien a traduit de façon littérale l'expression et use de la formule « *del controllo analogo* »⁶⁵⁰. Pourtant, ces différentes dénominations sont loin d'être synonymes⁶⁵¹. En ce qui concerne la condition de l'exercice de l'essentiel de l'activité de la société

⁶⁴⁴ CJCE 18/11/1999, Aff. C107/98, *Teckal SRL*, point 50, Rec. p. I-8121.

⁶⁴⁵ CJCE 21/07/2005, Aff. C-231/03, *Coname*, Rec. p.I-7287.

⁶⁴⁶ Articles 12, 17 et 28 des directives marchés publics, concessions et marchés dans les secteurs spéciaux, précitées.

⁶⁴⁷ ECKERT (G.), « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétude », in *Mélanges en l'honneur du Professeur RICHER*, *op. cit.*, p. 621

⁶⁴⁸ Articles 28 de la directive marchés dans les secteurs spéciaux, précitée.

⁶⁴⁹ Article L. 1411-12 CGCT.

⁶⁵⁰ Articolo 113 bis TUEL

⁶⁵¹ ECKERT (G.), *Ibid.*

avec la personne publique la détenant, les nouvelles directives fixe le seuil de 80 %, sans préciser outre mesure les modalités de calcul d'un tel pourcentage⁶⁵².

Ces difficultés liées à l'appréhension de la notion de relation *in house* remontent à une interprétation très extensive de la directive 92/50⁶⁵³ par la doctrine et la jurisprudence administrative italienne, interprétation reprise par la Cour de justice sur une affaire portant sur la notion d'organisme public. Ainsi, dans l'affaire *BFI Holding* de 1998⁶⁵⁴, deux communes avaient créé une société de droit privé dans le but de lui confier la gestion du service de collecte et de traitement des ordures ménagères par le biais d'un contrat de concession. Elles n'avaient pas procédé à une mise en concurrence respectant les procédures prévues dans la directive. La société *BFI*, après avoir porté l'affaire devant les juridictions compétentes, obtint la requalification du contrat en marché de services. Les communes soutenaient alors que l'exception prévue à l'article 6 de la directive s'appliquait au marché en question et les exonérait de l'obligation de suivre les procédures d'adjudication puisque la société créée correspondait à un organisme public au sens de la directive, donc à un pouvoir adjudicateur⁶⁵⁵. L'avocat général LA PERGOLA estima dans ses conclusions que les trois conditions cumulatives fixées par l'article 1 b) de la directive quant à la notion d'organisme public étaient remplies en l'espèce⁶⁵⁶. Il se référa, pour la condition de contrôle et de financement

⁶⁵² L'article 17 de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 énonce toutefois : « *Le pourcentage d'activités est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public. Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable.* »

⁶⁵³ Directive 92/50/CEE, 18/06/1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JO L 209, p.1.

⁶⁵⁴ CJCE, Aff. C-360/96, 10/11/1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, Rec. p. I-6821 ; BJCP, n°2, p.155, Concl. LA PERGOLA (A.).

⁶⁵⁵ Article 6 de la directive 92/50/CEE « *La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er point b)[...]* »

⁶⁵⁶ Un "organisme de droit public", au sens de l'article 1^{er} de la directive était un organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
- ayant la personnalité juridique
- dont, soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe

public de l'organisme, expressément à la doctrine italienne⁶⁵⁷. En effet, la survie « économique » de la société dépendait étroitement de l'intention des communes de lui affecter les ressources financières nécessaires à son fonctionnement *via* un transfert budgétaire. Les communes possédaient l'intégralité du capital, plaçant ainsi la société sous leur totale dépendance non seulement d'un point de vue économique mais aussi d'un point de vue structurel puisque la composition des organes dirigeants était fonction de leur volonté. L'avocat général LA PERGOLA rattacha alors l'organisme à la notion « d'organe indirect de l'administration publique »⁶⁵⁸.

Cette notion provient de la doctrine⁶⁵⁹ et de la jurisprudence italienne. Elle a été utilisée en réaction à une célèbre jurisprudence de la Cour de Cassation datant de 1995⁶⁶⁰. La juridiction suprême italienne considérait dans cet arrêt que le rapport sociétaire ne transférait aucun pouvoir de puissance publique et donc que les entités créées ne pouvaient relever de la notion d'organisme public. Dès lors, dans une décision prise en assemblée générale de 1996, *il Consiglio di stato* considéra que les sociétés par action à capital public majoritaire devaient être considérées à proprement parler comme l'un des modes d'organisation des services publics locaux relevant directement de l'entité locale ayant reçu la compétence territoriale pour les exécuter⁶⁶¹. C'est donc à la fois le lien organique (création par la personne publique, financement, contrôle, etc.) et le but d'intérêt public pour lequel est créée la société qui déterminent sa spécificité. La gestion du service ne peut alors être considérée comme externalisée par la personne publique mais plutôt confiée à un organe indirect de l'administration (« *un organo indiretto dell' amministrazione* »)⁶⁶². La

d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

⁶⁵⁷ GRECO (G.), «Appalti di lavori affidati da SpA in mano pubblica», *Riv. It. Dir. Pubb. Comm.*, 1995, p. 1062; et RIGHI (L.), «La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica et appalti di servizi, », *Riv. It. Dir. Pubb. Comm.*, 1996, p.347.

⁶⁵⁸ Concl. LA PERGOLA, *op. cit.*, point 36. V. Également, RIGHI (L.), « La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica e appalti di servizi », *Riv. It. dir. Pub. Comm.*, 1996, p.347.

⁶⁵⁹ V. GRECO (G.) et RIGHI (L.), *op. cit.*

⁶⁶⁰ Cass. it. n °4989, 06/05/1995, *Siena parcheggi s.p.a, op. cit.*

⁶⁶¹ C.S, Ad. Gen., 16/05/1996, n°90.

⁶⁶² SANDULLI (M-A.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Ed., Vol 6, 2008, p.3847.

notion d'organe indirect a été développée par le Professeur ZANOBINI⁶⁶³. Elle prend racine dans la théorie *del munus pubblico* de Massimo Severo GIANNINI⁶⁶⁴. Elle est fondée sur le rattachement d'une personne morale de droit privé à une personne publique lorsqu'elle exerce une activité d'intérêt public pour son compte. En ce sens, la notion se rapproche de celle de *sostituzione* (substitution) développée par le Professeur MIELE⁶⁶⁵. L'organe indirect est assimilé à l'administration dans la mesure où certains de ces actes peuvent revêtir la qualité d'acte administratif. Il dispose en outre de prérogatives de puissance publique. On comprend alors l'intérêt d'une telle notion. Le capital de la société de droit privé est majoritairement détenu par une ou plusieurs personnes publiques, son activité est contrôlée par ces mêmes personnes publiques et la composition des organes dirigeants est également déterminée par l'Administration. Dès lors, elle peut être assimilée à un organe indirect de l'administration, donc à un organisme public et *a fortiori* à un pouvoir adjudicateur au sens de l'exception prévue à l'article 6 de la directive 92/50/CEE. L'attribution de services à ce type d'entité s'effectue alors sans avoir recours aux procédures formalisées de mises en concurrence.

Pourtant, cette théorie est née selon nous d'une mauvaise interprétation de l'exception figurant à l'article 6 de la directive. En effet, si cette dernière ne s'appliquait pas aux marchés attribués à une entité assimilée à un pouvoir adjudicateur, ce n'était qu'à la condition que cette entité fasse l'objet « *d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité* »⁶⁶⁶. Le droit exclusif résulte expressément d'un texte à portée législative ou réglementaire et ne peut, en aucun cas, être accordé par le contrat lui-même. Ce fût pourtant le cas dans l'affaire *BFI* puisque la convention liant les communes à la société prévoyait expressément la non-application des directives pour cette raison⁶⁶⁷. De plus, le droit exclusif s'applique à une activité de type industrielle et/ou

⁶⁶³ ZANOBINI (G.), «l'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, in, Trattato Orlando», II, Milano, Società editrice libraria, 1935, p.233. ; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in, *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffré, Milano, 1955, p.96

⁶⁶⁴ GIANNINI (M-S), *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'amministrazione pubblica e la sua attività*, Giuffré, Milano, 1950, p.124.

⁶⁶⁵ MIELE (G.), « La distinzione fra ente pubblico e privato », in, *Riv. Dir. Comm.*, 1942, p.426.

⁶⁶⁶ Article 6, *op. cit.*

⁶⁶⁷ Concl., LA PERGOLA, *op.cit.*, point 10.

commerciale ayant un caractère d'intérêt général et soumise de ce fait par les États à des obligations spécifiques de service public. Or, cette exception n'a pas été prévue pour les *società miste*. Ces dernières pouvaient être qualifiées d'organes indirects de l'administration par la doctrine. Néanmoins, elles ne bénéficiaient en aucun cas de droits exclusifs sur les services publics industriels et commerciaux délivrés, au moyen de lois ou de règlements par l'État italien, et leurs permettant de revêtir la qualité d'organismes de droit public au sens de la directive.

Il est aisé de comprendre, à l'appui de ce raisonnement, le rejet de la théorie dite « des prestations intégrées » par la CJCE dans le cadre des partenariats public-privé institutionnalisés. En effet, l'économie mixte locale ne peut être considérée comme le produit d'un partenariat équilibré entre le public et le privé, mais plutôt comme un moyen pour les personnes publiques de gérer de manière plus souple leurs missions. Dans cette acception, il n'est pas utile de les concevoir autrement que comme un prolongement des collectivités publiques dont elles sont l'émanation⁶⁶⁸. La Cour de justice de l'Union européenne a une toute autre approche. Elle déduit de la mixité du capital social une indépendance irréductible à l'égard du secteur public. Le processus de la société d'économie mixte est alors dans ce cas contraire à l'idée même de relation « *in house* ». Cette soumission de l'économie mixte aux procédures formalisées de mise en concurrence résulte alors d'une interprétation très restrictive des critères de la relation « *in house* » : le contrôle analogue et la réalisation de l'essentiel de l'activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.

Lors de la consécration de la théorie, la CJCE avait déterminé la méthode de reconnaissance d'une telle relation sans l'appliquer à l'affaire en cause⁶⁶⁹. Les doutes subsistaient, *via* une jurisprudence plus permissive qui considérait que la condition du contrôle analogue était remplie notamment lorsque l'administration détenait au moins 50% du capital de la société⁶⁷⁰. Le développement exponentiel des

⁶⁶⁸ V. BRAMERET (S.), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixtes locales, recherches sur l'institutionnalisation d'u partenariat public privé*, Paris, LGDJ, 2012, Partie I, Titre II, p. 105 à 215.

⁶⁶⁹ CJCE, 18/11/1999, *Teckal*, op. cit. point 51 « *La directive 93/36 est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non.* »

⁶⁷⁰ CJCE, Aff. C-94/99, 07/12/2000, *ARGE Gewässerschutz*, Rec.p. I-11066.

structures d'économies mixtes en Italie⁶⁷¹ a ensuite conduit le juge de l'Union européenne, notamment à travers des questions préjudicielles posées par les juridictions administratives italiennes, à apporter une réponse définitive en refusant d'assimiler au « *in house* » les relations établies entre les collectivités et leurs sociétés d'économie mixte⁶⁷². La notion fût ensuite approfondie dans un sens encore plus restrictif dans les arrêts *Parking Brixen*⁶⁷³ et *Carbotermo*⁶⁷⁴. L'intégralité du capital ne suffisait alors plus à justifier à lui seul du caractère interorganique de la prestation. Pour caractériser cette relation, il faut ainsi que la collectivité exerce une influence déterminante sur les objectifs stratégiques de la société et que l'activité soit consacrée principalement pour cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal.

En définitive, l'institutionnalisation d'un partenariat entre le secteur public et le secteur privé confine intrinsèquement à doter l'entité mixte constituée de la personnalité juridique. Cette logique personnaliste conduit alors à l'application des règles relatives à la protection de la concurrence au sein de l'Union européenne. La liberté contractuelle conférée aux S.E.M. serait ainsi le pendant de leur soumission aux procédures formalisées de mise en concurrence. Pour tempérer les effets de l'inapplicabilité de l'exception *in house*, un droit de déviation consistant en la création de structures de coopération public-public s'est alors constitué⁶⁷⁵. Il n'empêche que cette disjonction entre les catégories européennes et internes apparaît comme le terreau idéal à l'éclatement et à la dispersion des instruments juridiques du partenariat public-privé, en France comme en Italie.

⁶⁷¹ Les sociétés par actions à capital public majoritaire représentaient, lors de la période allant de 2000 à 2005, 45 % des divers modes de gestion des services publics locaux en Italie. V. DEXIA Crediop, *Public Finance*, n°2/03, 10/2003, p.7.

⁶⁷² CJCE, Aff. C-26/03, 11/01/2005,, *Stadt Halle*, point 49.

⁶⁷³ CJCE, Aff. C-458/03, 13/10/2005, *Parking Brixen*,, Rec., p. I-8612

⁶⁷⁴ CJCE, Aff. C-340/04, 11/05/2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei*, Rec., p. I-14137

⁶⁷⁵ ECKERT (G.), « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », *op. cit.* p.617.

Section 2 : Le morcellement des différents instruments juridiques du P.P.P. au sein des droits français et italien

Il procède de la porosité entre les différents contrats de commande publique (§1) et implique une concurrence entre les différents instruments du P.P.P. (§2).

§1) La porosité de la frontière entre les différents contrats de commande publique

La porosité désigne, en physique, l'ensemble des vides d'un matériau solide, conditionnant ainsi l'écoulement de liquides ou la rétention des gaz⁶⁷⁶. Elle est un rapport indiquant ainsi la perméabilité d'un élément. L'idée de frontière poreuse participe alors de celle de perméabilité des échanges, c'est-à-dire de lignes de démarcation non hermétiques présentant des points de contact et de passage entre deux zones séparées. Les contrats de commande publique français et italiens ne peuvent coïncider avec le droit de l'Union européenne uniquement dans la mesure où ils s'imbriquent dans la seule grande division les structurant à l'époque contemporaine. Elle peut être appréhendée de la manière suivante : quelques soient les montages usités, les procédures employées, les modes de financement retenus et les méthodes d'exécution utilisées, la *summa divisio* du droit de la commande publique s'établit au regard de la distinction entre les marchés publics et les concessions.

Ces catégories structurantes permettent en effet de classer, d'organiser et de hiérarchiser ce droit. Si le désordre peut s'interpréter *a contrario* comme l'absence d'ordonnement, la dissolution d'une notion par interpénétration de différentes catégories juridiques apparaît alors comme un phénomène inquiétant. Le désordre s'emparerait alors de la matière, lui conférant un caractère instable. Ce constat semble être transposable au droit de la commande publique, du fait de la porosité des instruments juridiques des partenariats public-privé. En effet, la frontière

⁶⁷⁶ V. *Le Grand Robert*, éd. 2015, entrée « porosité ».

permettant de séparer ces différents modèles peut être considérée comme poreuse dans la mesure où elle transcende la distinction que l'on croyait bien définie entre marché et concession (A). S'il nous faut faire le constat de la porosité de cette frontière, il nous faut également faire celui de la multiplication des points de passage permettant cette perméabilité, c'est-à-dire de la multiplicité des instruments entrant dans le champ de la notion de P.P.P. (B).

A) La distinction délicate entre les P.P.P. relevant des marchés publics et les P.P.P. relevant des concessions.

Au sens du droit de l'Union européenne, les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques et ayant pour but l'exécution de travaux, la fourniture de produits et la prestation de services⁶⁷⁷. À l'inverse, appartiennent à la catégorie concessive les contrats conclus également à titre onéreux et confiant à des opérateurs économiques des prestations de travaux et/ou de services mais dont la contrepartie consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages et/ou les services faisant l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix. L'attribution du contrat implique le transfert au concessionnaire du risque d'exploitation lié à ces ouvrages et/ou services.⁶⁷⁸ Le critère matériel des deux types de contrat est donc sensiblement le même. Les concessions de travaux publics et de services publics sont en effet devenues des concessions de travaux et de services « tout court ». La distinction ne s'établit donc plus sur le critère matériel, l'objet service ou travaux pouvant être réalisé à la fois par un marché ou par une concession au sens du droit de l'Union⁶⁷⁹. Ainsi, la différenciation entre le marché public et la concession ne s'opère plus en fonction de la délégation au cocontractant de l'administration d'un service public ou des prérogatives de cette dernière.

⁶⁷⁷ Article 2.1.1.5 de la directive 2014/24, *op. cit.*, J.O.U.E, L 94/97

⁶⁷⁸ Article 5 de la directive 2014/23, *op. cit.*, J.O.U.E, L 94/20.

⁶⁷⁹ KALFLÈCHE (G.), « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? » *Contrats et marchés publics*, n°6, juin 2014, p.18.

Outre la question importante de la multiplication des procédures de passation dans le cadre de la construction d'un ouvrage support d'un service faisant l'objet d'une délégation⁶⁸⁰ (puisque l'article 20 de la directive 2014/23 pose le critère difficilement interprétable de l'objet principal du contrat⁶⁸¹), se pose également celle du cumul de prestations concourant à l'exécution du service public dans le cadre d'un P.P.P. mais ne pouvant consister, au sens du droit interne, en la délégation de ce dernier, alors même que leur rémunération serait payée par l'utilisateur et donc substantiellement liée à l'exploitation de l'ouvrage .

Cette question trouve un écho particulier notamment au travers des prestations de services dont la rémunération consiste en un abandon de recette. Entrent-elles dans le champ d'application de la nouvelle directive concession ? Les exemples de la qualification juridique des contrats de mise à disposition de téléviseurs dans les hôpitaux et les établissements pénitentiaires construits sur le modèle du contrat de partenariat semblent alors particulièrement intéressants. Le Tribunal des conflits considère en effet que ce type de contrat, « *conclu seulement pour les besoins du service public, ne comporte pas de clauses exorbitantes du droit commun ; que la circonstance qu'il autorise le prestataire à occuper un local spécialement aménagé dans l'hôpital n'a pas pour effet de lui conférer la nature d'un contrat d'occupation du domaine public* »⁶⁸². Ces contrats ne constituent donc pas, pour le juge des conflits, des délégations de service public. Pour autant, l'article 2 de la loi M.U.R.C.E.F leur est applicable et leur confère ainsi le caractère de contrats administratifs. C'est tout du moins ce que la C.A.A de Bordeaux a considéré⁶⁸³ en estimant, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État⁶⁸⁴, qu'ils visaient à la satisfaction d'un besoin du pouvoir adjudicateur dès lors que leur « *mission de service public hospitalier [comprendait] notamment l'aménagement des conditions de séjour des malades* ». Mais, la Cour ajoute surtout que le contrat présente bien un caractère onéreux au sens de l'article 1^{er} du CMP dans la mesure « *où la*

⁶⁸⁰ MULLER (E.), *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, op. cit., p.108

⁶⁸¹ V. *Infra*, chapitre 2 du titre 2 de la présente partie, p. 198.

⁶⁸² TC, 21/05/2007, *société CODIAM*, C-3609 ; AJDA 2008, p. 200, obs. ROBBE (J.), BJCP 2007, p.328, D.A 2007, comm. 100, obs. MÉNÉMÉNIS (A.).

⁶⁸³ CAA Bordeaux, 6/02/2014, n°13BX01407, *Centre hospitalier d'Angoulême, Contrats et Marchés publics* 2014, n°4, p. 25, note ECKERT (G.).

⁶⁸⁴ CE, n°90818, 08/06/1994., *Société Codiam* ; Rec. p294.

contrepartie des services était constituée par l'abandon des recettes tirées de la location des téléviseurs au patient ».

Lorsque le mode rémunération de cette prestation s'effectue par un paiement de l'utilisateur, se pose indéniablement la question de savoir si l'abandon de recette⁶⁸⁵ au profit du titulaire du contrat ne constitue pas une contrepartie consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage au sens des directives européennes. Ainsi un contrat administratif ne pouvant être qualifié de délégation de service public en droit interne et relevant *a contrario* du Code des marchés publics, pourrait néanmoins, en fonction des catégories du droit de l'Union européenne, être défini comme une concession de service. Qu'advierait-il alors si ce type de mission était confié au titulaire d'un contrat de partenariat ? À notre sens, cette hypothèse est envisageable dans la mesure où l'ordonnance de 2004 autorise que le contrat de partenariat ait pour objet « *des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique de la mission de service publique dont elle est chargée* »⁶⁸⁶. Nous nous trouverions alors dans le cas où se combinent deux procédures de passation, l'une relative au contrat de partenariat, l'autre à la DSP, au risque de complexifier d'avantage mais aussi de rendre sans doute quelque peu inutile la mise en concurrence.

Cette analyse semble du reste confirmée par la jurisprudence la plus récente du Conseil d'État, qualifiant de D.S.P les contrats de mise à disposition d'abonnements aux patients⁶⁸⁷. De nombreuses autres similitudes avec le modèle français de la délégation de service public⁶⁸⁸ semblent abonder dans le sens du caractère assez flou de la catégorie d'appartenance notionnelle du contrat de partenariat, notamment en raison de l'ampleur des missions confiées au partenaire privé et de la longue durée de la relation établie. L'adoption des nouvelles directives a ainsi permis d'impulser une redéfinition de l'objet de ces différents contrats. En effet, les marchés de services du droit français ont été conçus à l'origine comme

⁶⁸⁵ CE, Ass., n° 247298, 01/11/2005, *société JC DECAUX*, Rec. p. 476, *BJCP* 2006, p.27, *RFDA* 2005, p.1083, Concl. CASAS (D.).

⁶⁸⁶ Article 1^{er} I-al.2 de l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *op.cit.*

⁶⁸⁷ CE, 07/03/2014, n° 372897, *CHU-Hôpitaux de Rouen*, Contrats et Marchés publics 2014, comm. 151, note ECKERT (G.)

⁶⁸⁸ Voir le panorama quasi-exhaustif dressé par le Professeur COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques, op. cit.*, p.234.

« une catégorie fourre tout, éloignée du vénérable service public »⁶⁸⁹ que seule pouvait s'accaparer la concession. Tel n'est plus le cas puisque la directive, à l'instar du Conseil d'État⁶⁹⁰, ne distingue pas les deux catégories en fonction de « l'objet service public ». Il existe ainsi en droit de l'Union comme en droit interne des marchés publics de service ayant un objet sensiblement équivalent à celui d'une délégation de service public.

De plus, le titulaire d'un contrat de concession ne peut théoriquement obtenir une rémunération intégrale de l'administration pour la réalisation des travaux qu'il effectue mais le droit de percevoir les fruits dérivés de l'exploitation de l'ouvrage pour se rémunérer et récupérer ses investissements. C'est de cette différence de conception avec le marché public, où le contractant est rémunéré par un prix global payé par l'administration, que se justifie un système divers d'allocation des risques⁶⁹¹. Dans le contrat de concession, le concessionnaire assume en effet les incertitudes de gestion de l'ouvrage, dans le sens où sont à sa charge le risque par exemple que sa fréquentation ne soit pas suffisante pour récupérer les sommes investies. Il peut arriver également que l'administration fixe un prix trop faible pour les usagers dans le cadre de l'utilisation de l'ouvrage ou du service. C'est dans cette hypothèse qu'est née la possibilité d'accompagner l'exploitation d'un prix payé par l'administration.

Or, les choses changent radicalement dans la perspective du financement de projet italien. En effet, les modifications apportées à l'article 143 du Code des contrats publics s'apparente au procédé de la concession de seule construction. Elles permettent ainsi au promoteur de devenir titulaire d'une concession de travaux publics intégralement rémunérée par l'administration afin de lui construire un ouvrage destiné à son utilisation directe et à la condition qu'un aléa économique-financier reste à la charge du concessionnaire. En ce qui concerne les deux limites contenues dans le texte, le constat de leur relative inefficience doit être effectué. La première, celle de la fonction support de service public des ouvrages à utilisation directe de l'administration est superfétatoire. Quels sont les ouvrages que l'administration publique n'utilise pas directement lorsqu'elle exécute elle-même un

⁶⁸⁹ KALFLECHE (G.), *op. cit.*, p. 19.

⁶⁹⁰ CE, n° 284736, 06/04/2007, *Commune d'Aix en Provence*, Rec. p. 155.

⁶⁹¹ CJUE, Aff. C-274/09, 10/03/2011, "*Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*", précitée.

service public ? La deuxième limite, celle déterminant que l'aléa économique-financier reste à la charge du concessionnaire, apparaît tout aussi inefficace. En effet, le caractère direct de l'utilisation par l'administration, la rémunération intégrale du concessionnaire par un prix versé par le pouvoir adjudicateur et la durée du contrat établie en fonction du temps nécessaire à ce que les investissements soient recouverts par le concessionnaire, font peser de bien maigres risques sur son attributaire.

La définition de la concession italienne, telle que résultant de *la finanza di progetto*, apparaît donc comme vectrice d'une possible inadéquation avec la notion définie dans la directive 2014/23/UE puisque la principale caractéristique d'une concession au sens du droit de l'Union, c'est-à-dire le droit d'exploitation, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque. L'article 5 de la nouvelle directive dispose en effet que « *Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable* ». Les risques liés à la demande sont déterminés par l'exploitation du service ou de l'ouvrage en lui-même, c'est-à-dire par le fait que l'utilisateur ait bien recours au service et que les coûts de production soient gérés de manière efficiente. Les risques liés à l'offre sont plutôt fonction de l'objet du contrat. Ils représentent en effet l'ensemble des potentialités négatives pouvant survenir lors de l'exécution⁶⁹² et impliquant, en l'absence d'une réaction adéquate du concessionnaire, une offre insuffisante génératrice de pertes. Dans le premier cas, la nature même du dispositif du contrat de promoteur rend caduc le risque dans la mesure où la rémunération de l'attributaire, certes liée à la performance, sera néanmoins versée quasi intégralement par la personne publique. Dans le second cas, nous percevons mal la différence entre ce type de risque et celui existant dans n'importe quel type de marché de travaux.

⁶⁹² Par exemple de mauvais calculs quant à la teneur des sols lors de l'excavation pour la construction d'un stade, le choix de mauvais matériaux pour les fondations entraînant un retard dans la construction, donc dans l'exploitation, la taille de l'ouvrage, sa disponibilité etc.

La solution déterminée par les juristes italiens est alors pleine d'ingéniosité⁶⁹³. En effet, nombre de concession de travaux à destination de l'administration vont fleurir en Italie dans des domaines aussi variés que la construction d'hôpitaux, de bâtiments administratifs comme les sièges administratifs des communes ou des provinces, des cimetières ou encore des équipements sportifs comme les stades dédiés à la pratique du football. Dans la majorité des contrats ou des avis d'appel public à la concurrence que nous avons pu étudier, un constat peut être effectué⁶⁹⁴. Les contrats peuvent être divisés en deux catégories de prestations. La première d'entre elle comporte les travaux et services destinés à l'administration (généralement le préfinancement, la conception, la construction et l'entretien maintenance d'un bâtiment). Elle est rémunérée par un prix annuel versé par l'administration. Le prix ne couvre alors qu'*a minima* les dépenses engagées et peut être modulé si des objectifs de performance sont remplis.

La seconde catégorie concerne des travaux et services destinés aux usagers et aux personnels administratifs (la restauration, les parkings ou des services de garde d'enfant, l'hébergement, la télévision, etc.). Ces services sont périphériques à l'activité principale pour laquelle doit être édifié l'ouvrage ou l'équipement public. Par ailleurs, s'ils peuvent être considérés comme indispensables à une qualité optimale du service (c'est par exemple le cas de la construction d'un parking attenant à un ouvrage public), ils ne peuvent en revanche être assimilés à son exécution même (la présence ou l'absence de postes de télévision ou d'une connexion internet dans un hôpital n'influe d'aucune manière sur la qualité d'exécution d'un acte chirurgical). Ce sont pourtant ces différentes prestations qui vont être rémunérées par les usagers et sur lesquelles pèsera un risque d'exploitation. En effet, c'est leur l'adjonction au prix versé par l'administration qui permettra au concessionnaire de devenir bénéficiaire. Ainsi, la rémunération du partenaire privé est-elle constituée d'un prix versé par la personne publique et d'un droit d'exploitation sur les services accessoires de l'ouvrage. C'est cet ensemble qui

⁶⁹³ CORI (R.) et GIORGIANTONIO (C.), « Allocations dei rischi e incentivi per il contraente privato : un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia », *BANCA d'Italia : Eurosystema*, n° 82, décembre 2010.

⁶⁹⁴ Notre analyse est basée sur une étude de l'U.T.F.P comportant 61 conventions, attribuées entre 2002 et 2009 pour la réalisation d'ouvrages destinés à l'utilisation directe de l'administration. V. U.T.F.P., « Allocations dei rischi e incentivi per il contraente privato : un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia », Décembre 2010, www.utfp.it/docs/pubblicazioni.

forme, selon la doctrine, le droit d'exploiter l'ouvrage au sens des directives puisqu'il est constitutif d'un risque transféré au concessionnaire. Ce dernier n'est pas certain de se constituer un bénéficiaire s'il n'exploite pas bien les missions qui lui sont confiées. Dès lors, le modèle du financement de projet est intégré par le biais de cette technique dans le droit des concessions en Italie, conformément à la nature particulière des ouvrages construits⁶⁹⁵.

L'analyse des conventions effectuées dans le secteur hospitalier est révélatrice de ce procédé. En effet, l'étude dirigée par l'U.T.F.P sur ce secteur particulier porte sur 19 conventions pour un montant moyen d'investissements de 120 millions d'euros⁶⁹⁶. Parmi les contrats examinés, douze ont été attribués avec une procédure à l'initiative de la personne publique prévoyant ce type de mécanisme particulier⁶⁹⁷. La Cour de justice sanctionnera néanmoins cette pratique. Elle estimera en effet en 2007 dans sa jurisprudence *Commission contre Italie* que la part de recettes tirées d'activités accessoire ne saurait avoir d'effet sur la qualification du contrat⁶⁹⁸. Pourtant, le mécanisme était assez ingénieux. Il pourrait d'ailleurs être renouvelé dans le cadre de la transposition des directives de 2014⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ V. *Infra* p. 233 et ss .

⁶⁹⁶ U.T.F.P, « Allocations dei rischi e incentivi per il contraente privato », *op. cit.*

⁶⁹⁷ C'est le cas par exemple des hôpitaux de Lombardie en 2002 (concession de travaux de 21 ans pour 38 millions d'euros, dont 20 proviennent du secteur public), de la Vénétie en 2002 (250 millions d'euros dont 120 proviennent d'un prix payé par l'administration), de la Campania en 2004 (230 millions d'euros dont 120 proviennent d'une contribution publique) du Piémont en 2005 (le coût total du projet est de 145 million d'euros dont 93 proviennent d'un prix payé par l'administration), etc.

⁶⁹⁸ CJCE, Aff. C-382/05, 18/07/ 2007, *Commission c/ Italie*, point 34, Rec., p. I-6659, *Contrats et Marchés publics*, 2007, comm. 238, note ZIMMER (W.).

⁶⁹⁹ V. *Infra*, p. 458.

B) L'émiettement des instruments juridiques du P.P.P.

Cet émiettement peut s'expliquer notamment par la sacralisation de la performance comme moyen de légitimer l'action publique mais aussi par le mouvement d'autonomie administrative consistant à confier des compétences exclusives à des collectivités territoriales jouissant de la personnalité morale⁷⁰⁰. En Italie, le système pyramidal et hyper centralisé laissé par le fascisme s'effondra après la seconde Guerre mondiale et la Constitution de 1948 posa le principe des régions autonomes⁷⁰¹. Le mouvement de décentralisation politique s'amplifia à partir des années 1990, faisant affirmer à certains auteurs que la République s'était presque transformée en État fédéral⁷⁰². La modification de la constitution en 2001⁷⁰³ a ainsi eu pour objet principal de répartir les compétences entre la république et les collectivités⁷⁰⁴. En ce qui concerne les fonctions administratives, c'est le principe de subsidiarité qui doit s'appliquer respectivement aux communes, provinces et régions. Dans cette logique, les montages contractuels complexes⁷⁰⁵ se multiplient indépendamment de la faculté historique appartenant aux personnes publiques de choisir entre la gestion directe ou déléguée du service public. En France, le constat est similaire. Le Professeur MULLER souligne d'ailleurs à quel point la suppression du caractère obligatoire des cahiers des charges-types à l'égard des collectivités territoriales en matière de gestion déléguée des services publics locaux⁷⁰⁶ a eu un rôle important dans le mouvement de diversification des contrats de l'administration⁷⁰⁷.

⁷⁰⁰ FROMONT (M.), *Droits administratif des États européens*, PUF, 2006, p.93.

⁷⁰¹ BERSTEIN (S.) et MILZA (P.), *L'Italie contemporaine : du Risorgimento à la chute du fascisme*, Paris, Armand Colin, 1995.

⁷⁰² MERLONI (F.), « Du centralisme de l'État à la république des autonomies territoriales », in DELCAMP (A.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2002., p. 213.

⁷⁰³ Legge Costituzionale n°3 del 18/10/2001, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, GU n°248 del 24/10/2001.

⁷⁰⁴ FROMONT (M.), *op. cit.*, p. 94.

⁷⁰⁵ SYMCHOWICZ (N.), *Partenariat public-privé et montages contractuels complexes*, Ed. Le Moniteur, 2009, p. 35.

⁷⁰⁶ Article 13-1 de la loi de décentralisation n° 82-623 du 22 juillet 1982

⁷⁰⁷ MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, *op. cit.*, p.97.

Les personnes publiques peuvent donc décider du contrat qui, dans une logique performantielle, semble être le plus adapté à leur besoin. À partir de la distinction historique entre acte d'achat de prestations à courte durée et à paiement comptant et acte de délégation d'une mission publique de longue durée avec préfinancement privé et possibilité de rémunération sur l'usager, les administrations ont ainsi pu choisir, parmi une multitudes de solutions possibles, celle matérialisant l'instrument juridique et financier qu'elles estimaient le plus en adéquation avec leurs besoins.

Le mouvement d'émission des instruments juridiques du partenariat public-privé s'est constitué dans un premier temps par des créations contractuelles transcendant la frontière historique entre les différents contrats publics⁷⁰⁸. Ce dépassement de la frontière classique entre acte d'achat et acte de délégation s'est effectué au profit d'instruments hybrides empruntant aux phénotypes communs des marchés de travaux publics et des concessions de services. Lorsqu'une rémunération sur l'exploitation était possible, certaines opérations qualifiables de marché de travaux furent expérimentées par les collectivités en y incluant un préfinancement privé et une rémunération à paiement différé⁷⁰⁹. À l'inverse, lorsque la délégation de mission portait sur des opérations dont l'exploitation était économiquement difficile, notamment auprès des usagers, l'investissement pouvait être amorti par des paiements publics échelonnés. Ce type de montages globaux à préfinancement privé pouvait donc s'appliquer à des ouvrages destinés aux administrations, ces dernières continuaient alors de gérer le service et le rôle du partenaire se limitait, dans l'exécution de ce dernier, à de simples missions d'entretien et de maintenance⁷¹⁰.

Dans un second temps, les administrations vont avoir recours à des techniques issues du droit privé⁷¹¹. Ces opérations étaient particulièrement adéquates pour que les personnes publiques puissent se procurer les ouvrages et équipements nécessaires à leur mission. Ces instruments, assimilables à des marchés de travaux, n'en demeuraient pas moins dérogatoires aux droits internes dans la mesure où ils

⁷⁰⁸ V. *Supra*, p.115. et ss.

⁷⁰⁹ C'est le cas des M.E.T.P du droit français.

⁷¹⁰ C'est le cas concessions de travaux de travaux publics à destination de l'administration du droit italien.

⁷¹¹ C'est le cas des baux emphytéotiques pour le droit français et plus généralement des opérations de *leasing immobilier* en droit italien.

confiaient à leur titulaire des missions globales de conception et de réalisation en contrariété avec les droits internes des deux pays faisant l'objet de notre étude⁷¹². Dans ce type de « *montages contractuels complexes* »⁷¹³, les administrations peuvent ainsi octroyer des droits réels à un opérateur privé, pour une longue durée, sur un immeuble lui appartenant. Ce dernier y érigera un ouvrage conçu pour les besoins de la personne publique. Il le mettra ensuite à disposition de l'administration. La personne publique deviendra ensuite propriétaire après avoir versé périodiquement des loyers et/ou levé une option d'achat. Les loyers versés le seront essentiellement en vue de rembourser les investissements effectués ainsi que l'entretien-maintenance du bâtiment.

La notion de partenariat public-privé s'est ainsi matérialisée de façon fragmentaire en droit français et italien de la commande publique. En mettant de côté les formes institutionnalisées, nous pouvons ranger dans la notion les concessions de travaux de l'ordonnance de 2009 ainsi que les délégations de service public, les *concessione di servizi e di lavori* du droit italien, les contrats de partenariats et la discipline *della finanza di progetto*, les B.E.A des collectivités territoriales et les différents régimes sectoriels (B.E.A police, justice, gendarmerie, armée et hospitalier), le contrat *di locazione finanziaria*, les autorisations d'occupation temporaire du domaine public translatives de droits réels avec option d'achat et le contrat *di disponibilita*. Ces instruments divers et variés entrent alors en concurrence, à plusieurs niveaux.

⁷¹² Loi n° 85-704 du 12/07/1985 dite « M.O.P » (précitée) et la loi cadre sur les travaux publics n°109 dite « MERLONI » du 11/02/1994 (précitée).

⁷¹³ SYMCHOWICZ (N.), *Partenariat public-privé et montages contractuels complexes*, Le Moniteur, 3e édition, 2012.

§2) Des instruments juridiques concurrencés

La concurrence a d'abord été conjoncturelle (A). Elle a emporté ensuite des conséquences sur les différentes procédures applicables (B).

A) Une concurrence conjoncturelle

La concurrence entre les différents instruments du partenariat public-privé peut d'abord être conjoncturelle⁷¹⁴. Historiquement, c'est le procédé concessif qui peut être défini comme la première matérialisation contractuelle de la notion. Elle prospéra dès l'Ancien Régime et on en trouve déjà des traces durant l'antiquité. Forme initiale du P.P.P., le contrat de concession sera fortement contesté à la Révolution, notamment en raison de son caractère perpétuel⁷¹⁵.

La contestation n'aura cependant aucun impact sur la multiplication du recours au procédé tout au long du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle. Les concessions de travaux et de services publics deviendront, en France comme en Italie, les contrats utilisés quasi-systématiquement pour la réalisation d'équipements publics de grande envergure⁷¹⁶. Le modèle contractuel concessif sera, par la suite, remis en cause au début du XX^{ème}, avec notamment l'avènement du procédé de l'économie mixte, mais aussi par le développement de méthodes de gestion directe des services publics (régie direct, *azienda speciale*, etc.)⁷¹⁷. Le retour à l'utilisation des formes contractuelles s'effectuera au cours des années 1960, particulièrement dans le secteur du traitement des ordures ménagères, avec les figures du marché d'entreprise de travaux publics en France ainsi qu'avec la *concessione di sola costruzione* en Italie. Ces formes contractuelles particulières témoignent alors de l'évolution du droit de la commande publique. Elles modifient les formules

⁷¹⁴VIDELIN (J-C), « Partenariat public-privé : histoire d'un équilibre incertain », *JCP A*, n°51, 19/12/2011, p. 2393.

⁷¹⁵V. *Infra*, p. 253.

⁷¹⁶BEZANÇON (X.), *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé*, Presse des Ponts et chaussés, 2004, p. 168.

⁷¹⁷MARGAIRAZ (M.), DARD (O.), « Le service public, l'économie, la République », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 52-3, juillet-septembre. 2005, p. 7.

existantes, en raison des difficultés de catégoriser des contrats dans lesquels les usagers ne sont pas directement identifiables et alors même que les premières directives européennes définissaient le modèle concessif en fonction de la rémunération sur l'utilisateur⁷¹⁸.

Vers la fin du XX^{ème} siècle, seront créées des formes contractuelles spécifiques afin de contourner les règles de la domanialité publique. D'abord sectoriels, ces contrats seront ensuite étendus dans les années 2000 dans des formes plus « globales » (contrat de partenariat, concession par *la finanza di progetto*) pour pallier rapidement aux besoins en équipement des administrations dans le contexte de crise du financement public. En permettant un paiement annualisé au profit du cocontractant, ces nouveaux contrats constituent ainsi de nouvelles versions des modèles condamnés. Témoignent ainsi de cette évolution les programmes L.O.P.S.I ou L.O.P.J.I du droit français⁷¹⁹, la mise en place dans le cadre du droit italien du même type contrat dans le cadre *della locazione finanziaria* (leasing immobilier) ou encore de la loi permettant de subventionner les titulaires de B.E.A pour rénover les enceintes sportives⁷²⁰. Le partenariat public-privé ne s'est ainsi pas matérialisé de façon homogène. Les administrations françaises et italiennes disposent de nombreux procédés contractuels se faisant concurrence. Cette concurrence est accrue par le caractère conjoncturel, et donc mouvant, de ces différents contrats.

Le constat de cette concurrence repose sur l'objet de ces contrats. La concession de travaux publics et le contrat de partenariat, la *concessione di lavori pubblici* et la *locazione finanziaria*, les B.E.A, A.O.T-L.O.A, etc., peuvent porter sur des objets semblables alors qu'initialement ils se différenciaient en fonction de leur objet d'intervention. En effet, dans les deux pays sur lesquels repose notre étude, le modèle concessif fut d'abord employé pour un objet précis et autorisé par une loi⁷²¹. Les procédés juridiques afférents à l'économie mixte se sont établis de la même manière⁷²². Le constat est similaire pour les contrats de type *leasing*, institués au

⁷¹⁸Article 3, § 1 de la directive 71/305/CEE du Conseil, précitée.

⁷¹⁹V. *Supra*, p. 127.

⁷²⁰Loi n° 2011-617 du 01/06/2011 relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016, J.O.R.F n° 0128 du 02/06/2011 p. 9553.

⁷²¹V. *Supra*, p. 55, notamment avec les premières lois autorisant les concessions dans les domaines ferroviaires, fluviaux, etc.

⁷²²Décret loi Poincaré et la "legge Giolitti" de 1903 *sulla municipalizzazione dei servizi pubblici*.

départ pour les besoins en matière de police et justice⁷²³. Puis, le pouvoir normatif a permis un usage plus général de ces formules. Les sociétés d'économie mixte sont devenues compétentes en matière de travaux publics⁷²⁴ alors qu'elles avaient initialement pour objet l'aménagement du territoire et le domaine sanitaire et/ou social, les B.E.A peuvent être utilisés pour des équipements sportifs⁷²⁵, culturels, universitaires, etc. Le contrat de partenariat a un champ d'application très large (tous les équipements nécessaires au service public⁷²⁶), la *finanza di progetto* s'applique à l'ensemble des contrats susceptibles d'entrer dans le champ de compétence de la concession de travaux⁷²⁷. Ces chevauchements dans la définition des différents contrats, en partie due à leur développement circonstanciel, ont alors entraîné une concurrence processuelle entre les différents procédés recouvrant le champ d'application de la notion de partenariat public-privé.

B) La concurrence processuelle entre les différents instruments du P.P.P.

En droit français comme en droit italien, les instruments juridiques du P.P.P. possèdent leur propre procédure de passation. N'étant pas en effet toutes aussi restrictives ou contraignantes, elles entraînent une concurrence interne entre les différents contrats. Cette dernière s'explique notamment par la difficulté d'établir une frontière stricte entre les objets des divers P.P.P.⁷²⁸, en France (1), comme en Italie (2).

⁷²³ Legge n°259 del 14/11/2002, G.U. n°269 du 16/11/2002 et loi n° 2002-1094 du 29 août 2002, J.O.R.F du 30/08/2002, p.14398.

⁷²⁴ Décret n° 55-579 du 20 mai 1955 *relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique*, J.O.R.F du 21/05/1955.

⁷²⁵ Article L 1311-2 du C.G.C.T

⁷²⁶ Article 1^{er} de l'ordonnance du 17/06/2004, précitée.

⁷²⁷ Article 153 del codice dei contratti pubblici, précité.

⁷²⁸ LINDITCH (F.), « Contribution à la distinction des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat », *JCP A* n°51, 19/12/2011, p.2394.

1) Les différentes procédures françaises pour la passation des instruments juridiques du P.P.P.

Les délégations de service public possèdent leur propre procédure de passation. La loi « Sapin »⁷²⁹ comporte en effet des règles générales et des règles spécifiques pour les collectivités territoriales⁷³⁰. Ainsi, la personne publique délégante doit publier un avis afin de permettre le dépôt des candidatures⁷³¹. Les candidats sont ensuite sélectionnés « *après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue [...] et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public* ». Les entreprises choisies reçoivent alors un document technique décrivant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations envisagées, lesquelles sont enfin « *librement négociées* »⁷³². La nouvelle directive sur l'attribution des contrats de concession prévoit dans son article 40 que « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice informe dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'attribution d'une concession, y compris le nom du soumissionnaire retenu, des motifs des décisions de rejet de leur candidature ou de leur offre...* ». De plus, la directive encadre le choix des critères de sélection des candidatures et d'attribution des concessions. Les concessions devront ainsi, comme le dispose l'article 41, être attribuées sur la base de critères « *objectifs* » établis par le concédant afin de garantir « *l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective* ». Des critères environnementaux, sociaux ou d'innovation pourront en outre être insérés. Ils devront faire l'objet d'une hiérarchisation, mais aucune pondération ne sera exigée. Ces solutions devront nécessairement être adaptées en droit français, lequel ne soumet pas à la motivation la décision de rejet

⁷²⁹ Loi du 29/01/1993, précitée.

⁷³⁰ Article L. 1411-1 et suivants, R. 1411-1 et suivants du C.G.C.T

⁷³¹ Journal d'annonces légales et publication spécialisée dans le secteur économique concerné.

⁷³² Les offres peuvent être modifiées pendant la négociation (CE 09/08/2006, n°286107, *Compagnie générale des eaux*, Rec. p.448, Concl. CASAS.), cependant, les modifications ne doivent pas être substantielles par rapport aux conditions initiales et tous les candidats doivent pouvoir modifier leurs offres (CE 15/06/2001, n° 223482, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable (s.i.a.e.p.) de Saint-Martin de Ré*, Rec. p.265, AJDA 2001, p.1090, note MARKUS.)

d'une candidature⁷³³ ou d'une offre⁷³⁴ et récuse la hiérarchisation des critères d'attribution, faute de texte⁷³⁵.

Pour les collectivités territoriales, la procédure est plus lourde⁷³⁶. La décision de déléguer doit être prise par l'assemblée délibérante avant toute publicité. Cette dernière se prononce après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux pour les régions, les départements et les communes de plus de dix mille habitants ainsi que les E.P.C.I de plus de cinquante mille habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de dix mille habitants. L'assemblée délibérante est saisie une nouvelle fois afin de donner son approbation sur le contrat envisagé et le délégataire choisi dans le délai minimum de deux mois après la saisine de la commission chargé d'étudier les offres⁷³⁷. Cette commission est élue par l'assemblée délibérante selon des procédures spécifiques à chaque type de collectivité⁷³⁸. Les plis contenant les offres sont ouverts par la commission qui rendra ensuite un avis. Les offres seront négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui choisira enfin le délégataire.

La procédure de passation des concessions de travaux obéit quant à elle strictement aux exigences posées par les directives, dont elle est la transposition littérale. L'existence même du mécanisme à côté de la D.S.P. pose la question de sa plus value dans le droit « concessif » français⁷³⁹. La passation de la concession de travaux est réglementée par le décret du 26/04/2010⁷⁴⁰. Ainsi, pour les contrats d'un montant supérieur à 4 845 000 euros hors taxes, les obligations de publicité se limitent à la publication d'un avis au Journal officiel de l'Union européenne. Le choix de la procédure est ensuite libre. Seuls sont dispensés de publicité les travaux complémentaires absolument indispensables à la réalisation de l'opération prévue

⁷³³CE, 24/11/2010, n° 335703, *Commune de Ramatuelle*, Rec. p. 451, JCP A 2011, p.2024, note LINDITCH.

⁷³⁴CE, 18/06/2010, n° 336120, *Communauté urbaine de Strasbourg*, Tab. Rec., JCP A 2010, p.2272, note LINDITCH.

⁷³⁵CE 03/03/2010, n° 306911, *Département de la Corrèze*, Tab. Rec.

⁷³⁶Article L. 1411-5 du C.G.C.T.

⁷³⁷Article L-1411-7 du C.G.C.T.

⁷³⁸L-1411-5 al. 2. Du C.G.C.T

⁷³⁹COSSALTER (P.), « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA* 2009, p. 1882.

⁷⁴⁰Décret n° 2010-406 du 26/04/2010 *relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique*, J.O.R.F n°99 du 28/04/2010, p. 7686.

dans le contrat de concession. Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 52 jours, réduit à 45 jours en cas d'utilisation de l'électronique. Les contrats d'un montant inférieur à 4 845 000 euros hors taxes ne font l'objet que d'une publicité adaptée aux caractéristiques du contrat, notamment son montant et la nature des travaux en cause. La transposition de la directive 2014/23/UE entrainera bien évidemment la refonte de ces dispositions.

À ces différentes procédures s'ajoutaient ensuite celles spécifiques au contrat de partenariat. Elles ont été inspirées par le droit anglo-saxon et sont sensiblement différentes de celles relatives aux D.S.P.⁷⁴¹, notamment en ce qui concerne le procédé de l'évaluation préalable. Cette technique est en effet issue du mécanisme de *public sector comparator* (comparaison du secteur public). Elle est utilisée afin d'obtenir la *best value for money* (meilleur usage de l'argent public). Prévue par l'ordonnance du 17 juin 2004⁷⁴², l'évaluation préalable poursuit un double objectif. Elle permet d'une part de préciser les raisons économiques, financières, juridiques et administratives qui ont conduit la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. D'autre part, elle sert de fondement à la vérification des conditions issues des décisions du Conseil constitutionnel, le contrat de partenariat étant un contrat « *dérogatoire au droit commun de la commande publique* »⁷⁴³. Ainsi, le projet doit être complexe ou urgent. L'intérêt du recours au contrat de partenariat peut également être fondé sur le fait que l'instrument est plus avantageux que les autres contrats de la commande publique⁷⁴⁴.

⁷⁴¹V. BRENET (F.) et MELLERAY (F.), *Les contrats de partenariats de l'ordonnance du 17 juin 2004*, LITEC, 2005 ; Du MARAIS (B.) et COSSALTER (P.), *La Private Finance Initiative (P.F.I.)*, Institut de la gestion déléguée, mars 2001 ; RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 711.

⁷⁴²Article 2 de l'ordonnance précitée, L-1414-2 C.G.C.T.

⁷⁴³C.C, n° 2003-473 DC du 26/06/2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* Rec., p. 382, RFDC 2003, p. 772, Chron. FATOME (É.) et RICHER (L.), *JCP A* 2003, p. 1289, note LINDITCH (F.), *RD P* 2003, p. 1163, comm. LICHERE (F.), *AJDA* 2003, p. 1391, note SCHOETTL (J.-E.), confirmée par la décision n° 2004- 506 DC du 2/12/2004, *Loi de simplification du droit*, Rec., p. 211, *LPA* n° 253, 20/12/2004, note SCHOETTL (J.-É.) et la décision n° 2008-567 DC du 24/07/2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, *LPA* n° 158, 7/08/2008, p. 11, note MOUANNES (H.), *AJDA* 2008, p. 1664, note DREYFUS (J.-D.).

⁷⁴⁴V. *Infra*, p.434.

La complexité se divise en deux branches : soit la personne publique n'est pas en mesure de définir techniquement son besoin, soit elle n'est pas capable d'établir le montage juridique et financier. Ces deux cas de figures peuvent paraître quelque peu incohérents dans la mesure où la personne publique peut toujours recourir à un marché pour définir précisément son besoin ainsi que le montage juridique et/ou financier. Le contentieux sur cette notion est alors assez flou. Le tribunal administratif de Montpellier⁷⁴⁵ a par exemple jugé que cette condition était respectée pour un théâtre étant donné « *la complexité de sa réalisation et l'importance de l'esthétique du projet, imposant des contraintes spécifiques de maintenance* ». La C.A.A de Lyon a en revanche jugé que cette condition n'était pas satisfaite pour une piscine municipale devant respecter des conditions écologiques particulières (chauffage de l'eau avec un système de pompe à chaleur)⁷⁴⁶. Le Conseil d'État considère quant à lui que « *la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat* »⁷⁴⁷. La notion d'urgence justifie quant à elle le recours au contrat de partenariat pour « *rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission publique* » ou à « *faire face à une situation imprévisible* »⁷⁴⁸. L'urgence s'entend ainsi même si le retard préjudiciable est imputable à la personne publique⁷⁴⁹. Il n'est de plus pas nécessaire, pour justifier de l'urgence, de démontrer que le recours au contrat de partenariat permet de réaliser les ouvrages dans des délais inférieurs aux autres contrats. L'urgence s'entend objectivement.

⁷⁴⁵ T.A Montpellier, 26/02/2010, n°0803471, *Dillenschneider*, DA 2010, comm. 94, note BRENET.

⁷⁴⁶ CAA Lyon, 02/01/2014, n° 12LY02827, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne et Bouesnard, Contrats et Marchés publics 2014*, comm. 74, note Eckert ; *AJDA* 2014, p. 985, obs. CHAMMING'S.

⁷⁴⁷ CE, n° 363007, 30/07/2014, *Commune de Biarritz*, Tab. Rec., *CMP* n° 10, 01/10/2014, p.47, note ECKERT (G.), *JCP A* n° 38-39, 22/11/2014, 2268, note CORNILLE (M.).

⁷⁴⁸ Article 2, II, 2° de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, précitée.

⁷⁴⁹ CE, 23/07/2010, n° 326544, *M. Jean-Pierre Lenoir et Syndicat national des entreprises du second œuvre du bâtiment*, *BJCP* 2010, p. 359, Concl. BOULOUIS, *AJDA* 2010, p. 1769, note DREYFUS (J.-D.), *Contrats-Marchés publics*, 2010, n° 10, p. 25, *JCP A*, 2010, n° 37, p. 25, note LINDITCH (F.).

Le Professeur RICHER distingue entre l'urgence de situation (permettant par exemple de se passer de certaines procédures dans le cadre des marchés publics) et l'urgence de projet qui « *a un caractère préventif* » résultant du fait qu'il « *n'est pas possible d'attendre les financements* »⁷⁵⁰. À cet effet, l'auteur évoque les conclusions du commissaire du gouvernement RIGAUD pour démontrer que cette distinction existe depuis longtemps, notamment en matière d'urbanisme. L'urgence à aménager se définit en effet comme « *l'expression d'une priorité opératoire plutôt que dans un sens de police comme exigence d'un remède immédiat à une menace actuelle* »⁷⁵¹. La troisième condition permettant de justifier le recours au contrat de partenariat procède d'une analyse comparative qui « *compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables,* » prouve que « *le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage* »⁷⁵².

Cette troisième condition porte sur un ensemble de données susceptibles d'accroître le recours au mécanisme, notamment en stimulant le secteur privé, par exemple avec le partage des risques et la plus grande souplesse contractuelle. Cet avantage peut en outre se justifier « *dans l'intérêt du bon emploi des deniers publics* »⁷⁵³. Le caractère alambiqué de cette formule retient l'attention par sa portée potentiellement très large. Cette condition apparaît du reste assez subjective. Elle est plutôt critiquable dans la mesure où sa justification ne fait appel *a priori* à un aucun contrôle financier ou comptable permettant de s'assurer du bilan plus avantageux de l'instrument. La Cour des comptes l'a relevé, estimant qu'il est « *souvent préféré aux formules classiques de la commande publique à partir d'une évaluation préalable orientée qui repose souvent sur une analyse comparative biaisée, tant en*

⁷⁵⁰ RICHER (L.), *Droits des contrats administratifs*, op. cit., p715.

⁷⁵¹ Concl. RIGAUD sur CE, 13/12/1968, *Ministre des affaires sociales contre Milcent*, AJDA 1969, p.40.

⁷⁵² Article 2.II.3° de la loi n° 2008-735 du 28/07/2008 *relative aux contrats de partenariat*, JORF n°0175 du 29/07/2008 p.12144.

⁷⁵³ C.C n° 2008-567 DC du 24/07/2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. n° 14, LPA n° 158, 07/08/2008, p. 11, note MOUANNES (H.), AJDA 2008, p. 1664, note DREYFUS (J.-D.).

ce qui concerne l'analyse des risques et de la performance que des conditions financières»⁷⁵⁴.

La procédure de passation suivant l'évaluation préalable est tout aussi complexe. En effet, elle débute par les mesures de publicité, lesquelles sont établies par décret en fonction de seuils particuliers⁷⁵⁵. Le choix de la procédure de passation intervient ensuite. Elle est depuis 2008 déconnectée du critère d'éligibilité retenu dans l'évaluation préalable⁷⁵⁶. La possibilité d'utiliser la procédure du dialogue compétitif⁷⁵⁷ était auparavant consacrée en cas de complexité du marché. Or l'évaluation préalable peut amener au choix d'un contrat de partenariat en cas d'urgence ou d'analyse comparative favorable à l'instrument. La loi de 2008 a donc permis le recours à cette procédure spécifique. Introduite en droit français depuis le code de 2004 et définie depuis la directive 2004/18/CE, le dialogue compétitif est une procédure qui repose sur un programme fonctionnel. Elle s'ouvre par un dialogue avec chacune des entreprises présélectionnées après une mise en concurrence, en vue de retenir celles dont les propositions paraissent le mieux adaptées à la réalisation du projet. Elle permet à tout opérateur économique de participer au dialogue avec la personne publique en vue de développer une solution pour répondre à ses besoins. Depuis la loi du 28 juillet 2008, l'administration peut également avoir recours à la procédure négociée sous certaines conditions⁷⁵⁸. La procédure d'appel d'offres est cependant toujours utilisable mais la personne publique pourra opter pour le dialogue compétitif si elle « *quelque soit le critère d'éligibilité retenu [...], [elle] est objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* »⁷⁵⁹. C'est donc sur la base d'un programme fonctionnel que le dialogue s'engage entre les candidats et les

⁷⁵⁴ Cour des comptes, *Rapport public annuel 2015*, p. 159.

⁷⁵⁵ Décret n° 2009-243 du 02/03/2009 *relatif à la procédure de passation et à certaines modalités d'exécution des contrats de partenariat passés par l'Etat et ses établissements publics ainsi que les personnes mentionnées aux articles 19 et 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004*, J.O.R.F n°53 du 4/03/2009 p. 4004 et article D1414-1 du C.G.C.T.

⁷⁵⁶ Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, J.O.R.F du 29/07/2008, p. 12144.

⁷⁵⁷ Article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004, précitée.

⁷⁵⁸ Article L-1414-8-1 du C.G.C.T et article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004. Pour les seuils voir le décret n° 2009-243 précité.

⁷⁵⁹ Article 5 de l'ordonnance du 17 juin 2004, précitée ; Article L-1414-5 du C.G.C.T

administrations. Le dialogue ne sort pas du programme établi et ne doit pas permettre à certains candidats d'obtenir des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Il peut se dérouler en plusieurs phases et aboutir ainsi à l'élimination successive des différentes offres. Une fois la discussion terminée, les candidats déposent leur offre. S'en suit la phase d'attribution du contrat au terme de laquelle le partenaire est choisi en fonction de critères pondérés ou à défaut hiérarchisés.

Enfin, nous ne pourrions faire l'économie des procédures spécifiques assorties à la passation des contrats de mise en valeur du domaine. Ces conventions portant occupation du domaine sont théoriquement dépourvues d'obligations préalables de publicité et de mise en concurrence pour leur passation⁷⁶⁰. Du fait de leur précarité et parce qu'elles ne constituent pas, à proprement parler, des contrats de commande publique, elles n'ont théoriquement pas d'autres fonctions que celles de donner en location une partie du domaine à un preneur, lequel pourra développer l'activité de son choix, sous réserve qu'elle soit compatible avec des motifs d'intérêt général. Leur soumission aux procédures formalisées de la commande publique ne peut ainsi résulter que de leur rattachement à un contrat lui-même soumis à une procédure de ce type⁷⁶¹. En effet, l'article R. 1311-2 du C.G.C.T⁷⁶² soumet la passation des B.E.A à des obligations de publicité et de mise en concurrence lorsqu'il est accompagné d'une convention d'exploitation non détachable constituant un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou une concession de travaux publics. Dans cette hypothèse, la passation du BEA est effectuée selon les procédures du contrat auquel il est adossé. Cette règle, simple en apparence, cache néanmoins de sérieuses difficultés, notamment au regard des catégories européennes. En effet, le droit de l'Union ignore dans la définition du marché de travaux la condition de maîtrise d'ouvrage qu'inclut le droit interne. La question de la procédure applicable à un B.E.A adossé à un contrat comportant au

⁷⁶⁰ CE Sect., n° 338272 et 338527, 03/12/ 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, Société Paris Tennis*, Rec. p.472. *BJCP* 2011, p. 36, Concl. ESCAUT (N.), *RJEP* 2011, p. 25, note MAUGÜE (Ch.), *RDI* 2011, p. 162, note BRACONNIER (S.) et NOGUELLOU (R.), *AJDA* 2011, p.18, étude NICINSKI (S.) et GLASER (E.), *DA* 2011, comm. n° 17, note BRENET (F.) et MELLERAY (F.), *Contrats et Marchés publics* 2011, comm. n° 25, note ECKERT (G.).

⁷⁶¹ CE, n°317671, 10/06/2009, *Port autonome de Marseille*, Rec. p.890.

⁷⁶² Décret n° 2011-2065 du 30/12/2011 *relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs*, J.O.R.F n° 0303 du 31/12/2011 p. 23003.

sens du droit de l'Union tous les éléments de définition d'un marché, mais dans lequel la maîtrise d'ouvrage ne serait pas assurée par la personne publique, mérite d'être posée. Cette question peut être transposée aux B.E.A adossés aux concessions de services au sens des directives mais n'entrant pas dans la définition de la D.S.P du droit français. Dans ces hypothèses, il ressort de la jurisprudence du juge administratif que la personne publique doit suivre la procédure la plus contraignante possible⁷⁶³. La passation des A.O.T-L.O.A de l'État, notamment en ce qui concerne les ouvrages pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale⁷⁶⁴ doit également faire l'objet de mesures de publicité et de mise en concurrence spécifiques⁷⁶⁵. Ils seront notamment librement négociés par l'État « à condition que l'avis de publicité ait mentionné les critères d'attribution du bail, le nombre minimal de candidats au moins égal à trois, que l'État prévoit d'inviter à soumissionner et, le cas échéant, le nombre maximal »⁷⁶⁶.

À ces nombreuses procédures s'ajoute encore un nouvel empilement avec le mécanisme de la S.E.M.O.P. Le nouvel article L. 1541-1 du C.G.C.T dispose en effet qu'une « *collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer [...] une société d'économie mixte à opération unique [...]* », ayant « *un objet unique* ». L'objet unique porte soit sur la gestion d'un service public, soit sur la réalisation d'opérations en matière de construction, d'aménagement, soit sur toute opération d'intérêt général. La collectivité pourra ainsi créer la société après une mise en concurrence dans les conditions définies à l'article L. 1541-2. La procédure est calquée sur les modalités de passation du contrat de commande publique auquel renvoie l'objet de la société⁷⁶⁷. La multiplication des procédures de passation concurrentes aux différents instruments du P.P.P. ne facilite donc pas la lisibilité de la matière qui les encadre. Ce constat est transposable au droit italien.

⁷⁶³ CE, n°317671, 10/06/2009, *Port autonome de Marseille*, précité.

⁷⁶⁴ Article L.2122-15 du C.G. P.P.P.

⁷⁶⁵ Article R. 2122-35 du C.G. P.P.P.

⁷⁶⁶ Article R. 2122-38 du C.G. P.P.P.

⁷⁶⁷ Art. L. 1541-2.-I du C.G.C.T.

2) Les procédures italiennes pour la passation des différents instruments juridiques du P.P.P.

En Italie, les concessions de travaux et de services sont généralement attribuées selon la procédure d'appel offre ouvert ou restreint⁷⁶⁸, avec sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse⁷⁶⁹. Le pouvoir adjudicateur doit dans un premier temps se conformer aux obligations de publicité établies dans les directives et publier un avis d'appel public à la concurrence (*bando di gara*). L'avis doit comporter différentes informations⁷⁷⁰ et éléments contenus dans l'annexe XI B du code⁷⁷¹. En cas de procédure restreinte, l'avis peut prévoir que l'administration entendra chacun des soumissionnaires avant que ces derniers ne déposent formellement leur offre. Au sens de l'article 145, le délai pour présenter sa candidature et son offre ne peut être inférieur à cinquante jours après la publication de l'appel public. Le dialogue compétitif est prévu à l'article 58 du Code. Il est prévu pour les contrats particulièrement complexes, dans lesquels les procédures d'appel d'offre ouvert ou restreint ne sont pas possibles. Le Code énonce également que la procédure de dialogue compétitif est également utilisable dans le cadre des concessions de travaux. Pour ces contrats, la procédure ne peut être lancée sans avoir obtenu l'avis favorable du Conseil supérieur des travaux publics, ainsi que celui du Conseil supérieur des biens culturels pour les contrats relatifs au patrimoine culturel de l'État italien. Sont exclus de cette procédure les travaux portant sur des infrastructures stratégiques (défense, armée, etc.) et sur les installations importantes de productions d'énergie (centrales nucléaires par exemple). La notion de complexité est déterminée par le code de la même manière qu'en droit français. Elle implique en effet que l'administration ne soit pas objectivement en mesure de définir son besoin. Le recours au dialogue compétitif doit alors être spécialement motivé

⁷⁶⁸ Articolo 144 del codice dei contratti pubblici, précité.

⁷⁶⁹ BALDI (M.) *Principio generale della gara e scelta del socio privato*, Nota a C.S sez. V, 04/03/2008, n° 889, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 9 p. 1135.

⁷⁷⁰ Type de contrat envisagé, plan économique et financier, etc.

⁷⁷¹ Document administratif relatifs au pouvoir adjudicateur (nom du responsable de la procédure, adresse électronique, etc.)

par l'administration adjudicatrice qui doit démontrer, pour l'obtenir l'avis nécessaire au lancement de la procédure, que le projet est bien complexe.

Les procédures sont similaires à celles du droit français. Le dialogue compétitif, la négociation avec publication d'un avis de mise concurrence préalable⁷⁷² ou sans publication⁷⁷³, sont applicables à l'ensemble des contrats publics, marchés comme concessions, selon les modalités prévues par le code. Toutefois, les concessions bénéficient d'un régime spécial. En effet, à ces différents choix entre les procédures s'ajoutent les modifications apportées par la discipline *della finanza di progetto*. Le législateur italien a d'ailleurs dû tenir compte des observations de la Commission européenne sur la figure du promoteur et sur la nécessité de simplifier la procédure existante⁷⁷⁴. En substance, et de façon habituelle pour les travaux inclus dans le plan triennal⁷⁷⁵, le pouvoir adjudicateur accorde la concession selon une procédure de mise en concurrence classique après une étude de faisabilité du projet. Cette procédure est dénommée « GARA UNICA » (mise en concurrence unique). L'étude de faisabilité est basée sur les offres transmises à l'initiative du ou des différents promoteurs. Elle est structurée autour d'un avant projet, contenant le plan économique-financier de l'opération et une ébauche de contrat. L'administration opère ensuite son choix en utilisant le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse. Si l'administration décide de modifier le projet suite à une proposition d'un autre promoteur, le promoteur choisi doit s'aligner sur ces modifications. Dans le cas contraire l'administration peut demander à celui ayant formulé une offre arrivée en seconde position (et ainsi de suite) de prendre en charge la concession.

⁷⁷² Articolo 56 del codice dei contratti pubblici

⁷⁷³ Articolo 57 del codice dei contratti pubblici

⁷⁷⁴ D.lgs n°113 del 31/08/2007, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*. G.U n.176 del 31/7/2007 – S.O n° 173, V. VIRGILO (R.), "Finanza di progetto per la realizzazione dei lavori pubblici", in, *finanza di progetto*, a cura di MORBIDELLI (G.), Torino, Giappichelli, 2004, p.27.

⁷⁷⁵ Paragraphes 1 à 14 de l'article 153 du code.

Dans une autre mesure et toujours en référence à la liste des travaux inclus dans le programme triennal, l'administration peut trouver un concessionnaire à travers l'utilisation de la procédure dite de « GARA DOPPIA »⁷⁷⁶ (double mise en concurrence). Comme dans la procédure de *gara unica* décrite précédemment, l'identification du promoteur s'opère à partir de l'avant projet, puis s'effectue le choix de l'attributaire de la concession, avec *diritto di prelazione* (droit de préemption) du promoteur. L'avis doit indiquer expressément que la mise en concurrence ne comporte pas l'attribution automatique de la concession au promoteur présélectionné, mais le droit d'être préféré à la meilleure offre identifiée dans la procédure d'attribution. Après une première mise en concurrence, l'administration procède à l'approbation de l'avant-projet présenté par le promoteur et lance une nouvelle procédure de sélection sur la base du projet retenu. Après cette dernière mise en concurrence, le promoteur peut « préempter » le contrat en s'alignant sur l'offre choisie sur la base de son avant-projet.

Enfin, il est prévu que les entreprises privées peuvent solliciter l'administration lorsqu'elle n'a pas publié d'avis d'appel public à la concurrence six mois après l'approbation de la liste annuelle des travaux. Dans les quatre mois suivant l'expiration de ce délai, les personnes privées peuvent soumettre leurs propositions avec avant projet⁷⁷⁷. Dans les soixante jours suivant l'expiration de ce nouveau délai, l'administration doit publier un avis dans lequel figurent les critères d'évaluation retenus pour les différents projets. Après avoir identifié la proposition jugée comme étant d'intérêt public, l'avis indique soit qu'un dialogue compétitif sera mis en place, soit qu'un appel d'offre pour la passation de la concession sera lancé. Ils seront établis dans les conditions rappelées ci-dessus, avec la possibilité de mettre en place un droit de préemption au profit du promoteur. Dans les deux cas, le promoteur est invité à participer à la phase de sélection. Pour des propositions de projets n'étant pas incluses dans le programme triennal, il est prévu que la procédure peut également être lancée à l'initiative du privé⁷⁷⁸. L'administration procède alors obligatoirement à une évaluation dans les six mois suivant la réception de la proposition. Si elle estime que l'ouvrage est d'intérêt public, elle l'inscrit dans le programme et lance la mise en concurrence en suivant l'une des règles évoquées ci-

⁷⁷⁶ Paragraphe 15 de l'article 153 du code des contrats publics.

⁷⁷⁷ Paragraphe 16, 17 et 18 de l'article 153 du code des contrats publics.

⁷⁷⁸ Paragraphe 19 et 20 de l'article 153 du code des contrats publics.

dessus (*Gara unica ou gara doppia*). On ne parle plus de promoteur dans ce cas mais de « *proponente* » (partisan). Puisque la logique instituée par *la finanza di progetto* est d'investir, non sur une personne, mais sur un projet⁷⁷⁹, le modèle de la concession correspond le mieux à la structure contractuelle sur laquelle va reposer toute l'opération de financement *via* la société constituée par le promoteur. L'articulation ces différents mécanismes est cependant, comme en droit français, très complexe.

⁷⁷⁹ Le mécanisme se concrétise dans la mise en place d'une société de projet (*societa di progetto*) dont l'objet social s'identifie à la réalisation et à la gestion de l'ouvrage.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

Il peut exister en droit français des concessions au sens du droit de l'Union qui ne sont pas des délégations de service public, des D.S.P qui ne sont pas des concessions de travaux publics, des concessions de services qui ne sont pas des D.S.P et des contrats mixtes cumulant les caractéristiques de chacune de ces catégories . En droit italien, les procédés de type concessif ne correspondent plus aux modèles forgés initialement. La mise en place de la procédure de financement de projet à l'initiative des promoteurs participe de cet éclatement. À cette dispersion entre les catégories s'ajoutent encore les conventions d'occupation du domaine public constitutives de droits réels, les procédures de *leasing* immobilier au profit de l'administration, les procédures spécifiques au contrat de partenariat, aux baux sectoriels, etc.

Or, le phénomène d'hybridation du droit de la commande publique en France et en Italie s'est déroulé de façon semblable. Il a notamment été mis en œuvre dans le cadre de la gestion externalisée des activités publiques, par la prise en considération des mécanismes concurrentiels et « performantiels ». Cependant, au constat de cette unité s'oppose celui de la multiplicité des instruments juridiques pouvant être utilisés par l'Administration. Leur extension s'est du reste opérée en contradiction avec les catégories européennes, dans l'optique d'utiliser les P.P.P. comme palliatifs aux procédures contraignantes de la commande publique. L'illisibilité et l'inintelligibilité du droit de la commande publique suppose alors d'établir ce qui pourrait constituer les fondements d'un système commun, fondements sur lesquelles les réformes en cours se constituent d'ailleurs.

TITRE SECOND :

EN QUÊTE DE SENS :

LE RENOUVELLEMENT SYSTÉMIQUE DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Selon le Professeur ORIANNE, le système juridique serait « *l'ensemble des éléments divers dont l'agencement et l'interaction fournissent à tout ordre juridique positif reconnu comme tel les moyens de sa cohérence et de son fonctionnement* »⁷⁸⁰. Au constat des incohérences et des dysfonctionnements du droit de la commande publique devrait alors être opposé une absence de toute systématisation. Le désordre de la matière serait ainsi en contradiction avec le système. La formulation d'un ensemble d'idées, solidaires et organisées entre elles qui permettrait d'établir comment sont disposés les différentes parties de la matière « commande publique » et comment elles se soutiennent toutes mutuellement ne pourrait logiquement être effectuée à l'aune de leur dispersion et de leur fragmentation.

Cependant, se cache selon nous devant cet apparent désordre un ensemble plus organisé. Les instruments du partenariat public-privé permettent alors de le décrypter. Ainsi, leur typologie (chapitre 1) nous conduit à affirmer que le droit de la commande publique peut être analysé au moyen de la théorie systémique de l'autopoïèse (Chapitre 2).

⁷⁸⁰ ORIANNE (P.), *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p.31.

CHAPITRE 1 :

TYPOLOGIE DES P.P.P. EN FRANCE ET EN ITALIE⁷⁸¹

La multiplicité et la concurrence des procédures, l'empilement législatif avec lequel de nouveaux instruments ont été créés, l'opposition inefficace entre les instruments conventionnels et institutionnels du P.P.P. et la distinction bipartite du droit européen de la commande publique entre marchés et concessions, fondée exclusivement sur leurs modalités de rémunération respectives, ne rendent pas aisé le processus de classification des instruments matérialisant le partenariat public-privé. En outre, le constat propre à l'entreprise de classification, qui véhicule avec elle l'idée « *de ranger d'après un certain ordre* »⁷⁸² et de « *distribuer par catégories le résultat de cette action* »⁷⁸³ se heurte, en raison du caractère très historique et contextualisé des notions dans lesquelles les P.P.P. devraient être classés, à un obstacle méthodologique dirimant⁷⁸⁴. Comment pourrait-on effectuer une classification au sein des partenariats public-privé alors que les objets dans lesquels ils sont censés s'insérer (les contrats de commande publique), de part leurs caractéristiques et attributs spécifiques, rendent déjà toute démarche d'ordonnement inopérante en droit interne, voire improbable dans une logique comparative ?

⁷⁸¹ Les instruments contractuels illustrant cette typologie correspondent à l'État du droit positif au moment du dépôt de la thèse. Le renouvellement des catégories existantes après l'œuvre de transposition des nouvelles directives, encore inachevée, ne saurait par conséquent figurer dans ce chapitre. Ce dernier n'en demeure pas moins indispensable à la compréhension du mécanisme évolutif induit par les partenariats public-privé, d'autant plus que les éléments les plus significatifs de la réforme française des marchés publics seront évoqués ici et étudiés de façon plus approfondie dans les chapitres suivants.

⁷⁸² LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2007, entrée « Classification ».

⁷⁸³ *Le Grand Robert*, *op. cit.*, entrée « Classification ».

⁷⁸⁴ VIDAL (L.), « La classification des contrats administratifs économiques, les mots et les choses ou l'esquisse d'un programme », in, *mélanges en l'honneur du Professeur Laurent RICHER, A propos des contrats des personnes publiques*, Paris, 2013, LGDJ, p.312.

En effet, si l'opération de classification revient à « *distribuer par catégorie* », elle correspond à une discrimination effectuée en fonction d'un critère objectivement déterminable, c'est-à-dire au fait d'opérer un choix éliminatoire⁷⁸⁵. Elle ne constitue alors qu'une forme de tri⁷⁸⁶. Pour l'organiser, il faut donc établir une clé de détermination⁷⁸⁷, c'est-à-dire une méthode d'identification reposant sur une succession de choix alternatifs portant sur les caractères d'un objet déterminé et permettant de le classer dans une catégorie nommée⁷⁸⁸. L'action « *de ranger d'après un certain ordre* » correspond ensuite à l'établissement d'une hiérarchie entre les diverses catégories d'objets, hiérarchie généralement constituée de différents niveaux correspondant à un critère de rattachement commun.

La classification correspond donc au regroupement, à la fabrication d'outils conceptuels permettant de donner une place, dans un système hiérarchisé, à un ensemble d'objets différenciés en fonction de critères communs. Elle correspond ainsi dans cette définition à ce que les biologistes nomment comme étant le processus taxinomique⁷⁸⁹. Chaque critère permet ainsi de déterminer l'appartenance d'un objet à une famille, puis à un genre, puis à une espèce, etc. Il pourrait résulter de cette méthode, au sens du droit de l'U.E, la classification suivante : **la famille** « *contrat* » correspond à un accord de volonté conclu au moins entre deux personnes et produisant des droits et obligations. **Le genre** « *contrat de commande publique* » correspond à un contrat à titre onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, se procure après une mise en concurrence, pour elle-même ou pour les usagers du service dont elle a la responsabilité, des fournitures, des travaux ou des services. Le genre contrat de commande publique pourrait ensuite se diviser en deux **espèces** : les marchés publics et les concessions. Chaque espèce se différencierait alors en

⁷⁸⁵ ARISTOTE, *Catégories de l'interprétation, Organon I et II*, Paris, librairie Philosophique J.VRIN, 2008, p.20.

⁷⁸⁶ VIDAL (L.), *op. cit.*, p.313.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ En botanique par exemple la clé de détermination basée sur la morphologie des feuilles permet de déterminer la famille, le genre et l'espèce de certains arbres. Ex : Le rameau a-t-il des feuilles opposées ? Si oui, a-t-il des feuilles simples ? Si oui, sont-elles palmées ? Si oui, sont-elles petites et à lobes arrondis ? Si oui, alors l'arbre correspond à la famille des Acéracées, au genre Acer et à l'espèce de l'Érable champêtre.

⁷⁸⁹ « *La classification, ou taxonomie, revient à rassembler, selon des niveaux successifs, les vivants qui ont de plus en plus de caractères communs. Ce faisant, on passe des niveaux classificatoires supérieurs (embranchements, classes) aux niveaux classificatoires inférieurs (ordres, familles, espèces).* » RUFFIE (J.), *De la biologie à la culture*, Paris, Flammarion, 1976, p. 18.

fonction du mode de rémunération lui étant applicable : les marchés publics en ce qu'ils correspondent à des contrats de commande publique effectués contre une rémunération assimilable à un prix, les concessions correspondant à des contrats de commande publique dont la rémunération correspond soit dans de le droit d'exploiter le service ou l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

Si l'on élude les questions relatives à l'applicabilité du concept d'autonomie de la volonté à une personne morale de droit public⁷⁹⁰, ainsi que celles correspondant au caractère notionnel et non conceptuel du P.P.P.⁷⁹¹, empêchant sa classification au sein d'un ordre de concepts ; la question du positionnement de l'instrument demeure difficile à mettre en œuvre. D'une part, la notion transcende les espèces « marchés » et « concession ». L'instrument devrait alors, dans cette classification, être rangé de façon supérieure, confinant à ce que les marchés et concessions soient qualifiés de sous-espèces du P.P.P. Pourtant certains marchés publics ne sont pas des partenariats public-privé au sens des droits français et italien. Ils ne correspondent pas tous en effet à des contrats de longue durée confiant la conception, le préfinancement, la construction et la gestion de biens qui appartiendront ensuite à une personne morale de droit public. Tous les marchés publics n'étant pas des partenariats public-privé, ils ne peuvent être une sous-espèce de ce dernier. La classification apparaît alors comme inopérante en droit interne. D'autre part, la nature et les origines du contrat (administratif en droit français/public en droit italien), la différence entre les éléments le composant ainsi que le caractère très contextualisé des procédures applicables aux instruments d'un côté ou de l'autre des Alpes, rendent improbable toute tentative de classification dans une logique comparative.

Notre choix s'est donc porté sur la typologie, c'est à dire sur « *l'élaboration de types, facilitant l'analyse d'une réalité complexe* »⁷⁹². En effet, à partir des données analysées dans notre premier titre, il s'agira de déterminer et de rassembler

⁷⁹⁰LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris (éd.), LGDJ, 1997, p. 183. NICINSKI (S.), « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in., *Contrats publics, mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL*, Paris, 2006, p.45 ; MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, Paris, LGDJ, 2011, p.102 ; RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd., L.G.D.J, 2012, p.23, SAUNIER (S.), « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA*, 2007, p.609.

⁷⁹¹Voir *Supra*, introduction générale, p. 7 et ss.

⁷⁹²*Le Grand Robert*, V. *Typologie*

les propriétés distinctives des instruments juridiques entrant dans le champ de la notion de partenariat public-privé. Si la classification s'avère être complète, la typologie, de part le caractère imparfait de la notion la structurant et la porosité de la frontière entre les différents modèles-types qui peuvent la composer, ne peut être parfaite et « avoir de vertu prédictive »⁷⁹³. La base typologique du partenariat public-privé pourrait alors être la suivante : un accord conclu à titre onéreux entre au moins une personne publique et une personne privée, visant à satisfaire des besoins d'intérêts généraux par la conception, le financement, la construction et la gestion d'ouvrages au profit de la personne publique ou par la fourniture de services dont la personne publique doit assumer la responsabilité.

Cette base est révélatrice de deux aspects, l'un est structurel, l'autre fonctionnel⁷⁹⁴. Les deux processus se complétant plus qu'ils ne s'opposent, nous partirons de l'hypothèse selon laquelle l'évolution des fonctions (**section 1**) attribuées aux nouveaux instruments (« faux M.E.T.P », contrat de promoteur, contrat de partenariat, B.E.A, etc.) ne peut être appréhendée sans tenir compte de l'évolution structurelle de la notion (**section 2**), c'est-à-dire de sa nécessaire imbrication dans la *summa divisio* du droit de la commande publique européen⁷⁹⁵.

Section 1 : Aspects fonctionnels des P.P.P.

La base typologique sur laquelle nous établirons notre distinction est équivoque : les P.P.P. ont pour fonction de permettre la conception, le financement, la construction et/ou la gestion d'ouvrages qui appartiendront ensuite à la personne publique et/ou la fourniture de services dont cette dernière doit assumer la responsabilité. Dès lors, la distinction procède du type de destinataire de la prestation⁷⁹⁶. Les instruments juridiques du P.P.P. peuvent en effet se différencier

⁷⁹³VIDAL (L.), *op. cit.*, p.314.

⁷⁹⁴BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, 2012.

⁷⁹⁵LLORENS (F.), *Typologie des contrats de la commande publique*, Contrats et Marchés Publics, mai 2005, n°5, étude 7.

⁷⁹⁶Nous reprenons ici pour expliquer notre raisonnement la distinction opérée par le Pr COSSALTER, qui en s'inspirant du droit italien, propose dans sa thèse de doctorat d'établir une différence entre les délégations d'activités publiques à destination de l'administration ou des tiers à l'administration. Elle est en effet, selon nous, la mieux à même de rassembler les différents types

selon qu'ils permettent la réalisation de ces prestations au profit direct de l'administration (§2) ou alors qu'ils permettent la réalisation d'une prestation à destination des usagers de cette dernière (§1).

§ 1) Les prestations à destination des usagers de l'administration

Le professeur DOUENCE avait démontré le caractère paradoxal du processus d'élaboration d'une distinction entre concepts juridiques dont l'usage est aisé et la compréhension claire au moyen d'outils tirés de la réalité économique qui est par essence « *complexe et instable* »⁷⁹⁷. Nous avons pu constater que les fondements structureaux du droit de la commande publique étaient affectés par les P.P.P. L'émiettement de la notion se traduit notamment par la faiblesse de la frontière entre marché et concession fondée sur les modes de rémunération, plus particulièrement l'origine des ressources⁷⁹⁸. Néanmoins, toute tentative de typologie doit tenir compte des contraintes existantes. Le droit de l'Union européenne impose ainsi des barrières conceptuelles dans lesquelles les P.P.P. doivent être enserrés⁷⁹⁹. Cependant, ces barrières ne sont pas infranchissables et la référence à la fonctionnalité des instruments concernés n'est en rien assimilable à un effet de mode. Elle est la plus adéquate pour rendre compte de la distinction que nous estimons la plus légitime pour les instruments juridiques du P.P.P. à destination des usagers de l'administration, c'est-à-dire celle fondée sur des prestations globales de construction (A) et des prestations de gestion exclusives (B).

de P.P.P. V. COSSALTER (P.), *les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, Paris, LGDJ, 2005, p. 369.

⁷⁹⁷DOUENCE (J.C), *le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle*, in Mélanges Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2004, p.519.

⁷⁹⁸V. *Supra*, p. 115 et ss.

⁷⁹⁹Les nouvelles directives ne définissent que deux grands type de contrats : les marchés et les concessions.

A) Les prestations globales de construction

La référence à la globalité de l'opération est ici entendue dans le sens où le prestataire privé se voit confier la conception, le préfinancement, la construction, l'entretien et surtout l'exploitation économique d'un équipement public dont l'utilisation par les usagers de l'administration est directe. Dans cette acception, un lien entre l'ouvrage et le service rendu est indispensable à la qualification de l'opération, sans toutefois constituer l'intégralité du service. Une différence d'investissement et de durée existe alors entre les procédés, entraînant une différence de risques supportés par le partenaire privé. La construction d'un ouvrage d'art comme un viaduc ou un pont sur une autoroute participe par exemple du service public autoroutier sans en constituer son intégralité. L'ouvrage est instrumentalisé dans la réalisation du service. La prestation globale de construction est alors effectuée au profit des usagers du service sans que ce dernier ne soit obligatoirement géré dans son intégralité par le partenaire privé. La compagnie du viaduc de Millau (CEVM) est par exemple titulaire d'une concession ayant permis le financement, la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'un viaduc sans pour autant être délégataire du service public autoroutier⁸⁰⁰. L'autoroute A 75 n'est en effet pas concédée et son exploitation relève des services de l'État français. Seul le réseau situé entre les sorties sur lesquelles se situe l'ouvrage d'art est délégué à la compagnie.

Ce type de prestations suppose donc que le montant de l'investissement initial soit un facteur déterminant dans le calcul de la durée du contrat⁸⁰¹. En effet, l'élaboration du programme de financement de la prestation entraîne nécessairement la mise en place d'un régime de garanties permettant de conditionner la durée du P.P.P. en fonction de l'amortissement financier de l'opération. Dès lors, la prestation globale de construction ne peut être à destination directe des usagers que si l'exploitation de l'ouvrage construit est transférée au partenaire privé, c'est-à-dire

⁸⁰⁰V. Décret n°2001-923 du 8 /10/2001 *approuvant la convention de concession passée entre l'Etat et la Compagnie EIFFAGE du viaduc de Millau*, J.O.R.F n°235 du 10/10/2001, p. 15923.

⁸⁰¹La concession du Viaduc de Millau est par exemple octroyée à la CEVM pour une durée de 78 ans.

dans la mesure où ce dernier participe bel et bien à un service rendu aux usagers⁸⁰². Le service dans cette hypothèse devient un élément accessoire aux travaux, alors que cette situation était autrefois inversée en droit français. Les missions de gestion doivent donc nécessairement être corroborées à des « *actifs susceptibles d'exploitation économique* »⁸⁰³, ce qui implique que la prestation « *soit en adéquation avec les caractéristiques techniques de l'actif matériel* »⁸⁰⁴. Ainsi se justifie la mise en place d'une rémunération liée à un droit d'exploitation ou à un paiement public calculée sur la performance de la prestation délivrée, comme dans le cas du nouveau marché de partenariat du droit français⁸⁰⁵. Néanmoins, la distinction de la rémunération assimilable à un prix ou liée substantiellement à l'exploitation de l'ouvrage ne permet pas de cerner efficacement ces prestations globales.

En effet, les subtilités financières des montages contractuels utilisés rendent peu opérantes les distinctions formulées en fonction de l'origine des ressources obtenues par le partenaire privé. La rémunération sur l'usager par le biais d'une redevance n'aboutit pas forcément à un retour sur l'investissement initial, *a fortiori* lorsque la valeur de la redevance est minorée du fait de subventions octroyées par le partenaire public. La rémunération liée à l'exploitation de l'ouvrage peut également comprendre une partie fixe pour couvrir les frais de construction et comporter une partie variable en ce qui concerne l'exploitation, l'entretien et la maintenance de l'équipement. C'est par exemple le cas du montage élaboré sous l'égide *della finanza di progetto* pour la conception et la réalisation d'une ligne de tramway pneumatique de la ville d'Aquila⁸⁰⁶. Dans ce contrat, afin de garantir le respect des prévisions du plan économique-financier établi par les partenaires, la rémunération était constituée, outre une contribution publique, par le droit d'exploiter la ligne de tramway pendant toute la durée de la concession. Cependant, ce droit était assorti de la perception d'une prime spécifique dans la mesure où la gestion du service avait été subdéléguée à un autre prestataire privé ayant conclu un contrat de services avec

⁸⁰² TERNEYRE (P.), « Les nouveaux contrats de partenariat et la typologie des instruments du partenariat public-privé », RDI, 2003, p.520.

⁸⁰³ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p.398.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ Article 67 et suivants de l'ordonnance n° 2015-899 du 23/07/2015 relative aux marchés publics, J.O.R.F n°0169 du 24/07/2015, p.12602.

⁸⁰⁶ Avis de concession 2002/S 81063094, *Journal officiel des Communautés européennes*, série S, du 25/04/2002. V. CJUE 13/11/2008, *op. cit.*, Aff. C437/07.

le concédant. Le gestionnaire du service de tramway devait ainsi payer au concessionnaire de travaux une somme annuelle d'un montant avoisinant les 1,5 millions d'euros.

Le même type de montage a été utilisé en France pour la construction des lignes de tramway de la ville de Caen. Le syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération caennaise a en effet décidé, pour la réalisation et la gestion du transport en tramway pneumatique, de faire appel à deux sociétés concessionnaires. Tandis que la première, la société du transport sur voie réservée (STVR), se voyait confier la concession de travaux publics visant à la réalisation de l'infrastructure ; la seconde, la société KEOLIS Caen, se voyait attribuer la gestion du service public du transport. La convention tripartite conclue entre les différents partenaires obligeait le concessionnaire de service à payer chaque année au concessionnaire de travaux une redevance correspondant à une fraction de ses recettes annuelles⁸⁰⁷.

Ainsi, au travers des deux exemples de la construction de lignes de tramways des villes de Caen et d'Aquila nous percevons bien qu'une typologie fondée l'origine de la rémunération ne paraît guère satisfaisante pour discerner des prestations entrant dans un modèle-type commun. Ces prestations globales de construction permettent la délivrance d'un équipement public à utilisation directe des usagers de l'administration. De multiples formes de rémunération (subvention, droit d'exploitation, prix, rétrocession dans le cadre d'une subdélégation) se chevauchent. En définitive, l'opération de construction globale n'est pas liée « *instrumentalement* »⁸⁰⁸ à l'exécution du service public mais à l'utilisation directe de l'équipement par les usagers. L'origine des ressources du partenaire privé, c'est-à-dire la perception d'une redevance sur l'utilisateur ou le caractère onéreux de la transaction réalisée avec l'administration, peut alors être écartée dans le cadre de ce type particulier de P.P.P.

⁸⁰⁷CE, 6/12/2013, n° 370074, *Société KEOLIS Caen*, req. n°370074.

⁸⁰⁸La référence à la distinction entre les concessions de service et de travaux du droit italien est en effet très intéressante dans le cadre de cette typologie et permet d'établir une frontière plus « stable » entre les différents instruments. V. *Supra*, p. 81.

En droit français et en droit italien, ce modèle-type peut donc se matérialiser naturellement dans les contrats de concession de travaux publics⁸⁰⁹. Le régime juridique des *concessioni di lavori pubblici* est défini aux articles 142 et suivants du code des contrats publics italien, celui des concessions de travaux publics⁸¹⁰ du droit français aux articles L 1415-1 et suivants du C.G.C.T. Les deux procédures sont extrêmement proches. Elles témoignent en réalité de la grande influence du droit de l'Union européenne sur les typologies internes⁸¹¹. La lecture comparative des directives européennes et des législations internes prouve ainsi aisément que les définitions du droit de l'Union ont été reçues expressément en droit français et italien, au détriment d'ailleurs de l'évolution historique des différents modèles concessifs de chaque pays⁸¹².

Les éléments caractérisant les concessions sont donc assez semblables. Le transfert du risque d'exploitation sur le partenaire privé et son corolaire, le droit d'exploiter économiquement l'ouvrage, sont à la base de leur définition. Leur objet porte sur la conception et la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil nécessaires à l'installation d'un équipement public. La durée des contrats est également un élément fondamental à prendre en compte dans leur niveau de rémunération. En effet, l'exploitation des ouvrages, dont la propriété reviendra par ailleurs à l'administration en fin de contrat⁸¹³, servira au recouvrement des investissements effectués⁸¹⁴. Cette adéquation entre la durée de la prestation du partenaire privé et la couverture des charges d'investissements provient de la théorie économique. Elle véhicule avec elle la notion de « *concession à durée endogène* »⁸¹⁵. Les nouvelles directives ne semblent *a priori* pas s'opposer à cette idée. Le droit de l'Union cautionne ainsi l'existence de concessions dont la très longue durée est

⁸⁰⁹ Le marché de partenariat du droit français peut également faire partie de cette typologie, *a fortiori* lorsqu'il sera assorti de l'exécution du mission de service public au profit du partenaire.

⁸¹⁰ Ordonnance n° 2009-864 du 15/07/2009 *relative aux contrats de concession de travaux publics*, J.O.R.F du 16/07/2009, p. 11853.

⁸¹¹ AMILHAT (M.), *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p.236.

⁸¹² GOISIS (F.), « Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi », *IUS Publicum*, 06/2011, p. 2 ; COSSALTER (P.), « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA*, 2009, p.1882.

⁸¹³ CE, Ass., n°342788, 21/12/ 2012, *Commune de Douai*, A.J.D.A 2013, n°8, p.457.

⁸¹⁴ CE, n° 323158, 08/02/2010, *Commune de Chartres*, Tab. Rec.

⁸¹⁵ TIROLE (J.), « Concessions, concurrence et incitations », in HENRY (C.) dir., *concurrence et service public*, Texte des conférences Jules Dupuit, Paris, L'Harmattan, 2003, p75 ; cité in COSSALTER (P.), « Les concessions à durée endogène », *DA*, 2006, n°5, p.4.

calculée par rapport au temps escompté pour que le concessionnaire recouvre les investissements réalisés. Le temps d'exploitation économique des ouvrages construits est bien évidemment déterminé en tenant compte d'un retour sur les capitaux investis⁸¹⁶. La principale objection que nous pouvons néanmoins poser porte sur les effets de la dépréciation des équipements construits. Cette dépréciation pourrait rendre nécessaire des travaux de rénovation ou même de renouvellement conduisant à une prolongation *ad vitam aeternam* de la durée d'amortissement de l'investissement et *in fine* de la durée de la concession. « *Le plan de relance autoroutier* »⁸¹⁷ français participe un peu de ce constat. Négocié entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, il prévoit des travaux de sécurisation et de mise aux normes environnementales. En contrepartie du financement intégral des travaux, les concessionnaires ont obtenu un prolongement de la durée de leur contrat.

Certaines concessions d'aménagement du droit français⁸¹⁸ entrent également selon nous dans cette catégorie. Lorsque leur mode de rémunération provient de la location ou de la vente des ouvrages réalisés dans le cadre de l'opération d'aménagement, elles sont assimilables soit à des concessions de travaux soit à des marchés au sens du droit de l'UE, notamment en fonction de la nature du risque porté par l'aménageur. En effet, bien que la Cour de justice ait pu qualifier une concession d'aménagement de marché public⁸¹⁹, la nature particulière du contrat, notamment en ce qu'il induisait un rapport triangulaire entre une commune, une S.E.M. et des tiers acquéreurs, dont les paiements fournissaient la majeure partie de la rémunération de l'aménageur, pouvait évoquer une concession. Cependant l'élément « risque économique » n'était pas présent dans l'opération. En effet, la commune s'était obligée dans la convention de reprendre, à l'expiration de l'opération, les éléments qui n'avaient pas été vendus. La personne publique supportait ainsi le risque financier de l'opération⁸²⁰. Il apparaît aisé d'affirmer qu'au sens des directives de 2014, l'attribution du contrat par lequel l'État ou les

⁸¹⁶Article 18 §2 de la Directive 2014/23/UE du parlement européen et du conseil du 26/02/2014 *sur l'attribution de contrats de concession*, précitée.

⁸¹⁷AUBY (J-B.), « Système autoroutier : l'État face à sa signature », *DA*, 01/04/2015, p.4.

⁸¹⁸Article L. 300- 4 du code de l'urbanisme

⁸¹⁹CJCE, Aff. C-220/05, 18/01/2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, Rec. p. I-385 ; *Contrats et Marchés publics*, 2007, comm. 38, note ZIMMER (W.) ; *JCP A*. 2007, n° 2028, note DEVES (C.)

⁸²⁰Concl. KOKOTT (J.), sur CJCE 18 janv. 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, *AJDA* 2007, p. 167.

collectivités territoriales peuvent confier à un aménageur privé la réalisation d'une opération d'aménagement, est soumise aux procédures de publicité inhérentes aux concessions lorsque le risque est assumé par l'aménageur. De plus, la nature des missions octroyées à l'aménageur renforce l'idée que le mécanisme est une opération globale de construction à destination directe des tiers. En effet, le titulaire de la concession pourra acquérir les terrains nécessaires à l'opération et les biens nécessaires à sa réalisation, y compris en bénéficiant de prérogatives de puissance publique (expropriation ou préemption) symbolisant le transfert des pouvoirs de l'administration entre ses mains. Il sera compétent pour la réalisation des travaux, notamment en assurant la maîtrise d'ouvrage concourant à l'opération prévue. Il assurera également la réalisation des études et des missions nécessaires à l'exécution de l'opération, c'est-à-dire la phase de conception du projet. Enfin, il procédera à la commercialisation de l'ouvrage par la vente ou la location des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de l'opération d'aménagement. Dans cette acceptation, sa rémunération est évidemment liée aux résultats de l'exploitation de l'opération d'aménagement, sauf à ce que la collectivité ne s'engage, comme dans l'affaire *Auroux*, à couvrir le prix des éléments invendus, c'est-à-dire à supporter le risque de pertes.

Dans une autre mesure, les prestations globales de construction à destination des tiers nécessitent généralement la création d'une société de projet. L'institution d'un tel mécanisme est essentielle afin de matérialiser l'entité capitalistique structurant le groupement d'opérateurs formés lors des périodes de mise en concurrence. Les sociétés de projet sont nécessaires lors d'investissements initiaux conséquents, notamment lorsque le nombre d'investisseurs et de prêteurs est important. Dérivées du *Special Purpose Vehicle* (Fond commun de créance) du droit anglo-saxon⁸²¹, elles sont des véhicules de titrisation⁸²² permettant de lever des investissements en déconsolidant les risques portés par les investisseurs des risques portés par la société et liés à l'exploitation de l'opération. En effet, lors d'une titrisation, une entreprise transfère des créances qu'elle détient à une entité *ad hoc* qui finance leur acquisition en émettant des titres financiers. La restitution des

⁸²¹YSEULT (M.), *Public-Private Partnerships and the Law Regulation, Institutions and Community*, Edward Elgar, London, 2014, p. 117.

⁸²²V. SCHWARCZ, *Structured Finance. A guide to the Principle of Asset Securitization*, Practising Law Institute, 3^{ème} éd., 2002, p.13.

sommes versées par les investisseurs pour l'achat de ces titres « *est assurée au moyen des flux financiers engendrés par les créances transférées* »⁸²³.

De plus, les sociétés de projets créées *ad hoc* seront pendant toute la durée du contrat l'unique point de rencontres institutionnelles entre l'ensemble des partenaires. Ce montage apparaît donc comme étant assez pratique dès l'instant où la prestation est complexe et nécessite la présence de multiples partenaires, publics comme privés. La problématique de la substitution de la société de projet au groupement candidat lors de la phase de passation est résolue de manière analogue en France et en Italie. En effet, la société sera constituée lors de l'attribution du contrat, ce qui pose un problème d'identité entre le titulaire de l'offre et le candidat à l'offre. Saisie d'une question préjudicielle sur le sujet, la C.J.C.E avait estimé en 2003 que la résolution du problème relevait de la compétence des Etats membres⁸²⁴. En droit Français comme en droit italien, la substitution va s'effectuer avant la signature, l'absence de personnalité juridique du groupement pouvant affecter l'exécution et le financement d'un contrat de cette importance. Cette possibilité devra être annoncée dès l'avis d'appel public à concurrence. L'article 156 du code des contrats publics italien de 2006 prévoit expressément que la reprise ou la substitution (*il subentro*) du contrat de concession par une société n'est pas équivalente à un rachat de contrat. Par effet de reprise, la société de projet devient ainsi concessionnaire à titre originaire et se substitue au groupement adjudicataire dans tous les rapports avec l'administration concédante.

Dans le cas du droit français, la coexistence du modèle de la concession de travaux avec celui de la délégation de service public demeure problématique. La différence entre services et travaux porte actuellement plus sur une distinction de régime que sur une distinction de nature. L'exploitation de travaux suppose nécessairement une part de service de même que la gestion d'un service nécessite souvent la réalisation de travaux. La faiblesse de la distinction portant sur la nature des prestations ou sur leur montant ne se réduit pas qu'à la problématique de l'opposition entre les concessions mixtes et les concessions de travaux exclusifs. La distinction posée par l'Union européenne rend aujourd'hui problématique l'existence même d'un modèle concessif global (la D.S.P), conçu autour du

⁸²³V. FORTI (V.), *La titrisation des créances en droit comparé*, Coll. Des thèses, Paris, 2012, p.6.

⁸²⁴CJCE, 23/01/2003 aff. C-57/01: *Makedoniko Metro et autres*, Rec., p. I-1091.

caractère attractif de la notion de service public au détriment de celle de travaux. L'intégration des délégations de service public de l'article L-1411-1 du C.G.C.T dans le modèle-type des prestations à destination directe des usagers de l'administration, plus particulièrement dans le cadre des opérations de construction globale, suppose la dislocation future du modèle de la D.S.P entre les différentes sous-espèces de procédés de gestion la composant. La mise en place en droit français, par l'ordonnance du 15 juillet 2009, d'une concession de travaux coexistant avec le modèle de la délégation de service public nécessite que leurs champs d'application correspondent à ceux des concessions de services et de travaux du droit de l'Union européenne. Dès lors la délimitation de la frontière entre les deux contrats en droit interne pourrait procéder de la distinction communautaire.

Or, la distinction européenne n'a pas été construite sur la nature des prestations, contrairement au droit français. Le procédé a notamment abouti à l'érection du modèle global de la délégation de service public. L'attractivité de la notion de service public avait entraîné l'absorption presque complète de la concession de travaux publics dans la DSP. Cependant, il est très rare qu'une concession ait pour objet exclusif des prestations de travaux. Sa rémunération est en effet tirée au moins partiellement de l'exploitation d'un ouvrage, donc d'un service rendu à des tiers. Dans la mesure où la directive 2014/23/UE pose le critère de l'objet principal pour distinguer les contrats⁸²⁵, deux hypothèses sont alors envisageables. Elles résident dans une interprétation économique du critère, à l'instar de ce qu'établit le code des contrats publics en Italie⁸²⁶. L'objet principal du contrat sera ainsi déterminé en fonction de la valeur de la prestation la plus élevée. Dans la première hypothèse, les prestations de services et de travaux seraient indissociables⁸²⁷, la qualification de concession de travaux primerait alors sur celle de service à chaque fois qu'un investissement initial lourd est nécessaire à l'exécution du contrat. Puisque la quantification du montant de l'opération semble ainsi toujours tourner au net avantage de la concession de travaux publics, le modèle de la concession de services serait, dans cette hypothèse, voué au déclin. La seconde hypothèse concerne les cas où les pouvoirs adjudicateurs décideraient de dissocier

⁸²⁵ Article 20 §1 de la Directive 2014/23/UE du parlement européen et du conseil du 26/02/2014 *sur l'attribution de contrats de concession*.

⁸²⁶ Articolo 14 : [...] l'objet principal du contrat est constitué par des travaux si le montant des travaux est supérieur à cinquante pour cent de la valeur du contrat[...]

⁸²⁷ Article 20 § 5 de la directive 2014/23/UE

les prestations⁸²⁸. Dans cette perspective, des contrats distincts devraient être passés par les pouvoirs adjudicateurs. Nous nous retrouverions alors en présence de modèles destinés d'une part à l'opération de construction et d'autre part à la fourniture aux usagers de prestations de gestion exclusives.

B) Les prestations de gestion exclusive

Ce type d'opération recouvre généralement l'ensemble des partenariats public-privé dans lesquels une prestation de service est fournie directement à destination des usagers sans investissement lourd (lequel ne pourrait provenir que d'une prestation de construction globale), sauf à ce que l'investissement initial soit inférieur au coût d'exploitation du service. Les prestations de gestion correspondent alors de manière générale aux *concessione di servizi* du droit italien et aux D.S.P françaises⁸²⁹ ainsi qu'à leurs sous-modèles historiques: les contrats d'affermage, de régie intéressée et de gérance. Ce type de partenariat public-privé implique donc la reconnaissance (certes marginale) de contrats dont la rémunération peut être intégralement publique⁸³⁰. La qualification de marché ou de concession apparaît ainsi comme étant purement empirique et liée à la détermination d'une procédure applicable à la passation du contrat. La prestation de gestion est généralement de plus courte durée que la prestation de construction globale puisque l'exploitation du service n'est pas en corrélation avec le recouvrement des investissements initiaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage.

⁸²⁸ Article 20 § 3 de la directive 2014/23/UE.

⁸²⁹ Dans l'hypothèse où les contrats dont le volet « construction » serait trop important, elles seraient toutes requalifiées en concession de travaux de l'ordonnance de 2009.

⁸³⁰ CE, 7/04/1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, Rec. p.878, *BJCP*, 1999, n°5, p. 456, Concl. BERGEAL (C.), obs. SCHWARTZ (R.) ; C.S, Sect. VI, 06/09/2000, *Commune di S.Vittore Olona c. ENPA*, G.U, 2001, p.851.

Le modèle de la concession de services du droit italien est défini à l'article 30 du code des contrats publics. Il est un contrat « *qui présente les mêmes caractéristiques qu'un marché public de service à l'exception du fait que la contrepartie à la fourniture du service consiste uniquement dans le droit de gérer le service ou dans ce droit assorti d'un prix* »⁸³¹. La définition de la concession de services italienne est donc sensiblement la même que celle des directives. La différence avec la notion définie à l'article L 1411-1 du CGCT supposant de confier la « *gestion d'un service public à un délégataire public ou privé [...] dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation [...]* » est donc frappante et révèle par la même occasion les problèmes d'adéquation entre les notions communautaire et les notions françaises⁸³². En effet, contrairement à la D.S.P, la concession de service du droit Italien ne se limite pas aux services publics. Le modèle *della concessione di servizi* se distingue alors de la concession de service public historique dans laquelle « *Le concessionnaire, exécutant le service, réalise ce qu'est le but ultime de l'État, fournir aux citoyens ce dont ils ont besoin et recherche une contreprestation dans l'activité qu'il emploie contre indemnisation de l'État et des usagers* »⁸³³. La concession se définissait donc comme un procédé au moyen duquel l'autorité publique concédante attribuait à une personne dénommée le concessionnaire ses pouvoirs pour installer et/ou gérer sous son contrôle et au profit des usagers un service défini comme étant public⁸³⁴. Ainsi, toutes les concessions de service public du droit italien sont des concessions de services au sens du droit de l'U.E, mais toutes les concessions de services ne sont pas des concessions de service public⁸³⁵.

⁸³¹Articolo 30 : «*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*»

⁸³²BRACONNIER (S.), « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 832 ; LLORENS (F.), « La typologie des contrats de la commande publique résistera t'elle à la réforme des directives marchés publics ? », *Contrats et marchés publics*, 2013, n° 10, repère n° 9.

⁸³³De VALLES (A.), «Concessioni de pubblici servizi », in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, UTET 1938, p.581.

⁸³⁴CORI (R.), «La concessione di servizi», *Giustamm.it*, n°6, 2007.

⁸³⁵MAMELI, (B.) *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998, p. 640.

L'analyse est analogue en droit français. Les contrats échappant au régime de passation des D.S.P parce qu'ils consistaient en une délégation d'une activité d'intérêt général et non de service public entrent dans le giron des P.P.P. à destination des usagers correspondant à des prestations de gestion. Dès lors, sauf à ce que le législateur, lorsqu'il fera œuvre de transposition, ne modifie le champ d'application de la D.S.P pour le faire coïncider avec celui de la concession de services du droit de l'Union, il subsistera toujours en droit français des concessions de services au sens du droit communautaire qui ne seront pas des délégations de services publics au sens du droit interne⁸³⁶. Rien ne permet cependant d'affirmer que dans une optique de complexification encore plus importante, le législateur ne fasse cohabiter, à côté des futures concessions de service public, des concessions de services ne relevant que du droit de l'Union dans la mesure où elles ne porteraient pas sur un service public au sens du droit français⁸³⁷.

Les contrats d'affermage entrent également dans la catégorie des P.P.P. à destination des tiers correspondant à des prestations de gestion. Dans ce type d'instruments, la personne publique confie exclusivement à une personne morale de droit privé ou de droit public la gestion d'un service public. L'entité adjudicatrice exploite et entretient l'ouvrage à ses risques et périls. La distinction avec la concession procède alors de la réalisation et de la prise en charge par le délégataire du financement de l'établissement de l'ouvrage⁸³⁸. La doctrine italienne connaît aussi ce type de modèle qu'elle dénomme comme *concessione di sola gestione* (de seule gestion)⁸³⁹. Les ouvrages mis à la disposition du titulaire du contrat demeurent propriété de la personne publique⁸⁴⁰. L'autorité délégante reçoit par le biais du fermier une partie des recettes d'exploitations⁸⁴¹. Le concédant finance ainsi l'établissement du service et met à disposition du fermier les équipements qui lui sont nécessaires. Le fermier agit pour son propre compte et est chargé d'entretenir et

⁸³⁶CE, 05/10/2007, n° 298773, *Sté UGC-Ciné-Cité*, Rec. p. 418 ; *Contrats et marchés publics* 2007, comm. 308, note ECKERT (G.).

⁸³⁷CE 13/01/2011, n° 341669, *Chambre de commerce et d'industrie de Point-à-Pitre*, Tab. Rec., *AJDA*, 2011, p. 139, Note. CAILLE (P.O) ; CE n°186085, 12/03/1999, *Société Stella Maillot-Orée du bois*, Tab. Rec. ; CE n° 212943, 26/02/2003, *Société protectrice des animaux*, Tab. Rec. *AJDA* 2003, p. 1488, Note COSTA..

⁸³⁸CE n° 51022,0 9/04/1987, *Commune d'Elancourt*, Rec. p. 152, *RFDA* 1987, p. 525, Concl. ROBINEAU.

⁸³⁹PELINO (S.), *Nuovo Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, 2011, p.216.

⁸⁴⁰CE, 19/04/1989, n° 41524, *Société des transports urbains d'Angers*, Tab. Rec.

⁸⁴¹ORIANNE (P.), *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961, p.350.

d'exploiter le service. Il verse à la personne publique des redevances dans la mesure où la remise des ouvrages lui garantit un droit d'exclusivité dans l'exploitation du service, donc le droit de percevoir directement sur les usagers sa rémunération⁸⁴².

La régie intéressée fait également partie de cette typologie. Elle est un contrat par lequel la personne publique confie à un régisseur la gestion et/ou l'entretien d'un service. La différence avec l'affermage procède du type de rémunération. Le régisseur exploite le service pour le compte de la collectivité, qui assure l'intégralité des dépenses et recueille la totalité des recettes du service. Sa rémunération provient donc directement du concédant et est constituée d'une part fixe assortie d'un intéressement variable en fonction de sa performance. Il y aura ainsi risque dans la gestion du service et *a fortiori* assimilation du modèle dans la catégorie des D.S.P lorsque sur le plan financier, le pourcentage variable de la rémunération sera significatif. Par la jurisprudence *SMITOM*, le Conseil d'État considéra que la part fixe de la rémunération du régisseur étant de 30% des recettes, le contrat était lié de façon substantielle aux résultats de l'exploitation et qualifiable de D.S.P⁸⁴³. À l'instar de l'affermage, la personne publique finance ainsi elle-même l'établissement du service.

Enfin, la question du contrat de gérance du droit français doit être abordée. Elle est un mode de gestion par lequel une personne publique délégante confie à un gérant la gestion et/ou l'entretien d'un service. Ce gérant exploite le service, perçoit les recettes auprès des usagers, mais les reverse à la collectivité qui le rémunère de façon quasi-forfaitaire. Dans ce cadre, la collectivité assure, en cas d'insuffisance des recettes, la couverture des dépenses exposées par le gérant. Le risque d'exploitation est donc assumé intégralement par la personne publique. La rémunération du gérant se constitue ainsi par rapport à la nature et au volume des prestations fournies. Le financement du service relève également de la personne publique, les conditions techniques, économiques et financières de sa gestion sont donc de sa seule responsabilité. La personne publique fixe également seule les tarifs payés par les usagers. Aucun risque ne pèse donc sur le gérant, ce dernier étant juste chargé de faire fonctionner le service. Le contrat se distingue donc aisément du

⁸⁴²TC, n° 02432, 12/01/1987, *Cie des Eaux et de l'Ozone c/ S.A. Établissements Vetillard*, Rec. p. 442.

⁸⁴³CE, 30/06/1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères*, Rec. p.230, *BJCP* 1999, n°7, p. 607, Concl. BERGEAL.

modèle concessif dans la mesure où le risque principal de déficit d'exploitation pèse sur la personne publique, laquelle verse un prix au titulaire du contrat⁸⁴⁴. Néanmoins, la prestation de service étant fournie par le gérant directement aux usagers de l'administration, ce type particulier de contrat entre donc dans notre typologie. Il en découle donc qu'il existe des instruments juridiques du P.P.P. à destination directe des usagers de l'administration dont la fonction est de pourvoir à une prestation de gestion et qui peuvent être payées par un prix versé intégralement par l'administration. Cette particularité est souvent partagée avec l'autre grande distinction fondant notre typologie des P.P.P. en France et en Italie, les prestations à destination directe de l'administration.

§2) Les prestations à destination directe de l'administration

Évoquer les prestations exécutées au profit direct des administrations françaises et italiennes dans le cadre d'un P.P.P. peut laisser présager d'une certaine proximité avec la catégorie des marchés publics. Au sens des codes français et italiens, le concept revêt en effet une signification assez proche. Il consiste en un contrat conclu à titre onéreux, entre des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés et ayant pour objet, l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services⁸⁴⁵. L'absence de lien fonctionnel direct entre l'utilisateur et le prestataire suppose alors que l'administration se dote des moyens nécessaires à l'exécution de sa mission et que cette mission soit, en conséquence, assurée directement par elle au profit des usagers. Les contrats prodiguant aux personnes publiques ce type de besoins sont donc traditionnellement assimilés à des marchés publics. Dans cette acception, leur satisfaction collabore ou plutôt « concourt »⁸⁴⁶ à l'exercice de la mission dont est chargée la personne publique sans la constituer en elle-même.

⁸⁴⁴ CE, 7/04/1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, *BJCP*, 1999, n°5, p. 456, Concl. BERGEAL (C.), obs. SCHWARTZ (R.).

⁸⁴⁵ Article 1^{er} du code des marchés publics de 2006 et *articolo 3 § 6 del codice dei contratti pubblici*.

⁸⁴⁶ V. l'emploi du terme « nécessité » dans l'article 1^{er} de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats.

Néanmoins, le degré de collaboration ou de participation semble quelque fois difficile à mesurer. Un ouvrage public n'est pas en effet simplement une addition de béton, de pierres et de divers métaux ferreux. Il peut être constitué d'un ensemble d'équipements plus ou moins sophistiqués répondant par exemple à des critères de haute technologie, d'inter-connectivité de données ou encore liés au développement durable. En outre, des prestations techniques liées à l'exploitation du bâtiment (chauffage, électricité, eau, etc.) peuvent être considérées comme étant annexes à l'ouvrage mais pourtant nécessaires à l'exécution de la mission principale pour laquelle il est construit. Le P.P.P. est ainsi bien souvent « *plus qu'un simple marché portant sur une prestation ponctuelle [mais] moins que le service public* »⁸⁴⁷. Les instruments juridiques des partenariats public-privé français et italiens à destination de l'administration partagent ainsi des fonctions communes qu'il convient d'identifier. Les contrats de partenariats français⁸⁴⁸, les concessions de travaux italiennes à destination de l'administration, les B.E.A et A.O.T-L.O.A, la *locazione finanziaria* et *il contratto di disponibilità*, forment ainsi un ensemble harmonieux. Ils représentent des prestations de constructions complexes (A) « supports » d'une mission de service (B).

A) Des prestations de construction complexes

À la différence des marchés publics, les P.P.P. à destination de l'administration correspondant à des missions complexes de construction ne sont pas assimilables à des prestations ponctuelles et indifférenciées. Ils sont liés fonctionnellement à l'exercice de la mission assumée par la personne publique. Ils concourent donc à celle-ci par le biais d'opérations globales de financement, de conception, de réalisation et d'entretien-maintenance. Le législateur italien décida par exemple d'intégrer le mécanisme du financement de projet à la catégorie des concessions de travaux public en 1998⁸⁴⁹. Ce choix s'analyse en raison de la transposition mot pour mot des directives européennes. En effet la définition donnée

⁸⁴⁷COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 405.

⁸⁴⁸ Et *a fortiori* les marchés de partenariat de l'ordonnance 2015-899, précitée.

⁸⁴⁹ Legge n° 415 del 18/11/1998, précitée.

aux concessions en Italie (des contrats ayant les mêmes caractéristiques qu'un marché à l'exception qu'ils confient au concessionnaire un droit d'exploitation ou ce droit assorti d'un prix) est en rupture avec la définition historique selon laquelle un lien direct avec l'utilisateur pour la fourniture de prestations de nature économique et/ou sociale était nécessaire pour caractériser le contrat⁸⁵⁰. Elle permet en outre de regrouper dans le terme exploitation le volet à la fois technique et économique.

Dès lors, la modification législative de 2002⁸⁵¹, aujourd'hui entérinée au paragraphe 9 de l'article 143 *del Codice*, selon laquelle des concessions d'ouvrages publics peuvent être destinées à l'utilisation directe de l'administration, participe de cette distorsion. Les concessions de travaux peuvent être établies au bénéfice direct des personnes publiques dans la mesure où elles « *sont fonction de la gestion des services publics* »⁸⁵². L'exploitation d'activités périphériques garantit le lien fonctionnel avec le service public, donc l'exploitation technique. La rémunération globale assujettie à la performance du cocontractant peut rendre compatible le caractère public du paiement avec le transfert d'un risque opérationnel⁸⁵³. Le financement de projet italien à destination de l'administration est ainsi pleinement intégrable dans le modèle de la concession de travaux. Cette analyse se confirme du reste par la modification de l'article 3 du Code effectuée en 2011⁸⁵⁴. La définition de la concession a été modifiée afin que la gestion fonctionnelle concerne également les parties de l'ouvrage nécessaires à son exploitation. En d'autres termes, le concessionnaire exploite l'ouvrage au sens du droit italien lorsqu'il effectue des missions annexes concourant à la réalisation du service.

Ainsi, nous pouvons remarquer une certaine proximité avec les termes utilisées pour le contrat de partenariat du droit français, lequel permet de confier à un partenaire privé une mission globale de construction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels « *nécessaire au service public* »⁸⁵⁵. La notion de « nécessité » évoque indubitablement, comme pour la concession italienne de travaux à destination de l'administration, le lien avec le service. Ce dernier peut

⁸⁵⁰ Cass.it, 1^{ère} sect., 3/11/1960, n°2965,, *Nuova Rassegna*, Rv. 1962, 880929, n°6,p.796

⁸⁵¹ D. lgs, n°190 del 20/08/2002, précité.

⁸⁵² Articolo 143 §9 del codice dei contratti pubblici.

⁸⁵³ V. *Infra*, p. 469

⁸⁵⁴ D. lgs, n°201, 06/12/2011, *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equita' e il consolidamento dei conti pubblici*, G.U n° 284 del 06/12/2011 - S.O n° 251.

⁸⁵⁵ Article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée.

alors demeurer géré par la personne publique, les missions du partenaire concourront alors simplement à son exécution. Cette formulation provient du blocage qu'a connu la France, de confier une mission de service public au titulaire d'un marché public. En effet, jusqu'à une période récente, seule la D.S.P pouvait transférer ce type de mission. Le contrat de partenariat ne pouvait que « concourir » à cette dernière. Les choses ont visiblement changé depuis la transposition des nouvelles directives par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et la création du marché de partenariat⁸⁵⁶. Néanmoins, les termes de « prestations concourant à l'exercice d'une mission de service » continuent d'être employés. Ils ne portent pas, comme leur nom l'indique, sur la fourniture de l'intégralité de la prestation, mais sur des éléments accessoires, périphériques, c'est-à-dire n'impliquant aucun lien juridique avec les usagers puisque l'administration demeure destinataire de la prestation. La mission conférée, qui s'arrête à la fourniture de l'ouvrage ou de l'équipement et à la délivrance de prestations annexes, ne constitue pas alors une opération de gestion déléguée mais une prestation globale au profit de la personne publique.

C'est de la globalité de la mission que découle la complexité de la prestation. Le caractère complexe de l'opération s'entend alors comme la difficulté qu'éprouve la personne publique dans la définition de ses besoins. Il renvoie à une multiplicité de prestations techniques, financières et/ou juridiques liée à la mission du partenaire. La complexité technique implique une abondance d'objets à déterminer. C'est cette multiplicité des tâches qui entraîne l'impossibilité d'élaborer seul les solutions techniques. Dans le cas inverse, le contrat se réduit à un simple marché, certes « *compliqué, mais non complexe* »⁸⁵⁷. C'est en tout cas l'analyse que le Conseil d'État retient dans sa jurisprudence la plus récente⁸⁵⁸. En l'espèce, la commune de Biarritz avait décidé de recourir au contrat de partenariat pour réaliser un projet nommé « Biarritz-Océan » et comportant le financement, la construction et la maintenance d'une « Cité de l'océan et du surf ». Elle le justifiait par la complexité technique du projet et du montage juridique et financier à établir. En effet, l'opération consistait en la construction d'un aquarium de 1 300 m³ réalisé dans un espace souterrain mitoyen d'un tunnel routier et d'un ancien bunker. Sa réalisation

⁸⁵⁶ V. *Infra*, p. 309.

⁸⁵⁷ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 411.

⁸⁵⁸ CE, n° 363007, 30/07/2014, *Commune de Biarritz*, CMP n° 10, 01/10/2014, p.47, note ECKERT (G.), JCP A n° 38-39, 22/11/2014, 2268, note CORNILLE (M.).

impliquait le recours à des techniques et équipements de haute technologie. De plus, les opérations de constructions ne devaient pas limiter l'ouverture au public du musée déjà existant pendant la durée des travaux. La réponse du juge administratif sur la complexité de l'opération projetée est sans ambiguïtés : « *la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat* ». Seules les circonstances établissant qu'il est impossible, pour l'administration, de définir seule les moyens propres à satisfaire ses besoins permettent de mettre en avant la complexité de l'opération. C'est dans cette acceptation que la procédure de dialogue compétitif s'avère particulièrement intéressante à mettre en œuvre⁸⁵⁹. La complexité provient donc indubitablement d'une agrégation de prestations et non de la sophistication de l'une d'entre elles. Ces prestations peuvent être synthétisées dans les domaines du financement, de la conception, de la construction et de l'entretien-maintenance des ouvrages, équipements ou bien immatériels nécessaires à l'administration.

Le financement du partenaire privé est évidemment un préfinancement. Les projets peuvent bénéficier de subventions devant être intégrées au plan de financement de l'opération afin d'optimiser le coût global de l'opération. Le titulaire peut également préfinancer l'opération sur ses fonds propres. Cependant, la part de cette ressource est assez minime dans l'opération⁸⁶⁰. La société de projet généralement constituée, le fameux *Special Purpose Vehicle* (SPV), lèvera ensuite les capitaux nécessaires à l'opération. L'investissement final reposera donc sur la personne publique qui sera chargée, dès la livraison de l'ouvrage, de rémunérer le titulaire du contrat. Cette dette dite de « projet » peut être constituée de prêts accordés par des établissements bancaires ou par des financements obligataires. Un acteur financier peut également souscrire d'emblée l'ensemble de la dette et la commercialiser par la suite. Dans cette hypothèse, le risque afférent à la souscription des titres reste à sa charge. Lorsque la dette est levée par la société qui a remporté le marché, le financement correspond à un montage *corporate*. L'intérêt des investisseurs et les primes liées aux risques encourus ne dépendent pas directement des risques pesant sur le projet mais sur la société titulaire du contrat. Leur partage

⁸⁵⁹ Article 36 du code des marchés publics de 2006 et articolo 58 del codice dei contratti pubblici.

⁸⁶⁰ MARTY (F.), « L'évolution des conditions de financement des contrats de PPP », *EPMP DP* N°. 2013-03, Chaire Economie des Partenariats Public-Privé, Institut d'Administration des Entreprises, Novembre 2013, p.7.

est alors indispensable au financement de l'opération. L'attribution de chaque risque doit être effectuée dans la perspective de choisir celui des deux contractants qui peut le couvrir au moindre coût. À défaut, un surcoût financier affectera le montage puisque les investisseurs protégeront les risques pesant sur leurs créances en augmentant leurs intérêts.

La construction correspond à la réalisation des travaux nécessaires à la livraison de l'ouvrage. Dans l'ensemble, ils concernent des prestations aussi diverses et variées que la rénovation, la démolition ou la réalisation d'équipements. L'investissement initial peut aussi bien porter sur un bien matériel que sur un bien immatériel. L'entretien-maintenance ou l'exploitation technique des ouvrages fait référence à un ensemble de tâches afférentes à la vie de l'ouvrage. L'entretien se matérialise dans l'exécution de missions courantes alors que les opérations de maintenance nécessitent de plus grosses interventions souvent sous-traitées et destinées au maintien de la valeur technique de l'ouvrage.

La notion de conception est semblable en droit français et italien. Dans le cadre des contrats de partenariat, le cocontractant peut se voir céder « *tout ou partie de la conception* ». De plus, il « *assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser* »⁸⁶¹. Au sens de la loi M.O.P.⁸⁶², le maître d'ouvrage peut ainsi confier au maître d'œuvre les études d'esquisse d'avant-projets et de projets, les études d'exécution et la direction de l'exécution des travaux. Les concessions de travaux du droit italien ont notamment pour objet, le transfert de la « *la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva* »⁸⁶³ des travaux, c'est-à-dire la conception finale du projet et la planification de l'exécution des travaux. La discipline *della finanza di progetto*⁸⁶⁴ prévoit que les offres doivent comporter un avant-projet basé sur une étude de faisabilité externalisée dans le cadre de l'opération⁸⁶⁵. Pour assurer l'ensemble de ces prestations, le prestataire d'un P.P.P. à destination directe de l'administration sera alors autorisé à exercer certaines des prérogatives de l'administration sans pour autant se voir confier la gestion intégrale de l'activité publique.

⁸⁶¹ Article 1. II de l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée et article L 1414-1.II du CGCT

⁸⁶² Art 7 de la loi n° 85-704 du 12/07/1985 *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée* (modifiée), J.O.R.F 13/07/1985, p.7914.

⁸⁶³ Article 143 §1 *del codice dei contratti pubblici* précité.

⁸⁶⁴ Article 153 § 3 b) et §9 *del codice dei contratti pubblici* précité.

⁸⁶⁵ Article 153 §2 bis *del codice dei contratti pubblici* précité.

B) Des prestations « supports » d'une mission de service

La prestation « support » véhicule avec elle l'idée selon laquelle l'ouvrage ou l'équipement construit à destination de l'administration est lié à l'activité de la personne publique sans pour autant en constituer l'essence. Cependant, ces prestations ne sont pas assimilables uniquement au simple préfinancement des travaux et à l'entretien-maintenance du bâtiment. Elles peuvent en effet porter sur des prestations concourant à la mission de l'administration. On les rencontre alors dans les domaines aussi variés que ceux de la sécurité ou au domaine hospitalier. À ce titre, ces prestations « supports » de la mission de service sont aussi bien exécutées dans le cadre de la construction de bâtiments administratifs exclusivement réservés aux fonctionnaires de l'administration que dans des bâtiments accueillant du public. Le service public hospitalier par exemple ne se mesure pas uniquement dans la délivrance de soins médicaux mais également dans des prestations annexes liées à la qualité de séjour des patients, telles que la restauration ou encore les services d'accès au téléphone ou à la télévision. En définitive ces prestations peuvent être qualifiées de « support » parce qu'elles contribuent à associer un partenaire privé à la réalisation d'ouvrages soutenant une mission de service public. À ce titre, elles permettent le financement et la réalisation des ouvrages et nécessitent aussi que le partenaire privé dispose de certaines des prérogatives de l'administration pour réaliser sa tâche.

Les B.E.A de L.1311-2 du C.G.C.T et les A.O.T constitutives de droits réels de l'article L-1311-5 du même Code entrent dans cette catégorie dans la mesure où ils sont utilisés comme des opérations de valorisation du domaine public⁸⁶⁶. Les A.O.T confèrent à leur titulaire les prérogatives d'un propriétaire pendant la durée de l'autorisation, sans toutefois excéder la limite de soixante dix ans. Pour autant, alors que les B.E.A des collectivités territoriales sont octroyés en vue de l'accomplissement pour leur compte d'une mission de service public ou en vue de la

⁸⁶⁶BRACONNIER (S.), « Les BEA et AOT constitutives de droits réels », *JCPA*, n°51, 19/12/2011, p. 2395.

réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence, les AOT de l'Etat ne sont soumises à aucune condition de fond pour leur délivrance⁸⁶⁷.

La loi⁸⁶⁸ les consacrant avait pour objectif, en permettant la constitution de droits réels sur un ouvrage intégré au domaine public, de permettre le recours au crédit-bail⁸⁶⁹. Le mécanisme a donc plus été conçu pour acquérir des ouvrages ou des équipements destinés à être utilisés directement par l'administration.

À l'instar de ce qui est prévu pour les A.O.T, les collectivités peuvent également recourir au B.E.A, soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence, soit en vue de l'accomplissement pour leur propre compte d'une mission de service public. Le régime du bail emphytéotique de droit commun peut se définir en fonction de quatre critères : une longue durée, l'existence d'un droit réel au bénéfice du preneur, l'obligation de mise en valeur du fonds et la modicité de la redevance. L'article L. 451-1 du code rural dispose que « *le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction* ». Le caractère administratif du bail emphytéotique, ouvert par la loi de 1988⁸⁷⁰ était destiné à s'opposer aux effets de la jurisprudence *EUROLAT* de 1985⁸⁷¹, laquelle prévoyait que les immeubles situés sur un terrain donné à bail étaient incorporés au domaine public mêmes s'ils n'étaient pas encore construits. Parce qu'ils étaient destinés à être affectés à une activité de service public, ils intégraient le domaine public par anticipation. Dès lors, le bail portant sur le domaine public ne pouvait contenir de droits réels puisque cela se heurtait aux principes de la domanialité publique⁸⁷². Le mécanisme du B.E.A permet ainsi de

⁸⁶⁷Article L 2122-6 du CGPPP.

⁸⁶⁸Loi n°94-631 du 25/07/1994 *relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, J.O.R.F n° 171 du 26/07/1994, p. 10749.

⁸⁶⁹FATÔME (E.) et TERNEYRE (P.), « Actualité du domaine public : la loi du 25 juillet 1994 », *AJDA* 1994, p.780.

⁸⁷⁰Loi n° 88-13 du 05/01/1988, *d'amélioration de la décentralisation*, J.O.R.F 08/01/1988, p. 208.

⁸⁷¹CE, 06/05/1985, n° 41589, *Association Eurolat Crédit foncier de France*, Rec. p.141, *RFDA* 1986, p.21, Concl. GENEVOIS (B.), L.P.A n° 127, 20 /10/1985, p. 4, note LLORENS (F.).

⁸⁷²La théorie du « domaine public virtuel » définie dans un avis de 1995 (CE Avis n° 356.960, 31/01/1995, *AJDA* 1997, p. 126, note FATOME (É.) et TERNEYRE (Ph.), consiste à soumettre aux principes de la domanialité publique un bien relevant du domaine privé d'une personne

déroger à ces principes. Comme pour l'A.O.T-L.O.A., il est donc avant tout une technique de financement au profit du partenaire chargé de réaliser l'ouvrage pour l'administration. Ces deux montages permettent donc d'échapper au code des marchés publics. Ils impliquent le transfert de la maîtrise d'ouvrage publique⁸⁷³. D'autres conditions sont également ouvertes pour le recours au B.E.A.: l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public, la réalisation d'enceintes sportives, la restauration, la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou d'un service départemental d'incendie et de secours. Enfin les établissements publics de santé peuvent également utiliser le mécanisme sur des biens immobiliers leur appartenant. Est alors employé le sigle B.E.A.H.⁸⁷⁴. Toutes les dépendances du domaine public ne peuvent cependant pas faire l'objet d'un B.E.A., c'est notamment le cas de celles relevant du champ d'application de la contravention de voirie⁸⁷⁵. Le Conseil d'État a jugé que les parkings étant des accessoires de voirie, ils ne pouvaient faire l'objet d'un B.E.A.⁸⁷⁶. Les B.E.A.H. sont toujours accompagnés d'une convention non détachable fixant les obligations respectives du propriétaire et de l'établissement public de santé notamment quant à la durée et aux modalités de la location, aux conditions de révisions du loyer, etc.⁸⁷⁷. La différence entre les deux mécanismes peut ainsi sembler assez ténue. Il est cependant intéressant de remarquer qu'alors que l'État peut conclure librement des A.O.T., les collectivités territoriales et les établissements publics ne peuvent conclure des B.E.A. ou consentir à des A.O.T. que dans des cas précis, énumérés par le législateur. Les deux dispositifs permettent donc à l'Administration de se procurer les moyens nécessaires à la réalisation de sa mission. Les titulaires de contrats spécifiques bénéficient quant à eux de prérogatives leurs permettant de sécuriser les financements utiles au développement du projet.

publique dès que son affectation à l'usage du public ou son affectation à un service public et son aménagement spécial à cet effet sont prévus « *de façon certaine* ».

⁸⁷³ CE, 25/02/1994, n° 144641 et 145406, *SOFAP Marignan immobilier*, Rec. p. 94, RFDA 1994, p. 510, Concl. ARRIGHI de CASANOVA (J.).

⁸⁷⁴ Article L. 6148-2 du code de la santé publique.

⁸⁷⁵ Article L. 1311-2 du CGCT.

⁸⁷⁶ CE, 18/10/1995, *Commune de Brive-la-Gaillarde*, Rec. p. 356.

⁸⁷⁷ Article L. 6148-3 du code de la santé publique. Le décret n°2011-2065 du 30/12/2011 a étendu ce mécanisme aux B.E.A. adossés d'une convention non détachable constituant un marché public, une D.S.P, un contrat de partenariat ou une concession de travaux publics l'obligation de publicité et de mise en concurrence (Article R 1311-2 du CGCT)

L'Italie connaît le même type de mécanisme avec le contrat de *locazione finanziaria* (location financière) ayant pour objet la prestation de services financiers et l'exécution de travaux au profit de l'Administration. Les personnes publiques peuvent ainsi avoir recours pour la construction, l'acquisition et l'achèvement d'ouvrages publics, à la formule du crédit-bail⁸⁷⁸. Le terme évoque en lui-même le caractère économique du mécanisme et le but, pour l'utilisateur du bien, de jouir de ce dernier sans devoir déboursier un prix global et sans assumer les risques liés à la qualité de propriétaire⁸⁷⁹. Il fut généralisé en droit italien par loi de finances pour 2007⁸⁸⁰ puis transposé dans le code des contrats publics à l'article 160-bis par le décret-législatif n° 113 de 2007⁸⁸¹. La *locazione finanziaria* constitue ainsi, en plus des marchés de travaux classiques et de la concession de construction et de gestion à destination directe de l'administration, une autre modalité de réalisation d'ouvrages publics. Elle s'écarte des marchés publics de travaux par le caractère fractionné des paiements.

Elle constitue en outre une alternative à la concession parce l'exploitation de l'ouvrage construit ne permet pas au titulaire du contrat « *d'en tirer économiquement les fruits* »⁸⁸². Le prix payé par l'administration correspond alors au fractionnement de la valeur de la prestation sur un nombre élevé d'années. Dans ces cas, la doctrine italienne évoque les caractères « *froid* » (fredda) ou « *tiède* » (tiepida) de l'ouvrage⁸⁸³. Les ouvrages chauds permettent une forme d'exploitation sur l'usager, même si elle ne revêt pas le caractère principal de l'activité. C'est par exemple le cas des structures hospitalières dans lesquelles les services non médicaux de type parking ou restauration sont exploités par le partenaire et représentent la contreprestation en sa faveur, assortie bien évidemment d'un prix. Les ouvrages froids sont ceux dans lesquels toute forme d'exploitation sur l'usager et donc de rémunération sur ce dernier est impossible. Cela concerne les prisons ou les

⁸⁷⁸CORI (R.), « la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità e il Partenariato Pubblico Privato », U.T.F.P *pub.*, 05/08.

⁸⁷⁹CERRITELLI (M.), « Il Leasing immobiliare pubblico in costruendo nel terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti Pubblici », *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2009, p. 243.

⁸⁸⁰Legge n° 296 del 27/12/2006, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, G.U n° 299 del 27/12/2006 – S.O. n° 244.

⁸⁸¹D.Lgs n° 113 del 31/07/2007, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, G.U n° 176 del 31/7/2007 - S.O n° 173.

⁸⁸²CERRITELLI (M.), *op. cit.*, p.

⁸⁸³V. *Infra*, p. 232.

commissariats de police par exemple. Pour ces dernier cas, la location financière italienne apparait comme un mécanisme de financement particulièrement adapté.

Le Code des contrats publics italien a ensuite été modifié en 2012⁸⁸⁴ pour permettre l'intégration d'un nouvel instrument du partenariat public-privé : *il contratto di disponibilità* (le contrat de disponibilité). L'article 3 du code le définit comme un contrat confiant, aux risques et dépens de son attributaire, « *la construction et la mise à disposition en faveur de l'administration adjudicatrice d'un ouvrage de propriété privée destiné à l'exercice d'un service public, contre redevance* ». La mise à disposition s'entend par la charge assumée à ses propres risques par l'attributaire pour « *assurer à l'administration adjudicatrice la constante facilité d'utilisation de l'ouvrage, dans le respect des paramètres de fonctionnalité prévu dans le contrat, garantissant dans ce but la parfaite maintenance et la résolution de tous les vices éventuels, dès leur survenance* »⁸⁸⁵. Le risque de construction et de gestion technique de l'ouvrage est ainsi assumé intégralement par le partenaire privé et le risque d'exploitation par la personne publique. Le partenaire privé se voit alors compenser la mise en disponibilité de son bien par une redevance payée par l'administration durant toute la période du contrat. L'utilisation des termes « ouvrages de propriété privée destiné à l'exercice d'un service public » plutôt que la formule traditionnelle « d'ouvrage d'intérêt public »⁸⁸⁶ révèle la nécessité d'existence d'un lien fonctionnel entre l'ouvrage et un service public directement assurée par l'administration⁸⁸⁷. Une option d'achat éventuelle, calculée en fonction des loyers déjà versés dans le cadre de la location peut être levée par la personne publique. Dans tous les cas, la propriété de l'équipement construit est transférée à l'administration adjudicatrice en fin de contrat. Les ressemblances avec les mécanismes contractuels du droit français sont donc frappantes et témoignent ainsi de la similarité des problématiques de financement d'infrastructures auxquelles sont

⁸⁸⁴ Articolo 44 del D.Lgs n° 1 del 24/01/2012, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, converti dans la loi n° 27 du 24/06/2012, G.U. 24/03/2012, n. 71, S.O. n°153.

⁸⁸⁵ Article 3, § 15-bis : « *Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti* »

⁸⁸⁶ Di LIETO (G.-M), « Opere pubbliche, opere private di pubblica utilità : il regime giuridico delle opere di edilizia residenziale pubblica », *Giust. Amm. It.*, 2005.

⁸⁸⁷ GALLIA (R.), « Il contratto di disponibilità », *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, XXVII, 2013, n°3, p.441.

confrontées les personnes publiques dans le cadre de l'accomplissement de leur mission.

Les partenariats public-privé à destination de l'administration, que nous avons définis comme étant des prestations de constructions complexes supports de missions de service public, portent ainsi principalement sur des activités d'assistance (activités scolaires, hospitalières, etc.) ou des missions régaliennes dont les personnes publiques ne peuvent se défaire (activités de sécurité, de justice, etc.). L'attributaire du partenariat concourt dans ce cas à la mission, sans être chargé de son exécution. Cependant, force est de constater que les directives commande publique de 2014 ont entériné la conception européenne selon laquelle la condition de délégation ne jouait plus dans la distinction entre marché public et concession. Les marchés, comme les concessions, peuvent être les supports contractuels d'une mission de service public. De ce fait, la conception française distinguant entre acte d'achat et acte de délégation et présentée comme un élément traditionnel de la dichotomie des contrats de commande publique en France n'a plus lieu d'être⁸⁸⁸. Les instruments juridiques des partenariats public-privé transcendent également cette distinction, confirmant que les problématiques soulevées par leur structure sont indubitablement liées aux évolutions les plus récentes du droit de la commande publique.

⁸⁸⁸ KALFLÈCHE (G.), « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p.17.

Section 2 : Aspects structurels des P.P.P.

Le terme structure provient étymologiquement du latin *struere* qui signifie construire⁸⁸⁹. Il fait donc référence à la manière dont un édifice est bâti, à la façon dont ses parties sont agencées. De manière plus générale, l'idée de structure évoque la façon dont les éléments composant un système sont liés entre eux. Le droit moderne de la commande publique en France et en Italie s'est historiquement construit en fonction de deux catégories de contrats : les contrats permettant aux administrations d'acheter des prestations de travaux, de fournitures et de services et les contrats comportant délégation d'une mission de service public à un tiers de l'administration⁸⁹⁰. La première catégorie était traditionnellement composée de contrats à paiement comptant de courte durée, très réglementés dans leur passation et contrôlés dans leur exécution. La seconde catégorie comportait des contrats reposant sur investissement privé et permettant la réalisation d'un ouvrage et/ou l'exécution d'un service au profit des usagers de l'administration. Ce type de contrat était complexe et de longue durée. Leurs titulaires les exécutaient de façon plus libre et pouvaient être dotés de prérogatives de puissance publique déléguées par l'administration pour mener à bien leur mission. Ces deux grandes catégories se sont matérialisées au travers de multiples instruments juridiques. Leurs frontières, devenues très instables, ont aujourd'hui évoluées.

L'évolution des fonctions propres aux instruments juridiques du P.P.P. est ainsi révélatrice de l'évolution de cette *summa divisio* en droit européen de la commande publique. Elle témoigne du rapprochement matériel des catégories notionnelles dans lesquelles s'intègrent les instruments juridiques des partenariats public-privé: le marché et la concession. La distinction entre les actes d'achats à paiement comptant et de courte durée, et les actes de délégation de longue durée avec rémunération perçue sur l'utilisateur n'est en effet plus aujourd'hui un indice suffisant pour séparer les différents contrats. Les instruments des partenariats publics-privé français et italiens peuvent aussi bien se matérialiser dans des actes

⁸⁸⁹ *Le Grand Robert, op. cit.*, entrée « Structure ».

⁸⁹⁰ BEZANÇON (X.), « Typologie, contenu et droit comparé des contrats publics », *Revue du Marché Unique Européen*, n°3, 1999, p.11.

d'achats à paiement fractionné sur une longue durée (§1), que dans des actes de délégation avec possibilité de paiement public (§2).

§1) Des actes d'achats d'équipements publics à paiement fractionné

Les actes d'achats des administrations correspondaient historiquement à des prestations à objet unique de courte durée et à paiement comptant⁸⁹¹. Leur objet limité dans le temps conduisait alors à ce que leur économie générale soit conçue, dirigée et surveillée par l'administration. Ils incluaient ainsi une maîtrise totale de la prestation par la personne publique, tant dans la conception du projet que dans le contenu du contrat. Les cocontractants de l'administration n'exécutaient pas dans le même contrat des prestations de services et des prestations de construction. L'exploitation des équipements construits n'impactait donc pas la rémunération de l'attributaire. De ce fait, les prestations achetées par l'administration l'étaient généralement en lots séparés et à paiement comptant. Il est frappant de remarquer que les instruments juridiques du partenariat public-privé à destination de l'administration pouvant être assimilés à cette catégorie générale s'éloignent fortement de cette définition. Ils sont en effet constitués par une multiplicité de prestations de services sur une longue durée (A) dont la rémunération, établie en fonction de la performance du partenaire privé, est fractionnée (B).

⁸⁹¹BEZANÇON (X.), *op. cit.* p. 13.

A) *L'externalisation de fonctions périphériques sur une longue durée*

Les travaux ne se limitent pas à des travaux (1). La complexité de la prestation nécessite également que la maîtrise d'ouvrage soit transférée au partenaire (2).

1) Des prestations ne se limitant pas à des travaux de construction

Le professeur LINDITCH avait conjecturé en 2002 ce qu'il estimait être l'évolution du « *droit de l'achat public* »⁸⁹². Il considérait que le mouvement « *d'externalisation contractuelle des fonctions administratives* », suscité par le développement du droit des marchés publics, traduisait « *la montée du marché tout court* » et agirait comme un « *puissant dissolvant des structures administratives* ». Cependant, loin de signifier à terme la consommation de l'objet « *droit administratif* » et *a fortiori* du droit de la commande publique, il affirmait que ces nouvelles pratiques amèneraient « *à un retour aux canons du droit administratif classique* ».

Le terme « *externaliser* »⁸⁹³ fait l'objet dans le langage juridique d'une grande polysémie⁸⁹⁴. Appliqué aux activités publiques, il pourrait être défini comme le moyen, pour une personne morale de droit public, de confier temporairement à une personne morale distincte d'elle-même le soin d'exécuter une mission relevant de son champ de compétence contre rémunération. La frontière avec la concession semble ainsi être assez ténue. Cependant, si le modèle concessif peut être considéré comme une forme d'externalisation (l'externalisation de missions de service public de caractère délégable), toutes les externalisations ne sont pas assimilables juridiquement à des concessions. Les contrats confiant l'exécution de services dont la rémunération s'effectue directement par l'administration sont par exemple analysés comme des marchés publics de services. Les services du traitement des ordures ménagères, de l'eau, ou même du transport urbain par voie routière, témoignent que l'exécution du service public n'est pas sujette à énormément de

⁸⁹²LINDITCH (F.), « *Droit administratif, l'éternel retour : L'illustration des marchés publics* », *Revue administrative*, 2002, n°328, p.358.

⁸⁹³« *Confier une tâche à une personne extérieure* ». V. *Le Grand Robert.*, *op. cit.*

⁸⁹⁴V. COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 403.

différences sur le plan fonctionnel selon qu'elle le soit par un marché ou une concession.

L'acte d'achat public s'établissait traditionnellement comme un moyen de paiement, à partir de ressources collectées par l'État, de prestations de travaux visant à la construction de routes, ponts, prisons et autres équipement publics nécessaires aux personnes publiques afin que ces dernières exécutent leur missions⁸⁹⁵. Généralement de courte durée, ces contrats seront dénommés plus tard comme étant des marchés publics. Leurs caractéristiques principales est qu'ils incluaient une maîtrise totale de la personne publique quant à la conception du projet, son financement ainsi que sur la direction des travaux. De plus, les prestations de services et de travaux n'étaient généralement pas incluses au sein du même contrat. Dès lors, les modèles concessifs complexes, dans lesquels étaient organisées des prestations de travaux combinées avec des prestations de services au profit des usagers de l'administration, se différenciaient des actes simples d'achats de travaux, ne serait-ce que temporellement, puisqu'ils ne constituaient qu'une séquence de la prestation globale alors que la concession formait son intégralité.

L'une des évolutions marquantes des instruments juridiques du partenariat public-privé à destination de l'administration, correspondant donc à des actes d'achats, est que le couplage de missions de services devient associée à celles de travaux. C'est en effet la complexité de la prestation qui détermine la globalité de la mission et qui justifie l'externalisation de certaines fonctions. Ces dernières, si elles ne sont qu'annexes à l'activité principale délivrée aux usagers, n'en demeure pourtant pas moins indispensables à la réalisation de la mission de service en général⁸⁹⁶.

La ligne de démarcation entre l'acte de délégation et l'acte d'achat pourrait néanmoins s'établir autour du caractère *périphérique*⁸⁹⁷ de la prestation par rapport à l'activité de service public. La réalité de leur externalisation dans le cadre des P.P.P. à destination de l'administration ne souffre d'ailleurs d'aucune ambiguïté. Il peut s'agir par exemples de prestations assez éloignées de l'activité principale comme la

⁸⁹⁵BEZANÇON (X.), *op. cit.* p. 31.

⁸⁹⁶LINDITCH (F.), *op. cit.* p. 362.

⁸⁹⁷YOLKA (P.), « Établissement publics de santé et bail emphytéotique administratif », *JCPA*, 2004, n°22, p. 744.

gestion d'une chaufferie pour un centre hospitalier. Les prestations périphériques peuvent également recouvrir la recherche, l'acquisition, le catalogage et la conservation de livres pour enfant dans le cadre de la création d'une unité pédiatrique d'un hôpital construit sur le modèle du B.E.A.H. Elles peuvent aussi être plus rapprochées du service comme par exemple l'entretien et la maintenance d'armoires électriques dans le cadre de l'extension d'une ligne de métro. Elles nécessitent toutes une intervention du partenaire sur une longue durée et justifient de leur adossement à la prestation de travaux dans le cadre d'un montage global où l'allocation optimale de moyens au profit de l'administration garantit théoriquement que l'activité publique est plus performante⁸⁹⁸.

L'externalisation des fonctions périphériques à l'activité principale de la personne publique recouvre ainsi une multitude d'opérations. Il peut s'agir d'un simple achat de travaux. L'Administration se tourne dans ce cas vers le marché plutôt que de recourir à l'auto-exécution. Les fonctions accessoires peuvent également recouvrir plusieurs prestations (services, travaux, fournitures) dans le cadre d'une externalisation globale⁸⁹⁹, c'est-à-dire utilisée à la place de plusieurs marchés allotés. Dans cette acception, les instruments des P.P.P. à destination de l'administration apparaissent alors comme ayant un objet plus complet. Cet objet ne peut être réduit à la somme des prestations périphériques le composant⁹⁰⁰, de la même manière qu'un contrat de crédit-bail est « *économiquement autre chose que la juxtaposition d'une vente, d'un louage et d'une promesse unilatérale de vente* »⁹⁰¹. La prestation délivrée s'analyse alors comme un service global rendu à l'administration ainsi que le relève certains des guides du trésor britannique, lesquels considèrent que « *The substance of a PFI deal should be the procurement of a service* »⁹⁰².

⁸⁹⁸V. *Supra* p. 84.

⁸⁹⁹LINDITCH (F.), « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel », note sous CC, 26 juin 2003, déc. n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, JCP A, n° 41, 2003, p. 1293.

⁹⁰⁰, *les instruments juridiques des PPP*, Paris, LGDJ, 2011, p.102 ; RICHER (L.), *droit des contrats administratifs*, 8^e éd., L.G.D.J., 2012, p.52.

⁹⁰¹TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 90, in, MULLER (E.), *Op. Cit.*, p. 55.

⁹⁰²« *L'essence d'un contrat de PFI devrait être la délivrance d'un service* » HM Treasury, *Standardisation of PFI contracts*, 3e éd., avril 2004, cité in BRACONNIER (S.), « Les contrats de Private Finance Initiative. Réflexions sur la dynamique contractuelle dans les partenariats public-privé », *BJCP* 2002, n° 22, p. 177.

L'une des externalisations les plus marquantes dans le cadre de ces instruments est sans doute celle relative au préfinancement du projet. Elle procède, en France comme en Italie, de l'idée quelque peu dogmatique selon laquelle le caractère privé de la recherche des fonds nécessaires au développement du projet demeure plus efficace que le financement public direct⁹⁰³. C'est donc le souci de limiter les risques financiers, notamment pour les établissements prêteurs, qui justifie la mise en œuvre de mécanismes de garantie suffisants, notamment via la technique du financement de projet, dont le nom a par ailleurs été transcrit de manière littérale dans le code des contrats publics italien⁹⁰⁴. Le financement de projet est une technique élaborée, comme son nom l'indique, pour les besoins spécifiques d'un projet « *au terme duquel les prêteurs acceptent de limiter, en tout ou partie, leur recours au titre de remboursement de leur prêt, sur les seuls actifs ou bien du projet et les revenus dégagés par l'exploitation dudit projet. Contrairement à un financement bancaire classique, dont le remboursement peut être garanti par tout ou partie des biens de l'emprunteur, le financement de projet se caractérise par le fait que le service et le remboursement de la dette bancaire soient assurés essentiellement par les recettes d'exploitation du projet* »⁹⁰⁵. Dans ce type de montage, la garantie des prêteurs réside principalement de la cession à leur profit des créances détenues par la société de projet sur la personne publique⁹⁰⁶.

Dans le cadre d'un P.P.P. à destination de l'administration, deux périodes sont généralement distinguées. Dans la première, la période de construction, la société titulaire du contrat va lever un crédit à court terme et à taux variable, généralement dénommé « crédit construction », avec lequel elle paiera essentiellement les coûts de travaux. À la livraison de l'ouvrage, le crédit souscrit pour la construction sera généralement remboursé par la souscription d'un autre crédit, cette fois de long terme et à taux fixe⁹⁰⁷, dit « crédit financement ». Dès la livraison, s'ouvre la période d'exploitation pendant laquelle le titulaire, qui assurera des prestations d'entretien et

⁹⁰³LEQUIEN (M.) et CUCHE (P.), « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipement public », *DA*, 2004, Chr. n° 22.

⁹⁰⁴Articolo 153 *del codice dei contratti pubblici*.

⁹⁰⁵SEKFALI (Z.), « Droits des financements structurés », *Revue Banques*, 2004, p. 536.

⁹⁰⁶BRACONNIER (S.), « L'accord autonome dans les contrats de partenariats public-privé », in mélanges en l'honneur du Professeur Laurent RICHER, *A propos des contrats des personnes publiques*, Paris, 2013, LGDJ, p.511.

⁹⁰⁷Le mécanisme permettant l'échange d'un taux variable par un taux fixe lors d'une opération de crédit est un contrat *swap*.

de maintenance, sera rémunéré par un prix fractionné en fonction de critères déterminés dans le contrat.

Le recours à l'externalisation du préfinancement des activités publiques avait d'une certaine manière déjà été présupposé par DUGUIT lorsque ce dernier évoquait le caractère exponentiel de la demande en services publics, lesquels « *entraînent de fortes dépenses pour lesquelles il faut aux gouvernants de l'argent, beaucoup d'argent* »⁹⁰⁸. Les sommes nécessaires pouvaient être obtenues selon lui notamment par des mécanismes de « *décentralisation par voie de concession* »⁹⁰⁹. En définitive, l'externalisation de la fonction de préfinancement procède d'un paradoxe : celui de justifier, dans une logique performantielle, du recours au secteur privé afin de limiter l'endettement des administrations alors que la demande sociale en ouvrages, équipements et services fournis par le secteur public ne cesse de croître⁹¹⁰.

C'est donc sur la notion de performance que s'appuie la critique de l'achat public traditionnel, dont le marché public de travaux et l'emprunt classique symbolisent, pour certains auteurs⁹¹¹, des instruments trop traditionnels dont le recours abusif a pour conséquence une augmentation préoccupante de la dette publique. Cette opération d'incitation à la gestion optimale de leurs ressources dans le cadre de leurs activités publiques⁹¹² a été suivie par les administrations, lesquelles ont utilisé les techniques du droit bancaire et financier sans faire nécessairement diminuer leur taux d'endettement⁹¹³. Dès lors, la liaison du préfinancement avec les missions périphériques d'entretien et de maintenance sur une longue durée font dans une certaine mesure courir des risques sur le partenaire privé, lequel voit sa rémunération adossée à des critères de performance. En effet si les coûts de construction et d'exploitation sont supérieurs aux prévisions, la rémunération du partenaire, à moins que l'augmentation ne soit due à des causes échappant à son contrôle, risque de diminuer. Dans la mesure où ces coûts peuvent également

⁹⁰⁸DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Ed. La mémoire du droit, Paris, 1999, p.55

⁹⁰⁹DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, tome II, 1923, p.59.

⁹¹⁰ TERNEYRE (P.), « Les montages contractuels complexes », *AJDA* 1994, numéro spécial, p. 45.

⁹¹¹BIEHL (D.), « Equipements collectifs, développement économique, croissance et plein emploi », in PRUD'HOMME (R.) et TERNY (G.) (dir.), *Le financement des équipements publics de demain*, Paris Economica, 1986, p. 83.

⁹¹²JESTIN (G.), « Le financement des grands équipements collectifs », *RFFP*, 1988, n° 22, p. 141.

⁹¹³ V. *Infra*, p. 380.

augmenter en raison de modifications dans la conception ou de retards dus à des désapprobations du secteur public, notamment dans la direction des travaux, les prestations seront alors réalisées sous la maîtrise d'ouvrage du partenaire.

2) Le transfert de la maîtrise d'ouvrage

Le Professeur MULLER⁹¹⁴ a brillamment démontré combien la notion de maîtrise d'ouvrage publique avait pu être instrumentalisée en droit français pour distinguer entre les marchés publics de travaux et les montages contractuels complexes assimilables à des opérations de crédit-bail immobilier⁹¹⁵. Cette technique permettait ainsi d'exclure l'application du code des marchés publics⁹¹⁶, conférant alors à ce type de contrat, selon l'expression du Conseil constitutionnel⁹¹⁷, un caractère dérogoire au droit commun de la commande publique⁹¹⁸. En effet, la loi M.O.P⁹¹⁹ dispose en son article 2 que « *le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre* ». Selon cette disposition, tous les travaux de construction réalisés « *pour* » le compte des personnes morales mentionnées à l'article 1^{er} la loi⁹²⁰ impliquent que ces dernières assument la maîtrise d'ouvrage ou alors, comme l'a prévu le législateur, qu'elles aient recours à un maître d'ouvrage

⁹¹⁴MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, Paris, LGDJ, 2011, p.102 ; RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd., L.G.D.J., 2012, p.171.

⁹¹⁵CE, Sect., 25/02/1994, *SOFAP-Marignan Immobilier*, Rec. p. 94 ; *RFDA* 1994, p. 510, Concl. ARRIGHI DE CASANOVA (J.) ; note FATOME (E.) et TERNEYRE (Ph.), *C.J.E.G* 1994, p. 569.

⁹¹⁶L'article 1^{er} § II du Code des marchés publics de 2001 disposait en effet que les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de travaux « *à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage* ». Cette référence a été reprise dans le code de 2006 dont l'article 1^{er} dispose que « *les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage.* »

⁹¹⁷C.C DC n° 2003-473 du 26/06/2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, Rec., p. 382, FATOME (É.) et RICHER (L.), *R.F.D.C* 2003, p. 772, LINDITCH (F.) *J.C.P.A* 2003, p. 1289, LICHERE (F.), *R.D.P* 2003, p. 1163.

⁹¹⁸V. *Infra.*, Partie 2, p. 439.

⁹¹⁹Loi n° 85-704 du 12/07/1985 *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée* (loi MOP), *op. cit.*

⁹²⁰L'Etat et ses établissements publics ; Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, [...], Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, etc.

délégué avec lequel elles concluent obligatoirement un contrat de mandat⁹²¹. Ce dernier est néanmoins soumis à de notables restrictions, notamment l'incompatibilité de ses missions avec toute mission de maîtrise d'œuvre et de réalisation de travaux⁹²².

Or, les collectivités avaient recours, notamment au début des années 1990, au mécanisme de la vente en l'état futur d'achèvement (V.E.F.A), procédé par lequel « *le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution...* »⁹²³. L'une des particularités de ce contrat est que « *le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux* »⁹²⁴, bien que le transfert de la propriété du sol soit direct. Saisi de la question du bien fondé du recours à cette technique pour une personne publique, le Conseil d'État avait ainsi clairement énoncé en 1991 que « *si aucune disposition législative n'interdisait aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant [la V.E.F.A], elles ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, [...], lorsque l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres* »⁹²⁵. Le juge administratif confirmait donc l'idée selon laquelle la loi M.O.P faisait obligation aux personnes publiques d'être les maîtres d'ouvrage des travaux réalisés « *pour* » elles. Le commissaire du gouvernement POCHARD avait cependant imaginé dans ses conclusions qu'une telle solution comportait un risque de voir se constituer une « *voie d'eau* »⁹²⁶. Sa pensée allait alors se réaliser. En effet, dans un avis de 1995⁹²⁷, le Conseil d'État affirma que les conditions énoncées dans la jurisprudence *Région Midi-Pyrénées* de 1991 (l'objet de l'opération est la construction, pour le compte de la collectivité d'un immeuble dont elle est

⁹²¹ Article 3 de loi M.O.P, précitée.

⁹²² Article 4 de loi M.O.P, précitée.

⁹²³ Article L 1601-3 du code civil.

⁹²⁴ Article L 1601-3 du code civil.

⁹²⁵ CE, Sect., 08/02/1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne*, Rec., p. 41, étude LLORENS (F.), CJEG 1991, p. 251.

⁹²⁶ Concl Pochard. (M.), CE, Sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne*, RFDA, 1992, p. 48.

⁹²⁷ CE avis n° 356960 du 31/01/1995, EDCE, n° 47, 1996, p. 407. V FATÔME (É.) et TERNEYRE (Ph.), « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », AJDA 1997, p. 138.

propriétaire et conçu en fonction de ses besoins propres) étaient cumulatives. Lorsque l'une d'entre elles est absente d'un montage contractuel global, le recours à la maîtrise d'ouvrage privée est ainsi permis. Or, c'est précisément le cas des montages dans lesquels l'acquisition de la propriété par la personne publique n'intervient que de manière différée dans le temps, soit par l'accession au terme du paiement des loyers, soit par la levée d'une option d'achat. Par la suite, cette dissociation entre les marchés publics et les partenariats public-privé à destination de l'administration au moyen du transfert de la maîtrise d'ouvrage a été accentuée par le législateur.

L'ordonnance sur les contrats de partenariat le prévoit ainsi explicitement⁹²⁸. Il en est de même, mais de façon plus implicite, pour les ouvrages établis au moyen des B.E.A et des A.O.T –L.O.A dans la mesure où la lecture combinée des divers textes leur étant applicable prescrivent qu'ils sont destinés à être affectés à un service public⁹²⁹, qu'ils deviendront la propriété des personnes publiques soit par voie d'accession à l'extinction du titre d'occupation⁹³⁰, soit par la levée d'une option d'achat⁹³¹. La dévolution de la maîtrise d'ouvrage au titulaire du contrat constitue ainsi un trait commun aux différentes prestations du P.P.P. à destination de l'administration car elle permet de les différencier des actes d'achats plus classiques des personnes publiques, notamment lorsqu'ils confient à des tiers le soin de réaliser des travaux répondant à leur besoins. Ce transfert est également révélateur du caractère transversal de la notion de partenariat public-privé puisqu'il existe par nature dans les modèles concessifs.

Par ailleurs, c'est à l'identité même de la notion de marché public au sens du droit français qu'un coup d'épée est porté. Il est en effet aisé d'affirmer que les marchés publics « classiques » de travaux du droit interne, dont la maîtrise d'ouvrage ne peut pas être transférée, et les instruments du P.P.P. à destination de l'administration constitutifs d'actes d'achats d'équipements publics, dans lesquels ce transfert est possible, se différencient fortement. Les derniers ont pour objet une prestation globale, composée d'une mission principale de construction, à laquelle est

⁹²⁸Article 1^{er} § 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, précitée.

⁹²⁹Ils répondent aux « besoins » du service public de la santé selon l'article L. 6148-2 et 3 du Code de la santé publique.

⁹³⁰L. 2122-9, al. 2 C.G. P.P.P.

⁹³¹L. 2122-15 C.G. P.P.P.

assortie une multitude de prestations périphériques. Cependant, l'opération ne peut s'analyser exclusivement comme une adjonction irréductible de ces deux caractéristiques. Les travaux ne sont en définitive pas plus la cause de la prestation qu'une condition de sa réalisation. Dans cette optique l'usage du terme anglo-saxon service « *sold to the public sector* » (vendu au secteur public) prend tout sens.

Ce raisonnement peut présenter une certaine analogie avec le droit italien. En effet, la maîtrise d'ouvrage publique n'existe pas en tant que telle dans le Code des contrats publics. Cependant, les éléments qui la composent sont en quelques sortes associés avec la maîtrise d'œuvre dans le cadre des concessions et du financement de projet. Il est ainsi prévu que les titulaires de ces contrats peuvent aider l'administration à exprimer et à formaliser son besoin, déterminer la faisabilité de l'opération, assurer le financement, réaliser les études d'esquisses, les avant-projets et conduire la direction des travaux⁹³². Ces fonctions particulières, exercées obligatoirement par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des marchés publics⁹³³, peuvent toutefois être transférées à des personnes privées, par voie d'exception, quand « *elles réalisent des ouvrages d'intérêt public, comme des hôpitaux, des équipements sportifs ou récréatifs pour le temps libre, des écoles et des universités ou encore des immeubles destinés à une fonction publique administrative* »⁹³⁴. Le montant global des opérations doit alors être supérieur à 1 million d'euros, dont au moins 50 % provient de contributions directes des administrations adjudicatrices⁹³⁵. Nous pouvons alors remarquer la corrélation entre cette rédaction, reprise littérale dispositions de la loi MERLONI de 1994⁹³⁶, et les dispositions du même texte définissant les concessions⁹³⁷. En effet, avant que la loi cadre de 1994 sur les travaux publics ne soit modifiée⁹³⁸, le prix payé par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une concession ne pouvait être supérieur à 50% de la valeur des travaux. Si tel était le cas, le contrat était qualifiable de marché public et la « maîtrise d'ouvrage » devait être publique, comme le prévoyait l'article 90 du Code. C'est dans cette

⁹³²Articoli 32 § f), 90 et 153 del *codice dei contratti pubblici*, précité.

⁹³³Articoli 33 §3) et 90, *codice dei contratti pubblici*, précité.

⁹³⁴Articolo 32 § 1. d), *codice dei appalti pubblici*, précité.

⁹³⁵Articolo 3 § 25, *codice dei contratti pubblici*, précité : les administrations de l'État, des établissements publics, des collectivités locales ainsi que de leurs associations, d'établissements locaux et de certains groupements.

⁹³⁶Articolo 2 § 2 de la *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, précitée.

⁹³⁷Articolo 19 § 2 *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, précitée.

⁹³⁸Legge sulle *Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*, précitée.

logique que la loi établissait à titre exceptionnel, pour les cas précis mentionnés ci-dessus, la possibilité d'opérer un transfert de ces différentes prérogatives.

Une différence peut alors être mesurée entre les droits français et italiens. En effet, alors qu'en France la notion de maîtrise d'ouvrage a pu être utilisée pour dénier aux montages contractuels complexes constitutifs de droits réels sur le domaine public la qualité de marchés publics et ainsi les faire échapper au code qui interdit le paiement différé et impose l'allotissement⁹³⁹ ; en Italie, cette notion n'a jamais été utilisée de façon explicite par le juge. Cependant, l'analyse des réformes du droit de la commande publique conduit à affirmer qu'elle représente une ligne de démarcation non négligeable entre les instruments juridiques du P.P.P. et les contrats publics n'entrant pas dans cette catégorie. Nous avons pu constater que le mécanisme du *Project Financing* avait été intégré dans le droit des concessions de travaux. Ce dernier a, du reste, été modifié en 1998 (suppression de la limite du prix à 50 % de la valeur des travaux) et en 2002 (création des concessions à destination directe de l'administration). Or le code des contrats publics impose des règles précises en ce qui concerne les compétences que nous pourrions assimiler, par commodité de langage, à la maîtrise d'ouvrage publique. Elle ne peut être réalisée, dans le cadre des marchés, que par les personnes publiques ou des sociétés de professionnels exclusivement habilités à la réalisation de cette tâche⁹⁴⁰. En effet, dans l'hypothèse où l'administration ne dispose pas des compétences nécessaires, elle peut avoir recours à une assistance privée⁹⁴¹. Elle est en outre intrinsèque à la qualité de concessionnaire. La dernière possibilité de délégation concerne les cas où une personne morale de droit privé est chargée de la réalisation d'un ouvrage destiné à une fonction publique administrative, dont la valeur dépasse un million d'euros et dont au moins cinquante pour cent du prix provient de l'administration. Cette limite correspond parfaitement à celle posée initialement pour recourir aux concessions à destination directe de l'administration exécutées *via* le mécanisme *della finanza di progetto*. De plus, nous pouvons affirmer que les *contratti di disponibilità* et de *locazione finanziaria* entrent également dans cette catégorie de contrats permettant

⁹³⁹MULLER (E.), *op.cit.*, p. 171.

⁹⁴⁰Article 90, *codice dei contratti pubblici*, précité.

⁹⁴¹Article 90 § 6, *codice dei contratti pubblici*, précité.

le transfert de la maîtrise d'ouvrage⁹⁴². Dès lors, ce transfert constitue bel et bien une ligne de démarcation assez nette entre les P.P.P. à destination directe de l'administration et les marchés publics de travaux classiques.

Dans le cadre de ces contrats, ces fonctions particulières se matérialisent lors de trois phases, en amont de la *progettazione* (conception). Tout d'abord dans la phase préliminaire, le partenaire assiste la personne publique dans la définition de ses besoins et la rédaction de l'avant-projet matérialisant les différents moyens techniques nécessaires à leur satisfaction⁹⁴³. Ensuite, dans la phase dite « définitive », il rédige, sur la base des indications de la phase préliminaire, le projet contenant l'ensemble des éléments nécessaires à l'obtention des différentes autorisations administratives, notamment en matière d'urbanisme⁹⁴⁴. Enfin, dans la phase exécutive, il détermine l'ensemble des procédés d'ingénierie définissant l'infrastructure, la structure et l'architecture du projet à réaliser⁹⁴⁵.

L'ensemble de cette partie suit la phase de *programmazione*⁹⁴⁶, c'est-à-dire la préparation pour les administrations du programme triennal dans lequel est notamment prévu, pour l'année en cours, l'ensemble des travaux que les administrations souhaitent voir réaliser. Les opérations supérieures à 1 millions d'euros font l'objet d'une étude de faisabilité (assimilable à l'évaluation préalable du droit français). Elle est composée d'une estimation globale du coût de l'opération, des caractéristiques fonctionnelles et techniques (au sens architectural) du projet ainsi que de la part des besoins pouvant être financés au moyen de capitaux privés. Elle indique également la provenance des fonds nécessaires à la réalisation de l'ouvrage et s'ils ont déjà été versés. Dans le cas contraire l'administration indique la nécessité de recourir à un emprunt. Ensuite, les indications sont transmises aux administrations chargées d'autoriser les différentes opérations. Le conseil supérieur des travaux publics est obligatoirement compétent pour les projets d'importance nationale supérieurs à 25 millions d'euros et financés au minimum à 50 % par l'État. Si le montant des travaux est inférieur à ce seuil, les

⁹⁴² Il résulte en effet des dispositions du code les concernant que le transfert de la maîtrise d'ouvrage, s'il n'est pas explicitement mentionné, est en revanche un élément essentiel du contrat. V.

⁹⁴³ Articolo 17 § 1 D.P.R n°207 del 05/10/2010, *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, GU n° 288 del 10/12/2010 – S.O n°270.

⁹⁴⁴ Articolo 24 § 1, D.P.R n°207 del 05/10/2010, précité.

⁹⁴⁵ Articolo 33 § 1, DPR n°207 del 05/10/2010, précité.

⁹⁴⁶ Articolo 128, *codice dei contratti pubblici*, précité.

indications seront transmises aux *Comitati Tecnici Amministrativi* (Comités Techniques Administratifs). Les fonctions de direction des travaux sont normalement dévolues aux administrations⁹⁴⁷. Cependant, elles peuvent déléguer cette mission à la personne chargée de la « maîtrise d'ouvrage » au sens de l'article 90 § 6 du code. Dans ce cadre, le code évoque le *responsabile unico del procedimento* (responsable unique de la procédure), c'est-à-dire une fonction dans laquelle est transférée une mission globale correspondant à la fois à la maîtrise d'ouvrage et à la maîtrise d'œuvre.

Le Tribunal administratif régional (T.A.R) du Piémont a considéré en 2008⁹⁴⁸ que la mutualisation des fonctions de programmation, de conception et de direction des travaux au profit d'un même opérateur titulaire d'un P.P.P., en l'espèce un contrat de promoteur dans le cadre du mécanisme *della finanza di progetto* pour la construction d'un parking souterrain, n'était pas incompatible avec les principes contenus dans le code⁹⁴⁹. Le Conseil d'État, statuant en appel, déclara que si « *les propositions soumises au juge administratif étaient très discutables dans le cadre du respect des principes contenus dans le code* » pour les marchés de travaux classiques, il n'en demeurait pas moins que dans le contexte particulier inhérent au financement de projet, « *les administrations ne pouvaient éluder notamment les principes de base de transparence et de non discrimination* » et que ces principes étaient respectés dans le cadre « *de l'évaluation comparative des différentes offres* » contenues dans les procédures prévues par l'article 153 du code des contrats publics⁹⁵⁰. Le parallèle avec l'évaluation préalable du contrat de partenariat devant conclure au bilan plus avantageux du mécanisme par rapport aux autres contrats de la commande publique⁹⁵¹ est donc saisissant. Il révèle, en outre, que si ces instruments peuvent se rapprocher fonctionnellement de l'objet historique des actes d'achats de prestations de travaux de l'administration, ils s'en éloignent structurellement par la complexité de la prestation sur laquelle il repose. Le partenariat public-privé ne peut ainsi se départir de l'externalisation de fonctions périphériques mais aussi du transfert de la maîtrise d'ouvrage publique.

⁹⁴⁷ Articolo 130, *Codice dei contratti pubblici*, précité.

⁹⁴⁸ TAR Piemonte, sez.I, Sentenza n° 2931 del 21/11/2008.

⁹⁴⁹ Articolo 2, *codice dei contratti pubblici*: libre concurrence, égalité de traitement, non discrimination, transparence, [...], allotissement des marchés.

⁹⁵⁰ C.S, Adunanza Plenaria (Assemblée Plénière), Sentenza n°1, 28/12/2012.

⁹⁵¹ Article L-1414-2 du CGCT.

En définitive, nous pouvons ainsi aisément percevoir que les principales fonctions de maîtrise d'œuvres sont associées à celle de maîtrise d'ouvrage (c'est-à-dire en résumant grossièrement l'expression et la formalisation du besoin à satisfaire, la détermination de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération, le soin d'assurer le financement et de conduire la direction des travaux dans l'optique de s'assurer que le résultat obtenu est conforme aux exigences formulées en amont) et transférées au partenaire privé. Cet élément constitue une ligne de démarcation intéressante entre les marchés publics et les prestations complexes réalisées au profit direct de l'administration. Cependant, ces instruments juridiques matérialisant en droits français et italien la notion de partenariat public-privé se distinguent structurellement de la catégorie classique d'une autre manière. Ils font en effet l'objet d'un paiement fractionné, indissociable au caractère privé du préfinancement de ce type de prestation.

B) Une rémunération fractionnée indispensable au préfinancement de la prestation

La rémunération du partenaire se compose généralement d'un prix forfaitaire correspondant aux charges d'investissement (frais de conception, remboursement du capital mobilisé, frais financiers et de construction), et de fonctionnement (entretien et maintenance de l'équipement). Ce prix est bien évidemment agrémenté d'une marge bénéficiaire pour le prestataire. La caractéristique essentielle de cette rémunération est qu'elle est étalée dans le temps.

En France, le terme utilisé pour caractériser le versement périodique par un pouvoir adjudicateur de sommes étalées sur l'ensemble de la durée du contrat est « *différé* »⁹⁵². Pour autant, le sens prêté à cette formule est problématique. L'analyse de la doctrine⁹⁵³ et de la jurisprudence nous permet d'affirmer que l'interdiction formulée dans le code des marchés publics correspond à la prohibition du

⁹⁵² Article 96 du code des marchés publics et article 19 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, *JORF* du 7 juin 2005, p. 1014.

⁹⁵³ BRACONNIER (S.), « Un contrat en péril, le marché d'entreprise et de travaux publics », *RFDA*, 1999, p. 1172 ; MELLERAY (F.), « Le marché d'entreprise et de travaux publics, un nouveau Lazare juridique ? » *AJDA* 2003, p.1260 ; RICHER (L.), « Quelles réformes pour légaliser le M.E.T.P », *RGCT*, 2002, p.150.

fractionnement de la rémunération du cocontractant de l'administration pendant une longue durée. Ainsi, lorsque les auteurs du *Traité des contrats administratifs* invoquent cette interdiction, ils la justifient parce qu'elle est « destinée à protéger les finances publiques », et qu'elle est « fondée sur la considération de la véritable nature de telles modalités de règlement, qui se rapportent en réalité à un emprunt ». Ils poursuivent leur raisonnement en affirmant qu' « en acceptant de n'être payé qu'à échéances annuelles, le titulaire du marché consent à l'administration un véritable prêt, dont le coût s'insère finalement dans le prix du marché et dont les conditions peuvent différer sensiblement de celles des emprunts que l'administration en cause pourrait contracter »⁹⁵⁴. De la même manière, lorsque le Conseil d'État qualifie en 1999 les M.E.T.P de marchés publics, il estime que « la rémunération du cocontractant s'effectuera par le versement d'annuités pendant les 16 années de la durée du contrat ; que les travaux seront réalisés sur une durée de 10 mois à compter de la date de la notification du marché et leur paiement étalé sur 16 ans ; que ces paiements constituent des "paiements différés" au sens de l'article 350 du code des marchés public »⁹⁵⁵. De plus, lorsque la Cour des comptes, dans son rapport de 1999 critique les mêmes M.E.T.P, elle évoque des contrats enfreignant « souvent la règle qui interdit les paiements différés dans les marchés publics ». La Cour constate en effet qu' « il est fréquent que les redevances annuelles soient constantes alors que l'essentiel des travaux s'exécute dans les premiers mois du METP »⁹⁵⁶. L'affaire semble ainsi entendue, c'est bien l'étalement sur une longue durée de la rémunération du cocontractant, au sens du versement fractionné du prix de sa prestation, qui est unanimement compris en droit public français comme correspondant à l'interdiction de paiement différé évoquée dans le Code des marchés publics.

⁹⁵⁴DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, 2e éd., t. 2, Paris, LGDJ, 1984, p. 309.

⁹⁵⁵CE n°150931, 08/02/1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône contre Commune de la Ciotat*, Rec., p. 19, AJDA 1999, p. 364, Concl. BERGEAL (C.), note CHABANOL (D.), RFDA 1999, p. 1172, note BRACONNIER (S.) ; CE n°169336, 30/06/1999, *Département de l'Orne et Société Gespace France*, Rec., p. 227, BJCP 1999, p. 602, Concl. BERGEAL (C.), obs. SCHWARTZ (R.), CJEG 1999, p. 434, note RICHER (L.).

⁹⁵⁶Cour des comptes, *Rapport au président de la république*, Paris, La documentation française, 1999, p.754.

Cependant, l'analyse de ce que recouvre la notion, notamment en droit privé, montre une différence de perception évidente. En effet, en droit cambiaire par exemple, le paiement différé à un vendeur permet de retarder le processus de règlement. C'est principalement le cas du mécanisme de la lettre de change dans lequel une personne, dénommée tireur, donne à un débiteur, appelé tiré, l'ordre de payer à l'échéance fixée, une certaine somme à une troisième personne appelée bénéficiaire ou porteur⁹⁵⁷. C'est aussi le cas en droit des successions où le paiement des droits de mutations peut s'établir de façon différé, c'est-à-dire reculé dans le temps. Le terme fractionné est employé dans le sens d'étalé dans le temps⁹⁵⁸.

Le terme « différé » évoque donc bien une pratique consistant à octroyer un délai entre la date d'acquisition d'un bien et son paiement, indépendamment de ce que le paiement s'effectue en une ou plusieurs fois. C'est d'ailleurs ce qui semble ressortir des origines de cette interdiction en droit des marchés publics français⁹⁵⁹ dans la mesure où le premier texte y faisant référence prohibait « *l'insertion dans un cahier des charges ou dans un marché de toute clause de paiement différé, autre que le paiement par traite ou le paiement par annuité* »⁹⁶⁰. Il est ainsi aisé de percevoir, dans cette logique, que tous les paiements fractionnés sont par nature différés dans le temps, mais que tous les paiements différés ne sont pas forcément fractionnés. Le paiement par traite ou annuité était donc autorisé en 1953. Par ailleurs, le décret de 1960 réglementant la passation des marchés pour les collectivités formulait la même interdiction, à ceci près qu'il ajoutait que le paiement par annuité pouvait être autorisé, contrairement aux marchés de l'État, à titre exceptionnel et transitoire et après autorisation du ministre compétent, « *dans les cas où aucun autre mode de financement n'est possible* »⁹⁶¹.

⁹⁵⁷ Article L 511-1 et suivants du code de la consommation.

⁹⁵⁸ Articles 397 et 402 de l'annexe III du code général des impôts.

⁹⁵⁹ LEVAIN (L.) et PEYRET (P.), « Les marchés de REM/CREM et l'interdiction du paiement différé », *CP-ACCP* n°126, 2012, p.44.

⁹⁶⁰ Article 20 du décret n°53-405 du 11/05/1953.

⁹⁶¹ Article 67 du décret n° 60-724 du 25/07/1960 *portant nouvelle réglementation des marchés passés au nom des départements, communes, syndicats de communes et établissements publics départementaux ou communaux*, J.O.R.F du 27/07/1960, p. 6923.

Cette interdiction a par la suite été inscrite dans les différentes versions des codes des marchés publics, la version de 2001 supprimant la dérogation accordée au profit des collectivités⁹⁶². Complétées par les dispositions de la loi M.O.P⁹⁶³ selon lesquelles le financement des travaux immobiliers constitue une des missions exclusives du maître d'ouvrage, elles permettent d'affirmer que le préfinancement privé est donc interdit dans le cadre des marchés publics du droit français. Les marchés dits « globaux » de type R.E.M et C.R.E.M (réalisation-entretien-maintenance et conception réalisation entretien maintenance) de l'article 73 du code de 2006⁹⁶⁴ ne peuvent ainsi entrer dans cette typologie car ils ne permettent ni l'externalisation du préfinancement, ni le transfert de la maîtrise d'ouvrage publique, ni le fractionnement de la rémunération du cocontractant de l'administration. Ils sont en définitive, des marchés publics dérogeant à l'obligation d'allotissement contenue dans le code⁹⁶⁵.

En Italie, la même interdiction semble, au moins implicitement, être formulée pour les marchés publics. Les contrats des administrations ont longtemps été considérés comme des contrats de droit commun passés sous l'empire du code civil⁹⁶⁶. Il apparaissait alors logique de leur appliquer le principe de la *postnumerazione*⁹⁶⁷ selon lequel le paiement de la contrepartie dans un contrat intervient nécessairement après l'exécution du travail effectué par le cocontractant⁹⁶⁸. La Cour de cassation avait ainsi jugé en 1991⁹⁶⁹, pour les marchés publics de travaux, que le versement anticipé d'un pourcentage du prix, *via* le mécanisme de l'acompte, constituait la seule dérogation possible au principe de la *postnumerazione* qui gouverne de façon générale, la rétribution du cocontractant de l'Administration. Avant cette décision, la rémunération du prestataire en plusieurs fois était admise dès l'instant où ce dernier s'était acquitté de son obligation. En effet le décret loi royal de 1924 sur l'exécution des ouvrages publics disposait en son

⁹⁶²Article 94 du décret n°2001-210 du 07/03/2001 portant *code des marchés publics*, J.O.R.F n°57 du 08/03/2001 p.37003.

⁹⁶³Article 2 de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique, précitée.

⁹⁶⁴Article 35 de l'ordonnance de 2015, précitée.

⁹⁶⁵Article 10 du code des marchés publics de 2006.

⁹⁶⁶V. *supra*. p. 40 et ss.

⁹⁶⁷SANDULLI (A), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, Vol.8, 2008, p. 4702.

⁹⁶⁸Article 2099 del codice civile.

⁹⁶⁹Cass. civ., Sez. I, 18/10/1991, n° 11038, cite in, De PAOLIS (M.), *Le controversie sui contratti pubblici : In sede stragiudiziale e nel processo civile, amministrativo, penale e contabile*, CEDAM, 2010, p. 209.

article 2 que « *parmi les conditions de mise en adjudication peuvent être inclus le paiement du prix du marché en tranches différées ainsi que les prix correspondant aux intérêts perçus sur ces versements* »⁹⁷⁰. Ce système de paiement en plusieurs versements suscita en doctrine les mêmes interrogations qu'en France, notamment sur le fait qu'il permettait le recours à des formes d'emprunts déguisés des collectivités territoriales dans des périodes de crises économiques où l'état des finances publiques ne favorisait pas la réalisation de lourds investissements⁹⁷¹.

La grande loi sur les travaux publics de 1994⁹⁷² ne reprendra pas cette disposition pour les marchés publics. La possibilité d'effectuer des paiements en une ou plusieurs fois sera maintenue uniquement pour les concessions⁹⁷³ avant d'être supprimé du texte en 2002⁹⁷⁴. Elle n'a d'ailleurs pas été reprise dans les dispositions relatives à la rémunération du concessionnaire dans le code des contrats publics de 2006⁹⁷⁵. L'autorité pour la surveillance des contrats publics, (*autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*)⁹⁷⁶ énonçait dans un avis de 2004 que les administrations ne peuvent réaliser des ouvrages publics, en dehors des travaux de faible importance pouvant être exécutés en régie, que sous l'égide de la concession de construction et de gestion ou du marché public de travaux. Elle relève cependant que les dispositions en vigueur ne permettent pas de bénéficier d'un préfinancement privé dans la mesure où le paiement étalé est par principe, interdit dans la loi MERLONI de 1994⁹⁷⁷. Elle conclue pourtant, alors que le mécanisme de *locazione finanziaria* n'était encore prévu par aucun texte, « *à ce qu'une dérogation ponctuelle à la grande loi sur les travaux publics, compte tenu de l'urgence et de l'extraordinaire nécessité de rénover les structures de l'administration pénitentiaire*⁹⁷⁸ » soit accordée au ministère de la justice. C'est donc à un acte d'achat d'un équipement public avec fractionnement de la

⁹⁷⁰ Articolo 2 del R.D.L. del 28/08/1924 n° 1396, *Modificazioni al Regio Decreto del 08/02/1923 n° 422, sulla esecuzione di opere pubbliche* : « *Fra le condizioni dell' incanto può essere compresa quella del pagamento del prezzo dell'appalto a rate differite e della corresponsione degli interessi su tali rate.* »

⁹⁷¹ ROEHRSEN (G.), « Considerazioni sui sistemi di finanziamento per la costruzione delle opere pubbliche », *Rassegna dei lavori pubblici*, 1963, p.15.

⁹⁷² Legge quadro n° 109 del 11/02/1994 *in materia di lavori pubblici*, précitée.

⁹⁷³ Article 19 § 2 della legge del 11/02/1994, précitée.

⁹⁷⁴ Articolo 7 § 1.1, legge n°166 del 01/08/2002, *Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*, G.U. n° 181 del 3/08/ 2002, S.O n° 168.

⁹⁷⁵ Articulo 143 del codice dei contratti pubblici, précitée.

⁹⁷⁶ Articolo 6 del codice dei contratti pubblici, précitée.

⁹⁷⁷ A.V.L.P, deliberazione n° 145/2004 del 23/09/2004.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

rémunération du prestataire auquel l'autorité fait référence. Le contrat de *locazione finanziaria*, de même que le contrat de disponibilité ont par la suite été intégrés au code, légitimant ainsi une pratique dérogatoire aux règles de la commande publique⁹⁷⁹.

L'autorité pour la surveillance des contrats publics justifia alors du recours au préfinancement privé et à la logique de la rémunération fractionnée du partenaire par une analyse assez originale. Selon elle, les ouvrages publics se distinguent en effet selon leur température. Ils peuvent être « chauds » ou « froids »⁹⁸⁰. En effet, dans la sémantique financière propre à la logique anglo-saxonne du *project financing*, le projet envisagé doit jouir d'une rentabilité économique suffisante pour permettre à la société de projet de lever les capitaux nécessaires sur les marchés financiers. En conséquence, le financement est centré, non sur la personnalité de l'emprunteur, mais sur le projet en lui-même. Dès lors, le *cash flow* (flux de trésorerie), c'est-à-dire l'ensemble des mouvements d'entrée ou de sortie de liquidités de la société de projet, sera un élément capital pour assurer le bon remboursement de la dette. À partir de ces éléments, sont déterminés des « indicateurs » permettant d'évaluer financièrement le projet, notamment la *net present value*, la valeur actuelle nette (V.A.N). La V.A.N représente le montant de richesse créé par le projet, donc la valeur sur les marchés financiers du *cash flow* qui sera généré suite à l'investissement. Elle pourra alors être utilisée afin de déterminer le taux de rentabilité minimal escompté par les investisseurs en fonction du risque pesant sur leur investissement. Dans une logique purement financière, l'investissement pourra ainsi être effectué uniquement si la V.A.N du projet est positive. Elle se calcule en utilisant cette formule mathématique⁹⁸¹ :

⁹⁷⁹D.L n° 201 del 11/09/2002, *Misure urgenti per razionalizzare l'Amministrazione della giustizia*, G.U n°219 del 18/9/2002.

⁹⁸⁰ Deliberazione n° 145/2004, précitée.

⁹⁸¹JOKUNG-NGUENA (O.), *Mathématiques et gestion financière*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2004, p. 387.

$$V.A.N = \sum_{n=0}^{n=N} \frac{FT}{(1 + C.M.P.T)^n}$$

n = numéro de l'annuité

N = nombre d'annuité

FT = Flux de trésorerie

C.M.P.T = Coût Moyen Pondéré du Capital (taux de rentabilité annuel attendu par les créanciers en retour de leur investissement).

Dans l'hypothèse où la V.A.N est positive, les ouvrages seront alors qualifiés de « chauds » (*opere calde*)⁹⁸², c'est-à-dire que les coûts d'investissements pourront, en totalité ou dans leur quasi-totalité⁹⁸³, être amortis au moyens des flux de trésorerie dérivés de l'exploitation économique de l'infrastructure, sans avoir recours à un financement public⁹⁸⁴. Dans l'hypothèse où la V.A.N est négative, l'ouvrage sera qualifié de « froid », c'est-à-dire que contrairement aux ouvrages chauds, son exploitation économique n'engendrera pas, ou très peu, des flux de trésorerie susceptibles de couvrir les charges d'investissements⁹⁸⁵. C'est dans ce cadre que le recours au paiement fractionné de l'administration est alors nécessaire⁹⁸⁶. En effet, l'inscription dans les clauses du contrat d'une obligation pour la personne publique de verser au partenaire privé des sommes étalées dans le temps pour rémunérer sa prestation globale permet de transformer la charge d'investissement sur un projet en charge de fonctionnement courant sur les

⁹⁸² TAMBURI (G.), «Come applicare il project financing alle opere «calde» e alle opere fredde », in DRAETTA (U.) (a cura di), *Il project financing, Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, Giuffré, 1997, p. 95.

⁹⁸³ Possibilité d'intégrer des subventions

⁹⁸⁴ MERUSI (F.), « La finanza di progetto: alcune riflessioni », *Studi e note di economia*, n°1, 1998, p.7.

⁹⁸⁵ GIOVANNINI (R.), « Le esperienze delle amministrazioni locali per riscaldare le opere fredde », in, CARTEI (G-F.) e RICCHI (M.) (a cura di), *Finanza di progetto temi e prospettive approfondimenti sistematici ed interdisciplinari*, Editoriale scientifica, 2010, p. 627.

⁹⁸⁶ A.N.A.C, Determinazione n° 2 dell'11/03/2010, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*. <http://www.anticorruzione.it>

personnes publiques⁹⁸⁷. Ce faisant, les sommes levées sur les marchés financiers sont garanties au bénéfice de la signature « publique ». C'est principalement sur cette méthode que portent les critiques émises à l'encontre des P.P.P. qui constituerait des formes d'emprunts déguisés⁹⁸⁸.

Cependant, nous avons pu voir que le recours à ce type de rémunération n'était possible, avant que la *locazione finanziaria* et les *contratti di disponibilità* ne soient intégrées au code des contrats publics en Italie, que de façon dérogatoire pour le ministère de la justice afin de réaliser des investissements dans le secteur pénitentiaire⁹⁸⁹. Le mécanisme *della finanza di progetto*, appliqué aux concessions de construction et de gestion, ne permettait pas quant à lui de financer des ouvrages froids dans la mesure où les recettes d'exploitation étaient insuffisantes. La doctrine italienne a alors ajouté à la distinction entre ouvrages chauds et ouvrage froids un nouveau type, constitué des ouvrages « tièdes » (*le opere tiepide*)⁹⁹⁰ ! Les ouvrages « tièdes » sont ceux dans lesquels les ressources engendrées par l'exploitation économique de l'ouvrage sur les usagers sont insuffisantes pour couvrir intégralement les investissements initiaux. Le recours à une contribution publique est alors indispensable au financement du projet. On se retrouve alors dans les cas évoqués à propos du financement hospitalier, où la rémunération du partenaire est constituée de deux volets. Le premier d'entre eux comporte les travaux et services destinés à l'administration (préfinancement, conception, construction et entretien maintenance du bâtiment) rémunérés par un prix versé par l'administration. La seconde catégorie concerne des travaux et services destinés aux usagers (parking, restauration, etc.). Ce sont ces prestations qui vont être rémunérées par les usagers et sur lesquelles pèsera le risque d'exploitation.

⁹⁸⁷ La question du rapport au droit des finances publiques, notamment à la déconsolidation des dettes publiques et au respect du principe de sincérité budgétaire, sera étudiée dans la seconde partie de la thèse. V. *infra*.

⁹⁸⁸ V. notamment, Cour des Comptes, Rapport public annuel, 2015, p. 173.

⁹⁸⁹ D.Lgs n°201 del 11/09/2002, précité.

⁹⁹⁰ TAMBURI (G.), «Come applicare il project financing alle opere «calde» e alle opere fredde», *op. cit.* p. 95.

L'analyse pourrait paraître artificielle dans la mesure où la distinction entre ouvrage chaud et froid semble se retrouver dans la notion de rémunération liée à l'exploitation⁹⁹¹. Il n'empêche néanmoins qu'elle sert de fondement conceptuel à l'intégration du mécanisme des concessions à destination directe de l'administration⁹⁹², aujourd'hui inscrite à l'article 143 § 9 du code des contrats publics en Italie. Le texte prévoit que cette possibilité de concéder directement à l'administration ne peut se faire que lorsque l'ouvrage est « *funzionnellement lié à la gestion d'un service public* » et que subsiste à la charge du concessionnaire « *l'aléa economico finanziario de la gestione de l'ouvrage* »⁹⁹³. La notion d'aléa économique semble ainsi s'analyser de façon résiduelle par rapport à la notion de risque d'exploitation. Dans sa délibération de 2010, l'autorité sur les contrats publics y fait référence lorsqu'elle évoque des services périphériques sur lesquels pèse un aléa mais dont l'exploitation est insuffisante pour générer des flux de caisse susceptibles d'être porteur d'un risque sur l'ensemble de la construction⁹⁹⁴. Le lien avec la notion classique de la concession italienne, attachée fonctionnellement à la fourniture d'un service à l'utilisateur⁹⁹⁵ semble donc assez distendu.

En définitive, le fractionnement de la rémunération s'analyse bien comme indispensable au préfinancement de la prestation de partenariat à destination directe de l'administration. À cet égard, les droits français et italiens dérogent quelque peu de la logique des contrats du programme *PFI* britannique où la rémunération des partenaires n'implique pas l'affectation du prix payé à l'investissement ou au fonctionnement. La « mutualisation » du paiement est liée à la performance dans la prestation, laquelle se conçoit comme un service global délivré à une entité publique⁹⁹⁶. Le code des contrats publics italien s'écarte de ce schéma dans la mesure où le prix versé par le pouvoir adjudicateur doit tenir compte et distinguer

⁹⁹¹ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 425.

⁹⁹² D. lgs, n°190 del 20/08/2002, *Attuazione della legge n°443 del 21/12/2001, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, G.U n° 199 del 26/8/2002, S.O n° 174.

⁹⁹³ Article 143 § 9 du code : « [...], in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera ».

⁹⁹⁴ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 27 /01/2010, 2.1, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, <http://www.avcp.it>

⁹⁹⁵ V. *Supra*, p. 45.

⁹⁹⁶ HM Treasury, *Standardisation of PFI contracts*, 03/04/2004, art 7 : "The substance of a PFI deal should be the procurement of a service"

les différentes prestations du partenaire⁹⁹⁷. Pour le contrat de partenariat du droit français, l'ordonnance de 2004 prévoyait une distinction pour le calcul de la rémunération du cocontractant entre « *les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante* »⁹⁹⁸. L'ordonnance de 2015 réitère de façon quelque peu sibylline ces dispositions en affirmant que « *la rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par l'acheteur [...] pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat* »⁹⁹⁹. Dès lors, le fait d'assigner des objectifs différents pour chacune des phases du projet entraîne une distinction de la rémunération du cocontractant en fonction de chacune d'entre elles.

Ces limites s'analysent en termes de bonne gestion des deniers publics et il ne serait pas présomptueux d'affirmer que la rémunération du partenaire est de façon générale, majoritairement affectée au remboursement des investissements préfinancés. La performance du partenaire privé dans le cadre de sa prestation joue alors le rôle d'indicateur important de reconnaissance du mécanisme. L'article 11 de l'ordonnance sur les contrats de partenariat y fait explicitement référence en prévoyant des sanctions et pénalités applicables « *en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance* »¹⁰⁰⁰. En Italie, les concessions à destinations de l'administration se caractérisent par un aléa économique-financier pesant sur le concessionnaire, impliquant nécessairement le respect d'objectifs de performance. Cependant, cette catégorie conduit à s'interroger sur l'existence d'instruments du partenariat pouvant contenir une délégation de missions de service public et pour autant, ne pas être liée à un paiement de l'utilisateur. En effet, certains partenariats déléguant un service public peuvent reposer sur un paiement public.

⁹⁹⁷ Articolo 143§ 4, *codice dei contratti pubblici*, précité.

⁹⁹⁸ Article 11, d) de l'ordonnance ; article L. 1414-12, d) CGCT.

⁹⁹⁹ Article 83 de l'ordonnance n°2015-899, précitée.

¹⁰⁰⁰ Article 11, h) de l'ordonnance ; article L. 1414-12, g) CGCT.

§2) Des actes de dévolution d'une mission de service public avec possibilité de paiement public

Le critère de l'objet matériel des contrats ne suffit plus comme base de différenciation entre les divers instruments des P.P.P. En effet, si l'identification d'un service public pouvait auparavant être utilisée pour différencier en droit français la catégorie des marchés de celle des D.S.P, l'œuvre de transposition des nouvelles directives commande publique de 2014 constituera sans doute une rupture profonde dans la façon d'appréhender la frontière entre ces deux mécanismes. La création par l'ordonnance du 23 juillet 2015¹⁰⁰¹ du marché de partenariat est déjà révélatrice du rapprochement des catégories. En effet, en permettant la gestion d'une mission de service public au titulaire de ce contrat¹⁰⁰², la réforme en cours du droit de la commande publique en France témoigne de son alignement sur les catégories et définitions du droit de l'Union européenne. L'Italie avait déjà opéré cette évolution en 2006 avec le code des contrats publics¹⁰⁰³.

Une grande diversité de contrats peut ainsi permettre aujourd'hui la dévolution d'une mission de service public en droit français et en droit italien. Cette diversité peut en outre s'affirmer dans les différentes méthodes de rémunération dont ces différents contrats font l'objet. En raison de ces deux éléments, les P.P.P. représentant des actes de délégation doivent être envisagés non pas comme englobés au sein d'un modèle unique mais plutôt comme « *un long continuum de solutions contractuelles* »¹⁰⁰⁴. Le sens général de l'évolution de la *summa divisio* du droit de l'Union est alors nécessairement imbriqué avec celui des éléments recouvrant la notion de partenariat public-privé. Ces différents instruments témoignent en effet d'une remise en cause profonde de la distinction fondée sur le critère matériel de l'objet du contrat (A). Ils sont aussi le révélateur du développement de la notion de risque opérationnel, qui permet la liaison de la rémunération d'un concessionnaire à

¹⁰⁰¹ Ordonnance n°2015-899 du 23/07/2015, précitée.

¹⁰⁰² *Ibid*, Article 67.II.3.

¹⁰⁰³ D.lgs n°163 del 12/04/2006, précité.

¹⁰⁰⁴ COSSALTER (P.), *op. cit*, p.384, MULLER (E.), *op. cit*, p.406.

un paiement public (B), confirmant ainsi la complète désuétude du critère de l'origine des ressources comme élément de distinction.

A) La remise en cause d'une distinction fondée sur le critère matériel de l'objet du contrat

Elle procède de la difficulté de distinguer en droit interne entre les instruments comportant la gestion d'une mission de service public et ceux n'en comportant pas (1.), mais aussi de la faiblesse de la distinction communautaire entre les contrats de travaux et de services (2.)

1) La faiblesse d'une distinction reposant sur l'objet « service public »

Élaborer une typologie des instruments des partenariats public-privé selon qu'ils sont à « gestion déléguée » ou à « gestion retenue » du service public demeure problématique. En effet, les divers instruments du P.P.P. peuvent tous être assimilés à des opérations d'externalisation globale comprenant le préfinancement, la réalisation, l'entretien et la maintenance d'équipements affectés à une activité de service public. En droit français, cette sous-distinction n'est du reste plus pertinente dans la mesure où le droit positif définit à la fois la délégation de service public¹⁰⁰⁵ et le marché de partenariat¹⁰⁰⁶ comme permettant la dévolution, au profit du titulaire du contrat, d'une activité de service public. Pourtant, l'un de ces modèles est une concession au sens des nouvelles directives alors que l'autre entre dans la catégorie des marchés publics. C'est donc naturellement vers le type de rémunération du partenaire de l'administration que le droit de l'Union européenne s'est tourné pour tracer une ligne démarcation entre ces différents instruments plutôt que sur la question de la dévolution d'une mission de service public, notion ne recouvrant

¹⁰⁰⁵ Article L-1411-1 du C.G.C.T.

¹⁰⁰⁶ Article 67.II.3 de l'ordonnance n°2015-899 du 23/07/2015.

d'ailleurs pas la même acception dans les droits internes des États membres et ne souffrant d'aucune reconnaissance au niveau de l'Union.

L'exclusion de la gestion du service public de l'objet des contrats de partenariat par l'ordonnance de 2004 avait suscité un vif débat doctrinal en France¹⁰⁰⁷, illustrant ainsi fortement l'influence historique du lien entre l'instrument concessif et la gestion d'une mission de service public¹⁰⁰⁸. À l'aube de la transposition des nouvelles directives « concession »¹⁰⁰⁹, le débat semble avoir été tranché. Nul ne peut douter cependant que ce processus impliquera de nombreux bouleversements dans la catégorisation des différents contrats. En effet, si sur le plan matériel, le champ d'application des directives marchés demeure sensiblement le même que celui des directives précédentes¹⁰¹⁰, avec toutefois une légère exception pour les marchés de travaux¹⁰¹¹; il n'en demeure pas moins que l'évolution la plus significative provient de la directive concession. En effet, les directives confirment l'assimilation entre l'objet des différents instruments¹⁰¹².

¹⁰⁰⁷ V. notamment :

- **Pour les « pros » service public** :

REYNAUD T., « Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public », *BJCP* 2010, n° 70, p. 166 ; OLIVIER (F.), « Le partenariat public-privé en pratiques... nouvelles ! Ou lecture guidée et essai de synthèse. 2^e partie : le contrat de partenariat », *Contrats et Marchés publics*. 2005. Etude 3 ; GUILLOT (P.), « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *D.* 2005. Chronique. 319.

- **Pour les « contra » service public** :

DELELIS (P.), « Contrat de partenariat et exploitation du service public », *AJDA*, 2010, p. 2244 ; FATOME (E.) et RICHER (L.), « Contrat de partenariat immobilier ; réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages », *ACCP* 2004, n° 36, p. 24 ; HUBRECHT (H.-G.) et MELLERAY (F.), « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique. Retour sur les contrats de service public », *Mélanges GUIBAL*, PUM, 2006, t. 1, p. 822 ; LICHERE (F.), « Les contrats de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ? », *RDP* 2004. 1552.

¹⁰⁰⁸ KALFLÈCHE (G.), « Les concessions : Faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *op. cit.*

¹⁰⁰⁹ Directive 2014/23/U.E, 2014/24/U.E et 2014/25/U.E, précitées.

¹⁰¹⁰ TERNEYRE (P.), « La notion de marché public : rupture ou continuité ? », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p. 12.

¹⁰¹¹ La directive passe d'une définition faisant référence « à la réalisation d'un ouvrage répondant **aux besoins du pouvoir adjudicateur** » à « la réalisation d'un ouvrage répondant **aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur** ».

¹⁰¹² BRACONNIER (S.), « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 2014, p.832.

À ce titre, l'affirmation, dès l'article 4 de la nouvelle ordonnance que « *les marchés de partenariat [...] sont des marchés publics* », témoigne de la volonté de mettre fin en France, aux contrats ne pouvant ni être classés comme des D.S.P, faute de porter sur la dévolution d'un service public¹⁰¹³, ni entrés dans la catégorie des marchés publics parce qu'ils dérogent à l'obligation d'allotissement, à la loi M.O.P et à l'interdiction de paiements différés. Dorénavant, qu'ils portent sur la réalisation de travaux ou de services, qu'ils répondent au besoin d'un pouvoir adjudicateur ou correspondent à la fourniture directe aux usagers d'une activité qualifiée en droit interne de service public, ils seront adossés à l'une ou l'autre des catégories en fonction du risque pesant sur la rémunération de leur attributaire.

Le droit italien devra selon nous lui aussi repenser la typologie de ses différentes catégories contractuelles. En effet, les concessions dont la rémunération provient essentiellement d'un prix payé par le pouvoir adjudicateur sont par définition des marchés publics au sens des nouvelles directives, sauf à ce que la rémunération du « concessionnaire » soit calculée en fonction du nombre d'utilisateurs utilisant l'ouvrage, formant dans ce cas une sorte de péage virtuel pouvant être assimilée à une forme de risque. Le critère de la dévolution des pouvoirs du concédant au concessionnaire dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public n'est donc plus opérant. La C.J.U.E avait d'ailleurs sanctionné ce type de montage en 2008, le définissant comme un marché de travaux au sens du droit communautaire¹⁰¹⁴. L'adoption des nouvelles directives confirment cette solution. Par ailleurs, le caractère inopérant de la distinction entre les instruments à gestion déléguée et à gestion retenue rend également hors de propos l'élaboration de types fondés sur la dichotomie entre travaux et service.

¹⁰¹³ CE Sect., n° 338272 et 338527, 03/12/2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, Rec. p. 472, précitée.

¹⁰¹⁴ CJUE, Aff. C-437/07 du 13/11/2008, *Commission contre République italienne*, Rec. I. p.6657., RDI, 2009, p.114, note NOGUELLOU (R.), B.J.C.P, 2009, p.119, Note MAUGÛE (C.).

2) La faiblesse d'une distinction reposant sur la dichotomie travaux/service

En 1923, Arnaldo De VALLES opérait une distinction entre la prestation de choses (*prestazione di cose*) et la prestation d'ouvrages (*prestazione di opere*)¹⁰¹⁵. Dans sa pensée, la première fait référence à des biens du domaine public utilisables directement par l'utilisateur (route, ponts, etc.) alors que la seconde nécessite une intervention intermédiaire entre le bien et l'utilisateur (distribution d'eau, chemin de fer, etc.). Cette distinction a conditionné en Italie la différence entre les prestations de travaux et de services. Elle apparaît cependant retrouver une certaine actualité aujourd'hui, dans la mesure où le droit européen de la commande publique fait de l'objet principal du contrat le critère fondamental permettant de distinguer entre les différents instruments¹⁰¹⁶. Ainsi la distinction entre services et travaux procéderait d'une différenciation entre la valeur de la prestation de travaux jusqu'à la construction, puis celle de services dès son exploitation. Si la prestation de service représente un coût supérieur à la prestation de travaux dans le coût global de l'activité du partenaire, alors le contrat est un contrat de services, et *vice versa*. Ainsi, les ouvrages fournissant à l'utilisateur la jouissance immédiate d'un bien devraient faire l'objet d'un contrat de travaux alors que ceux nécessitant sur le long terme une intervention intermédiaire dont le coût serait au moins équivalent à l'investissement initial feraient l'objet d'un contrat de services.

Pourtant, cette distinction n'apparaît pas selon nous pertinente. Fondée sur une appréciation technique, elle rend difficile la délimitation claire entre les hypothèses, majoritaires dans les faits, dans lesquelles l'utilisateur utilise un ouvrage et profite en même temps d'un service. Cette distinction témoigne plutôt selon nous de la perte d'attractivité de la notion de « service » et donc du regain de celle de « travaux » dans la qualification des contrats de commande publique. En effet, l'immense majorité des partenariats public-privé ne porte pas que sur un ouvrage. Ils sont aussi le résultat de plusieurs prestations de services. La construction d'un stade par exemple ne suppose pas exclusivement l'utilisation réduite au sport mais implique

¹⁰¹⁵ De VALLES (A.), *I servizi pubblici*, in, ORLANDO (V.), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1923, Vol. VI, p. 438.

¹⁰¹⁶ V. les articles 3 et 20 des directives 2014/24/UE et 2014/24/UE.

une multitude de prestations allant de l'entretien à l'information du public sur les diverses manifestations, de la restauration à l'hébergement en passant par des services de gardiennage de véhicule ou encore de sécurité dans l'enceinte sportive. À bien les considérer, les contrats de P.P.P. sont donc des contrats mixtes¹⁰¹⁷ ne pouvant être réduits à la simple dimension « travaux », « services » et même « fournitures » que les catégories européennes mettent en évidence¹⁰¹⁸. Pour ces raisons, le critère de l'objet principal apparaît d'une grande faiblesse. Il paraît en outre se résumer à l'idée qu'il existe une forte suspicion en faveur de la qualification « travaux », suspicion ne pouvant se renverser qu'à l'aune du montant des prestations de services par rapport à celui de l'investissement initial pour l'édification de l'infrastructure.

Cette dernière distinction souffre pourtant d'une grande imprécision étant donné le caractère évolutif des instruments dans le cadre de la longue durée de la relation dont ils font l'objet. En effet, le montant des différentes prestations sera susceptible de varier dans le temps. Or, la durée du contrat est souvent fonction du montant de l'investissement. Dès lors, le niveau de fréquentation conditionnera la qualification du contrat puisque si une infrastructure est jugée peu rentable, elle sera nécessairement amortie sur une plus longue durée. Dans ce cas, la valeur des services sera accrue par rapport à celle des travaux. Seule la notion de risque permet selon nous d'établir clairement une ligne de démarcation intéressante entre les différents instruments du P.P.P. Elle peut en outre être parfaitement compatible avec l'idée d'un paiement public, comme avec celle d'un paiement sur l'utilisateur. Elle permet donc d'établir une distinction, qui, pour reprendre la citation attribuée à CHURCHILL à propos de la démocratie, demeure la pire, à l'exception de toutes les autres.

¹⁰¹⁷ D'où le caractère global de l'instrument.

¹⁰¹⁸ Sur la notion de contrat mixte par rapport aux nouvelles directives, V. LINDITCH (F.), « *Les marchés mixtes* », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p. 40.

B) Le développement de la notion de risque comme élément distinctif

Que ce soit dans de son guide de 2003¹⁰¹⁹, son livre vert de 2004¹⁰²⁰ ou encore sa communication de 2005¹⁰²¹, la Commission européenne établit une distinction entre les partenariats public-privé en fonction des risques économiques transférés. Notion générale se matérialisant de manière éclectique sur le plan juridique¹⁰²², le risque doit cependant être distinguée sur le plan économique, de l'incertitude¹⁰²³. L'idée de risque suppose en effet la prévision de différents aléas et la détermination des enjeux, c'est-à-dire les potentialités de gains ou de pertes. L'incertitude au contraire renvoie à l'idée d'éléments non mesurable. L'opérateur économique a donc tout intérêt à prendre en compte et à prévoir les risques auxquels il fera peut être face s'il décide d'intervenir sur un marché donné. La détermination des risques correspond à une opération de probabilités visant ainsi au calcul des effets de l'aléatoire sur l'atteinte des objectifs¹⁰²⁴. Il se constitue en outre lorsqu'il a un impact, qu'il devient mesurable sur l'exploitation d'une activité économique. Il existe donc une infinité de risques, la seule limite à leur identification résidant « *dans la capacité de l'esprit humain à les envisager* »¹⁰²⁵. Ils peuvent cependant être rangés par catégories¹⁰²⁶. Ces dernières conditionneront alors selon nous l'intérêt du secteur privé pour entrer en relation contractuelle avec le secteur public lorsque celui-ci souhaite externaliser une de ses tâches :

- La première catégorie correspond aux risques pesant sur la conception. Ils renvoient aux problèmes de définition du projet, aux risques liés à l'obtention des autorisations administratives pour sa réalisation, etc.

¹⁰¹⁹ Commission européenne, *Guidelines for successful public-private partnerships*, 03/2003, p.50

¹⁰²⁰ Commission européenne, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, *op. cit.* p. 10 et 11.

¹⁰²¹ Commission européenne, *Communication concernant les partenariats public-privé*, COM (2005) 569 final, 15/11/2005, p.6 et ss.

¹⁰²² EULER (N.), « La notion de risque en droit public », Thèse, Faculté de droit de Grenoble, 1999, p.8.

¹⁰²³ KNIGHT (F.), « Uncertainty and profit », Houghton Mifflin, New-York, 1921, cite *in*, QUILLES (J.), *La vision de Frank Knight*, Problèmes économiques, 2001, n°2, p.5 et suivantes.

¹⁰²⁴ ISO GUIDE 73 : 2009, *Management du risque*, www.iso.org

¹⁰²⁵ COSSALTER, *op. cit.*, p. 295.

¹⁰²⁶ V. les exemples fournis par la M.A. P.P.P. et l'U.T.F.P sur leurs sites respectifs. Les éléments cités dans ces catégories ne sont cependant pas exhaustifs

- La seconde catégorie renvoie aux risques de construction. Dans cette hypothèse, sont principalement pris en compte les dépassements des coûts, des délais de réalisation, des malfaçons, d'entretien, etc.
- La troisième catégorie englobe les risques d'exploitation. Ils peuvent provenir d'une rentabilité inférieure à celle estimée initialement, qu'elle soit due à une déficience de gestion, à un taux de fréquentation insuffisant, à une augmentation du coût des matières premières, à la qualité de l'équipement, à l'impossibilité d'augmenter le coût du service, etc.
- La quatrième catégorie contient les risques exogènes, c'est-à-dire liés à l'environnement du projet. Elle comprend les risques juridiques (modifications de normes, recours, etc.), les risques liés à des événements de force majeure (inondation, tremblements de terre, émeutes ou insurrection, etc.), les risques financiers (fluctuation des taux de change, variations des taux d'intérêts, etc).

Cette catégorisation permet d'intégrer pleinement la typologie italienne des ouvrages publics selon qu'ils soient « chauds », « froids » ou « tièdes » ¹⁰²⁷. Cependant, la catégorie du risque d'exploitation permet de tracer une ligne de démarcation entre les instruments du P.P.P. En effet, le risque sera maximum lorsque le titulaire du contrat aura à sa charge le recouvrement intégral ou quasi-intégral de l'investissement initial. Dans ce cas, un aléa économique fort pèsera sur lui. Il existera en effet une possibilité qu'il ne puisse pas amortir les investissements effectués et les coûts supportés dans des conditions normales d'exploitation. Afin de s'assurer de la couverture des frais générés, il trouvera alors dans les modèles concessifs l'instrument optimal pour la réalisation des ouvrages « chauds », c'est-à-dire des ouvrages dont les flux de trésoreries peuvent être majoritairement constitués par leur exploitation économique sur les usagers, notamment par le biais d'une redevance perçue sur eux.

¹⁰²⁷ MERUSI (F.), « La finanza di progetto : Alcune riflessioni », *Studi e note di Economia*, 1998, n°1, p. 7 ; VACCA (A.) et SOLUSTRI (C.), *Il project financing per le opere pubbliche*, S.E., Roma, 2003, p. 224.

Le risque sera minimum en revanche lorsque le titulaire du contrat n'aura pas à couvrir l'investissement initial. Ne pèseront sur lui que les risques relatifs à la construction. Sa rémunération s'effectuera alors de manière générale par un prix versé par l'administration puisque l'ouvrage construit ne permettra pas une exploitation économique. Cette catégorie correspond aux ouvrages « froids » et se réalise principalement par voie de marchés publics. Cependant, il peut arriver que le titulaire soit chargé de préfinancer ces ouvrages et de garantir leur fonctionnement optimal sur une longue durée. Il peut être également chargé d'effectuer une mission de service public. Dans ces cas, des recettes annexes permettent de diminuer la rémunération de la personne publique, afin d'optimiser le financement. Le risque est alors plus élevé que dans une simple opération de construction mais moindre que dans une opération avec transfert du risque d'exploitation, puisque le paiement est garanti par la personne publique. L'administration aura alors tout intérêt de lisser le financement de l'opération sur une longue durée en fractionnant la rémunération de son cocontractant. Elle s'assurera également que la prestation du partenaire reste conforme à ses exigences en assujettissant ce dernier aux respects d'objectifs performantiels. Dans ce cadre, nous nous trouvons en présence d'ouvrages « tièdes », avec possibilité de dévolution d'une mission de service public à travers leur exploitation.

La notion de transfert du droit d'exploitation, et à travers elle le critère du risque opérationnel, semble donc être l'élément primordial permettant de différencier les instruments du partenariat public-privé. La directive « concession » le mentionne d'ailleurs expressément¹⁰²⁸, en apportant des précisions s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice¹⁰²⁹. Les catégories du droit positif se trouvent

¹⁰²⁸ Article 5 de la directive 2014/23/U.E, précitée : « *L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, **comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux**. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable* ».

¹⁰²⁹ CJCE, Aff. C-458/03, 13/10/2005, *Parking Brixen*, Rec., p. I-8612, pt. 40, *AJDA* 2005, p. 2335, Chron. BROUSSY (E.), *D.* 2005, p.2823, Obs. DREYFUS (J-D.) ; CJCE, Aff. C-206/08, 10/09/2009, *Eurawasser*, pt 59., *AJDA* 2010, p. 162, note CAMOUS (D.); C.J.U.E Aff. C-274/09, 10/03/2011, *Privater Rettungsdienst*, pt. 26, *A.JDA.*, 2011, p. 1007, Chron. AUBERT (M.),

ainsi figées autour d'une dimension qualitative et non quantitative du risque d'exploitation¹⁰³⁰. En effet, en liant le modèle concessif au risque d'exploitation, et dans la mesure où ce dernier comprend nécessairement « *le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux* », le droit européen impose d'établir une distinction centrée sur les aléas du marché. Le concessionnaire est alors réputé « *assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés* ». Par opposition, le titulaire d'un marché global de longue durée, comportant à la fois des travaux et des services, dont la rémunération est échelonnée pendant toute la durée du contrat, et provient majoritairement du cocontractant public, n'assume pas ce type de risque. Une fois que l'équipement est livré, donc que le risque de construction est purgé, il reçoit sa rémunération conformément aux modalités fixées par le contrat et indépendamment des aléas pouvant intervenir sur l'exploitation de l'ouvrage, et *a fortiori*, du service¹⁰³¹.

Dans une autre mesure, le transfert du risque lié à l'offre, donc opérationnel, n'implique pas nécessairement qu'il soit intégral par rapport à l'exploitation. La directive énoncent qu'il « *implique une réelle exposition aux aléas du marché* ». Il doit donc être « *significatif* »¹⁰³². Les nouvelles directives, en consolidant le dualisme marché/concession par le critère du transfert du risque, apportent ainsi une évolution quant aux catégories françaises et italiennes du P.P.P., lesquelles devraient nécessairement être regroupées autour de ces deux notions. En effet, le critère permettant de distinguer entre les deux catégories ne tient pas dans l'importance objective du risque encouru mais dans l'importance du risque transféré au partenaire de l'administration. L'origine des paiements ne constitue plus alors le critère essentiel, mais peut en revanche être un élément suffisant pour distinguer entre les deux modèles. De l'ensemble de cette analyse se dégage alors selon nous une systématisation possible du droit de la commande publique, articulée autour d'analyse autopoïétique.

RFDA 2011, p. 1225, Chron. CLÉMENT (L.), MARTUCCI (F.), RT.DE, 2012, p. 643, obs. LAWRENCE DURVIAUX (A.).

¹⁰³⁰ BRACONNIER (S.), *op. cit.*, p. 832.

¹⁰³¹ C'est le cas du nouveau marché de partenariat du droit français, du contrat de disponibilité du droit italien et de la *locazione finanziaria*.

¹⁰³² CJUE Aff. C-274/09, 10/03/2011, *Privater Rettungsdienst*, *op. cit.*, pt 29.

CHAPITRE 2 :

LES P.P.P. : ILLUSTRATION DU CARACTÈRE AUTOPOÏÉTIQUE DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Une vieille histoire prête toujours bien à exprimer ce qui est le plus frappant dans une théorie. L'allégorie du douzième chameau nous permet de mettre en avant l'hypothèse que nous souhaitons démontrer dans ce chapitre¹⁰³³, en voici le récit :

« Un riche bédouin avait réglé par testament le partage de sa succession entre ses trois fils. Il s'agissait de la répartition de ses chameaux. L'aîné devait en obtenir la moitié, le cadet, le quart, quant au plus jeune, seul un sixième lui revenait. Quand le père mourut, il ne restait plus que onze chameaux dans son troupeau. Comment les partager ? Alors qu'ils en étaient venus aux mains à propos de cette tâche impossible, ils décidèrent de demander l'avis du khadi. Ce dernier, après avoir tracé quelques signes dans le sable, fit la proposition suivante: " pour effectuer le partage, je mets à votre disposition l'un de mes chameaux. Vous me le rendrez, si Dieu le veut, le plus vite possible". Peu désireux de contredire cet homme sage, les trois frères s'en allèrent avec le chameau du khadi et ne tardèrent pas à réaliser l'ingéniosité du vieil homme. Avec douze chameaux, le partage se fit aisément. L'aîné reçut la moitié, c'est-à-dire six. Le deuxième fils du riche bédouin eut droit à son quart, à savoir trois. Quant au cadet, il ne fut pas défavorisé et obtint son sixième, à savoir deux. Onze chameaux furent ainsi répartis et le douzième ne manqua pas d'être restitué à son propriétaire ».

¹⁰³³ L'origine de cette vieille histoire bédouine semble insaisissable. Nous la tenons d'une rencontre avec le Professeur OST dans le cadre de la présentation, lors d'un séminaire doctoral, de son dernier ouvrage (OST. (F), *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.222.), lui-même la tenait de Niklas LUHMANN, chef de file de la sociologie autopoïétique en Allemagne, dont l'important article posthume sur ce sujet fut traduit dans la revue *Droit et Société* en 2001. V. LUHMANN (N.), « La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit », *Droit et société*, n°47, 2001, p.15.

Il existe une multitude de manières d'appréhender cette allégorie¹⁰³⁴. En droit, la figure du douzième chameau s'analyse comme le paradoxe constitutif du système juridique sur lequel butent toutes les grandes théories. Le paradoxe est résumé par Nicklas LUHMANN par ce questionnement : le chameau était-il nécessaire, et si oui, à quoi¹⁰³⁵ ? En effet, pour garantir sa survie et son autonomie, le droit (en l'occurrence la succession du bédouin) définit ce qui est juridique à partir de lui-même (le chameau supplémentaire accomplit une fonction au plus haut niveau dans la mesure où il rend possible l'effectivité du droit). Le système produit donc du droit à partir du droit mais « *ne peut fonder juridiquement ce qui le sépare du non-droit* »¹⁰³⁶. Le douzième chameau est en définitive un paradoxe constitutif du système juridique, une forme de *chat de Schrödinger*, il est et n'est pas. Le système juridique l'utilise sans le posséder (les trois fils se le font prêter et le restitue ensuite) et ne peut fonctionner que s'il se laisse fonder sur lui¹⁰³⁷. L'une de ses caractéristiques principales selon LUHMANN est qu'elle permet de décrire l'autoréférentialité du droit. Le droit est certes paradoxalement constitué (le partage du patrimoine du père repose sur une opération mathématique insoluble pour les fils puisque le total de l'opération représente une fraction de $11/12^{\text{ème}}$) mais ce paradoxe permet de fonder la circularité entre les règles (le testament du père) et les décisions (le partage des fils). L'autoréférentialité se constitue alors dans la mesure où « *les règles rendent les décisions possibles parce que les décisions rendent les règles possibles* »¹⁰³⁸.

La notion de partenariat public-privé est en quelque sorte le douzième chameau du droit de la commande publique. Elle révèle son caractère autopoïétique, dans la mesure où elle permet à ce sous-système fonctionnel de s'autoproduire de manière close, en utilisant les interactions avec son environnement et en les traduisant dans son propre langage. Ainsi permet-elle de maintenir son organisation malgré l'adaptation à l'environnement des éléments structurels le composant. Lorsque la finance et l'économie interfèrent avec la société par leurs langages spécifiques, elles n'interprètent pas le droit comme un ensemble de dispositions

¹⁰³⁴ Le Professeur OST en effectue douze lectures (mathématique, biblique, psychologique, juridique, philosophique, etc.), V. OST. (F), *Dire le droit, faire justice, op. cit.*, p. 223 et ss.

¹⁰³⁵ LUHMANN (N.), « La restitution du douzième chameau », *op. cit.*, p. 15

¹⁰³⁶ OST. (F), *Dire le droit, faire justice, op. cit.* p.222.

¹⁰³⁷ *Ibid.* p.17

¹⁰³⁸ *Ibid.* p.18

influençant les conduites. Elles l'intègrent en revanche à leurs raisonnements comme un facteur de coût. De la même manière, lorsque le droit de la commande publique interfère avec l'économie, il l'intègre dans la matrice du droit de l'U.E (marchés publics/concessions) qui conditionne son existence en terme de validité ou d'invalidité dans les droits internes. Il l'utilise comme un élément lui permettant de recourir aux mécanismes contractuels le matérialisant.

Par ailleurs, ces mécanismes fonctionnels ne coexistent pas de façon séparée. Ils interfèrent avec une multitude de couplages de flux d'informations propres à chaque ordre juridique : histoire institutionnelle, processus d'autonomisation du droit administratif, puis du droit de la commande publique, influence du pouvoir politique, de la doctrine, de la jurisprudence, impact de l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne, etc. L'ensemble de ces éléments amène ainsi à ce que le droit de la commande publique puisse se renouveler, en France et en Italie, de façon circulaire. Dès lors, la définition de l'autopoïèse formulée par VARELA¹⁰³⁹ pour les systèmes vivants semble pouvoir être logiquement transposée à notre sujet :

« Un système autopoïétique est organisé comme un réseau de processus de production de composants qui régénèrent continuellement par leurs transformations et leurs interactions le réseau qui les a produits. » Il s'ensuit *« qu'un système autopoïétique engendre et spécifie continuellement sa propre organisation. Il accomplit ce processus incessant de remplacement de ses composants, parce qu'il est continuellement soumis à des perturbations externes, et constamment forcé de compenser ces perturbations »*. En transposant les termes de MATURANA, le sous-système « droit de la commande publique », composante plus générale du système juridique, ne serait *« qu'un ballet incessant de corrélations internes dans un réseau fermé d'éléments en interaction, dont la structure est continuellement modulée par d'innombrables sphères entrelacées... »*¹⁰⁴⁰. Nous avons implicitement commencé à décrire l'autoreproduction du système dans nos raisonnements précédents, retraçant pour chacun des deux ordres certains des différents « flux » interférant sur le droit de la commande publique ainsi que les points de frictions qu'ils génèrent.

¹⁰³⁹ VARELA (F.G) : «Autopoiesis: The organization of living systems, its characterization and a model, in Biosystems », Vol. 5, 05/1974, p. 187.

¹⁰⁴⁰ MATURANA (H.), *Die organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig, Vieweg, 1982, p.28.

Nous proposons maintenant de systématiser le processus. Nous partirons donc de l'idée de TEUBNER selon laquelle l'ordre juridique « *produit* » et non « *reçoit* » de l'information sur son environnement, à partir des « *interférences avec d'autres sous système* » mais avec ses propres « codes », c'est-à-dire les différents éléments structurels le composant¹⁰⁴¹. Les perturbations engendrées conduisent alors à un « recodage » du système, amenant ensuite « *à une amplification mutuelle* »¹⁰⁴² des interférences. Le système pourrait incorporer de façon constante dans ses propres opérations les informations brutes des systèmes environnants, mais cela conduirait à terme à sa désintégration. Cette désintégration étant peu probable, l'échappatoire consiste à ne pas toucher à sa structure mais à continuer de l'adapter aussi longtemps que cela est possible. Cette solution rend « le codage » indéterminé et instable.

Dès lors, les constructions du droit positif, produites de façon autoréférentielle, adoptent des auto-descriptions politiques et économiques en intégrant, à la détermination du code traditionnel « valide/non-valide », des éléments liés à l'utilité économique et/ou à l'opportunisme politique. Le code reste ainsi intact, et il n'y a que son programme qui change. Ce programme, TEUBNER le définit comme la « *clôture opérationnelle* » du système¹⁰⁴³. C'est elle qui détermine la limite entre le juridique et le non-juridique, donc le code traditionnel valide/non-valide. En droit de la commande publique, la clôture opérationnelle se matérialise aujourd'hui selon nous par le couple structurel marché public/concession. En effet, le droit européen de la commande publique conditionne la reconnaissance des modèles contractuels de la commande publique à l'appartenance exclusive à l'une de ces deux notions et les instruments juridiques des droits français et italiens du P.P.P. doivent obligatoirement s'intégrer dans ces deux modèles.

¹⁰⁴¹ TEUBNER (G.), « Et Dieu rit... » Indétermination, autoréférence et paradoxe en droit », *Archives de philosophie du droit*, 1989, n° 34, p. 269 et s.

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ TEUBNER (G.), « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau », *Droit et Société*, n°47, p.79 ; TEUBNER, *Le droit, un système autopoiétique*, Paris, P.U.F, 1993, p.29.

Nous devons nous poser la question de la plus value juridique du partenariat public-privé. Pour reprendre les termes de TEUBNER, « *le douzième chameau est-il un mirage ou un oasis dans le désert ?* »¹⁰⁴⁴. La réponse tient, selon nous, dans le paradoxe selon lequel la notion de P.P.P. (comme le chameau juridique) est une fiction¹⁰⁴⁵, mais une fiction indispensable au renouvellement circulaire du droit de la commande publique, c'est-à-dire à la reprogrammation du couple marché public/concession structurant le système. Dans la ligne de ce raisonnement, le recours à la théorie de l'autopoïétique traduit l'idée selon laquelle le droit de la commande publique, qui produit et reproduit l'ensemble de ses éléments constitutifs, est opérationnellement clos à son environnement.

Si le système est fermé, il n'agit cependant pas en autarcie par rapports aux autres systèmes sociaux¹⁰⁴⁶. Le couple structurel marché/concession est donc indispensable à sa détermination et aux relations qu'il entretient avec son environnement¹⁰⁴⁷. Le système existe parce que ce couple se maintient. La distinction actuelle entre les deux éléments s'effectue, dans la logique systémique, exclusivement dans la mesure où elle s'enchaîne à une distinction antérieure, elle-même formulée par rapport à des perturbations, des irritations, avec les autres systèmes constituant son environnement. Elle est la condition d'existence du code et du programme qui sera utilisé dans les opérations suivantes. D'où l'idée d'autopoïèse à travers laquelle un système crée en permanence, à partir de lui-même, sa propre substance. Dans cette acception, le P.P.P. fait figure, dans la terminologie peu conviviale propre à cette théorie, de processus de « *re-entry* »¹⁰⁴⁸ (« réentrée ») permettant la traduction et la résolution des conflits d'environnement (Section 2) et assurant ainsi, à travers les modèles du marché et de la concession, la « *clôture hypercyclique* » du droit de la commande publique (Section 1).

¹⁰⁴⁴ *Ibid.* p. 76.

¹⁰⁴⁵ Voir, notamment sur la théorie systémique et la fiction endogène en droit administratif : COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2000, p.63.

¹⁰⁴⁶ L'économie, le politique, la finance, etc.

¹⁰⁴⁷ TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, P.U.F., 1993, p.5

¹⁰⁴⁸ TEUBNER (G.) « Les multiples aliénations du droit », *op. Cit.*, p.78. Sur la notion de *re-entry*. V. SPENCER BROWN (G.), *Laws of Form*, New York, Julian Press, 1972, p. 56; LUHMANN (N.), *Observing Re-entries*, Graduate Faculty Philosophy Journal, 16, 1993, p. 485.

Section 1 : Le caractère hypercyclique du droit de la commande publique

LUHMANN a conçu progressivement le droit comme un sous-système autonome de la société¹⁰⁴⁹. C'est avec TEUBNER et la notion d'autopoïèse qu'une définition précise de son degré d'autonomie dans la théorie des systèmes sera formulée¹⁰⁵⁰. Il accède à cette autonomie « *en cristallisant une clôture opérationnelle indépendante à l'égard de la société* »¹⁰⁵¹. Dans cette acception, le droit de la commande publique est donc opérationnellement clos et non « *fonctionnellement adapté* »¹⁰⁵². Une telle logique d'ouverture du système amènerait en effet à la « *désintégration du droit par la société* »¹⁰⁵³, dans la mesure où le système serait contraint de s'adapter aux autres sous-systèmes en abandonnant son codage propre. Le code « valide-non valide » du droit de la commande publique, assuré par la clôture marché/concession, serait ainsi en péril du fait d'une instrumentalisation excessive du droit¹⁰⁵⁴. Il en va d'une autre manière si l'on admet que la clôture opérationnelle cristallise le caractère autopoïétique du droit. Elle permet l'adaptation du système à des événements extérieurs tout en garantissant sa fermeture. En effet, elle assure l'autoreproduction de ses composants structurels à partir de ses propres éléments et leur jonction au sein d'un cycle. C'est ainsi le caractère cyclique des reproductions des composants systémiques qui constitue l'hypercycle selon TEUBNER. Ce dernier garantit dès lors l'autoconservation du système.

Le droit de la commande publique a constitué au cours de son histoire les éléments structurels qui le composent, notamment le marché public et la concession, en fonction de communications autoproduites par rapport à son environnement. C'est dans ce processus que se retrouve l'autoréférentialité du système. Leur

¹⁰⁴⁹ GUBENTIF (P.) et ARNAUD (A.-J.), *Niklas Luhmann : observateur du droit*, LGDJ, 1995, p. 37.

¹⁰⁵⁰ TEUBNER (G.), *Le droit, un système autopoïétique*, op. Cit, p. 43.

¹⁰⁵¹ TEUBNER (G.), *Ibid.*

¹⁰⁵² COUTU (M.), « Contrat et autoréférence en droit suivant Gunther TEUBNER : une méprise constructive ? », *RIEJ*, 1998, p.40.

¹⁰⁵³ *Ibid*, p. 72.

¹⁰⁵⁴ V. *Infra*, p. 316.

imbrication, cycliquement organisée, est constitutive de son autonomie, condition *sine qua non* de l'autopoïèse juridique¹⁰⁵⁵. Le caractère régulier des fonctions attribuées aux éléments structurants le système stabilise ainsi le processus de production du droit de la commande publique (§1). La résolution des conflits intersystémiques permet quant à elle de préserver ces éléments d'une trop grande influence de l'environnement, garantissant ainsi la clôture opérationnelle du système et son autonomie (§2).

§ 1) La structuration du système : la permanence du contenu des contrats de commande publique

L'analyse historique des contrats publics effectuée par M. BEZANÇON nous permet d'affirmer que le caractère aujourd'hui permanent de leur contenu s'est pourtant accompagné d'une grande variété de régimes juridiques¹⁰⁵⁶. Ainsi, la confusion et l'instabilité prêtées au droit de la commande publique renouvellent l'intérêt d'une comparaison diachronique dans la mesure où cette description permet d'affirmer le caractère cyclique du système¹⁰⁵⁷. En effet, des formes contractuelles existant depuis l'antiquité romaine sont encore perceptibles de nos jours¹⁰⁵⁸. Les partenariats public-privé se matérialisent dans chacune d'elles. Trois formes peuvent être utilisées à l'appui de notre démonstration : la mise en valeur du domaine (A), l'achat de prestations de travaux et de services (B) et la construction et la gestion d'équipements publics au service de la collectivité (C).

¹⁰⁵⁵ TEUBNER (G.), *op. Cit.* p. 55

¹⁰⁵⁶ V. BEZANÇON (X.), *2000 ans d'histoire du partenariat public privé*, Presse nationale de l'école des ponts et chaussée, Paris.

¹⁰⁵⁷ BEZANÇON (X.), « Typologie, contenu et droit comparé des contrats publics », *Revue du marché unique*, 1999, n°3, p. 11.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.* p. 14.

A) *Les contrats de mise en valeur du domaine avec possibilité de prélèvement de ressources*

Ces contrats ont historiquement été élaborés pour permettre d'enrichir les seigneurs par l'exploitation utile du domaine. Si les terres étaient en effet « affermées », donc louées à titre onéreux, les fonctions régaliennes leur étant attachées étaient transférées au fermier, notamment les prérogatives de police, de justice et même celle de battre monnaie. Ces formes ont ainsi, dès leur apparition, pour objet l'exploitation du domaine ou d'une fonction relevant d'un pouvoir que l'on qualifierait aujourd'hui de souverain. Dénommées originellement fermes fiscales ou domaniales, on les retrouve dès la période médiévale sous les appellations de fermes du sel, de la monnaie de la loterie¹⁰⁵⁹ et plus tard du tabac. Elles étaient constituées au profit de « l'État » et inscrites dans le modèle contractuel du bail. Si elles ne comportaient pas de lourds investissements initiaux, leur durée était courte. Dans tous les cas, les règles d'exécution de la prestation étaient précisément fixées. Le cocontractant reversait une somme aux pouvoirs publics en fonction de ses résultats. Des actes de puissance publique pouvaient obliger ensuite les populations à se fournir auprès des fermiers sur les ouvrages construits (fours, halles, etc.), instituant à leur profit un monopole de droit. Le caractère onéreux du contrat résultait donc d'un abandon de recette à l'avantage du titulaire. Les tiers étaient contraints d'utiliser les ouvrages des fermiers. La production de ces derniers était alors de consommation obligatoire. Il n'était pas loisible à l'utilisateur de choisir d'utiliser une monnaie étrangère ou un autre four par exemple. Ces contrats permettaient donc également le prélèvement de ressources issues de l'exploitation du domaine. Ils évoluèrent ensuite vers des formes plus adaptées à la réalisation de lourds investissements, toujours dans une optique de mise en valeur.

¹⁰⁵⁹ La première loterie d'État (*lotto*) fut organisée à Florence en 1530. Le roi de France François 1^{er} l'introduit pour la première fois dans son royaume par un édit du 21 mai 1539. L'idée est reprise en 1644 par Mazarin pour financer les églises et les institutions de piété. En 1774, à l'initiative de Madame de Pompadour, naît la Loterie de l'École militaire pour financer l'achat du Champ de Mars et construire l'École du même nom.

Des traces de ces nouveaux procédés contractuels se retrouvent dans le Digeste et le Code Justinien, notamment à travers le contrat d'emphytéose¹⁰⁶⁰. Le livre VI titre III du Digeste mentionne la figure de *l'ager emphyteuticus* en l'opposant notamment à celle de *l'ager verticalis*, contrat de location de terres publiques de courte durée (fermes domaniales citées précédemment). En effet, le texte mentionne que « *les villes ont deux sortes de terres ; les unes sont sujettes à une imposition, et les autres n'y sont pas sujettes. Les premières sont des terres louées à perpétuité sous la condition de payer une rente moyennant laquelle on ne peut les ôter ni à ceux qui les ont louées, ni à leurs héritiers ; les secondes sont celles qui sont louées à l'ordinaire. Ceux qui ont reçu d'un corps de ville des terres à bail perpétuel ne deviennent pas propriétaires ; cependant on leur accorde une action contre tout autre possesseur, même contre le corps de ville, pourvu qu'ils paient toujours la rente convenue* »¹⁰⁶¹. Le bail emphytéotique se définit alors à l'époque comme une location à perpétuité consentie contre la mise en valeur de terres incultes. Le Code Justinien mentionnait en effet qu'il ne fallait pas que « *ceux qui ont répondu à l'invitation du prince et entrepris à grand frais le défrichement des terres incultes, soient ensuite privés des immunités sans lesquelles ils n'auraient pas assumé d'aussi grandes charges* »¹⁰⁶².

Sous la Renaissance, le mécanisme sera réutilisé en utilisant la figure médiévale du bail à cens¹⁰⁶³. Ces formes contractuelles permettaient au preneur de se maintenir dans ses droits en l'échange du paiement d'une rente. Ce dernier pouvait transmettre le bail à ses héritiers et avait le droit de percevoir les fruits récoltés de l'exploitation du fond. Il pouvait également constituer des droits réels sur ce dernier (hypothèque, servitude, etc.) et supportait les charges de propriété par délégation de fonctions régaliennes, en premier lieu les impôts. Par ailleurs, le preneur avait le droit de vendre le fond sans l'avis du bailleur. La réutilisation et l'adaptation du bail emphytéotique romain à travers la figure du bail à cens peut s'expliquer par l'exigence de réaliser de lourds investissements initiaux sur le domaine, notamment dans l'optique d'une extension des terres agricoles. Les

¹⁰⁶⁰ VUY (A.), *De originibus et natura juris emphyteutici romanorum*, 1898, Heidelbergae, cité in BEZANÇON (X.), *op. Cit.*, p. 48.

¹⁰⁶¹ Digeste livre VI, titre III, traduit par le groupe de travail de l'Institut de la gestion déléguée, V. I.G.D, *Rapport sur la gestion patrimoniale du domaine public*, Avril 2001, p.126.

¹⁰⁶² Code Justinien, livre XI.

¹⁰⁶³ BEZANÇON (X.), *op.cit.*, p.43.

contrats furent alors érigés dans une logique gagnant-gagnant (*win-win*) proche de celle de logique partenariale contemporaine. Ils avaient en effet vocation à enrichir autant la collectivité et donc par translation le seigneur, que le preneur. Liée à l'accroissement exponentiel des zones urbaines et à l'exploitation agricole et minière, leur utilisation première est associée au dessèchement des zones marécageuses, en France comme en Italie. Ces premières autoproductions du système juridique par rapports aux évolutions politiques et économiques sont en tout point comparable d'un côté des Alpes comme de l'autre.

À cette époque, le discours politique selon lequel tous les marais doivent être asséchés pour résoudre les problèmes liés au développement démographique est en effet en plein essor¹⁰⁶⁴. En 1599, Henri IV prit par exemple un édit en faveur de l'assèchement des lacs et marais de France et, pour ce faire, accorda une emphytéose à *Hunfrey BRADLEIJ*, un ingénieur d'origine Hollandaise. Cette adaptation du système juridique permit la conquête de nombreuses zones inondées, notamment le marais poitevin. Elle permit la modernisation de l'agriculture dans la mesure où cette conquête de terres marécageuses et stériles constituait le versant agricole d'une politique économique intéressant aussi bien l'industrie, les transports que le commerce¹⁰⁶⁵. On mesure alors le caractère cyclique du système juridique dans son adaptabilité à produire, à partir d'éléments déjà constitués, les solutions permettant de résoudre les « *irritations* »¹⁰⁶⁶ provoquées avec les autres sous systèmes, notamment l'économique et le politique. L'édit royal de 1599¹⁰⁶⁷ révèle sans ambiguïtés cet état. Il utilise la forme contractuelle préexistante et produit ainsi du droit à partir du droit. Valant véritablement cahier des charges pour le cocontractant de l'administration étant donné la précision des obligations du preneur¹⁰⁶⁸, il laisse pourtant à ce dernier la libre organisation de son activité. Le titulaire du contrat bénéficie en outre de nombreux droits, comme la naturalisation des étrangers venant travailler, la protection militaire du pouvoir royal, l'expropriation des seigneuries

¹⁰⁶⁴ DIENNE (E.), *Histoire du dessèchement des lacs et marais de France avant 1789*, Paris, Champion, 1891.

¹⁰⁶⁵ FAGNIEZ (G.), *L'économie sociale de la France sous Henri IV*, Paris, Hachette, 1897.

¹⁰⁶⁶ TEUBNER (G.), *op.cit.* p.28.

¹⁰⁶⁷ Édit royal n° 133 *pour le dessèchement des marais, portant commission à cet effet à un étranger*, in, ISAMBERT (F-A.), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Tome XV, p. 212.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.* Points 3 à 19.

des terres asséchées, l'exonération de droits fiscaux, etc. Nous en retraçons ci-dessous les parties les importantes pour notre étude :

« La force et la richesse des roys et princes souverains consiste en l'opulence de nombre de leurs subjects. Et le plus grand et légitime gaing et revenu des peuples, mesmes des nostres, procède principalement du labour et culture de la terre,[...],de quoy non seulement ils vivent à leur aise, mais en peuvent entretenir le traficq et commerce avec nos voisins et pays loingtains.[...]. Nous avons estimé nécessaire de donner moyen à nosdits subjects de pouvoir augmenter ce thrésor. Et pour ce sçachans bien qu'en plusieurs de nos provinces et pays,[...],il y a grande quantité de palus et maraiz inondez et entrepris d'eau, et presque inutiles, et de peu de profit, qui tiennent beaucoup de pays comme désert et inhabité de ce qu'ils rendent les passages fort difficile et dangereux. Lesquels palus et maraiz estans desseichez, serviront partie en labour et partie en prairies et pasturages, [...] et en proviendront plusieurs autres profits et commoditez pour le bien public. [...].

Pour à quoy parvenir ne s'estant trouvé aucun de nos subjects qui nous en ayt fait offre. [...]. Sur l'advis qui nous esté donné de la suffisance, expérience et pratique en l'art et profession de maistre des digues de nostre bien aimé le sieur Hunfrey Bradlèij de Bergues le Zon au duché de Brabant, et qu'il estoit pour faire et parfaire ceste entreprise, avec plus d'avantageuse condition pour nous et le public que nul autre.[...] .Il nous auroit fait offre de les desseicher à ses propres coust, fraiz et despens, risques, périls et fortune, sans qu'aucune advance luy soit faite.[...].

Statuons et ordonnons par ces présentes, voulons et nous plaist, que tous les palus et maraiz estant dans nostredit royaume, pays, terres et seigneuries de nostre obéyssance [...], soyent desseichez et essayez par ledit Bradlèij ou ses associez, [...]. Pour desdommager et récompenser ledit Bradlèij, ses associez, leurs hoirs et ayant cause, tant des fraiz, coust et despens qu'il leur conviendra faire et avancer de leur bourses à faire faire et dresser les digues, levées, turcyes, bords, chausées, fussez, canaux, achenaux [...] : nous leur donnons, octroyons, cédon, quictons, transportons et délaissions pour nous et nos successeurs roys, la juste moitié de tous les palus et maraiz appartenans à nous, et dépendans de nostre domaine, qu'ils auront ainsi desseichez et essayer » .

Des mécanismes d'une frappante similitude avec ce modèle seront utilisés plus tard en Italie, notamment pour le dessèchement des marais Pontins par l'ingénieur Bolonais Gaetano RAPPINI sous Pie VI¹⁰⁶⁹ ou encore du lac Fucin à la fin du XIX^{ème} siècle¹⁰⁷⁰.

Le droit Français abolira ensuite durant la période révolutionnaire le caractère perpétuel de l'emphytéose, la qualifiant d'aliénation du domaine, et imposant à ce modèle une durée maximale de 99 ans¹⁰⁷¹. Les rentes perpétuelles seront rachetées. La loi du 1^{er} décembre 1790 relative au domaine national exposait en effet le principe selon lequel le « *domaine public appartient à la nation* » et que toute concession est essentiellement nulle ou révocable si elle est fait sans le concours de la nation. Le concept de séparation entre les biens de la couronne et ceux de la nation entraîna ainsi une forme de réadaptation des contrats de mise en valeur du domaine de l'époque justinienne en les épurant de leur logique féodale¹⁰⁷². L'emphytéose sera par la suite définie comme un droit réel immobilier¹⁰⁷³. L'État ne pouvait ainsi plus recourir à ce mécanisme pour les biens du domaine public puisque leur caractère inaliénable empêchait la constitution de droits réels sur ces derniers. La même évolution caractérise le droit italien, influencé notamment par le droit français, durant la période bonapartiste¹⁰⁷⁴.

En effet, le droit italien de la propriété publique établira des règles équivalentes à celles que connaît le système juridique français pour les biens relevant du domaine public¹⁰⁷⁵. Le code civil italien de 1865 distinguera entre le

¹⁰⁶⁹ BOTTA (C.), *Histoire d'Italie*, de 1789 à 1814, Ed. Duffart, Paris, 1824, p. 44.

¹⁰⁷⁰ GEFROY (A.), « Les Grands Travaux publics en Italie - Le dessèchement du lac Fucin », *Revue des deux mondes*, 1877, tome 23, p.805.

¹⁰⁷¹ Article 1^{er} du décret des 18 et 29 décembre 1790, in, DUVERGIER (J-B), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, Paris, éd. du Louvre, 1824, p. 402.

¹⁰⁷² BEZANÇON (X.), *op.cit.*, p51.

¹⁰⁷³ L'article 1^{er} de la loi du 26/06/1902 relative au bail emphytéotique disposait en effet que « *le bail emphytéotique des biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque, ce droit ne peut être saisi et cédé dans les formes prescrites pour la saisie immobilière* ».

¹⁰⁷⁴ PETRUCCI (A.), «La codificazione del diritto civile negli stati italiani preunitari ed il codice civile italiano del 1865», in, *Roman Law and modern civil law*. The annals of the institute of Roman Law, Tome 1, 2000, p.226.

¹⁰⁷⁵ FALZONE, (G.), *I beni del «patrimonio indisponibile»*, Milano, Giuffré, 1957; CASSARINO (S.), *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, Giuffré, 1962, p.148.

domaine public (*demanio pubblico*)¹⁰⁷⁶ et les biens patrimoniaux de l'État (*beni patrimoniali*)¹⁰⁷⁷. À l'heure actuelle, ces distinctions figurent toujours au code¹⁰⁷⁸. Les biens patrimoniaux se distinguent selon leur caractère disponible ou indisponible¹⁰⁷⁹. Le droit commun ne s'applique qu'au patrimoine disponible. Le domaine public est inaliénable, imprescriptible et ne peut être l'objet d'usucapion. Par conséquent les individus ne peuvent pas avoir des droits de propriété sur lui, et ne peuvent l'exploiter uniquement qu'en vertu d'un acte de concession¹⁰⁸⁰. Les biens patrimoniaux indisponibles ne peuvent quant à eux être soustraits à leur destination fonctionnelle, sauf exception prévue par la loi¹⁰⁸¹. Ainsi, la qualification de « bien patrimonial indisponible » n'empêche pas qu'il fasse l'objet d'actes juridiques relatifs à des transferts de propriété ou à la constitution de droits réels dans la mesure où ils n'entraînent pas la perte de sa destination¹⁰⁸².

Comment ne pas mesurer dans cette acception le caractère cyclique de ces formes contractuelles, quelles que soient leurs dénominations, notamment à travers leur fonction la plus essentielle, c'est-à-dire la valorisation du domaine public. Les figures du B.E.A.¹⁰⁸³ et des A.O.T.¹⁰⁸⁴ du droit français ainsi que dans le mécanisme *della locazione finanziaria*¹⁰⁸⁵ et du *contratto di disponibilità*¹⁰⁸⁶ du droit italien ne sont en effet que les dernières évolutions de *l'ager emphyteuticus* romain dans une optique de valorisation économique et financière des domaines et des biens publics. Ces phases d'autoreproduction du droit ont nécessairement dû prendre en compte les irritations causées par l'environnement juridique (droit de la domanialité publique par exemple), de l'économie (recherche de ressources suffisantes pour répondre à

¹⁰⁷⁶ Conformément à la tradition italienne de la *legalità formale*, le code dresse une liste de ce qui entre dans le domaine public (V. Art. 822 : lais et relais de la mer, plages, ports, routes et autoroutes, etc.)

¹⁰⁷⁷ Articolo 426 del codice civile del 1865 “*I beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali.*”

¹⁰⁷⁸ Articoli 822 et 826 del codice civile.

¹⁰⁷⁹ D'une manière identique au domaine public, les biens patrimoniaux indisponibles font également l'objet d'une liste (V. Art 826 §2 del codice civile : Font partie du patrimoine indisponible de l'État les forêts, les mines, les bâtiments destinés aux sièges des administrations,...)

¹⁰⁸⁰ Cass. It., n°17295, 14/11/2003. *in Mass. Foro it.*, 2003, voce *Demanio*.

¹⁰⁸¹ Articolo 828 §2 del codice civile.

¹⁰⁸² Cass. It, n°477, 16/02/1966,, *in Foro amm.*, 1966, I, 1, p. 222.

¹⁰⁸³ Loi n° 88-13 du 05/01/1988, *op.cit.*

¹⁰⁸⁴ Loi n°94-631 du 25/07/1994, *op.cit.*

¹⁰⁸⁵ D.Lgs n° 113 del 31/07/2007, *op.cit.*

¹⁰⁸⁶ D.Lgs n° 1 del 24/01/2012, *op.cit.*

l'accroissement démographique) et du politique (volonté d'augmentation de la puissance d'un État par le développement de son domaine et des équipements situés sur celui-ci) en permettant la reformulation, dans son propre langage, d'informations extérieures¹⁰⁸⁷.

B) Les contrats d'achat de prestations de travaux et/ou de service

Comme le rappelle M. BEZANÇON, les contrats de simple achat de travaux reflètent une « *situation de monopsonie* » (caractère unique de l'acheteur face à une multiplicité d'offreurs) « *alors que la délégation résulte souvent de situations de monopole* » (savoir-faire et moyens financiers détenus par un seul ou très peu de prestataires)¹⁰⁸⁸. Au moyen de leurs ressources propres, des travaux et/ou des services ponctuels vont ainsi être effectués au profit direct des « personnes publiques ». Ces contrats sont de courte durée et ont un objet relativement simple (travaux d'entretien et constructions de routes, ponts, édifices publics, etc.). Leur passation et leur exécution sont très surveillées. La puissance publique assure la maîtrise de leur conception et les prestations sont généralement alloties. Le processus de construction n'étant pas inconnu ou mal maîtrisé sur le plan technologique, le mécanisme délégataire n'est pas retenu. En effet, la complexité inhérente aux projets réalisés sous la forme concessive nécessite des offres préalables avec négociation de la puissance publique alors que les contrats d'achats de prestations de travaux et de services deviennent possibles dès lors que leur objet est facilement concevable et maîtrisable. Il n'est pas rare alors de constater qu'au cours de l'histoire, l'administration aura recours à ce type de contrats lorsqu'elle aura augmenté ses capacités techniques et de direction en matière de travaux publics et que la prestation, d'un point de vue économique et pratique, pourra être assurée par des opérateurs plus nombreux. Ce fût par exemple le cas des ponts sous l'Ancien Régime.

¹⁰⁸⁷ V. *Infra*, section 2 de ce chapitre, p. 288.

¹⁰⁸⁸ BEZANÇON (X.), *op. cit.*

En effet, alors que ces contrats furent au départ réalisés sous l'égide d'une forme contractuelle assimilable à des contrats de concession, l'évolution des structures de l'État, notamment avec la création d'organismes chargés de piloter les travaux publics (les ingénieurs des ponts et chaussée en France, *Il consiglio dei lavori pubblici* en Italie, etc.), et la plus grande professionnalisation des opérateurs économiques, ont entraîné un recours plus important à ces contrats de courtes durées. À titre d'exemple, en France, la loi de 1798 concernant les bacs fait en quelque sorte figure de premier cahier des clauses type¹⁰⁸⁹. Elle met en avant la plus grande expérience de l'administration dans ce domaine et dresse véritablement l'ensemble des aspects contractuels de cette prestation spécifique ainsi que les modalités de contrôle des prestations fournies par les adjudicataires. Le même type de texte fut établi dans le royaume de Piémont-Sardaigne¹⁰⁹⁰ et servira de base à la grande loi de 1865 sur les travaux publics.

Si historiquement, ces actes d'achats ne faisaient l'objet de réglementations que pour des domaines spécifiques et limités (les bacs, les chaussées, les ponts, etc.), certaines de leur caractéristiques sont encore perceptibles de nos jours pour les marchés publics de services et de travaux. Ces types se définissent en effet par la grande étendue des pouvoirs de la puissance publique dans les missions de conception, de direction et de contrôle de l'exécution des prestations. Ainsi, ce qui est recherché est le prix d'achat le moins coûteux possible en fonction d'un rendement optimal de qualité. Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse semble se dessiner dès cette époque. Les articles trois, quatre et cinq de la loi sur les travaux publics dans le royaume de Piémont-Sardaigne mentionnent toute l'étendue des compétences du ministre des travaux publics, assisté de son conseil, pour concevoir¹⁰⁹¹, diriger et surveiller¹⁰⁹², fixer les prix¹⁰⁹³ en fonction du

¹⁰⁸⁹ Loi du 6 frimaire de l'an VI (26/11/1798) *relative au régime des bacs sur les fleuves, rivières et canaux navigables*, in, LANOE (A.), *Code des maîtres de poste, des entrepreneurs de diligences et de roulage, et des voitures en général par terre et par eau*, Roret, Paris, 1827, p. 123.

¹⁰⁹⁰ Legge n°3574 del 20/11/1859, *Ordinamento del servizio delle Opere pubbliche*, in, Università di Torino: Dipartimento di Scienze Giuridiche : Legislazione del Regno di Sardegna dal 1848 al 1860, <http://www.dircost.unito.it>

¹⁰⁹¹ Art 5 : “ *Le proposizioni ed i programmi relativi alla manutenzione, ampliamenti, miglioramenti, e nuove costruzioni degli edifizii e stabilimenti amministrati dagli altri Ministeri sono a questi riservati[...], nelle attribuzioni del Ministero dei Lavori pubblici la compilazione dei relativi progetti d'arte, la direzione tecnica della esecuzione, la contabilità relativa e la collaudazione delle opere*”

meilleur intérêt de l'administration. En ce qui concerne leur passation, c'est la procédure d'adjudication qui utilisée pour ce type de contrat.

Ces formes contractuelles deviendront ensuite les marchés publics. La célèbre loi du 28 pluviôse an VIII se servira de ce terme pour justifier de la compétence des conseils de préfecture au détriment de l'ordre judiciaire¹⁰⁹⁴. Le cadre de ces contrats se structurera ensuite en fonction de l'évolution du mécanisme de l'adjudication (le passage du moins disant à l'offre économique la plus avantageuse), et de l'évolution des cahiers des clauses type, les cahiers des clauses administratives générales (C.C.A.G) en France et *i capitolati generale d'appalti* en Italie. L'héritage « juridique » de ce type particulier d'actes, « standardisant » en quelque sorte le contenu des formes contractuelles d'achats de prestations de travaux et/ou de services par l'administration, provient historiquement des baux décennaux. Ils ont été élaborés dans la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle à l'initiative de Colbert, par le corps des ingénieurs des ponts et chaussées¹⁰⁹⁵. Ils se distinguent cependant des cahiers types actuels non seulement par leur longue durée. Contrairement aux marchés publics contemporains, ils prévoyaient la possibilité d'un préfinancement des travaux par le titulaire du contrat ainsi que la délégation, au profit du cocontractant, de certaines des prérogatives de l'administration. Nous retrouvons dans ce cas certaines des particularités du contrat de partenariat français et du contrat de disponibilité italien¹⁰⁹⁶. Cependant, ces distinctions ont longtemps été considérées comme l'apanage de l'autre grande forme contractuelle : les contrats de construction et de gestion d'équipement au profit de la collectivité. Le caractère exclusif, au profit de ces contrats, du mécanisme délégataire, sera par la suite associé au type de rémunération, donc interprété exclusivement de façon économique. Il servira de base à la distinction entre les deux formes contemporaines de contrats de commande publique, le marché et la concession. Nous assistons aujourd'hui à nouvelle reformulation de cette dichotomie, notamment par l'entremise du P.P.P.

¹⁰⁹² Art. 4 : “*La sopravveglianza attribuita al Ministero dei Lavori pubblici sulla costruzione ...*”

¹⁰⁹³ Art. 3. “ *Le Tariffe per le strade ferrate, i canoni per l'uso e i prezzi di vendita delle acque pubbliche e le tasse per lo esercizio delle miniere vengono determinate dal Ministero delle Finanze di concerto con quello dei Lavori pubblici*”

¹⁰⁹⁴ V. *Supra*. p. 50 et ss.

¹⁰⁹⁵ V. BEZANÇON (X.), *op. cit.* p.38 à 55

¹⁰⁹⁶ Article L- 1414-11 du C.G.C.T, et Article 160-ter del *codice dei contratti pubblici*, précités.

C) *Les contrats de construction et de gestion d'équipement publics au service de la collectivité*

L'histoire de cette forme contractuelle particulière révèle deux types d'interférences avec les systèmes économiques et politiques. Économiquement, ces procédés ne peuvent s'analyser sans prendre en compte les rapports entre les secteurs publics et privés dans le cadre d'activités d'intérêt général ayant une influence sur le marché. Politiquement, ils apparaissent comme matérialisant l'opportunité de fournir à la collectivité des services permanents. Ils ont alors pour objet la création d'un équipement sur lequel repose le service. L'élément « travail » est donc prépondérant, à l'origine, sur l'élément service. Les préoccupations de salubrité et de sécurité publiques justifient en premier lieu le recours à ces procédés. La période antique nous livre bon nombre d'exemples relatifs à ce type de contrat pour les systèmes d'adduction d'eau, de construction d'ouvrage d'art comme les viaducs ou encore de réalisation de routes et de leur pavage¹⁰⁹⁷.

En effet, ce qui caractérise le système romain est notamment l'initiative laissée aux profits des citoyens les plus riches pour financer, à leurs frais, ces types d'équipement¹⁰⁹⁸. Leurs concours leur permettaient ensuite de briguer des fonctions publiques importantes. Ainsi, le Digeste traite précisément des « *operibus publicis* »¹⁰⁹⁹. Il fait part de l'existence de la figure du « *Curator operum* », chargé exclusivement de traiter avec les entrepreneurs. Il devait exiger une caution de ces derniers et répondait de l'ouvrage, ainsi que ses héritiers, en cas de défaillance. Cependant, il est également mentionné dans le texte une autre procédure. En effet, était permis à tout particulier « *de faire ou de faire faire des ouvrages nouveaux, pour l'utilité du public, sans en demander la permission au prince ; pourvu que ces ouvrages ne soient pas de nature à fournir matière à sédition, où à exciter l'animosité d'une ville contre une autre et pourvu que ce ne fut ni un cirque, ni un théâtre, ni un amphithéâtre* ». Le texte ajoute « *on ne pouvait faire aucun ouvrage*

¹⁰⁹⁷ BEZANÇON (X.), *op. cit.*

¹⁰⁹⁸ Nous retrouvons un peu la formule de la concession au promoteur du droit italien. V. *Supra*, p. 136.

¹⁰⁹⁹ Livre L, Titre X, in, THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY (C-F), *Dictionnaire du digeste ou substance de Pandectes justiniennes*, Vol 2, Paris, Garnery, 1808, p.54.

nouveaux, aux dépens du public, que de l'autorité du prince ». Ainsi, le Digeste prévoit à la fois une forme d'initiative privée désintéressée mais aussi la mise en place d'un procédé contractuel entre l'administration et un entrepreneur afin de fournir un ouvrage et/ou un service d'utilité publique, moyennant rémunération par les usagers. Le mécanisme rémunérateur imaginé afin que les investissements privés puissent être recouverts était sensiblement le même que celui figurant dans *l'ager emphyteuticus*. En effet, l'ouvrage étant situé sur le sol romain (*l'ager romanus*), il est normal que le droit applicable au domaine (*jus italicum solum*) soit prescrit envers celui qui l'exploite. Dès lors, il était interdit d'empêcher « *par la violence celui à qui un lieu public aura été donné à bail par celui qui en a le droit de jouir dudit lieu conformément aux conditions de leur bail* »¹¹⁰⁰. Nous remarquons donc que celui qui exploite à ses frais un ouvrage public peut également prendre par contrat le domaine sur lequel est situé cet ouvrage. Il peut ainsi bénéficier des formes de rémunération prévues dans les figures de « *l'ager verticalis et l'ager emphyteuticus* »¹¹⁰¹. Ces droits de jouissance sur le domaine public seront ensuite transformés en « rémunération sur l'usager », laquelle conduira à la distinction entre les concessions et les marchés, avant d'évoluer à son tour sous l'effet de la législation et de la jurisprudence dans la notion de « risque d'exploitation »¹¹⁰².

La figure du contrat de construction et de gestion d'équipement réapparaîtra à partir de la Renaissance. C'est également à cette période que la formule commencera à englober les contrats de mise en valeur du domaine. Cette absorption d'une forme contractuelle par l'autre se poursuivra au XIX^{ème} siècle, notamment via l'attractivité des notions de travaux et de service public, avant de connaître, vers la fin du XX^{ème} siècle, une nouvelle recomposition.

Ainsi, c'est le « support domanial » du fief qui servira de cadre juridique aux contrats liant les souverains aux prestataires de construction d'équipements publics. L'entrepreneur obtiendra la cession d'une partie du domaine afin d'y établir l'ouvrage support du service rendu à la collectivité¹¹⁰³. Ces contrats sont historiquement liés aux préoccupations d'hygiène dans les cités, comme

¹¹⁰⁰ *Idem*, Livre L, Titre IX.

¹¹⁰¹ BEZANÇON (X.), *op. cit.*, p. 59.

¹¹⁰² V. *Infra*, p. 265.

¹¹⁰³ La machine élévatrice des eaux du pont neuf à Paris à par exemple était érigée en fief par le Roi après anoblissement du titulaire du contrat. V. BEZANÇON (X.), *op. cit.*, p. 60.

l'adduction d'eau ou l'enlèvement des ordures, ou encore à la construction de routes et ponts permettant le développement des activités économiques. L'exemple du canal du midi est topique. Dénommé avant la révolution « canal Royal en Languedoc », ce projet gigantesque reliant l'atlantique à la méditerranée, débuta en 1666, sous la direction de COLBERT¹¹⁰⁴. L'édit précise que le titulaire du contrat, Pierre-Paul RIQUET, dispose de droits d'expropriation et de la faculté de faire construire moulins et autres équipements nécessaires au bon fonctionnement du canal. Par ailleurs, il dispose que l'équipement constituera un fief au profit de RIQUET et de ses descendants, l'exemptant d'impôts et lui transférant des droits de pêche et de chasse¹¹⁰⁵. L'édit met en place un système de péages, donc de redevances sur l'usager, permettant à l'adjudicataire de recouvrer ses investissements et de garantir l'entretien et l'exploitation du canal. D'autres formes contractuelles, tels que le bail trentenaire de construction et d'entretien ou d'autres contrats innommés serviront de cadre à ce type d'opérations¹¹⁰⁶.

On retrouve dans ces contrats certaines des caractéristiques communes aux baux perpétuels comme l'autorisation de faire ou de faire faire octroyée par le souverain, la perpétuité du contrat avec la transmission de l'exploitation de l'ouvrage au profit des descendants ou encore l'exonération de droits fiscaux. Une grande liberté est laissée aux entrepreneurs de ces ouvrages, de la conception du projet à l'exécution du projet des travaux. Cette particularité, assimilable à la naissance de l'*intuitu personae*, s'explique par le caractère complexe, novateur et coûteux des projets. Les montages financiers ne sont pas figés. Les contrats peuvent procéder d'une forme de cofinancement assurée par le don domanial perpétuel, d'un financement intégralement public, comme de la mise en place de péages. La suppression des péages à la période révolutionnaire découlera de l'abolition de la féodalité¹¹⁰⁷. Cependant ces derniers seront maintenus par exception pour les ouvrages publics particulièrement onéreux tels que les bacs, les canaux et de façon

¹¹⁰⁴ Édit royal de Saint-Germain-en-Laye, octobre 1666, *in*, Archives du Canal du Midi, V.N.F Toulouse, p. 3.

¹¹⁰⁵ DEGOS (J.) et PRAT (C.), *Le Canal du Midi au 17^e siècle : Lacunes comptables et innovations financières*, Journées d'Histoire de la Comptabilité et du Management, 2010, Université Bordeaux IV, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00465825>.

¹¹⁰⁶ BEZANÇON (X.), *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

plus générale pour « *les péages accordés à titre d'indemnité à des propriétaires légitimes en dédommagement des frais de construction* »¹¹⁰⁸. La Révolution n'arrête donc pas ce qui constituera plus tard un des fondements de ces contrats : la possibilité de percevoir une rémunération sur l'usager. Elle supprime cependant ce qui était lié à la féodalité comme les droits de police délégués aux titulaires de ces contrats.

Sous la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, la formule sera progressivement dénommée « concession », et les évolutions des notions juridiques sur lesquelles elle repose, notamment le service et les travaux publics, conditionneront à leur tour sa définition au sein des deux ordres faisant l'objet de notre étude. La concession englobera les contrats de mises en valeur du domaine et ne se distinguera plus par rapport aux marchés publics que par son caractère délégataire. Nous assistons aujourd'hui à une nouvelle structuration de ces catégories¹¹⁰⁹, notamment avec l'autoreproduction des formes de mise en valeur du domaine (B.E.A- A.O.T, *locazione finanziaria*, etc.), le renouvellement des définitions des contrats de construction et de gestion d'équipements (concession de services et de travaux) et l'apparition de nouveaux types de contrats d'achats de prestations de travaux complexes (le contrat de disponibilité, la discipline *della finanza di progetto*). Cette évolution systémique s'explique par la reprogrammation des distinctions entre les deux éléments du couple opérationnel marché/concession. Elle se révèle plus particulièrement par la résolution des conflits liés aux différences entre ces catégories, différences fondées au niveau européen exclusivement sur les modalités de rémunération entre les deux types de contrats.

En effet, le processus d'harmonisation des contrats de commande publique dans le droit de l'Union européenne a abouti à la création de notions contractuelles unifiées, occultant les définitions historiques fondées sur l'objet pour se focaliser sur le critère du risque d'exploitation. L'achat, la location, le leasing, la délégation n'importe peu, seul compte le transfert au titulaire du contrat d'un risque susceptible d'affecter sa rétribution. L'histoire nous a permis de mettre en évidence la permanence du contenu de ces contrats. Le droit actuel n'est que le reflet de ces logiques se répétant sans cesse dans un cycle autorégulateur. Les évolutions entre les

¹¹⁰⁸ Articles 16 à 15 du Décret de l'assemblée nationale du 28 mars 1790, *op. cit.*

¹¹⁰⁹ V. *Infra*, section 2 de ce chapitre, p. 288 et ss.

différentes formes, peu importe leur dénomination, ne proviennent dès lors que des moyens de résoudre les conflits du système avec son environnement.

§2) La résolution des conflits intersystémiques

Comment la clôture opérationnelle du droit de la commande publique pourrait elle être également l'instrument nécessaire à son ouverture à l'égard de faits sociaux, politiques et/ou économiques ? Pour répondre à cette question, reprenons l'expression d'Edgar MORIN : « *l'ouvert s'appuie sur le fermé* »¹¹¹⁰. Ainsi, la résolution des conflits entre le droit et son environnement s'effectue au moyen de deux mécanismes différents : l'information et l'interférence. L'information est produite à l'intérieur du système, elle constitue une « *réalité juridique autonome* »¹¹¹¹. Elle est la retranscription, dans le langage juridique, d'une communication issue d'un autre système. L'interférence permet quant à elle la connexion avec l'environnement et la description de la réalité opérationnelle extérieure. Le conflit procède alors généralement des contradictions entre l'information propre au système et l'interférence avec une réalité décrite dans un autre système¹¹¹². Une même information peut en effet relever de plusieurs systèmes et être interprétée différemment dans chacun d'eux. Dès lors, les réalités juridiques auto-référentiellement produites entreraient en contact avec les réalités opérationnelles des systèmes environnant. Deux solutions seraient possibles, où l'une des deux réalités prend le pas sur l'autre, au risque de détruire la clôture opérationnelle et *a fortiori*, le système lui-même, ou alors ces conflits issus de la confrontation entre plusieurs réalités systémiques sont retraduits dans le langage propre du droit par l'adaptation de ses éléments structurels. C'est évidemment pour la seconde solution que nous penchons. Selon nous, ces résolutions se présentent sous deux angles. Elles sont à la fois juridictionnelles (A) et textuelles (B).

¹¹¹⁰ MORIN (E.), *La méthode*, tome II, Paris, éd. Seuil, 1986, p. 203.

¹¹¹¹ TEUBNER (G.), *op. cit.*, p.103

¹¹¹² *Idem*, p.165

A) *La résolution juridictionnelle*

Si les droits italien et français de la commande publique étaient assimilables à des montres mécaniques dignes des constructions des horlogers les plus audacieux, le juge ferait figure de roue dentée, c'est-à-dire de pièce essentielle au bon fonctionnement du rouage, d'élément indispensable à l'oscillation correcte du pendule pour une détermination exacte du temps. La complexité du mécanisme est telle que le moindre grain de sable pourrait gripper l'articulation entre les différentes pièces et entraîner ainsi un blocage. Il apparaît alors indispensable pour un fonctionnement optimal de l'horlogerie que chaque pièce travaille de la façon la plus efficiente possible dans une mécanique extrêmement bien huilée. Transposée dans la logique juridique, cette métaphore conduit à affirmer que le juge s'inscrit comme un acteur essentiel de la régulation dynamique de l'évolution du droit de la commande publique. Il est en quelque sorte la roue dentée indispensable au bon fonctionnement du rouage complexe que constitue l'ordre juridique, le coordinateur des différentes forces en présence. Il assure ainsi le bon fonctionnement du « *pendule droit* » et la lecture du temps juridique. Le juge est alors au droit de la commande publique ce que le « *Khadi* » fut à la résolution de la succession problématique du « *bédouin* ».

Ainsi, la résolution des conflits intersystémiques par le juge procède d'une « *démarche homéostatique* »¹¹¹³. Elle assure en effet la régulation du système en maintenant ses constantes par rapports aux perturbations extérieures. Les exemples sont multiples et pourraient faire l'objet d'une étude plus longue. Nous nous contenterons ici de retracer ce qui constitue, à notre sens, les principales formes de conflits. Leurs apparitions sont dues à la transcription dans le langage du droit de communications économiques et politiques. L'intervention du juge est alors nécessaire pour réguler le couplage structurel propre au droit de la commande publique. La notion de risque d'exploitation participe selon nous de cette régulation, en France comme en Italie. Les juges de chaque pays ont donc essayé de lier cette notion aux définitions du passé.

¹¹¹³ DOUENCE (J-C.), « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », in, *Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Mouvement du droit public*, Paris, Dalloz, 2004, p. 501.

1) L'intégration par le juge français de la notion de risque d'exploitation à la rémunération substantiellement assurée sur les résultats d'exploitation

Lorsqu'en 1996¹¹¹⁴, le Conseil d'État ajoutait le critère financier à la définition de la délégation de service public, il complétait des dispositions législatives « *qui ne le suggéraient pas* »¹¹¹⁵ dans l'optique d'une préservation de l'application des procédures réglementées au droit des marchés publics. L'argument peut sembler tombé quelque peu en désuétude aujourd'hui, dans la mesure où le droit de l'Union européenne impose que les exigences de publicité, de transparence et mise en concurrence soient étendues à l'ensemble des contrats de commande publique¹¹¹⁶. De plus, l'élévation des seuils et la multiplication des procédures simplifiées instaurent pour certains marchés des règles formelles bien moins strictes pour garantir les principes fondamentaux du droit de l'Union européenne que ceux devant être respectés dans le cadre d'une concession. Il n'en demeure cependant pas moins que l'utilisation de ce critère complémentaire par la Haute juridiction française traduit l'aboutissement d'un processus autoreproducteur. Il permet en effet d'adapter la distinction entre marché et concession à des perturbations extérieures. Le législateur produira ensuite l'information propre au système en figeant dans le marbre de la loi les définitions jurisprudentielles¹¹¹⁷.

Ainsi, la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation assure l'équilibre financier du contrat en couvrant le risque d'exploitation. Le critère signifie donc que le mode de rémunération du titulaire indique sa participation au risque général d'exploitation de l'équipement ou du service. Dès lors, il apparaît comme la caractéristique essentielle de la frontière entre les deux éléments

¹¹¹⁴ CE, 15/04/1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône contre commune de Lambesc*, précitée.

¹¹¹⁵ DOUENCE (J-C.), *op. cit.*, V. Loi n° 93-122 du 29/01/1993, *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, précitée.

¹¹¹⁶ CJCE, Aff. C-324/98, 07/12/2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress c/ Telekom Austria AG*, précité.

¹¹¹⁷ Article 3 de la Loi n° 2001-1168 du 11/12/2001, *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* (M.U.R.C.E.F), J.O.R.F du 12/12/2001, p. 19703 : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* »

structurels de la clôture opérationnelle du système. Le marché public est dépourvu du risque lié à l'exploitation de l'équipement et son titulaire est généralement rémunéré par un prix dès la livraison de l'ouvrage.

En France, ce critère a été très critiqué par la doctrine¹¹¹⁸. Il a néanmoins le mérite d'avoir permis au juge de remplir « *une fonction juridique subsidiaire* », dans la mesure où il représente « *l'expression financière* » permettant de justifier théoriquement l'élément matériel qu'est le « *transfert de la responsabilité du service* » au titulaire du contrat¹¹¹⁹. Cette justification s'est opérée notamment en raison du « *glissement sémantique et conceptuel* »¹¹²⁰, vers la notion de risque d'exploitation. En effet, si à l'heure actuelle cette notion fait figure dans le droit dérivé de l'Union européenne¹¹²¹, comme dans la jurisprudence de la Cour de justice¹¹²², d'élément essentiel permettant la différenciation entre la concession et le marché, sa construction intellectuelle relève notamment du juge administratif français. Le risque d'exploitation est à ce titre inhérent à la notion de résultat d'exploitation, qui avait elle-même été conceptualisée par rapport à la redevance directement perçue sur l'usager. En définitive, le juge a du adapter ces critères et les faire évoluer pour résoudre les conflits avec l'environnement politique. Ils s'apparentent à la traduction juridique de la volonté de mettre en place une logique concurrentielle dans ce secteur.

¹¹¹⁸ Le professeur COSSALTER, dans sa thèse de doctorat estime par exemple que ce critère est « *instable* » et manque de « *spécificité* ». (COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, précité, p.307 à 314.) Le Professeur DOUENCE l'a également jugé autant « *indéfinissable* » qu' « *inutilisable* » (in, « Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération », *RFDA* 1999, p. 1134. Le Professeur TERNEYRE, quant à lui, pensait qu'il était « *non opérationnel, archaïque et déphasé par rapport à l'évolution factuelle et juridique des contrats confiant à un opérateur l'exécution même du service public* » (note sous CE, 15/04/1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône contre commune de Lambesc*, *RFDA* 1996, p. 721).

¹¹¹⁹ LLORENS (F.), « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean WALINE*, Paris, Dalloz, 2002, p. 301 à 318.

¹¹²⁰ MOREAU (D.), « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA*, 2003, p. 1418.

¹¹²¹ Article 5 de la directive 2014/23/U.E sur l'attribution des contrats de concession, précitée.

¹¹²² V. CJCE, Aff. C-382/05, 18/07/2007, *Commission c/ Italie*, point 34, *Rec.*, p. I-6659, *Contrats et Marchés publics*, 2007, comm. 238, note ZIMMER (W.) ; confirmation de CJCE, 13/09/2005, *Parking Brixen GmbH*, Aff. C-458/03, point 40, *Rec.*, p. I-8585, *BJCP* n° 43, 2005, p. 454, *Concl. KOKOTT (J.)*, *DA*, n° 12, 2005, p. 22, comm. MENEMENIS (A.), *Contrats et Marchés publics*, n° 12, 2005, p. 28, note Eckert (G.).

Pourtant, « rémunération sur l'usager » et « risque d'exploitation » sont apparus originellement dans la jurisprudence administrative française comme deux notions autonomes¹¹²³. Lorsque ces termes sont employés dans la décision « *gaz de Bordeaux* », ils n'évoquent en aucun cas que le risque du cocontractant soit supporté par rapport aux méthodes de rémunération du concessionnaire. Quand le juge administratif énonce que « *la variation du prix des matières premières constitue un aléa qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls* »¹¹²⁴, il utilise le risque comme relevant d'éléments « *exogènes* »¹¹²⁵ au contrat. La fluctuation monétaire des matières premières en est le meilleur exemple. De plus, la Haute juridiction poursuit sa motivation en affirmant que « *le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées* ». La rémunération sur l'usager est donc liée à la condition matérielle d'exécution d'un service en lieu et place de l'administration. Elle est aux yeux du juge l'unique caractéristique justifiant que le contrat soit dénommé concession. D'ailleurs, en consacrant la théorie de l'imprévision, le Conseil d'État vient considérablement atténuer le risque de production du concessionnaire dans l'optique de permettre la continuité du service public. Le concessionnaire se doit d'assurer le service. Il est obligé de résister aux événements extérieurs et imprévisibles, même s'ils entraînent un bouleversement de l'économie du contrat. Peu importe les difficultés financières rencontrées par le concessionnaire, il doit poursuivre sa mission sans dépasser le prix limite payé par les usagers, prix sur lequel les parties s'étaient accordées¹¹²⁶. C'est d'ailleurs en fonction de ces éléments que le juge calculera le montant de l'indemnité d'imprévision du concessionnaire.

En définitive, la rémunération sur l'usager ne pouvait s'analyser que comme un élément endogène au contrat. Elle n'était possible que dans la mesure où le service ou l'ouvrage était directement exécuté ou exploité au profit des usagers. Il ressort donc de cette analyse que « risque » et « rémunération », s'ils ne sont pas

¹¹²³ COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, précité, p.308.

¹¹²⁴ CE, 30/03/1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125, Concl. CHARDENET, D. 1916.3, p.25, *RD*, 1916, p. 206.

¹¹²⁵ VIDAL (L.), « Le juge administratif, l'économie et le contrat : réflexions à propos de deux arrêts du Conseil d'État », *RFDA*, 1999, p.1147.

¹¹²⁶ CE Sect., 03/01/1956, *Commune de Tursac*, Rec. p. 5.

totallement indifférents l'un de l'autre (de mauvaises prévisions de fréquentation peuvent générer un risque pour le concessionnaire) ne doivent pas, originellement, être assimilés. L'un fut conçu comme un élément endogène au contrat, l'autre comme un élément exogène. Il pouvait donc « *exister un risque sans variabilité de la rémunération et variabilité de la rémunération sans risque* »¹¹²⁷. Aujourd'hui, le risque d'exploitation, élément déterminant de la distinction marché/concession, et donc des différentes formes de P.P.P. portant dévolution d'une mission de service public, est conçu comme un élément « endogène », contrairement à son acception originelle. Selon nous, la notion de « *résultat d'exploitation* » a permis de lier les deux idées. Elle explique par ailleurs le cheminement parcouru dans la jurisprudence des juges du Palais Royal, et permet notamment le rapprochement matériel des différents contrats.

Le juge administratif a été confronté aux problèmes de qualifications des contrats de longue durée portant sur la construction et l'exploitation d'usines de traitement des ordures ménagères. Leur rémunération ne pouvait porter sur l'usager dans la mesure où celui-ci était difficilement identifiable. Le Conseil d'État aurait pu alors conférer la primauté au critère matériel de l'exécution du service public et dénommer concession le contrat dans lequel une commune rémunérait une société par une redevance payée chaque mois. Pourtant « *c'est en raison du mode de rémunération* » retenu que la convention présentait « *le caractère non pas d'une concession de service public mais d'un marché d'entreprise de travaux publics* »¹¹²⁸. Le Conseil d'État se contentait donc à l'époque, pour identifier une concession, de la seule existence d'une redevance entre les usagers et le concessionnaire, sans aller jusqu'à appréhender la réalité du risque économique. Il en découlait ainsi que la fonction des modalités de rémunération « *paraissait être davantage celle d'un critère autonome et autosuffisant que celle d'un révélateur du transfert du risque d'exploitation* »¹¹²⁹.

¹¹²⁷ COSSALTER, *op. cit.*, p. 309.

¹¹²⁸ CE, Sect. n°75710, 26/11/1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et récupération (SIMA)*, Rec. p. 723 ; RDP, 1972, *Concl. GENTOT (M.)*, p.239, note WALLINE (M.), p.1245 ; A.JDA 1971, p.649, LABETOULLE (D.) et CABANES (P.), *CJ EG* 1972, p.140, note BASSET (M.).

¹¹²⁹ MULLER (E.), *op. cit.*, p.119.

Comment expliquer cette solution ? Elle résulte principalement de la résolution du conflit avec une information issue du système politique, visant à l'obligation de mise en concurrence dans le souci d'assurer le meilleur usage des deniers publics par les administrations. En effet, « *adopter une conception large des D.S.P revenait à faire échapper à l'obligation de mise en concurrence tous les contrats ayant pour objet de confier à un tiers la gestion d'un service public, y compris ceux dans lesquels l'administration rémunère la gestion du service par un prix versé au cocontractant, c'est-à-dire par l'utilisation de ses propres deniers* »¹¹³⁰. Nous percevons alors bien comment le juge à résolu l'interférence entre le système politique (limitation des pratiques corruptives et protection des deniers publics par la mise en concurrence) en modelant la définition des éléments structuraux du système juridique.

L'évolution de la législation aurait pu remettre en cause la pertinence de la définition dans la mesure où après l'instauration de la loi « SAPIN »¹¹³¹, une mise en concurrence préalable pour les délégations de service public fut instaurée. Elle n'a cependant pas eu lieu et la décision *Commune de Lambesc* de 1996 le démontre. La « *rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* » a permis d'élargir la qualification de D.S.P à l'ensemble contrats dont les recettes sont liées à l'exploitation du service, *a fortiori* aux contrats ne prévoyant pas la perception majoritaire de redevances sur les usagers. Cependant, l'apport de cette jurisprudence, comme nous l'avons mentionné précédemment, reste qu'elle préfigure l'irruption de la notion de risque, et surtout sa place centrale dans la définition actuelle du modèle concessif. Elle a été utilisée de façon opportuniste pour lier un élément à l'origine exogène au contrat (les risques et périls du concessionnaire) à un élément endogène (la nature de la rémunération). Les conclusions sur la célèbre jurisprudence *S.M.I.T.O.M*¹¹³² du commissaire du gouvernement BERGEAL sont révélatrices de cette évolution : « *cette notion [...] renvoie à la notion de prise de risque par le cocontractant, consubstantielle à la notion de concession qui, selon la formule traditionnelle, est exploitée « aux risques*

¹¹³⁰ LLORENS (F.), *op. cit.*, p. 307.

¹¹³¹ Loi n° 93-122 du 29/01/1993, précitée.

¹¹³² CE, 30/06/1999, *SMITOM Centre Ouest Seine et Marais*, Rec., p. 230, *AJDA* 1999, p. 714, Concl. BERGEAL (C.), note PEYRICAL (J.-M.).

*et périls du concessionnaire»*¹¹³³. Ainsi, pour reprendre les termes du professeur LLORENS, « *les idées "nouvelles" ne procèdent bien souvent que d'analyses anciennes opportunément remises à l'honneur* »¹¹³⁴.

Le Conseil d'État a ensuite utilisé le critère du transfert du risque d'exploitation, en considérant que la rémunération stipulée dans une délégation de service public devait « *être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* » parce « *qu'une part significative du risque d'exploitation [demeurait] à la charge du cocontractant* »¹¹³⁵. Force est cependant de constater que le contenu de la notion a été longtemps limité dans la jurisprudence française à un risque de déficit d'exploitation existant lorsque la rémunération globale est susceptible d'être inférieure aux dépenses¹¹³⁶, donc à un risque lié à la demande. Les professeurs RICHER, COSSALTER et MULLER¹¹³⁷ ont brillamment démontré, et il serait par conséquent inutile de revenir sur cela pour les besoins de notre étude, que les juges ont une conception large de la notion et ne se livrent pas par conséquent à une analyse excessivement poussée des « risques d'exploitation » permettant de déterminer la nature concessive d'un contrat.

La définition dans les nouvelles directives du risque comme étant également lié à l'offre renforce leur démonstration tendant à l'appréhension du critère dans une démarche qualitative, centrée sur les aléas économiques, et non quantitative¹¹³⁸. En définitive, cette forme de résolution des conflits d'appartenance apparaît en réalité comme « *un simple instrument technique de partage des catégories, dénué de toute autre signification* »¹¹³⁹. C'est en effet plus le transfert du risque que le risque lui-même qui demeure l'élément primordial entraînant la qualification juridique du

¹¹³³ BERGEAL (C.), Concl sur CE, 30/06/1999, *op. cit.*

¹¹³⁴ LLORENS (F.), *op. cit.*, p.312

¹¹³⁵ CE, 7/11/ 2008, *Département de la Vendée*, Rec. p. 805, *AJDA* 2008, p. 2454, note RICHER (L.), *Contrats et Marchés publics*, 2008, comm. n° 296, note ECKERT (G.).

¹¹³⁶ CE, 19 novembre 2010, *Dingreville*, *Contrats et Marchés publics*, 2011, comm. 22, note ECKERT (G.)

¹¹³⁷ V. COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 299 à 314, MULLER (E.), *op. cit.*, p. 119 à 122 et RICHER (L.), *op. cit.*, p.584 et ss.

¹¹³⁸ BRACONNIER (S.), « La typologie des contrats public d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 2014, p.832.

¹¹³⁹ LLORENS (F.), « Unité et pluralité des délégations de service public », *Contrats et marchés publics*, 2003, n° 5, p.9

contrat¹¹⁴⁰. La jurisprudence *Département de la Vendée* de 2008 en est un exemple topique¹¹⁴¹. Dans cette affaire, quatre-vingt treize pourcent des recettes d'un contrat de transport scolaire provenaient d'abonnements. Elles étaient cependant financées à hauteur de quatre-vingt pourcent par le département, et de seulement treize pourcent par les titulaires de l'abonnement. Le Conseil d'État a alors jugé que les recettes d'exploitation pouvaient aussi bien provenir des usagers que de la personne publique délégante, dès lors que l'entreprise titulaire conservait une part significative du risque (pouvant aller dans l'espèce jusqu'à 30%), sa rémunération était substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Ainsi s'est effectuée l'absorption de la notion de risque opérationnel au critère financier de la D.S.P du droit français.

Dans cette acception, la notion de risque d'exploitation procède ainsi parfaitement de la fonction résolutive lui ayant été assignée par le juge. Elle ne peut être employée et comprise que sous l'angle de sa fonction. Or, celle-ci est beaucoup plus pragmatique que conceptuelle. La jurisprudence *Sueur* du Conseil d'État en est le parfait exemple. Dans cette décision, le juge administratif devait qualifier le contrat de partenariat du droit français par rapport aux directives européennes. Il fit alors le choix de la catégorie « marché public » notamment parce qu'il « *fait l'objet d'un paiement par la personne publique* »¹¹⁴². Dès lors, cette décision symbolise selon nous le caractère purement fonctionnel, pragmatique et résolutif des notions employées dans le cadre des conflits systémiques propres droit de la commande publique. En effet, si le contrat de partenariat est un marché public au sens du droit de l'Union, il ne peut être défini qu'en opposition par rapport à la notion communautaire de concession. Or, celle-ci s'établit en fonction du risque d'exploitation transféré au titulaire du contrat. Il en résulte donc que le contrat de

¹¹⁴⁰ RICHER (L.), *op. cit.*, 2012, p. 589.

¹¹⁴¹ CE, 7/11/ 2008, *Département de la Vendée*, précitée.

¹¹⁴² CE, 29/10/2004, *Sueur et autres*, Rec., p. 394, Concl. CASAS (D.), *RFDA* 2004, p. 1103, Concl. CASAS (D.), *BJCP* n° 38, 2005, p. 65, Concl. CASAS (D.), *AJDA* 2004, p. 2383, Chron. LANDAIS (C.) et LENICA (F.), *Contrats et Marchés publics*, n° 12, 2004, p. 20, comm. n° 249, note ECKERT (G.)

partenariat du droit français ne doit pas permettre le transfert de ces risques, puisqu'il n'est pas une concession¹¹⁴³.

Toutefois, l'ordonnance de 2004 prévoit expressément un partage des risques entre le titulaire du contrat et l'administration¹¹⁴⁴. Si le risque d'exploitation n'est pas intégralement supporté par le partenaire privé, ce dernier peut toutefois se voir proposer des recettes tirées de l'exploitation des ouvrages ou des équipements. Au loyer contractuellement fixé s'ajoute en effet une forme de risque lié aux recettes annexes¹¹⁴⁵. En outre, le titulaire du contrat ne supporte théoriquement pas le risque de fréquentation de l'ouvrage. Cependant, l'ordonnance assujettit la rémunération du cocontractant à des critères de performance¹¹⁴⁶. Il serait alors possible de mettre en place un système de bonus/malus de la rémunération par rapport à la fréquentation de l'ouvrage. Ce système inciterait alors le titulaire du contrat à assurer une exécution efficiente de sa mission, en fonction de l'exploitation de l'ouvrage construit¹¹⁴⁷. Enfin, le transfert au partenaire du risque lié à l'offre pourrait engendrer sa qualification en concession au sens du droit de l'Union. Une situation semblable à celles des concessions d'aménagement¹¹⁴⁸, c'est-à-dire l'application des procédures relatives à l'une ou à l'autre catégorie en fonction de la part de risque transféré, pourrait être alors envisageable. Le nouveau marché de partenariat du droit français pourrait ainsi être qualifié de concession au sens du droit de l'Union. Le juge aura alors sans doute à résoudre ce nouveau conflit d'appartenance.

Le même type d'instrumentalisation des notions pour résoudre les conflits nés de la traduction, dans le langage du droit de la commande publique, de communications économiques et politiques, est utilisé par le juge italien.

¹¹⁴³ LINDITCH (F.), « Contribution à la distinction des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat », *JCP A*, 2011, étude n°2394.

¹¹⁴⁴ Le raisonnement peut du reste être facilement transposé au marché de partenariat de l'ordonnance 2015-899 dans la mesure où elle prévoit, de manière assez laconique, que le marché contient dans ses stipulations « *un partage des risques entre l'acheteur et le titulaire* ».

¹¹⁴⁵ Article 11 d) de l'ordonnance.

¹¹⁴⁶ Article 11 f) de l'ordonnance 2004-559 et 83 de l'ordonnance 2015-899, précitées.

¹¹⁴⁷ ORIOU (J-S) et PERRITAZ (M.), « Pour une gestion du service public par le titulaire d'un contrat de partenariat », *AJCT*, 2012, p. 90.

¹¹⁴⁸ V. *Infra*, p. 191.

2) L'adaptation par le juge italien de la notion de risque en fonction du destinataire de la prestation

La distinction juridictionnelle du marché et de la concession procède en Italie du même type de conflit qu'en droit français. Il est en effet extrêmement intéressant de remarquer qu'à l'instar du droit français, ces conflits entre le système juridique et son environnement sont historiquement apparus avec des contrats liés au traitement des ordures ménagères, c'est-à-dire des contrats dans lesquels les usagers ne sont pas individualisables, et donc identifiables. Cependant, contrairement à la jurisprudence française qui choisit de différencier les deux contrats en fonction de la provenance de la rémunération ; la jurisprudence italienne s'est focalisée sur le destinataire de la prestation. Dans un arrêt de 1960, la Cour de cassation considérait que constituait « *un marché et non une concession, la tâche accordée par l'administration d'effectuer seulement les activités matérielles inhérentes au service, sans instaurer de rapports directs entre l'entreprise sollicitée et les destinataires privés des ouvrages construits* »¹¹⁴⁹.

Nous retrouvons d'ailleurs la même logique de différenciation lorsque le juge a du qualifier la *concessione di sola costruzione*. L'existence du mécanisme s'expliquait par la volonté politique d'accélérer les programmes de construction d'équipements publics. Pour permettre la réalisation de cet objectif, le législateur créa cette forme concessive particulière dans laquelle le titulaire du contrat était rémunéré quasi intégralement par la personne publique. Il se voyait également transférer certaines prérogatives de puissance publique¹¹⁵⁰. C'est ce transfert de fonctions (conceptions, direction de travaux, pouvoir d'expropriation) qui a conduit

¹¹⁴⁹ Cass. it., n°2965, 3/11/1960, *Nuova Rassegna*, 1962, Rv. 880929 n°6, p. 796 : « *Costituisce un rapporto di appalto (di servizio di nettezza urbana) e non rapporto di concessione, l'incarico concesso dalla pubblica amministrazione di eseguire soltanto le attività materiali inerenti al servizio, senza la instaurazione di rapporti diretti tra l'impresa assuntrice e i privati destinatari dell'utilità.* »

¹¹⁵⁰ L'article 60 de la loi n°865 du 22/10/1971 sur l'expropriation pour utilité publique (GU n.276 del 30/10/1971) disposait par exemple que les "concessionnaires " pouvait procéder directement à l'acquisition des terrains nécessaires au nom et pour le compte des communes et même mettre en œuvre des procédures d'expropriation lorsqu'elle avait connaissance du projet.

le juge à leur donner la qualité de concession. Ce faisceau d'indices faisait transparaître, en dépit de la présence d'une rémunération perçue sur l'utilisateur, le caractère concessif du modèle¹¹⁵¹. De plus, la prestation était réalisée directement au profit des usagers en lieu et place de l'administration.

Aujourd'hui, la différence entre le marché et la concession ne s'opère plus dans les textes, comme ce fut le cas auparavant, en fonction de l'objet du rapport contractuel¹¹⁵². Le droit italien reprend en effet quasiment mot pour mot les définitions figurant dans les directives européennes¹¹⁵³. La différence procède alors, comme en droit français, de la notion économique de risque¹¹⁵⁴. Cette notion reste toutefois interprétée de façon circulaire par rapport aux fondements structureux du droit de la commande publique en Italie. C'est en effet au moyen du critère fonctionnel du destinataire de la prestation qu'elle permet au juge de différencier les instruments juridiques du droit des contrats publics.

Ainsi, le concessionnaire doit assumer un risque plus grand et supérieur à ceux classiquement admis pour les titulaires de marchés publics. Le risque ne se limite donc pas à l'assurance que le bien ou le service soit livré ou exécuté en quantité et qualité promise mais se mesure comme faisant reposer sur le titulaire du contrat une « incertitude » possible sur l'exploitation de son activité, « *incertitude que supporte n'importe quel entrepreneur* »¹¹⁵⁵. En ce sens, cette notion a été interprétée dans le cadre *delle concessioni* comme constitutive d'un rapport trilatéral entre l'administration concédante, le concessionnaire et les usagers, liant ainsi la définition du passé à celle du présent. Le point de vue italien peut être résumé de la manière suivante : le comportement des usagers ne peut être que partiellement prévu. Ainsi, le rapport induit par l'acte concessif implique le transfert des missions de l'administration, notamment la fourniture directe d'une activité aux usagers. Dès lors, le risque de fréquentation de l'ouvrage est transféré au concessionnaire dans la

¹¹⁵¹ Cass. It. Sez. I, n° 12166, 10/12/1993., in *Foro it*, 1994, I, 2472.

¹¹⁵² En ce qui concerne l'évolution des visions de la doctrine quant aux deux modèles : V. ZANOBINI (G.), *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 261 et SCOCA (F-G.), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p.274.

¹¹⁵³ Articolo 3 del *codice dei contratti pubblici*, précité.

¹¹⁵⁴ V. *Supra*.

¹¹⁵⁵ RAMAJOLI (M.), «Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario», in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di PERICU (G.), Milano, Giuffrè, 1995, p. 322.

mesure où c'est maintenant lui qui interagit directement avec les utilisateurs du service.

Le critère de distinction développé en jurisprudence entre marché et concession est alors fondé sur le risque de fréquentation. Il se retrouve dans le transfert d'une « *activité d'intérêt public assuré directement au profit des usagers* »¹¹⁵⁶. Il implique alors le transfert de la gestion de l'ouvrage ou du service et institue donc un droit de percevoir « *une contrepartie pouvant être prélevée sur l'usager* »¹¹⁵⁷. Le juge administratif italien va ensuite, à l'instar du Conseil d'État français, reconnaître que dans la logique concessive, le risque de gestion de l'ouvrage ou du service se détermine lorsque le titulaire du contrat est rémunéré, « *pour une part significative par un prix sur l'usager, [...], alors que dans le marché, les prestations sont effectuées, non au profit du public, mais à celui de l'administration, laquelle est tenue de rémunérer l'activité effectuée par l'entrepreneur pour les services qui lui sont rendus* »¹¹⁵⁸. Nous percevons ainsi aisément comment le critère du risque d'exploitation reçoit, dans le cadre de la jurisprudence, une interprétation intrinsèquement fondée sur l'histoire des notions. Comme en droit français, le critère n'apparaît ainsi que comme un simple instrument pragmatique de partage des catégories, dissimulant au fond, ce qui caractérise l'essence même de la clôture opérationnelle du droit de la commande publique. La jurisprudence du Conseil d'État italien ne s'est jamais véritablement écartée de cette distinction originelle entre acte à destination de l'administration et acte à destination des tiers. Est un marché le contrat rendu en faveur de l'administration, alors que la concession établit une relation trilatérale entre le concessionnaire, l'administration concédante, et les usagers¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁶ MASERA (S.), «Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria», *Urbanistica e appalti*, 2008 fasc. 5, p. 581.

¹¹⁵⁷ C.S, Sez. VI, Sentenza n° 6838, 19/12/2000, cité in VILLATA (R.), *I contratti pubblici di lavori, Servizi e Forniture*, CEDAM, 2014, p.1704.

¹¹⁵⁸ C.S, Sez. V, Sentenza n°7108, 24/09/2010.

¹¹⁵⁹ C.S, Sez. V, Sentenza n° 8040, 15/11/2010.

Se pose alors bien évidemment la question de la qualification des concessions à usage direct de l'administration dans le cadre du mécanisme *della finanza di progetto*. En effet, dans ce type de contrat la prestation est bien évidemment effectuée au profit de l'Administration. Comme pour le contrat de partenariat, ces modèles contractuels s'inscrivent dans la catégorie des contrats de construction d'équipements publics au profit des personnes publiques, lesquels dérivent historiquement des contrats de prestations de travaux avec mises en valeur utile du domaine. La question de leur proximité avec les contrats de *locazione finanziaria* doit aussi se poser. Seul le risque de construction semble être le plus souvent transféré. Ceux liés à la demande ou à la disponibilité de l'ouvrage sont le plus souvent assumés par la personne publique dans la mesure où c'est elle qui, *in fine*, utilise le bien¹¹⁶⁰. Cependant, ces concessions « froides » (concessione fredde)¹¹⁶¹ permettent surtout au concessionnaire de récupérer son investissement à travers un flux de caisse provenant directement et quasi intégralement d'un prix payé par l'administration. Pourtant, selon l'A.C.V.P, ces flux de caisse correspondent à une « redevance calculée en fonction de la fréquentation de l'ouvrage »¹¹⁶², une sorte de péage virtuel liant ainsi la rémunération du concessionnaire à un risque d'exploitation. Dans les formules de type *leasing*, le loyer payé par l'administration « est contractuellement fixée », prévu et donc négocié entre les parties. Il ne suppose en aucun cas d'être déterminé en fonction des résultats d'exploitation.

L'évolution du droit de la commande publique en Italie, et plus particulièrement des concessions, répond donc à la volonté d'intégrer les exigences financières de la logique « économique flexible de financement de projet »¹¹⁶³. Sur cette intégration, la principale problématique juridique ne portait pas plus sur la question de la sélection du titulaire du contrat (avec la figure originale du promoteur) que sur la qualification des contrats italiens, notamment au regard des

¹¹⁶⁰ RUSSO (T. V.), «Le vicende negoziali nella finanza di progetto, Rassegna di diritto civile», 2008 fasc. 2, p. 418.

¹¹⁶¹ GAMBERINI (A.), *Appunti per le lezioni del corso di diritto degli appalti dei servizi e dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, 2013, p.133.

¹¹⁶² Deliberazione ACVP n° 30, 09/03/2011, <http://www.anticorruzione.it/>.

¹¹⁶³ SANDULLI (M. A), NICTOLIS (R.) et GAROFOLI (R.) (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 2555.

catégories européennes¹¹⁶⁴. Ainsi dans sa jurisprudence *Commission contre Italie* de 2007¹¹⁶⁵, la CJCE devait qualifier des contrats pour la construction d'usines de traitement des ordures ménagères. Dans cette affaire, le président de la région de Sicile, agissant en sa qualité commissaire délégué aux situations d'urgences liées aux déchets et à la protection des eaux, avait signé quatre concessions de traitement des déchets urbains. La Commission européenne introduit alors un recours en manquement. Elle estimait en effet que les conventions litigieuses constituaient des marchés publics de services au sens de la directive 92/50 et qu'elles n'avaient pas été conclues dans le respect des exigences de publicité. La République italienne soutenait quant à elle que les conventions litigieuses étaient des concessions de services et échappaient au champ d'application de la directive.

La Cour de justice a établi comme le premier des critères permettant l'identification d'un risque d'exploitation l'origine des recettes perçues par le titulaire. Après avoir relevé que la question de la nature des conventions devait s'apprécier exclusivement à l'aune du droit communautaire, elle a pu constater que les contrats prévoyaient le versement à l'opérateur d'une redevance, dont le montant était fixé en fonction de la quantité de déchets traités. Les cocontractants étaient donc rémunérés « *par les communes concernées* »¹¹⁶⁶. Selon la Cour, le mode de rémunération prévu par les conventions n'impliquait donc pas « *une prise en charge par l'opérateur du risque lié à l'exploitation* ». Le titulaire était rémunéré pour l'essentiel au moyen d'une redevance fixe. De plus, le commissaire délégué « *s'engageait à ce que toutes les communes concernées [transfèrent] l'intégralité de leur fraction résiduelle de déchets à l'opérateur* ». Enfin les conventions prévoyaient l'adaptation du montant de la redevance dans l'hypothèse où la quantité annuelle effective de déchets transférés était inférieure à la quantité minimale fixée contractuellement, cela afin de « *garantir l'équilibre financier et économique de l'opérateur* ». Eu égard à ces éléments, elles ne pouvaient donc être considérées, selon la Cour de justice, que comme des marchés publics de services au sens de la directive.

¹¹⁶⁴ SPINELLI (D.) et QUARTA (L.), « Appalti pubblici europei : la comunicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni », *Riv. It. Dir. Pub. Comm*, 2000, p. 565.

¹¹⁶⁵ CJCE 18/07/2007, aff. C-382/05, *Commission c. République Italienne*, précitée.

¹¹⁶⁶ Point 32 de la décision précitée.

Cette analyse est en parfaite adéquation avec les nouvelles directives, lesquelles admettent de façon classique que le titulaire est rémunéré « *soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix* ». Si le droit d'exploiter le service peut être assorti d'un prix, il ne se mesure néanmoins que dans le risque d'exploitation, lequel comprend « *le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux* »¹¹⁶⁷. La jurisprudence *Commission contre Italie* toucherait ainsi les concessions à utilisation directe de l'administration. Elle fût reçue par les juridictions italiennes de manière expresse¹¹⁶⁸. Le Conseil d'État a d'ailleurs affirmé en 2011 qu'une activité destinée à effectuer une prestation d'intérêt général au profit direct des usagers « *a la nature d'un service public déléguable* ». Elle peut être rémunérée par le paiement d'une redevance de ces derniers, « *laquelle implique le transfert d'un risque de gestion au profit de l'opérateur* »¹¹⁶⁹.

Il ressort ainsi de notre analyse que la notion de risque d'exploitation est utilisée comme technique résolutive « *de considérations politiques, économiques et/ou financières* »¹¹⁷⁰. Or comme le rappelait BONNARD, « *la question qui se pose pour le mode de rémunération du concessionnaire n'est qu'un cas particulier de la question générale de savoir si un service public doit être pour ses usagers payant ou gratuit* »¹¹⁷¹. L'utilisation du critère matériel, de celui du type de rémunération ou du risque d'exploitation importe peu. La notion de risque d'exploitation n'est qu'une technique résolutive employée par le juge pour résoudre les difficultés d'appartenance de certaines formes contractuelles. Le paradoxe réside pourtant dans le fait que le risque influe grandement le droit de la commande publique. Les nouvelles directives l'ont retenu comme élément fondamental de distinction entre les marchés et les concessions. La question posée par M. DREYFUS dans sa thèse de doctorat il y a plus d'un siècle trouve alors un écho retentissant pour notre propos « *Comment un procédé de paiement pourrait t'il toucher au fond du droit, au point d'influer sur la nature d'un contrat ?* »¹¹⁷².

¹¹⁶⁷ Article 5 de la directive 2014/23 précitée.

¹¹⁶⁸ Pour une première application V. TAR Milano, Sez I, Sentenza n° 6137 del 19/10/2007

¹¹⁶⁹ C.S, Sez. V, Sentenza n° 2012 del 01/04/2011.

¹¹⁷⁰ COSSALTER (P.), *op. Cit.*, p316

¹¹⁷¹ BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 4ème éd., 1943, p.721.

¹¹⁷² DREYFUS (A.), *Étude juridique de la concession de travaux publics*, Thèse, Paris, Pedone, 1896, p.34.

Le risque d'exploitation est en effet paradoxalement devenu un élément essentiel d'identification des contrats alors que la notion de rémunération sur l'utilisateur dont il découle n'a été conçue que comme une conséquence de la particularité de ces contrats. En effet, c'est parce qu'ils permettaient la dévolution d'une mission de service public que leur titulaire pouvait autrefois percevoir une redevance sur les usagers. Cette évolution symbolise le caractère autopoïétique du droit de la commande publique. Elle permet en effet de mesurer combien les notions sont utilisées de façon circulaire pour répondre à des irritations extérieures. L'exploitation aux risques et périls est aujourd'hui essentielle dans le droit de la commande publique pour maintenir la distinction entre les deux éléments de la clôture opérationnelle. Elle ne peut cependant plus être appréhendée dans son sens initial, c'est-à-dire liée à la délégation d'une activité de service public au profit des usagers de l'administration. Les activités de service public peuvent en effet être dévolues à des cocontractants de l'administration n'assumant pas le risque de leur exploitation, c'est-à-dire dans le cadre de marchés publics.

La notion est en définitive utilisée pour définir le régime concessif dans la mesure où elle ne se conçoit que dans le cadre de l'équilibre économique-financier du contrat. Elle permet ainsi de laisser au profit (ou à la charge) du concessionnaire une partie des aléas liés au service qu'il exploite. La transcription dans le langage juridique de ces aléas constitue ainsi la résolution du conflit d'interférence avec des informations extérieures. Elle nécessite alors évidemment l'intervention du législateur. L'intégration des nouvelles directives bouleverse quelque peu cette logique.

B) La résolution législative

La résolution législative des conflits induits par les instruments juridiques du partenariat public-privé participe du processus de « *néologie juridique* »¹¹⁷³. En effet, elle consacre l'émergence de nouveaux mots, indépendamment de l'évolution circulaire du droit de la commande publique. Ces évolutions sémantiques se sont cependant constituées de façon auto référentielle. Elles sont nouvelles dans la forme mais ne peuvent se départir, au fond, des notions plus anciennes. Ainsi, la citation d'HAURIOU : « *il faut reprendre les données des anciens sur l'ordre juridique, en s'efforçant de les mettre au point. Il en est du droit comme de la littérature, les thèmes classiques y sont éternels, seulement, de temps à autre, ils ne paraissent plus adaptés à la mentalité des contemporains et il convient de les renouveler dans la forme* »¹¹⁷⁴, conserve toute son acuité. C'est tout du moins ce que l'on peut constater en ce qui concerne les différentes législations françaises et italiennes portant sur les instruments juridiques du partenariat public-privé.

La nouveauté lexicale n'implique donc pas forcément la nouveauté conceptuelle. Ces « innovations » sont plutôt révélatrices des mécanismes d'adaptation induits par l'irruption de nouvelles relations socio-économiques. L'émergence de nouvelles méthodes tels que le crédit-bail, le financement de projet ou encore la location-accession ont conduit, en droit français comme en droit italien, à des modifications normatives permettant de retranscrire, dans le langage propre du droit, ces instruments. Ils ont en effet du s'inscrire dans la dichotomie marchés publics/concessions propre au droit de la commande publique. Ont alors émergé les figures du bail emphytéotique administratif¹¹⁷⁵, de l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels adossé à des mécanismes de location avec option d'achat¹¹⁷⁶. En Italie, le code des contrats publics a été

¹¹⁷³ SOURIOUX (J-L), « La néologie juridique », in, SOURIOUX (J-L), *Par le droit, au-delà du droit*, Paris, LexisNexis, 2011, p.17.

¹¹⁷⁴ HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p.6

¹¹⁷⁵ Loi n° 88-13 du 05/01/1988, *d'amélioration de la décentralisation*, J.O.R.F du 08/01/1988, p. 208.

¹¹⁷⁶ Loi n°94-631 du 25/07/1994 *relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, J.O.R.F n° 171 du 26/07/1994, p. 10749.

modifié pour intégrer ces formes particulières qui se matérialisent dans le contrat *della locazione finanziaria*¹¹⁷⁷ ou encore le contrat *di disponibilità*¹¹⁷⁸. Le contrat de partenariat du droit français et l'adaptation au droit italien *della finanza di progetto* participent également de ces évolutions. Ces contrats ont pour fonction de permettre la construction d'équipements publics au bénéfice des personnes publiques sur leur domaine utile, notamment en calquant la durée du contrat en fonction du remboursement des investissements nécessaires à leur objet. Ils s'inscrivent ainsi historiquement dans le cadre des contrats de prestations de travaux avec mise en valeur du domaine. Du reste, ces mécanismes ont tous fait l'objet de législations sectorielles¹¹⁷⁹ avant d'être généralisés dans le droit de la commande publique, c'est notamment le cas avec la figure du marché de partenariat.

L'ordonnance 2004-554 reprend dans son article 1^{er} ces différents éléments. Elle dispose que les « *contrats de partenariats sont des contrats administratifs par lesquels l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une durée déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion* ». Le législateur italien se placera dans la même logique en 2006 lorsqu'il adjoindra les « *techniques du financement de projet à l'attribution de travaux* »¹¹⁸⁰ dans le cadre des concessions, plus particulièrement lorsque ces concessions ont pour objet la construction d'ouvrages destinés à « *l'utilisation directe de l'administration* »¹¹⁸¹. La référence à ce type de concession particulière ne peut s'expliquer que par l'intégration de la technique de financement de projet au droit des contrats publics¹¹⁸².

¹¹⁷⁷ D.Lgs n° 113 del 31/07/2007, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, G.U n°176 del 31/7/2007 - S.O n° 173

¹¹⁷⁸ Articolo 44 del D.Lgs n° 1 del 24/01/2012, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertit dans la loi n° 27 du 24/06/2012, G.U. 24/03/2012, n. 71, S.O. n°153.

¹¹⁷⁹ V. *Supra*, p. 165.

¹¹⁸⁰ Articolo 3 del codice dei contratti pubblici, précité

¹¹⁸¹ Article 143 § 8 del codice dei contratti pubblici, précité.

¹¹⁸² Article 153 del codice dei contratti pubblici, précité

En effet, cette dernière représente le modèle contractuel permettant le mieux de préfinancer par le secteur privé la construction d'ouvrage froid (*opere fredde*), donc incapables de générer des flux de caisse sur les usagers¹¹⁸³, tout en « lissant » ce financement par des paiements fractionnés de la personne publique pendant toute la durée du contrat. Dans le cadre de cette concession, c'est l'administration qui est la principale destinataire de l'opération. Elle a en effet besoin d'un ouvrage opérationnel, dont la maintenance et la gestion des fonctionnalités courantes (eau, électricité, chauffage, etc.) est également déléguée au partenaire. Le concessionnaire financera son projet sur les marchés extérieurs en utilisant la rémunération qu'il obtiendra sur l'exploitation de sa prestation (investissement de construction et prestation de gestion) par l'administration. Les flux de caisse seront ainsi garantis par la signature publique. La *finanza di progetto* italienne ne se conçoit en tant que telle comme une nouvelle forme contractuelle mais comme l'intégration, au droit concessif, de méthodes de financement composites supposant qu'un entrepreneur se présente comme le principal bailleur de fonds d'un projet public. Il garantira alors les sommes empruntées sur les marchés financiers par la rentabilité du projet, laquelle est conditionnée par la rémunération d'une prestation globale par l'Administration.

La technique du financement de projet a ainsi interféré sur les modifications du droit de la commande publique italienne, notamment celles relatives au modèle concessif. La concession « classique », laquelle génère des flux de caisse garantissant l'emprunt par une rémunération sur l'utilisateur, ne pouvait pas assurer le financement d'ouvrages ayant un taux de rentabilité limité. Le législateur italien et le législateur français ont alors modifié leur droit afin de permettre de résoudre les conflits « *d'interférence* » avec le système économique. Ces conflits ont également été provoqués par des interférences avec le système politique. En effet, la volonté de doter les personnes publiques de nouvelles infrastructures, ou de moderniser et rénover les anciennes, a nécessairement impacté la formulation des modèles juridiques, surtout lorsque ces objectifs s'effectuent dans une époque marquée par la doctrine de la performance de l'action publique et de la diminution des dettes souveraines. Les raisons de l'existence juridique de tels mécanismes dépendent donc

¹¹⁸³ L'exemple typique est la construction de siège unique pour les administrations communales (*sedes uniche degli uffici comunali*) pouvant regrouper, l'hôtel de ville, le palais de justice, etc.

de la résolution d'interférences entre le système juridique et des informations issus des systèmes politiques et économiques. L'évolution sémantique des différents procédés concessifs demeure un exemple topique.

En effet, en France, la notion de délégation de service public était jusqu'à une période très récente le meilleur exemple pour évoquer ces résolutions de conflits par le législateur. Elle fut abordée de façon parcimonieuse, d'abord en 1987 dans une circulaire relative à la gestion déléguée¹¹⁸⁴, puis dans différentes lois, notamment celle de 1991 sur la transparence dans les marchés publics¹¹⁸⁵. Nous pouvons citer également la loi de 1992 portant nouveau code pénal¹¹⁸⁶. Cependant, il est classiquement admis que c'est la loi « SAPIN » de 1993¹¹⁸⁷ qui l'a fait véritablement émerger¹¹⁸⁸, l'a consacrée¹¹⁸⁹. Néanmoins, cette loi ne l'avait pas défini. Elle créait simplement un cadre légal permettant à des contrats bénéficiant de cette appellation d'être notamment soumis à des obligations de publicité. Il a fallu attendre 2001 pour que la loi M.U.R.C.E.F corrige cet oubli, en se basant sur la définition formulée par le juge¹¹⁹⁰.

L'influence des jurisprudences françaises et italiennes est aussi perceptible dans les définitions employées par la Cour de justice de l'Union européenne¹¹⁹¹. La distinction entre les deux objets du droit de la commande publique englobe en effet nécessairement les circonvolutions des jurisprudences des États membres. Elle reçoit

¹¹⁸⁴ Circulaire du 07/08/1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux: champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, J.O.R.F du 20/12/1987 p. 14863.

¹¹⁸⁵ Loi n° 91-3 du 03/01/1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, J.O.R.F n°4 du 5/01/1991 p. 236.

¹¹⁸⁶ Loi n°92-683 du 22/07/1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, J.O.R.F n°169 du 23/12/1992 p.9864.

¹¹⁸⁷ Loi n° 93-122 du 29/01/1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, précitée.

¹¹⁸⁷ Loi n° 93-122 du 29/01/1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, précitée.

¹¹⁸⁸ FATÔME (E.), « Le nouveau cadre légal », *AJDA* 1996, p.579.

¹¹⁸⁹ AUBY (J-B), « Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public », *RFDA*, 1997, n° spécial, p.3.

¹¹⁹⁰ Article 3 de loi n° 2001-1168 du 11/12/2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, précitée

¹¹⁹¹ CJCE, Aff. C-437/07, 13/11/2008, *Commission des Communautés européennes c/ République italienne*, précité; confirmé par CJCE, Aff. C-206/08, 10/09/2009, *Eurawasser*, Rec. p. I-8377, *Contrats et Marchés publics*, 2009, comm. 329, note ZIMMER (W.).

du reste une transcription particulière dans le cadre des directives européennes de 2014, lesquelles se détournent du critère de l'objet du contrat au profit de celui du risque¹¹⁹². Or, la transposition du droit européen suppose des modifications structurelles des droits internes. La France a du par exemple intégrer la concession de travaux aux côtés de la délégation de service public. Contrat « inutile », « encombrant » et à la définition incertaine pour certains auteurs¹¹⁹³, la modernisation de cet ancien outil du droit français disparu au profit de la D.S.P témoigne pleinement de la façon dont le législateur modifie les catégories juridiques, assurant ainsi l'autoreproduction des composants structurels du système à partir de ses propres éléments.

Les évolutions successives du droit français à la suite des transpositions des différentes directives européennes restaient insuffisantes¹¹⁹⁴. L'adoption de l'ordonnance de 2009 et du décret de 2010¹¹⁹⁵ devait y pallier. L'ordonnance reprend ainsi le cadre établi par le droit européen, en ajoutant simplement que les concessions sont des contrats administratifs. Autrement dit, la concession de travaux se définit en fonction du marché public de travaux. Elle a en effet le même objet mais s'en distingue uniquement par le mode de rémunération issu du droit d'exploiter l'ouvrage ou de ce droit assorti d'un prix. Comme pour le droit italien, l'ordonnance laisse subsister un doute sur la distinction entre D.S.P et concession de travaux. Le critère posé par les textes (l'objet principal du contrat) est en effet assez flou et insaisissable¹¹⁹⁶. Il a fallu attendre l'intervention du juge administratif¹¹⁹⁷, à

¹¹⁹² HOEPPFNER (H.), « La délégation de service public : une notion condamnée ? », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2014, n°98, p. 45.

¹¹⁹³ COSSALTER (P.), « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA*, 2009, n°34, p.1882 ; LINDITCH (F.), « L'ordonnance relative aux contrats de concession de travaux publics, nouvel instrument de la commande publique », *JCP A*, n°37, 07/09/2009, p. 2214.

¹¹⁹⁴ COSSALTER (P.), *op. cit.*, 1884.

¹¹⁹⁵ Décret n°2010-406 du 26/04/2010 *relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique*, J.O.R.F du 28/04/2010. V. CLAMOUR (G.), « Marchés passés par les concessionnaires de travaux publics », *CP-ACCP*, 2010, n° 101 ; LINDITCH (F.), « Décret relatif aux concessions de travaux publics, Les dispositions applicables aux collectivités locales », *Contrats et Marchés publics*, 2010 comm. 201.

¹¹⁹⁶ HOEPPFNER (H.), « Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière. À propos de l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État du 21 juin 2011 », *Contrats et Marchés publics n° 10*, Octobre 2012, étude 7. V. également, HOEPPFNER (H.), *Marchés et contrats mixtes*, *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 5.

¹¹⁹⁷ CE, avis n° 385183, Sect. travaux publics, 21/06/2011.

l'instar de ce qu'avait effectué *il consiglio di Stato* en 2008¹¹⁹⁸, pour tenter clarifier la situation.

Ces modifications ponctuelles peuvent apparaître comme les prémises d'une évolution plus large. Véritable lame de fond en matière de « commande publique », l'adoption des directives de 2014, et surtout leur transposition, vont sans doute constituer un bouleversement des catégories du droit interne. En effet, elles nous permettent de mesurer le processus cyclique, d'inversement historique de l'attractivité de la notion de service public sur celle de travaux. La conséquence de cette révolution pour le droit français est la fin de la superposition des régimes entre concessions de travaux et de services. À l'heure où nous écrivons ces lignes, cette transposition est encore à l'état de projet. Cependant, la figure du marché de partenariat offre déjà un cadre d'analyse intéressant à notre démonstration. Elle témoigne du rapprochement matériel des catégories et s'inscrit pleinement dans la continuité des modifications législatives induites par l'irruption de modèles contractuels complexe. Elle parachève en quelque sorte cette évolution, soulignant ainsi le rôle de « *re-entry* » que joue la notion de partenariat public-privé pour le droit de la commande publique.

¹¹⁹⁸ C.S, Sez V., Sentenza °1600, del 14/04/2008.

Section 2 : Le partenariat public privé, *re-entry* du droit de la commande publique

Selon l'analyse autopoïétique, le système est dépourvu d'« *inputs* » ou d'« *outputs* »¹¹⁹⁹. Les perturbations extérieures ne suscitent en effet que des réactions internes de compensation et ne peuvent être appréhendées comme participant directement de la programmation du système¹²⁰⁰. Les rapports s'établissant entre le droit et les autres systèmes sociaux ne dépendent ainsi que de l'auto-modification par le système juridique de son couplage structurel, lorsque se produisent des « contacts » avec l'environnement. TEUBNER qualifie ces phénomènes d'« *interférences* »¹²⁰¹. Le processus de *re-entry* (ré-entrée) sert ainsi de pont entre les deux systèmes. Il permet la traduction dans chacun d'entre eux de la « *communication* »¹²⁰² issue de l'autre système et facilite l'autoproduction du droit sous l'influence indirecte d'« *aspects qui lui sont spécifiquement extérieurs* »¹²⁰³.

La notion de partenariat public-privé permet selon nous l'aliénation des interférences avec les autres systèmes en ce qu'elle représente un « *sous-produit typique d'une double fermeture du droit, qui se réalise par le re-entry des distinctions juridiques sur elles-mêmes* »¹²⁰⁴. Ainsi, les procédures de passation (appel d'offres, dialogues compétitifs et autres procédures de mises en concurrence...), les opérations (mesures de publicités et possible recours juridictionnel), structures (choix de l'instrument juridique) et procédures d'exécution propre au droit de la commande publique seront analysées en termes de coût par le système économique (par exemple la V.A.N positive ou négative du projet, etc.) ou d'opportunité dans le système politique. À l'inverse, les données économiques (titrisation, société de projet, préfinancement, etc.) seront retranscrites dans le langage spécifique du droit de la commande publique selon les

¹¹⁹⁹ OST (F.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit », in, *Archives de philosophie du droit, le système juridique*, T.31, p136.

¹²⁰⁰ MATURANA (H.), *op. cit.*, p. 80.

¹²⁰¹ TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, L.G.D.J, 1994, p.149.

¹²⁰² LUHMANN (N.), « clôture et couplage », in, ARNAUD (A-J) et GUIBENTIF (P.), *Niklas LUHMANN : observateur du droit*, Paris, L.G.D.J, 1995, p.88.

¹²⁰³ TEUBNER (G.), *Les multiples aliénations du droit, op. cit.*, p. 79.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

communications structurant les marchés publics et les concessions (risque, modalités de rémunération, transfert de la maîtrise d'ouvrage, allotissement ou globalité de la prestation, etc.). Elles ne seront ainsi analysées qu'en termes de validité. Le processus de *re-entry* permet le développement de mécanismes de liaisons entre le système juridique et son environnement (principalement les sphères économiques et politiques). En effet, l'adaptation aux pressions constantes et croissantes de l'environnement politique, économique et social, a conduit à ce que le système juridique s'adapte, en maintenant sa logique propre (d'où son caractère autopoïétique), c'est-à-dire la clôture opérationnelle aujourd'hui formalisée par le couple marché public/concession. Le *re-entry* permet ainsi que le droit produise de l'information, à partir de lui-même, sous l'influence cependant d'éléments extérieurs. Les différents types de contrats à l'intérieur du système juridique « *s'étiquettent comme actes juridiques en ce que – à la différence des transactions purement économiques et des décisions collectives politiques – ils transmettent le symbole de la validité juridique d'une norme à une autre* »¹²⁰⁵.

Dans le cadre de l'adoption des nouvelles directives, une nouvelle évolution semble se parachever. Elle se réalise sous deux angles et témoigne ainsi de la circularité du système. En effet, dans un premier temps, nous assistons à une forme de restructuration du couple travaux/service (§1). Dans un second temps force est de constater le rapprochement matériel des marchés et des concessions (§2). Les instruments du P.P.P. demeurent les symboles de cette évolution.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

§1) Les partenariats public-privé ou la restructuration du couple travaux/service

Autorisations d'occupation du domaine public translatives de droits réels, contrats de location financière, baux emphytéotiques administratif, contrats puis marchés de partenariat, concessions de construction et de gestion à destination directe de l'administration, contrat de disponibilité, etc. À travers l'énumération rapide de ces différents instruments, un point commun semble pouvoir être relevé. L'objectif primordial est de permettre le recours à des contrats dont les caractéristiques cumulent la conception, la construction, le financement, l'entretien mais aussi l'exploitation d'un ouvrage. L'exécution du service n'intervient alors que de manière accessoire, comme une sorte d'option supplémentaire dans un « *package* » contractuel global. D'ailleurs, certains modèles n'ont pour but que l'édification d'équipements, la gestion du service demeurant pour l'instant effectué par l'administration (hôpitaux, casernes, palais de justice, hôtel de ville, etc.). Qu'il s'agisse de concessions d'infrastructures avec transfert du risque d'exploitation ou de marchés publics spéciaux, c'est-à-dire cumulant à la fois une prestation globale et une rémunération publique fractionnée, ces modèles mettent en avant le fait que la prestation n'est plus en premier lieu dévolue à la gestion d'une mission d'intérêt général au profit des usagers. Elle est généralement dédiée à la fourniture d'un équipement à l'administration permettant l'exécution de sa mission. L'activité de service n'intervient donc qu'en second lieu. Elle est d'une certaine manière annexée au contrat et voit donc sa gestion transférée dans le cadre de l'exploitation d'un ouvrage confié au partenaire de l'administration, peu importe le modèle contractuel dans lequel la prestation s'insère, marché ou concession. Les directives de 2014 ne vont pas dans un sens contraire. Elles consacrent plutôt ce qui a été généré par l'irruption de ces modèles, c'est-à-dire l'attractivité, en droit de la commande publique, de la notion de travaux (A), au détriment de celle de service (B).

A) L'attractivité de la notion de travaux

À chaque fois qu'un fait vient perturber l'équilibre initial, celui-ci doit être rétabli. Comme nous l'évoquions précédemment, les éléments principaux contenus dans les formes contractuelles utilisées par la puissance publique se sont maintenus au fil du temps à travers trois grandes formes contractuelles : les contrats de mise en valeur du domaine, les contrats de simple achat, et les contrats de construction et de gestion d'équipements. Ces différentes formes doivent aujourd'hui toutes s'intégrer dans la dichotomie marché/concession que consacre le droit de l'Union. Si l'émergence de la notion de service public a conduit, à partir du XIX^{ème} siècle, à établir une distinction entre les actes d'achats et les actes de délégation¹²⁰⁶ ; force est aujourd'hui de constater que les instruments des partenariats public-privé rendent, par leur existence même, cette distinction caduque. Ils peuvent en effet recouvrir l'un comme l'autre de ces éléments, indépendamment de leur qualification juridique. Selon nous, cette évolution ne peut être appréhendée que dans la relation circulaire du couple service /travaux. Ainsi, après avoir été l'un des éléments clefs de la formation du droit des contrats de commande publique en France et en Italie, conditionnant dans chacun des deux systèmes le recours à des formes contractuelles spécifiques pour répondre aux besoins des personnes publiques, puis après s'être fait supplanter par la notion de service public et englober avec elle dans le modèle concessif, la notion de travail public recouvre aujourd'hui une place prépondérante, notamment par l'entremise de son pendant européen, les travaux « tout court ».

Les instruments du partenariat public-privé font figure de procédé de *re-entry* à cette nouvelle structuration. Ils ont en effet permis d'établir, par une sorte de mouvement de bascule entre les deux notions, des « ponts » avec les informations résultants des systèmes économiques et politiques. Ce mouvement a été initié par la pratique, saisi par le juge, pour enfin être consacré par le législateur.

¹²⁰⁶ BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, L.G.D.J, 1999.

Le projet du « siège unique de la justice de Bari »¹²⁰⁷ est un exemple adéquat pour notre démonstration. La commune avait lancé en 2003 un avis d'appel public à la concurrence afin de doter l'administration judiciaire d'un nouveau siège pour l'accueil de l'ensemble des juridictions sises à Bari. L'avis mentionnait les modalités de paiement à la charge de l'administration communale et du ministère de la justice : une dotation de 43 millions d'euros à laquelle s'ajoutait la possibilité pour la commune de payer un loyer annuel pour la location des locaux abritant les juridictions concernées. Parmi les quatre propositions présentées, celle qui a été retenue prévoyait la vente d'une partie des ouvrages pour 43 millions d'euros, et la mise à disposition de l'autre partie en location contre un loyer de 3 millions d'euros par an jusqu'au terme du contrat. À la suite de la suppression de la subvention publique en septembre 2004, l'entreprise sélectionnée présenta une nouvelle offre à la commune. Elle formula l'idée selon laquelle il était possible de ne réaliser que les immeubles destinés à la location (tels qu'envisagés dans son offre initiale) contre paiement du loyer par la commune. Suite au silence de l'administration, la société engagea des procédures devant les juridictions administratives. Aux termes d'une histoire contentieuse extrêmement complexe¹²⁰⁸, l'affaire fut portée devant la Cour de justice¹²⁰⁹ afin que cette dernière se prononce notamment sur la nature « du contrat de location en état futur d'achèvement »¹²¹⁰ conclu entre les deux protagonistes. Plus particulièrement, la question était de savoir si la convention s'analysait comme permettant l'exécution d'une opération de location, donc de service, échappant à la législation de l'Union sur les marchés publics ou devait être considérée au contraire comme aboutissant à la réalisation de travaux¹²¹¹.

La Cour a considéré en l'espèce que les exclusions spécifiques à certains marchés de service contenus dans les directives n'étaient pas applicables. En effet, le contrat de location, qui s'assimilerait aujourd'hui au procédé de la « *locazione*

¹²⁰⁷ Avis Public d'étude de marché du 14/08/2003, J.O.C.E S., 23/08/2003, n° 161.

¹²⁰⁸ Le *Consiglio di Stato* rendra dans cette affaire 5 décisions.

¹²⁰⁹ CJUE, Aff. C-213/13, 10/07/2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA, Contrats et marchés publics*, 2014, n°10, p.26, note ZIMMER (W.), 2015, n°3, p.1, note LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.).

¹²¹⁰ L'expression est employée tel quel par le *consiglio di stato* dans sa question préjudicielle.

¹²¹¹ La directive ne s'appliquait pas aux marchés publics de services ayant pour objet l'acquisition ou la location de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens. Article 1^{er}, a), iii) de la directive 92/50/CEE dont les termes sont repris expressément à l'article 16, a) de la directive 2004/18/UE et à l'article 10, a) de la directive 2014/24/UE.

finanzaria » de l'article 160-bis du code des contrats publics, va être qualifié par la C.J.U.E de marché public de travaux. N'étant pas déterminante au sens du droit de l'Union, la qualification retenue en droit interne par les parties n'emporte donc pas, en elle-même, application ou non de la directive¹²¹². Pourtant, les arguments allant dans le sens de la classification du contrat dans la catégorie des marchés de service ne manquaient pas. L'objet du contrat ne portait pas *a priori* sur la conception et la réalisation d'un immeuble mais sur la location d'un complexe immobilier édifié par un promoteur privé. La contrepartie dont s'acquittait la commune ne correspondait pas au paiement d'une prestation de travaux de construction mais à un loyer versé pour l'utilisation de l'immeuble. De plus, la commune arguait qu'elle n'avait joint à l'avis d'appel public ni spécifications techniques, ni cahier des charges. Ce dernier portait d'ailleurs le titre « *d'étude* » permettant de recueillir des initiatives privées pour un besoin déterminé. L'avocat général WAHL a balayé l'un après l'autre ces arguments dans ses conclusions¹²¹³. Son raisonnement fut suivi par la Cour. Ainsi, le critère essentiel de distinction entre le marché de travaux et de service porte selon lui, au sens des directives¹²¹⁴ et de la jurisprudence¹²¹⁵, sur l'objet principal du contrat. Le contrat doit être défini comme un marché de travaux parce qu'il permet la réalisation d'un ouvrage au profit du pouvoir adjudicateur. Son objet entre ainsi dans l'une des catégories listée en annexe de la directive. En l'espèce, la procédure visait à l'édification, conformément aux souhaits de l'administration, de nouveaux locaux devant être utilisés par les juridictions¹²¹⁶. Ensuite, les besoins de l'administration étaient définis de façon stricte par le pouvoir adjudicateur, malgré

¹²¹² CJCE, Aff. C-220/05, 18/01/2007, *Jean Auroux e. a. c/ Commune de Roanne*, Rec., p. I-385, précité.

¹²¹³ WAHL (N.), Concl sur CJCE Aff. C-213/13 du 15/11/2014, *Impresa Pizzarotti*, BJCP, 2015, p.98.

¹²¹⁴ Au sens de la directive 93/37/CEE : « *Les marchés publics de travaux* » sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. » Les nouvelles directives reprenant expressément cette distinction, le raisonnement est facilement transposable au *contratto di locazione finanziaria* du Code des contrats publics italien.

¹²¹⁵ CJCE aff. C-536/07, 29/10/ 2009, *Commission c/ Allemagne*, Rec. p. I-10355, *Europe*, 2010, n°1, p.27, note MEISTER (M.).

¹²¹⁶ L'avocat général cite l'avis public du 14/08/2003 qui mentionnait « *le soumissionnaire s'engage à commencer les travaux de construction des ouvrages avant le 31 décembre de l'année en cours...* »

l'absence de cahier des charges¹²¹⁷. Enfin, le contrat a été conclu à titre onéreux, indépendamment même du fait que les loyers versés par la commune pendant 18 ans ne couvrent pas les coûts de réalisation¹²¹⁸. La CJCE a ainsi considéré que l'élément déterminant pour qualifier le contrat était son objet principal. À ce titre, la différence entre ce qui relève des travaux ou des services, dans ce genre de contrats globaux par essence mixtes, apparaît difficile. Les nouvelles directives la consacrent pourtant expressément¹²¹⁹. Le critère assez flou de « l'objet principal » amène alors selon nous à un pouvoir discrétionnaire de qualification. S'il peut être interprété de différentes manières, il donne selon nous actuellement à la notion de « travaux » un caractère prépondérant.

Le doyen HAURIOU l'évoquait déjà il y a plus d'un siècle dans ses notes sous la jurisprudence *Blanleuil et Vernaudon*¹²²⁰. Il conduisait selon lui à ce que l'objet principal d'une concession de chemin de fer ne soit pas la construction de la voie, mais l'exploitation du service public de transport en commun des voyageurs¹²²¹. Dans sa doctrine élaborée à la suite du développement de la *PFI*, le trésor britannique l'utilisait également (*the main object*)¹²²² comme technique de répartition entre les différents contrats de travaux et de service. À l'instar de l'idée formulée par le doyen HAURIOU, ce qui permet de qualifier un contrat comme reposant sur des travaux ou des services est alors l'affectation principale de l'ouvrage, c'est-à-dire le service rendu à la collectivité. Le professeur DELVOLVÉ s'inscrit dans le même type d'analyse. Il note en effet à propos des concessions d'autoroute que « *le concessionnaire se borne à construire et à entretenir l'ouvrage : il ne fait pas lui-même circuler les automobiles ; ce sont les usagers qui circulent* »¹²²³.

¹²¹⁷ Un « *Quadro esigenza* » (cadre des exigences) annexé à l'avis public d'appel à la concurrence posant un certain nombre d'exigences structurelles, fonctionnelles et organisationnelles auxquelles le projet devait répondre en fonction des réglementations applicables. V. Point 46 de l'arrêt.

¹²¹⁸ La contrepartie globale des loyers versés sur 18 années avoisinait les 63 millions d'euros alors que le coût global du projet était estimé à plus de 300 millions d'euros.

¹²¹⁹ Article 20 § 1 de la directive 2014/23/UE, et article 3 § 2 de la directive 2014/24/UE, précitées

¹²²⁰ HAURIOU (M.), « Note sous CE, 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon c/ Ville d'Angoulême* », S. 1904.III.81.

¹²²¹ V. *Supra*, p. 84.

¹²²² H.M Treasury, *An introduction to the E.C Procurement rules*, cite in, COSSALTER, *op. cit.*, p. 390.

¹²²³ DELVOLVÉ (P.), « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p.675.

Cette démarche peut être définie comme étant « qualitative ». Elle fût d'ailleurs expressément reprise par la Cour de justice en 2008, laquelle distinguait entre les travaux et les services au regard « *des obligations essentielles qui prévalent, [...] par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire, le montant respectif des différentes prestation n'étant qu'un critère parmi d'autres à prendre en compte* »¹²²⁴. Elle résume cependant selon nous à elle seule toute la faiblesse du critère de l'objet principal. En effet, ce critère demeure assez problématique puisque de nombreuses prestations de travaux peuvent être le support d'activités de services, et inversement. Même si certaines prestations de service peuvent revêtir un caractère accessoire, il n'en demeure pas moins que le caractère global de la prestation rend objectivement indissociable ses différentes facettes. Par exemple, la construction et l'exploitation d'une autoroute ne relève pas que de travaux. Cette opération englobe différents services. Si son usage, « *sa raison d'être* »¹²²⁵, demeure la réalisation d'un ouvrage public, nul ne peut affirmer qu'une multiplicité de prestations accessoires, comme la distribution de carburant, l'information sur le trafic, la restauration, etc ; sont indissociables de l'exploitation de l'ouvrage dans le cadre d'une concession. Les différentes missions participent alors conjointement de la réalisation du service. Il pourrait être avancé qu'indépendamment de la réalisation d'une prestation de travaux à titre principal, l'objet du contrat demeure toujours le service public, l'ouvrage n'étant qu'un moyen permettant sa réalisation¹²²⁶.

Pourtant, le critère de l'objet principal peut être appréhendé d'une autre manière. La démarche « quantitative » de l'objet principal, axée sur la valeur économique des différentes prestations, a le mérite d'être plus objective. Le code des contrats publics italien semble d'ailleurs retenir cette méthode. Il énonce en effet au sujet des contrats mixtes que l'objet principal du contrat est constitué par des travaux si ces derniers représentent plus de cinquante pour cent de la valeur du

¹²²⁴ CJCE, Aff. C-356/07, 21/02/2008, *Commission contre Italie*, pt.49, Rec., p. I-619, *Contrats et marchés publics*, 2008, comm. 52, note ZIMMER (W.), *AJDA* 2008, p.383, Chron. BROUSSY (E.), DONNAT (F.) et LAMBERT (C.).

¹²²⁵ V. Concl. TRSTENJAK (V.) sur CJCE, Aff. C-536/07, 29/10/2009, *Commission contre Allemagne*, pt. 115.

¹²²⁶ RCHER (L.), *Droit des contrats administratif*, op. cit., p. 566.

contrat¹²²⁷. Cependant, il ajoute cette précision importante : « à moins que selon les caractéristiques spécifiques du contrat, les travaux ont un caractère accessoire par rapport aux services qui constituent l'objet principal du contrat ». On peine alors à comprendre la logique élaboré dans le code italien, à moins qu'elle ne soit que la transposition des attermolements du droit de l'Union sur la question. Elle pourrait s'expliquer par ailleurs par la relative imprécision de la démarche quantitative. Relative, puisque ce critère conduit lui aussi d'une certaine manière à privilégier les travaux en fonction du montant de l'investissement initial.

De plus, si le critère de la valeur économique la plus importante fait preuve d'une certaine simplicité, il n'en demeure pas moins qu'il repose, pour des contrats de longue durée, sur une vision prospective. Les montants déterminés sont donc prévisionnels. Or ces derniers peuvent varier au fil du temps, et par la même occasion, augmenter la part des travaux sur l'ensemble du contrat, ce dernier pouvant nécessiter des avenants pour adapter l'ouvrage à une nouvelle demande, effectuer des rénovations non prévues initialement, etc. La détermination de la frontière entre les deux éléments reste alors assez difficile à trouver. Par sa nature même, l'acte concessif englobe les deux dimensions. Les deux notions semblent être liées, la valeur de l'une n'enlevant rien au régime de l'autre. Leur unification au sein d'un modèle unique n'a semble-t-il pas posé de problème pendant des années au droit français. En définitive, la coexistence des deux formules trahit selon nous la place prépondérante accordée à la notion de travaux, et les difficultés pratiques qu'elle génère.

L'exemple de la position du Conseil d'État sur les concessions autoroutières après la réapparition de la concession de travaux en droit français nous montre à quel point le critère de l'objet principal est difficile à mettre en œuvre¹²²⁸. Selon le Professeur ZIMMER¹²²⁹, lorsque le Conseil a dû procéder à la qualification juridique d'un contrat sujet à cette problématique en 2010, il a fait application des solutions jurisprudentielles dégagées par la CJUE à propos des marchés mixtes. Or, si cette dernière met en avant le critère de l'objet essentiel¹²³⁰, il n'en demeure pas

¹²²⁷ Articolo 14 § 3 *del codice dei contratti pubblici*.

¹²²⁸ V. HOEPFFNER (H.), « Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière », *op. cit.*

¹²²⁹ ZIMMER (W.) note sous CE, Avis n°383668 du 16/03/2010, *Contrats et marchés publics*, n°11.

¹²³⁰ CJCE, 21/02/2008, *Commission contre Italie*, précitée.

moins qu'elle utilise le plus souvent le montant respectif des prestations pour déterminer l'objet principal du contrat¹²³¹.

Cependant, dans son avis de 2011 portant sur une question analogue, la Haute juridiction n'explique pas la méthode de qualification qu'elle utilise et se contente d'un laconique « *il résulte de ces dispositions que lorsqu'un contrat de concession autoroutière, [...], a pour objet principal la réalisation de travaux, il doit être qualifié de concession de travaux publics* ». Le Professeur HOEPFFNER assimile cette démarche à une analyse « *chronologique* » du critère de l'objet principal. Le juge ferait primer la qualification de travaux car elle précède l'exécution des services¹²³². L'application de ce critère conduirait alors selon nous, et sauf hypothèse de l'affermage et de la régie intéressée, à ce que les contrats, dans leur grande majorité, soient qualifiés comme ayant principalement pour objet des travaux. Au sens du droit français, la catégorie des concessions de travaux publics serait alors le nouveau modèle dominant, et la délégation de service public réduite à des services publics « secs », c'est-à-dire des opérations dans lesquelles aucun investissement matériel initial lourd ne devrait être réalisé. Le modèle de la D.S.P se trouverait alors à la place qu'occupait précédemment la concession de travaux « pure », c'est-à-dire une place résiduelle.

B) Le caractère accessoire de la notion de service

La notion de « service public » n'est employée que dans trois hypothèses dans les articles de la directive concession¹²³³. La directive évoque tout d'abord la notion dès son article deux, affirmant la neutralité de principe du droit de l'Union au regard des modes de gestion du service public¹²³⁴. Ensuite, dans son article huit portant sur les méthodes de calcul de la valeur des contrats, elle énonce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, doivent prendre en compte

¹²³¹ CJCE, Aff. C-311/92, 19/04/1994, *Gestion hotelera Internacional*, Rec. 1994, p. I-1329., pt 26 et s. ; CJCE, 10/04/2003, Aff. C-20/01, 10/04/2003, *Commission contre Allemagne*, Rec. 2003, p. I-3609, ZIMMER (W.), *Contrats et Marchés publics*, 2003, Chron. n° 16 ; *BJCP*, 2003, p. 404, note MÉNÉMÉNIS (A.), *Europe* 2003, comm. 21, note MEISSE (E.)

¹²³² HOEPFFNER (H.), *Ibid.*

¹²³³ Directive 2014/23/UE, précitée.

¹²³⁴ V. *Infra*, p. 349..

les avantages financiers octroyés au concessionnaire, « *y compris la compensation due pour respect d'une obligation de service public* ». Enfin, elle l'utilise à l'article 17 pour des exclusions spécifiques au champ d'applications du texte : celles relatives aux concessions de services publics de transport de voyageurs, et celles relatives aux concessions entre entités dans le secteur public, le contrat devant établir une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs dans le but de garantir que « *les services publics dont ils doivent assurer l'exécution sont fournis en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun* ». La notion n'est ainsi appréhendée que dans le cadre de ses relations avec le droit de la concurrence. La directive marché ne la conçoit pas d'une autre manière. En effet, elle l'aborde concernant les marchés de services sociaux¹²³⁵ et pour les mêmes type d'exclusions évoquées à propos des concessions¹²³⁶.

Cependant, si la notion de service public est utilisée sans jamais être définie, celle de « service », dans laquelle la première doit nécessairement s'intégrer¹²³⁷ est établie comme une exception à la notion de « travaux ». En effet, il ressort des dispositions des directives que les marchés publics et les concessions de services sont des contrats ayant pour objet une prestation « autre » que celles résultant des marchés et concessions de travaux¹²³⁸. Or, la notion de travaux est définie de façon très large par les textes. En effet, ils concernent « *soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées en annexe de la directive, ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui exerce une influence décisive sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage* »¹²³⁹. Les activités mentionnés en annexe de la directive sont extrêmement nombreuses et recouvrent des domaines multiples dans lesquels se corroborent nécessairement des prestations de service public (comme les installations électriques, la voirie routière, la construction des bâtiments administratifs, l'extraction et la distribution du gaz, etc.). De plus, le second critère,

¹²³⁵ Article 75 §1 et 77 §2 de la directive 2014/24/UE, précitée.

¹²³⁶ *Ibid.*, Art 10 §3 et 12 §4.

¹²³⁷ Les contrats de services publics étant des contrats de service au sens du droit européen, même si tous les contrats de services ne sont pas des contrats de services publics au sens des droits internes.

¹²³⁸ Article 2 § 9 de la directive 2014/24/UE et 5 § 1 b) de la directive 2014/23/UE, précitées.

¹²³⁹ *Ibid.*, Article 2 §6 et 5 § 1.

celui de la réalisation l'ouvrage, est lui aussi appréhendée de manière très large dans la mesure où il est défini comme « *le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil permettant de remplir par lui-même une fonction économique ou technique* »¹²⁴⁰.

Ces définitions sont issues de la jurisprudence de la CJUE¹²⁴¹. Ainsi, quels que soient les intitulés des différents contrats, ces derniers seront qualifiés de «travaux» s'ils impliquent que le pouvoir adjudicateur obtienne d'un opérateur économique la réalisation d'une prestation répondant à ses besoins en matière d'ouvrage. En outre, la définition de la concession impliquant le transfert d'un droit d'exploitation, on peine à mesurer ce qui, selon la combinaison de ces différentes dispositions, relèverait du service dès lors qu'un contrat porterait sur la réalisation et l'exploitation d'un ouvrage. Nous nous retrouvons dans ce cas encore une fois devant la difficile question de l'objet principal dans le cadre d'un contrat mixte. Si, la jurisprudence de la Cour de justice n'entend pas exclure le critère « essentiel » du contrat, sa « raison d'être »¹²⁴², l'analyse de la jurisprudence montre que les juges du Luxembourg ont le plus souvent recours au critère de la valeur économique lorsqu'ils sont confrontés à un contrat mixte. La solution aurait pu être alors de lier le sort des travaux et des services au sein du même instrument.

Le projet initial de la directive concession n'envisageait pas la question des contrats mixtes de travaux et de services¹²⁴³. Son article 18 ne portait en effet que sur le mélange de services et de fournitures, ou celui de marchés et de concessions. Ainsi, peu importe la nature des prestations, il convenait d'appliquer les dispositions de la directive si le montant des contrats dépassait le seuil indiqué. Cependant, le texte finalement adopté a repris cette dichotomie travaux/service. La combinaison des différentes dispositions penche alors plutôt selon nous sur une appréciation

¹²⁴⁰ *Ibid*, Article 2 §7 et 5§ 8 .

¹²⁴¹ CJCE, Aff. C-399/98, 12/07/2001, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi*, Rec. p. I- 5409, *Contrats et Marchés publics*, 2001, note LLORENS (F.), n° 154 ; CJCE, Aff. C-220/05, 18/01/2007, *Jean Auroux et autres c/ Commune de Roanne*, précité; CJUE, Aff. C-451/08, 25/03/2010, *Helmut Müller GmbH c/ Bundesanstalt für immobilienaufgabe*, *Contrats et Marchés publics*, 2010, Comm. n° 164, note ZIMMER (W.), et Repère n° 5, obs. LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX(P.).

¹²⁴² CJCE, Aff. C-536/07, 29/10/2009, *Commission contre Allemagne*, précité.

¹²⁴³ HOEPFFNER (H.), « La nouvelle directive concession, sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Europe*, 06/2014, n°6, étude 5.

quantitative du critère de l'objet principal, privilégiant ainsi les travaux au détriment des services. En effet, l'article 20 met en avant dès son premier paragraphe le critère de l'objet principal. Il ne précise pas explicitement comment celui-ci se détermine pour les contrats comportant à la fois des travaux et des services. Néanmoins, pour la qualification des autres types de contrats mixtes, la méthode « de l'objet principal » déterminée par la directive est à chaque fois fondée sur le critère de la valeur économique. Ainsi, en ce qui concerne les contrats mixtes de services sociaux définis en annexe, la directive¹²⁴⁴ évoque « *la valeur estimée des services respectifs qui est la plus élevée* ». La même technique est évoquée à propos des contrats portant à la fois sur des éléments de marchés et de concession « *objectivement indissociables* »¹²⁴⁵, ainsi que pour les contrats mixtes de services et de fournitures¹²⁴⁶. Le droit de l'Union européenne semble ainsi faire prévaloir le critère de la valeur, mais ne remet pas en cause cependant explicitement le critère de l'objet essentiel du contrat.

Cette prévalence de l'élément « travail » sur l'élément « service » se retrouve également dans la jurisprudence du *Consiglio di Stato*¹²⁴⁷. En effet, lorsque ce dernier a dû se prononcer sur la qualification juridique d'un contrat portant sur une concession d'éclairage public, il interpréta les dispositions de l'article 14 du code sur les contrats mixtes en fonction de la notion de « lien instrumental » développée antérieurement pour distinguer les concessions de construction et de gestion des concessions de service public¹²⁴⁸. Selon lui, les différences entre les deux hypothèses procèdent du lien instrumental de l'ouvrage avec le service. L'exploitation de l'ouvrage dans le cadre de la concession de travaux permet de récupérer les moyens investis pour la réalisation, alors que dans le cadre de l'exécution d'une concession de service, les travaux permettent de rénover, de mettre à niveau la gestion normale du service public « *dont le fonctionnement est*

¹²⁴⁴ V. Annexe IV de la directive 2014/23/UE, précitée : Services sanitaires, services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé, services de sécurité sociale obligatoire, services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique, etc.

¹²⁴⁵ Article 20 §5 de la directive 2014/23/UE.

¹²⁴⁶ *Idem*.

¹²⁴⁷ GOISIS (F.), « Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi », in, *Ius Publicum, Report annuale*, 2011, www.ius-publicum.com.

¹²⁴⁸ V. *Supra*, Chapitre 1 du titre 1 de la présente partie, p. 82.

déjà assuré par des travaux existant »¹²⁴⁹. Ainsi, comme nous l'évoquions précédemment, la notion de service est placée dans une position résiduelle par rapport à la notion de travaux. À chaque fois qu'un contrat de concession nécessite un investissement initial important, il sera toujours qualifié de concession de travaux. Les concessions de services correspondent alors à des situations d'affermage où un pouvoir adjudicateur confie à un tiers la mission de gestion d'un service public à sa place, alors que les actifs matériels sur lesquels repose cette gestion existent déjà.

Le droit français semble se diriger vers une acception similaire. À l'heure où nous écrivons ces lignes, seule la transposition des directives marchés par voie d'ordonnance a été effectuée¹²⁵⁰. Cependant, il ressort des documents mis à disposition sur le site internet du ministère de l'économie et des finances¹²⁵¹, que la transposition de la directive concession devrait s'effectuer cette fois-ci par substitution des catégories européennes à celle du droit interne. Ainsi, la délégation de service public devrait bientôt disparaître. En effet, l'article 4 du projet ne distingue qu'entre « l'exécution de travaux et la gestion d'un service » pour le futur modèle concessif du droit français. L'article 5 reprend quasiment mot pour mot les définitions de la directive. Les contrats de concession de services ont pour objet ce qui ne relève pas des contrats de concession de travaux¹²⁵². Lorsqu'ils portent sur un service public, ils sont qualifiés de concession de service public. Dès lors, cette dernière catégorie apparaît comme une sous-concession de service. L'étude d'impact du projet d'ordonnance utilise d'ailleurs explicitement cette expression. En effet, la notion de D.S.P est abandonnée au profit de celle de concession de service public, « sous-catégorie de la notion européenne de concession de service »¹²⁵³. La spécificité de la notion française paraît ainsi préserver, même si son utilisation est en réalité résiduelle par rapport à la concession de travaux ! Les contrats passés par les

¹²⁴⁹ C.S, Sez. V, n°1784, 24/03/2011 ; C.S, Sez. V., n°1600, 14/04/2008 ; T.A.R Lombardia, Sez. I, Sentenza n° 450 del 11/02/2011.

¹²⁵⁰ Ordonnance 2015-899 du 23/07/2015, précitée.

¹²⁵¹ www.economie.gouv.fr

¹²⁵² *Ibid*, Article 5 § II du projet d'ordonnance.

¹²⁵³ Ministère de l'économie et des finances, *Fiche d'impact pour le projet d'ordonnance concession*, 22/07/2015, p.5, disponible sur www.economie.gouv.fr

sociétés concessionnaires de travaux d'autoroute, notamment pour la distribution du carburant, sont par exemple qualifiés de sous-concession de service public¹²⁵⁴.

Nous retrouvons là une logique similaire à celle du droit italien. La notion de service et *a fortiori* celle de service public, apparaissent comme l'accessoire de la notion de travaux. Les instruments juridiques les plus récents du partenariat public-privé avait alors été annonciateurs de cette évolution. Ils ont en effet été élaborés pour répondre à des besoins en termes d'infrastructures, privilégiant ainsi la dimension « travaux public » sur celle de « service public ». Le contrat de partenariat prévoyait en effet que le partenaire « concourrait » à l'exécution d'une mission de service public. La transformation des catégories fera également tomber en désuétude la distinction des contrats en fonction de leur objet. En effet, la substitution des catégories européennes aux catégories du droit interne amène à un alignement matériel des marchés et des concessions.

§2) Les partenariats public-privé ou l'alignement matériel des marchés et des concessions

La distinction entre acte d'achat et acte de délégation a vécue. Aujourd'hui, les marchés peuvent être des actes de dévolution de service public, et les concessions ne porter que sur des travaux, pourvu que leur exploitation soit constitutive d'un transfert de risque au titulaire du contrat. Ainsi, les instruments juridiques du partenariat public-privé ne peuvent plus être différenciés en fonction de leur objet, à l'instar de la distinction entre le marché et la concession (A). Néanmoins, des différences procédurales sont toujours perceptibles (B).

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p.42.

A) *Des instruments juridiques ne pouvant plus être différenciés en fonction de leur objet*

Si la directive concession s'éloigne du projet initialement prévu¹²⁵⁵ dans un sens que certains auteurs ont pu qualifier de plus favorable au respect de la spécificité des concessions¹²⁵⁶, il n'en demeure pas moins que le principal apport du texte concerne la structure de la *summa divisio* du droit de la commande publique. Le rapprochement entre les marchés publics et les concessions s'effectue sur le plan matériel¹²⁵⁷. En effet, la directive concession remet en quelque sorte l'objet des ces modèles contractuels spécifiques « à plat »¹²⁵⁸. Le changement sémantique qui interviendra certainement en droit français sera alors révélateur de cette évolution¹²⁵⁹. Ainsi, les délégations de service public et les concessions de travaux publics deviendront vraisemblablement des concessions de service et de travaux « tout court »¹²⁶⁰, comme les marchés de travaux publics étaient devenus des marchés publics de travaux¹²⁶¹. Cette évolution appelle selon nous à un changement profond puisque la spécificité des contrats ayant pour objet le « service public » est centrale dans les traditions françaises et italiennes¹²⁶². Les directives de 2014 étendent en effet non seulement les contrats de concession aux services n'étant pas qualifiés de « publics » en droit interne mais font surtout fit de la notion de délégation, c'est-à-dire de la transmission en la personne du délégataire des prérogatives de l'administration. Or, si nous avons pu voir que l'objet « service public » recevait une acception différente au sein des deux ordres étudiés, l'objet

¹²⁵⁵ V. JUVIN (P.), « Rapport sur la résolution législative sur la proposition de directive concession », *IMCO*, 2011/0437, 05/07/2012.

¹²⁵⁶ De la ROSA (S.), « Enjeux et négociation de la directive n°2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession », *JCP A*, 2014, n°18, p.2136.

¹²⁵⁷ KALFLÈCHE (G.), « Les concessions : Faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p.17.

¹²⁵⁸ *Ibid.*

¹²⁵⁹ Le code des contrats publics italien de 2006 l'avait déjà mis en œuvre puisque les différentes dispositions traitent des marchés publics de travaux et de services (*Appalti pubblici di lavori e di servizi*) et des concessions de service et de travaux (*concessione di lavori e di servizi*).

¹²⁶⁰ Article 5 du projet d'Ordonnance relative aux contrats de concession, Ministère de l'économie et des finances, www.economie.gouv.fr

¹²⁶¹ KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique*, *op. cit.*, p. 33 à 75.

¹²⁶² V. *Supra*, chapitre 1 du titre 1 de cette partie, p. 38 et ss.

« transfert de prérogatives » était en revanche très présent, notamment dans la culture juridique italienne.

Le rapprochement matériel entre les notions de marchés publics et de concessions est par ailleurs lié indubitablement au rapprochement matériel des divers instruments juridiques du P.P.P. Le financement des investissements, la construction d'ouvrages ou d'équipements, la maintenance, l'exploitation et la gestion peuvent donc être réalisés indistinctement, au sens du droit de l'Union, par un instrument relevant de la catégorie des marchés publics ou des concessions. En ce sens, les directives ne font que saisir une réalité factuelle déjà bien présente dans les ordres internes, notamment depuis l'irruption de la logique de financement de projet. Pourtant, ce rapprochement matériel et cette distinction opérée en fonction des modalités de rémunération présentaient des incertitudes amenant à des hypothèses de « chevauchements contractuels ». L'exemple topique en droit français est celui de la distinction qui prévalait entre le contrat de partenariat et la délégation de service public¹²⁶³.

L'un est un marché public au sens du droit communautaire, l'autre une concession. L'approche matérielle rend pourtant possible un chevauchement des contrats. Un ouvrage public peut en effet être l'abri d'un service public à titre principal. C'est par exemple le cas des hôpitaux ou des équipements sportifs. Mais il peut arriver également que l'ouvrage soit le lieu de rencontres de plusieurs types de services, voire même que le service public y soit abrité à titre plus accessoire. Ce peut être par exemple le cas des immeubles accueillant à un de leurs niveaux, les services de l'état civil d'une commune, à un autre des bureaux de sociétés privées avec espaces commerciaux accessoires et au sous-sol un parking. Quelle serait dans ce cas, le type de contrat devant être conclu ? Considéré par le Conseil d'État en raison de son mode de rémunération comme un marché public au sens du droit communautaire¹²⁶⁴, l'intervention des directives commande publique de 2014 ont ravivé les problèmes d'articulation entre les notions européennes et le contrat de

¹²⁶³ LINDITCH (F.), « Contribution à la distinction des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat », *JCP A*, n°51, 19/12/2011, p. 2394.

¹²⁶⁴ CE, 29/10/2004, *M. SUEUR et autres*, n° 269814, Rec. p. 394 : « [...] *les contrats de partenariat, qui ont vocation à être passés avec un ou plusieurs opérateurs économiques et en vertu desquels la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique, constituent des marchés publics au sens de cette directive* [...] »

partenariat du droit français, notamment à travers l'articulation entre son objet et sa rémunération.

En effet, la directive entend par concession de travaux ou de services les contrats conclus par écrit et à titre onéreux par lesquels un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion de services à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages ou les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix¹²⁶⁵. La séparation des deux modèles en fonction de la possibilité de déléguer une mission de service public ne pouvait donc plus tenir. La différence de conception entre les ordres juridiques français et européen ne pouvait donc subsister plus longtemps. La transposition de la directive marché par l'ordonnance du 23 juillet 2015 a été l'occasion de clore définitivement le débat de la dévolution au titulaire d'un contrat de partenariat de l'exécution d'une mission de service public¹²⁶⁶. Désormais, les nouveaux marchés de partenariat du droit français consacrent cette possibilité¹²⁶⁷. Le droit italien l'avait déjà intégrée en 2006¹²⁶⁸.

En France, le Conseil d'État avait déjà permis un tel rapprochement dans sa décision *Aix en Provence* en 2007. En effet, les juges du Palais Royal avait énoncé que lorsque des collectivités sont responsables d'un service public, elles peuvent décider de confier sa gestion à un tiers. À cette fin, elles doivent « *sauf si un texte en dispose autrement [...] conclure avec un opérateur, [...], un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service, un marché public de service* »¹²⁶⁹. À partir de cette décision, la distinction entre marchés et concessions ne pouvait évidemment plus être appréhendée à l'aune du critère matériel de l'objet du contrat. La jurisprudence *del Consiglio di Stato* s'inscrit

¹²⁶⁵ Directive 2014/23/UE

¹²⁶⁶ Ordonnance 2015-899 du 23/07/2015 relative aux marchés publics, J.O.R.F n° 0169 du 24/07/2015.

¹²⁶⁷ Article 67 de l'ordonnance 2015-899 du 23/07/2015 relative aux marchés publics, J.O.R.F n°0169 du 24/07/2015, p. 12602.

¹²⁶⁸ Articoli 3 *del codice dei contratti pubblici*, précité.

¹²⁶⁹ CE, Sect., 06/04/2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec., p. 155, *AJDA* 2007, p. 1020, Chron. LENICA (F.) et BOUCHER (J.), *JCP A*, n° 21, 2007, p. 21, note LINDITCH (F.) et p. 35, note PONTIER (J.-M.), *Contrats et Marchés publics*, n° 6, juin 2007, note ECKERT (G.), n° 191.

exactement dans le même cadre d'analyse. Après l'adoption du code des contrats publics, le juge administratif italien a en effet considéré que « *n'a aucune incidence sur la qualification de service public local délégué le fait que le service soit subordonné au paiement d'un prix de la part de l'administration*¹²⁷⁰, [...], *l'élément distinctif entre le marché et la concession reste le transfert d'un risque de gestion.* »¹²⁷¹. En 2011, il confirma ainsi l'idée selon laquelle la nature de l'instrument juridique n'avait aucune importance quant à l'exécution d'un service public : « *À la nature d'un service public local l'activité destinée à rendre une utilité publique perceptible de façon directe, sans intermédiaire, aux nombres d'utilisateurs considérés* ». La distinction entre les différents instruments procède alors « *de l'organisation d'un rapport trilatéral, avec transfert d'un risque à la charge du gestionnaire* ». Si la dévolution du service public ne répond pas à cette caractéristique, alors le contrat est « *qualifiable de marché de service* »¹²⁷².

La jurisprudence et les normes du droit de l'Union confirment donc bien l'alignement matériel des différentes catégories. Les normes de transposition qui seront appliquées dans les droits internes iront certainement dans le même sens. C'est ainsi à une forme basculement des catégories structurantes du droit de la commande publique à laquelle nous assistons. Cet alignement témoigne alors de l'influence qu'a pu exercer la notion de P.P.P. sur l'évolution du couple marché/concession. Pourtant les contraintes procédurales pesant sur les différents mécanismes peuvent toujours faire l'objet de distinction.

B) Des instruments ne répondant pas aux mêmes contraintes

La proposition de directive rendue publique par la Commission européenne en 2011¹²⁷³ a suscité de vives critiques de la part des États membres. Elle semblait aligner de façon trop importante les catégories des marchés et des concessions, plus particulièrement au niveau procédural. L'exposé des motifs était en effet très clair. Il

¹²⁷⁰ C.S, Sez. V, Sentenza n° 8090. del 16/12/2004.

¹²⁷¹ C.S, Sez V, Sentenza n° 36 del 15/01/2008.

¹²⁷² C.S, Sez V, Sentenza n° 2012 del 01/04/2011.

¹²⁷³ Commission Européenne, *Proposition de directive sur l'attribution de contrats de concession*, COM (2011) 897 final.

énonçait que « *la présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrice en ce qui concerne les concessions* »¹²⁷⁴. Le travail mené par la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs a alors substantiellement modifié la proposition initiale¹²⁷⁵, imposant qu'il soit dûment tenu « *compte de la spécificité des concessions par rapport aux marchés publics* »¹²⁷⁶ en ne créant pas de charges excessives.

La directive concession ne mentionne pas de liste des procédures de mises en concurrence aux contrats qu'elle entend régir. Elle ne limite pas non plus les possibilités de recourir à ces différentes procédures¹²⁷⁷. Le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il souhaite contracter par voie de concession, « *est libre d'organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire* »¹²⁷⁸. Cette liberté s'exerce cependant dans le respect des dispositions de la directive. Il peut ainsi organiser une négociation avec les candidats et les soumissionnaires. Cette possibilité de négocier sans avoir à justifier de conditions spéciales déroge au régime applicable aux marchés publics¹²⁷⁹. Dans la proposition initiale de la Commission, était évoquée une condition de nécessité pour avoir recours à la négociation¹²⁸⁰. Les procédures d'appel d'offre ouverts ou restreints semblaient ainsi devenir « *les modalités de principe de la passation de ces contrats* »¹²⁸¹. Cette formulation a donc été abandonnée, jugée comme non opportune en matière de concession. La négociation, comme dans l'ensemble des contrats entrant dans le champ des P.P.P.¹²⁸², est en effet intrinsèque à ces montages complexes. Elle correspond d'ailleurs à la tradition opérée pour ce modèle qui nécessite une étroite collaboration entre les différents protagonistes. Toutefois, la directive impose quelques limites, notamment

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ JUVIN (P.), *Rapport sur la résolution législative sur la proposition de directive concession*, *op. cit.*,

¹²⁷⁶ Considérant n°2 de la directive 2014/24/UE.

¹²⁷⁷ ECKERT (G.), « les procédures allégées des concessions », *Contrats et Marchés publics*, 2014, n°6, p.35.

¹²⁷⁸ Article 30 de la directive 2014/23/UE, précitée.

¹²⁷⁹ Article 26 de la directive 2014/24/UE, précitée.

¹²⁸⁰ Article 35 § 5 de la proposition de directive sur l'attribution de contrats de concession, précitée.

¹²⁸¹ ECKERT (G.), *op. cit.*, p. 36.

¹²⁸² V. *Infra*, p. 492.

l'obligation de confidentialité et la publicité de la manière dont la négociation se déroulera¹²⁸³.

Le droit de la commande publique a ainsi accru son autonomie grâce au processus cyclique ayant permis la définition de ses composants systémiques (marché public/concession, procédure de mise en concurrence et de publicité, règles d'exécution propres, négociation, etc.) et leur retraduction au sein même de ce langage juridique propre par rapport à des interférences environnementale. Ces éléments auto-constitués se sont produits de façon réciproques et se sont enchaînés dans un cycle autoreproducteur. Cette évolution s'est notamment effectuée en résolvant et en retraduisant les conflits du système avec l'environnement juridique (interventionnisme économique de l'État, révolution industrielle, socialisme municipal, doctrine du *new public management*, logique de la performance de l'action publique, crise de la dette publique, etc.). Dans un premier temps, le couple structurel marché/concession s'est auto-constitué au sein du système juridique global. Il a alors permis la transposition du code « valide/non valide » au sein du droit de la commande publique, et a fait émerger l'autonomie de ce sous-système, notamment par rapport au droit privé. Au cours de cette première phase, les éléments de définition, les procédures et les structures se sont déterminés de manière hétérogène avant que le système ne fasse un usage opérationnel du couple structurel de la commande publique. Du fait de leur propre existence, ces deux notions ont dans un second temps été contraintes à se thématiser en termes de catégories juridiques.

Cette « thématisation » a conduit à l'émergence de règles de reconnaissances propres entre les deux catégories. La concession s'est d'abord distinguée du marché en fonction de la nature de la prestation, puis en fonction des modalités de rémunération du cocontractant de l'administration, et enfin par rapport au transfert du risque d'exploitation. Cette phase a ensuite abouti à l'érection d'une fiction permettant de pallier la porosité de frontière entre les deux éléments de la clôture opérationnelle. La notion de P.P.P. illustre le caractère autopoïétique de la commande publique en ce qu'elle fait figure de *re-entry* de ce sous-système. Elle permet l'intégration au droit des aspects qui lui sont spécifiquement extérieurs. Cependant, comme le disait TEUBNER, « *un re-entry a de son côté, des*

¹²⁸³ Article 37 § 5 de la directive 2014/23/UE, précitée.

conséquences drastiques. Aussitôt que la distinction entre juridique et non juridique est réintroduite dans le droit, surgit une considérable confusion épistémique (à la Magritte : « Ceci n'est pas une pipe ») sur le statut de la réalité des observations qui se réfèrent à l'externe »¹²⁸⁴.

Le douzième chameau est une pure fiction, mais l'illusion de sa réalité doit être maintenue. Il permet de créer un « *espace imaginaire à l'intérieur du droit qui, dans le processus d'auto-observation qu'il effectue sur lui-même, se prend et doit se prendre pour réel* ». La métaphore est pleinement transposable au partenariat public privé. Le droit de la commande publique ne peut engendrer rien d'autre que des fictions sur le monde extérieur. « *L'oasis où broute le douzième chameau est seulement un mirage du droit, et, pourtant, le juge peut expédier les frères en litige dans l'oasis pour l'emprunt du chameau et entraîner, par cette injonction, des effets réels tout à fait surprenants* ». Il en va de même pour le partenariat public privé.

¹²⁸⁴ TEUBNER (G.), « Les multiples aliénations du droit : sur la plus value sociale du douzième chameau », *op. cit.* p. 80.

CONCLUSION DU SECOND TITRE

Le renouvellement systémique du droit de la commande publique procède de plusieurs facteurs. La typologie des instruments juridiques du partenariat public-privé démontre que leurs caractéristiques fonctionnelles et structurelles ne permettent pas de classer les contrats en fonction des délimitations matérielles inhérentes aux traditions françaises et italiennes en matière de marchés publics et de concessions. L'évolution de la commande publique est liée à l'apparition de ces formes contractuelles spécifiques.

Les relations qui se sont établies entre les deux catégories du système juridique ont nécessairement été impactées par les systèmes environnants, plus particulièrement par le politique et l'économique. Le degré d'ouverture du droit de la commande publique ne peut cependant être appréhendé qu'à l'aune de son degré d'autonomie. L'auto-organisation du système, autour du couple marché/concession, lui-même structuré par la notion de « transfert du risque d'exploitation », est sans doute imparfaite. Elle nécessite l'intervention du juge et du législateur pour résoudre les conflits d'interférences. Cependant, ces conflits sont le signe du renouvellement permanent de la matière, autour de catégories autoréférentielles constamment reformulées dans un cycle reproducteur, d'où l'autopoïèse. La vision d'un droit de la commande publique instable, désordonné et illisible, cède sa place dans cette acception à une vision admettant la coexistence d'identités aux multiples visages.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Portrait allégorique de Louis XV



Charles-Amédée Van LOO

1762

La particularité de l'œuvre choisie pour conclure cette partie résume à elle seule notre sentiment sur le passage du désordre au système induit par le partenariat public-privé en droit de la commande publique. Le portrait de Louis XV par Van LOO n'apparaît qu'en regardant le tableau avec une lentille à facette. Les différentes parties du visage du Souverain, disséminées dans les sept personnages, viennent alors s'assembler dans le bouclier situé au centre de cette œuvre magistrale. Les personnages représentent chacun une vertu attribuée au Roi. La justice, symbolisée par le personnage situé en bas à droite du tableau et vêtu de jaune donne un œil, car rien n'échappe au regard juste du Roi. La vertu de l'invincibilité, symbolisée par Minerve en haut à gauche de la toile, donne la bouche qui peut signifier l'acte de commandement. Le personnage central symbolise la magnanimité. Il donne le front, l'âme de Louis XV étant grande et noble. À ces figures s'ajoute l'intrépidité, l'héroïsme, la générosité et la valeur guerrière. Ainsi, les différentes vertus prêtées au Roi s'assemblent de façon allégorique et permettent, au moyen d'une lentille réfractaire, de visualiser le portrait. Le désordre apparent de la toile cache ainsi un procédé systématisant : *Unitas multiplex!* Considérés sous l'angle des divers personnages, les valeurs sont diverses et hétérogènes. Considérés sous l'angle du tout, elles s'associent de façon harmonieuse pour représenter le Souverain. L'analyse peut être transposée aux instruments juridiques du partenariat public-privé. Leur diversité et leur multiplicité peuvent être appréhendée dans une réalité globale, constituée de différentes parties. Les normes juridiques faisant référence à un instant donné au P.P.P. ne saurait ainsi être comprises, en France comme en Italie, sans prendre en compte leur corrélation dans un ensemble plus vaste, la formation d'un ordre juridique européen. Le désordre n'est donc pas contraire à l'ordre. Il doit être appréhendé comme sa condition : « *Le désordre pourrait bien n'être que la figure d'émergence d'une rationalité qui, si elle nous échappe encore aujourd'hui, pourrait bien s'éclairer demain* »¹²⁸⁵. La recherche d'unité de la matière pourrait alors être hégémonique, c'est-à-dire s'appliquer de façon homogène à l'ensemble des États ; ou alors être constituée d'éléments divers, dotés de qualités propres qui, tout en étant irréductibles, coïncideraient de façon harmonieuse.

¹²⁸⁵ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1^{ère} ed., Paris, 1988, p. 17.

SECONDE PARTIE

DU SYSTÈME À L'ORDRE

« Même si la mondialisation développe les échanges de toute nature dans un univers de communication propice à la convergence, la variété demeure la caractéristique essentielle de l'état mondial du droit »¹²⁸⁶.

¹²⁸⁶ Préface de Guy Canivet, in MARKESINIS (B.), *Juges et universitaires face au droit comparé, Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz, Paris, 2006.

La mondialisation juridique exprime l'idée d'une démarche ambitieuse souvent assimilée à l'unification juridique. Elle en diffère selon nous pourtant notablement, s'attachant de façon réaliste à exprimer la convergence des besoins juridiques et des solutions déterminables, plutôt que leur uniformisation¹²⁸⁷. Envisagé comme système, le droit de la commande publique appelle à ce que l'ensemble de ses éléments structuraux soient ordonnés méthodiquement. Dans le cadre de l'Union européenne, propice à la convergence des problématiques juridiques, l'ordre juridique tend donc à se « globaliser »¹²⁸⁸. En témoigne les dernières directives « commande publique¹²⁸⁹ », dont le but est de coordonner les procédures nationales de passation afin de garantir le respect des principes fondamentaux du traité.

L'ordre juridique ne peut quant à lui être réduit exclusivement à un ensemble de règles positives. Santi ROMANO le définissait ainsi comme recouvrant des « rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent les normes juridiques, sans s'identifier à elles »¹²⁹⁰. Dans notre acception, l'ordre juridique se trouve ainsi absorbé par le système juridique, lequel comme nous l'avons vu précédemment procède de l'autopoïèse. La particularité de ce système réside dans le fait que son programme est largement déterminé au niveau européen. C'est en revanche dans les droits internes que les différents actes juridiques s'intégrant dans la structure du droit de la commande publique sont produits. Ils permettent à leur tour la reproduction du système et la reformulation du programme, donc la sauvegarde de sa clôture opérationnelle¹²⁹¹. Cette mécanique complexe produit ses propres effets. Nous en déduisons alors que la recherche d'un ordre juridique homogène au niveau européen, déterminé par exemple en fonction d'un modèle unique de P.P.P., apparaît comme extrêmement difficile à mettre en œuvre (Titre 1^{er}). Ne reste plus qu'une possibilité, celle de plaider pour la solution manifeste d'un ordre exprimant toute la variété des instruments juridiques de la commande publique, ordre qui serait harmonisé à l'échelle de l'Union européenne. (Titre 2nd).

¹²⁸⁷ V. FRISSON ROCHE (M-A.), « Le droit des deux mondialisations », in, *La mondialisation : entre illusion et utopie*, Archives de la philosophie du droit, T. 47, 2003, p. 17.

¹²⁸⁸ AUBY (J-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003.

¹²⁸⁹ Directive 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, *op. cit.*.

¹²⁹⁰ ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p.7.

¹²⁹¹ V. *Supra*, p. 250.

TITRE PREMIER : LA RECHERCHE DIFFICILE D'UN ORDRE HOMOGENE

Le caractère autopoïétique du droit de la commande publique ne convient pas à la détermination d'un modèle uniforme applicable à l'ensemble des États membres de l'Union européenne. L'homogénéité renvoie en effet à la construction d'une structure dont les parties sont identiques. La notion de partenariat public-privé est liée à la formation du marché unique européen. Dans ce cadre d'analyse, la volonté d'homogénéiser les droits pourrait procéder de ce syllogisme : les États membres sont confrontés aux mêmes problématiques. Pour les résoudre, ils déterminent des solutions semblables, en s'inspirant notamment des expériences étrangères pour modifier leurs systèmes juridiques respectifs. Dès lors, la formulation d'un modèle global et déclinable en série ne pourrait que favoriser les échanges et rendre plus efficient le marché unique européen. L'homogénéisation des droits de la commande publique, et *a fortiori* du partenariat public-privé, serait alors une étape incontournable, compte tenu de leur importance économique.

Cette démarche procède selon nous deux aspects. Le premier est externe. Il concerne le phénomène d'adaptation de la gestion publique aux problématiques factuelles auxquelles elle est confrontée. Le second est interne, il consacre le P.P.P. en tant qu'instrument unique pouvant être utilisé pour répondre à ces nouveaux défis. La comparaison juridique entre la France et l'Italie nous permet de remettre en cause cette approche. Elle se justifie en effet par la volonté mythique d'adapter le droit au fait (Chapitre 1) et suppose la formulation pragmatique d'un modèle incompatible avec la diversité des structures juridiques nationales (chapitre 2).

CHAPITRE 1 :

LE P.P.P. OU LE CARACTÈRE MYTHIQUE

DE L'ADAPTATION DU DROIT AU FAIT

Dans un article publié en 1977, les Professeurs ATIAS et LINOTTE considéraient que le droit n'était pas neutre et que le jugement de valeur était une étape « *décisive de la réflexion juridique* »¹²⁹². Ils expliquaient alors avec brio la signification du « *lieu commun selon lequel le droit doit s'adapter au fait* ». Plus qu'une simple idée, cette directive relève en effet selon eux « *du mythe* ». Du grec *muthos* (le récit, la fable), le concept de Mythe véhicule en effet avec lui « *l'image simplifiée, souvent illusoire, que des groupes humains se forment ou acceptent au sujet d'un individu ou d'un fait quelconque, et qui joue un rôle déterminant dans leur comportement ou leur appréciation* »¹²⁹³.

L'adaptation du droit au fait répond d'une certaine façon de ce sens. En effet, elle institue une forme de soumission du domaine juridique à la « réalité » factuelle et insinue ainsi l'impression selon laquelle l'élaboration de la norme ne permet aucune liberté à celui qui en détient le pouvoir : « *ceux qui ont à décider du maintien ou du changement du droit doivent seulement constater la situation sociale et en enregistrer les exigences* »¹²⁹⁴. Le droit serait donc dicté par les faits et les auteurs de ce grand article citent à l'appui de leur démonstration de nombreux exemples, notamment un passage des conclusions du commissaire du gouvernement GAZIER sur la célèbre jurisprudence *Dehaene*. Ce dernier affirmait en effet que la reconnaissance du droit de grève aux fonctionnaires découlait du fait que les grèves étaient devenues « *de plus en plus fréquentes et banales* », et que le juge était « *tenu de le constater* »¹²⁹⁵. Le mythe de l'adaptation du droit au fait peut être transposé à notre sujet d'étude. Les instruments les plus emblématiques de la notion

¹²⁹² ATIAS (C.) LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *S.*, 35^{ème} cahier, Chron. XXXIV, 1977, p. 251.

¹²⁹³ V. *Le Grand Robert*, entrée « Mythe », n°5.

¹²⁹⁴ ATIAS (C.) LINOTTE (D.), *ibid.*

¹²⁹⁵ Concl. GAZIER (F.) sur CE 07/07/1950, *Dehaene*, RDP, 1950, p.691.

apparaissent en effet comme la transcription spécifique, par le législateur, de montages contractuels issus de la pratique et constituant ainsi des formes d'évitement des contraintes du droit de la commande publique¹²⁹⁶. Contraintes que d'aucuns jugent inadaptées à la réalité factuelle, plus particulièrement au besoin des personnes publiques en termes d'infrastructures¹²⁹⁷.

Ainsi, le législateur français a, par exemple, autorisé la conclusion de baux à construction ainsi que la constitution de droits réels sur le domaine privé de la personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat¹²⁹⁸. Cette modification de la législation, issue d'un amendement parlementaire, avait « *pour but d'élargir les opportunités de recettes complémentaires pour la personne privée* »¹²⁹⁹, permettant ainsi de diminuer la rémunération versée par la personne publique. Or, il ressort des travaux parlementaires même de cette loi que cette soudaine nécessité, non prévue par l'ordonnance de 2004, était inspirée factuellement par le projet du nouveau grand stade de Lille¹³⁰⁰, plus particulièrement par la volonté du titulaire du contrat de consentir un bail sur les dépendances du domaine privé de la personne publique pour la construction d'un hôtel aux abords de l'infrastructure¹³⁰¹. Dans une autre mesure, en Italie, le décret loi de décembre 2014 dit « *sblocca Italia* » (débloquent l'Italie) retient notamment dès l'exposé des motifs « *l'extraordinaire nécessité et urgence d'adopter des dispositions pour accélérer la réalisation des ouvrages et infrastructures stratégiques* »¹³⁰². Dès lors, certaines concessions en matières autoroutières furent prolongées pour permettre la réalisation de travaux de

¹²⁹⁶ V. *Supra*, p. 129.

¹²⁹⁷ Dresser une liste exhaustive des articles définissant les P.P.P. comme les instruments permettant de construire les infrastructures dont les personnes publiques ont besoin est impossible, tant foisonnent dans la littérature juridique et médiatique les références à ce type d'argument. A titre d'exemple, V. BENSÂÏD (J.) et LEVITA (V.), « Financer les infrastructures pour répondre aux besoins des économies modernes », *Variations*, mai 2013, n°47, p. 31.

¹²⁹⁸ Article 33 de la loi n°2208-735 du 28/07/2008 *relative aux contrats de partenariat*, J.O.R.F n°0175 du 29/07/2008, p. 12144 ; Article L1414-16 du C.G.C.T.

¹²⁹⁹ BETEILLE (L.), *Rapport n°239 fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi n°211 relatif aux contrats de partenariat*, 26/03/2008, p.68.

¹³⁰⁰ Aujourd'hui stade Pierre MAUROY.

¹³⁰¹ GOASGUEN (C.), *Rapport n°967 fait au nom de la commission des lois de l'assemblée nationale relatif aux contrats de partenariat*, 18/06/2008, p.69.

¹³⁰² D.L n° 133 del 12/09/2014, *misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*, G.U n°212 del 12/09/2014, convertito dalla Legge n° del 11/11/2014.

rénovation mais aussi la construction de nouvelles portions¹³⁰³. De la même manière, le développement des accords autonomes en droit de la commande publique apparaît comme une réponse aux demandes de sécurisation du financement apportées par les établissements prêteurs pour la réalisation d'équipements publics¹³⁰⁴.

Cependant, comme l'écrivait SOREL : « *nos mythes actuels conduisent les hommes à se préparer à un combat pour détruire ce qui existe [...]. Un mythe n'est jamais innocent : cette neutralité affichée ne peut être que l'instrument d'une idéologie inavouée, d'idéologies changeantes et contradictoires* »¹³⁰⁵. C'est donc naturellement autour de cette neutralité apparente du droit l'union européenne que nous tenterons d'expliquer que la volonté de développement homogène du P.P.P. dans les États membres participe du mythe de l'adaptation du droit au fait (**section 2**). Au demeurant, c'est sur la cause et les effets du mythe que nous devons nous arrêter (**section 1**).

Section 1 : Fondement et effets du mythe

Le mythe ferait « écran »¹³⁰⁶, c'est-à-dire qu'il bornerait « *la réflexion sur les causes et les buts profond de la variation du droit* »¹³⁰⁷. Selon nous, le développement de nouveaux types de contrats, mais aussi l'idée d'homogénéiser le droit de la commande publique au sein de l'U.E, participent de la conception selon laquelle les instruments existant et les procédures qui les encadrent n'offriraient pas les solutions efficaces pour résoudre les besoins des personnes publiques, notamment en termes de financement d'infrastructures et *a fortiori* de délivrance de services. « Le P.P.P. » permettrait alors de financer à moindre coût ces projets et serait ainsi « la » solution aux problèmes factuels rencontrés par les administrations

¹³⁰³ *Ibid.*, Articoli 5 et 6.

¹³⁰⁴ BRACONNIER (S.), « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », *AJDA*, 2013, p. 529.

¹³⁰⁵ SOREL (G.), *Réflexions sur la violence*, éd. Labor (réimp.), 2006, pp.46-50.

¹³⁰⁶ MOREAU (J.), DUPUIS (G.) et GOERGEL (J.), *Eléments de sociologie politique*, Cujas, 1966, p.16, cité in, ATIAS (C.) LINOTTE (D.), *op. cit.*, p.252.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

pour mener à bien leur mission (manque de moyens, complexité, etc.). La théorie de l'analyse économique permet de remettre en cause cet argument. L'externalisation par voie de montages contractuels globaux ne peut se justifier, d'un strict point de vue financier, que pour certains projets particuliers et dans des formes contractuelles différenciées en fonction des buts à atteindre¹³⁰⁸. Il nous faut préalablement aborder une autre facette caractérisant la difficulté d'établir un ordre juridique global et homogène. En effet, derrière cet écran de l'inadaptabilité du droit au fait se cache selon nous une cause : la disparition du monopole de l'État pour l'accomplissement des activités d'intérêt public (§1). S'ensuit alors une conséquence : la perte de légitimité de « l'État administratif » (§2).

§1) La disparition du monopole de l'État pour l'accomplissement d'activités d'intérêt public

Lié à la notion d'externalisation, le partenariat public-privé symbolise d'abord à lui seul le passage de la captation monopolistique par l'État d'activités de nature industrielle et commerciale considérées comme d'intérêt public à l'idée d'une possible intervention du marché pour leur fourniture. Il peut être considéré ensuite comme la représentation de la participation du secteur privé à la délivrance d'activités de nature administrative, véhiculant ainsi la conception que la volonté de générer des profits n'est pas intrinsèquement inconciliable avec la poursuite de l'intérêt général. Il suppose enfin que la place du secteur privé n'est pas irrémédiablement à l'extérieur du champ de définition de la notion de service public. Le P.P.P., en tant qu'instrument d'externalisation des activités des personnes publiques, pose ainsi la question de la place de la notion dans la frontière poreuse entre privatisation du secteur public et publicisation du secteur privé (A) et permet donc de nous interroger sur l'évolution parallèle de la notion de service public et des contrats permettant sa dévolution (B).

¹³⁰⁸ V. *Infra*, p. 416.

A) *De la privatisation du secteur public à la publicisation du secteur privé ?*

Le renouvellement du système « commande publique » dont procède les instruments juridiques du P.P.P. participe de l'effacement de la frontière entre « activités publiques » et « activités privées ». À ce titre, ils témoignent des « nouvelles frontières de l'intervention publique dans l'économie, mais également aux transformations actuelles de l'action publique »¹³⁰⁹. En effet, le respect des principes régissant les activités de l'administration a naturellement été transposé à partir du XIX^{ème} siècle aux services externalisés. Les principes continuité, de mutabilité et d'égalité en France et la reconnaissance par la constitution italienne des principes de légalité, de bon fonctionnement et d'impartialité¹³¹⁰ participent nécessairement de la transformation du « marché » par leur application. L'externalisation des activités publiques a conduit ainsi à une « publicisation » du secteur privé.

JÈZE qualifiait l'activité de service public en fonction de son régime. Il permettait selon lui « *la subordination des intérêts particuliers à l'intérêt général* »¹³¹¹. Aujourd'hui, ce n'est pas moins le qualificatif d'intérêt général qui est contesté, et l'application de réglementations plus strictes garantissant les principes évoqués ci-dessus, que leur gestion monopolistique par des entités publiques en dehors du marché. La logique instituée par le droit de l'Union européenne oblige en effet à les concevoir comme des activités soumises à concurrence¹³¹², dès l'instant où elles sont susceptibles d'entraîner un profit par celui qui les exerce¹³¹³, et indépendamment de statut public ou privé de celui dont l'activité consiste « *à offrir des biens ou des services sur un marché* »¹³¹⁴.

¹³⁰⁹ IANNELLO (C.), « l'idée de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie », *AJDA*, n°39, 2012, p.2151.

¹³¹⁰ Article 97 de la constitution de 1948 : « *les services publics sont organisés suivant les dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité des l'administration* »

¹³¹¹ JÈZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, T. 2, 1930, Paris, Dalloz, 2005, p. 15.

¹³¹² KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTDE*, 1996, p. 217.

¹³¹³ CJCE, Aff. C-41/90, 23/04/1991, *Höfner*, Rec., p. I-1979.

¹³¹⁴ CJCE, Aff. C-180/98, 12/09/2000, *Pavel Pavlov*, Rec., p. I-6451.

Ainsi, les services d'intérêt économique général constituent un élément des « valeurs communes de l'Union » et un instrument de sa « cohésion sociale et territoriale »¹³¹⁵. Cependant, la reconnaissance de cette notion au détriment de celle de service public conduit selon nous à accréditer la thèse de sa satisfaction par le seul marché, avec éventuellement des réglementations spécifiques permettant de garantir les principes évoqués précédemment et reconnus comme ayant valeur constitutionnelle par le droit des États membres. Ainsi, dans son livre vert de 2003 sur les services d'intérêt général, la Commission européenne dévoile sa conception en affirmant que c'est le marché qui « assure habituellement la répartition optimale des ressources au bénéfice de l'ensemble de la société » et que si « certains services d'intérêt général ne sont pas entièrement satisfaits par les marchés seuls, [...], les autorités publiques ont toujours eu comme responsabilité première de veiller à ce que les besoins de base collectifs et qualitatifs soient satisfaits et que les services d'intérêt général soient préservés lorsque les forces du marché ne peuvent y parvenir »¹³¹⁶. L'exécution directe de ces types d'activités par les personnes publiques ne se justifie alors selon la Commission que par la défaillance du secteur privé. L'article 14 du T.F.U.E remet quelque peu en cause cette interprétation. Il dispose en effet que les principes fixés par l'Union dans le cadre de ses compétences et régissant le fonctionnement de ces services, ne sauraient aller à l'encontre « de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services »¹³¹⁷. En outre, la jurisprudence de la Cour de justice indique, notamment à travers les arrêts *Corbeau*¹³¹⁸ et *Commune d'Almelo*¹³¹⁹, que le traité permet aux États de poser des restrictions à la concurrence en conférant des droits exclusifs à des entreprises lorsqu'ils s'avèrent nécessaire pour l'accomplissement de services d'intérêt généraux. Dès lors, la Cour de Luxembourg témoigne non seulement qu'il est loisible aux États membres de statuer sur le principe de l'intervention des opérateurs publics sur les marchés mais plus encore de choisir eux-mêmes des moyens d'organisation de ces services.

¹³¹⁵ Article 14 du T.F.U.E.

¹³¹⁶ Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM(2003) 270 final, Bruxelles, 21/05/2003, p.8.

¹³¹⁷ Article 14 du T.F.U.E

¹³¹⁸ CJCE, 19/05/1993, *Paul Corbeau*, Aff. C-320/91, Rec. I, p. 2533.

¹³¹⁹ CJCE, Aff. C-393/92, 27/04/ 1994, *Commune d'Almelo*, Rec., p. I-3449.

Même si leur existence n'est ainsi pas remise en cause, la soumission des activités publiques de nature économique à la concurrence au sens du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹³²⁰ traduit une forme de privatisation du secteur public. Le respect de règles et principes propres à l'action publique, et la transformation des modalités traditionnelles d'organisation sous l'effet de la performance, permettent aux instruments du P.P.P. de revêtir le caractère de symboles de cette transformation. Cela transparaît également dans le traitement ambivalent dont la notion fait l'objet. Le partenariat public-privé peut être considéré paradoxalement à la fois comme un instrument de privatisation rampante ou comme permettant le renouveau de l'action publique. La nature des critiques, positives comme négatives, apparaissent toutefois comme circulaire. BLUM évoquait ainsi le modèle de la concession en des termes peu flatteurs au début du XX^e siècle. Il dénonçait en effet « *le caractère scélérat de ce type de conventions organisant la dépossession de l'État* »¹³²¹. Pourtant ce régime de « *féodalisation industrielle* »¹³²² dénoncé par l'homme politique, le juriste avait eu à en mesurer les effets dix années auparavant lorsqu'il était commissaire du gouvernement. Sa pensée d'hier peut alors être transposée à l'ensemble des instruments du P.P.P. d'aujourd'hui. Ainsi, dans l'affaire de la *compagnie générale des tramways*, après avoir balayé les arguments de la société requérante, laquelle contestait la décision préfectorale d'augmentation des rames non prévues au cahier des charges en se fondant sur le strict effet relatif du contrat, BLUM demanda à la Haute Assemblée de ne pas statuer en fonction de l'interprétation des clauses du cahier des charges mais en fonction du pouvoir de modification dont dispose le préfet, puisque « *l'État ne peut se désintéresser du service une fois celui-ci concédé. Il est concédé, sans doute, mais n'en demeure pas moins un service public. La concession représente une délégation, [...], elle n'équivaut pas à un délaissement.* »¹³²³.

¹³²⁰ Titre VII, Chapitre 1, Article 101 et suivants du T.F.U.E

¹³²¹ BLUM (L.), *La curée*, Le populaire, 12/07/1921, p.1.

¹³²² « *Aujourd'hui moins que jamais, nous ne pouvons admettre cette politique de dépècement, de lotissement, de remise, à des groupements de capitaux privés, de l'ensemble de nos richesses nationales...* » BLUM (L.), *Discours à la chambre des députés*, séance du 24/06/1921, Débat Parlementaire, p.2893.

¹³²³ Concl. BLUM (L.), *Ministre des travaux publics cintre Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 216.

Les P.P.P. peuvent donc revêtir, d'une certaine manière, l'image d'outils permettant la privatisation rampante des activités de l'administration, notamment parce qu'ils entraînent l'externalisation pendant une très longue durée, à une entreprise privée, de missions entrant le champ de compétence des pouvoirs publics. Dans une autre acception, ils s'en éloignent et peuvent être assimilés à une « publicisation » du secteur privé. Ils ne suppriment pas en effet le caractère public de l'activité. L'externalisation par voie de P.P.P. impose à l'entreprise les exécutant de respecter les règles et principes du droit public. Ainsi, la création comme la suppression du service, sont toujours l'apanage de l'administration. C'est elle également qui contrôle et sanctionne le partenaire si elle estime que ses obligations n'ont pas été respectées¹³²⁴. L'assimilation stricte « *de la concession à une privatisation* » constitue donc « *déjà une erreur* » et c'est « *encore plus le cas pour le contrat de partenariat* »¹³²⁵. Néanmoins, un risque demeure pour les instruments constituant des prestations globales de construction couplées avec la dévolution d'une mission de service public. C'est précisément le cas par exemple du nouveau marché de partenariat du droit français¹³²⁶ ou du contrat de *locazione finanziaria* du droit italien lorsqu'il est assorti d'une convention d'exploitation du service. La durée très longue de l'opération rend l'administration moins apte à satisfaire elle-même ses besoins et institue *de facto* une forme de dépendance à l'égard du secteur privé.

Il est donc intéressant de noter que ce type particulier de contrats à paiements publics nécessite également un contrôle efficace de la personne publique. Lié à la rémunération perçue, le contrôle permettra de mesurer la performance du partenaire. Cette forme de soumission de l'opérateur à l'administration s'inscrit pleinement dans la vision traditionnelle du modèle concessif, donc du contrat administratif pour la France et du contrat public pour l'Italie. Ainsi, la question du recours à l'instrument ne peut être appréhendée sans prendre en compte des critères de type idéologique. À ce titre, la question de l'adaptation des contrats de partenariat public-

¹³²⁴ V. *Infra*, p. 392.

¹³²⁵ RICHER (L.), « Partenariat public-privé et privatisation », *Pouvoirs locaux*, n° 74, 2007, p. 92.

¹³²⁶ L'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 prévoit en effet que le marché de partenariat porte sur une « *une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipement ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; cette mission globale peut également avoir pour objet : la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* »

privé aux nécessités de l'époque, plus particulièrement au besoin de financement des missions des administrations, ne peut être évoquée sans traiter en parallèle de celle de la dévolution des missions de service public par voie contractuelle.

B) Le lien entre les évolutions de la notion de service public et les contrats portant sa dévolution

Nous avons déjà montré comment les modèles concessifs historiques étaient liés à la perception de la notion de « service public » dans chacun des pays de notre étude. Ce constat est toujours vrai pour les instruments les plus récents du P.P.P. La circularité de notre raisonnement doit toutefois s'adapter d'un nouveau paramètre : les conséquences de l'application du droit de l'Union européenne.

Le terme « service public » ne fait pas en effet l'objet d'un traitement explicite au sein du traité de Lisbonne. Il n'est mentionné expressément qu'à deux reprises. Une première fois en matière d'aide d'État à propos des transports, ces dernières sont ainsi compatibles avec le traité lorsqu'elles correspondent au remboursement « *de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* »¹³²⁷. Une seconde fois pour le système de radiodiffusion publique dans les États membres, les dispositions traitées ne portant pas atteintes aux financements accordés aux organismes de radiodiffusion aux fins de « *l'accomplissement de la mission de service public, [...], dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun* »¹³²⁸. Le service public n'est donc pas défini au sein des traités et semble être appréhendé exclusivement comme un moyen de justifier deux dérogations au sacro-saint principe de concurrence lorsque l'octroi d'aides publiques par les États membres ayant recours au concept s'effectue dans ces domaines particuliers. Cependant, une notion est utilisée explicitement : Le service d'intérêt général (S.I.G).

¹³²⁷ Article 93 du T.F.U.E

¹³²⁸ Protocole n°29 sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres, J.O.U.E C 326/312.

Le service d'intérêt général est défini par la Commission comme l'ensemble des « *services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations de service public* »¹³²⁹. Dans ce cadre, la dimension organique importe peu, seule compte la mission. Le service d'intérêt général est mentionné au protocole n°26 du Traité dont l'article 2 dispose que « *les dispositions du traité ne porte en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général* ». Le service d'intérêt général non économique s'oppose ainsi au service d'intérêt économique général (S.I.E.G). Ce dernier est défini de façon discrétionnaire par les États membres, en fonction des besoins qu'ils estiment nécessaires pour les utilisateurs. Il existe donc deux catégories d'activités : les activités non économiques, ou plutôt non marchandes, c'est-à-dire soustraites aux règles de concurrence établies dans le traité ; et les activités de nature économique, ou plutôt marchandes, auxquelles s'appliquent, en principe, les règles de concurrence parce qu'elles sont susceptibles d'affecter les échanges entre les États membres. Cependant, le périmètre de la notion de service non économique apparaît très circonscrit. La jurisprudence de la Cour de justice se cantonne pour l'instant à une application aux services de police et à la sécurité sociale, le premier demeurant le symbole des « *prérogatives de puissance publique* », il ne peut par conséquent présenter « *un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité* »¹³³⁰ ; le second, reposant « *sur le principe de solidarité nationale* »¹³³¹ ne saurait ainsi revêtir un caractère lucratif.

Les catégories des services d'intérêt général d'importance économique et sans importance économique ne sauraient cependant être confondues avec la distinction française entre activités administratives et activités industrielles et commerciales dans la mesure où les critères de l'origine des ressources et des modalités de fonctionnement¹³³² ne sont absolument pas pris en compte. La distinction demeure en effet exclusivement fondée en droit de l'Union européenne sur l'objet, témoignant selon nous d'une certaine subjectivité de la frontière.

¹³²⁹ Commission européenne, *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, COM (2004) 374 final.

¹³³⁰ CJCE, Aff. C-364/92, 19/01/1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, Rec., p. I-43.

¹³³¹ CJCE Aff. C-159 et C-160/91, 17/02/1993, *Poucet et Pistre*, Rec., p. I-664.

¹³³² V. CE, 16/11/1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec., p. 434, D. 1956, p. 759, Concl. LAURENT.

Certains services publics du droit français peuvent donc être considérés comme ayant une importance économique au sens du droit de l'union tout en n'étant pas considérés comme industriels et commerciaux au sens de droit administratif français. Néanmoins, la notion de S.I.E.G demeure la catégorie de référence. Elle est employée une première fois dans le T.F.U.E pour souligner les « *valeurs communes de l'Union* » ainsi que la « *cohésion sociale et territoriale* » véhiculées par ce concept¹³³³. Cependant, c'est au titre des règles communes de concurrence que le S.I.E.G est usitée véritablement. Cette notion permet en effet de justifier de l'inapplicabilité des règles du traité pour ce type d'activités lorsqu'elles font « *échet à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* »¹³³⁴.

À cette première distinction s'ajoute de surcroît une autre qualification issue du droit anglo-saxon : le service universel¹³³⁵. Le concept s'analyse comme son nom l'indique comme la mise à disposition, à l'ensemble des utilisateurs d'un État, de l'accès à des prestations jugées essentielles, à un prix raisonnable et à un niveau de qualité minimale garantie¹³³⁶. Cette conception s'est développée depuis une jurisprudence très importante de la Cour de justice, l'arrêt *British Telecom* de 1985¹³³⁷. Dans cette affaire, la République italienne avait introduit un recours tendant à l'annulation de la décision de la Commission qui avait déclaré que des règlements émis par la société *British telecommunication* étaient contraires au droit de la concurrence (notamment à l'article 86 du TCE, aujourd'hui article 106 du T.F.U.E). En effet, la société de droit anglais détenait depuis 1969 le monopole légal de la gestion des systèmes de télécommunication. À ce titre, elle usait d'un pouvoir normatif important lui permettant d'établir les tarifs et les conditions d'exécutions du service de télécommunication au Royaume-Uni. L'entreprise avait alors voulu lutter, au moyen de divers règlements (*schemes*), contre le développement d'agences privées de transmission de messages *telex* à bas coûts, notamment par l'instauration

¹³³³ Article 14, précité.

¹³³⁴ Article 106 § 2 du TFUE (Ancien article 73 TCE)

¹³³⁵ Sur cette notion V. CARTEI (G.), *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002 ; ESPUGLAS (P.), « Le service universel », *DA*, n° 12, 2002, p.6.

¹³³⁶ Commission européenne, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, 21/05/2003 COM(2003) 270 final, p.16.

¹³³⁷ CJCE, Aff. 41/83, 20/03/1985, *British Telecom*, Rec. I-3, p.873.

d'une taxation et d'interdictions assorties de sanctions pouvant aller jusqu'à la déconnexion des agences du réseau en cas de non-respect de la réglementation.

La contestation de la République italienne (qui tentait ainsi en de maintenir son propre système¹³³⁸) était fondée principalement sur deux arguments. Tout d'abord, elle considérait que l'activité réglementaire d'un organisme de droit public ne pouvait être assimilée à une activité d'entreprise, et devait ainsi sortir du champ d'application des règles de la concurrence. Ensuite, elle arguait que les règlements litigieux ne pouvaient porter atteinte aux règles communautaires de concurrence contenues dans le Traité dans la mesure où cet organisme disposait d'un monopole légal. De plus, les règles édictées tendaient à riposter à des pratiques déloyales (usage abusif du réseau permettant d'échapper aux conditions normales de tarifications et ainsi permettre de proposer des prix très faibles).

L'ensemble de ces arguments fut rejeté. Sur le caractère « activité d'entreprise », la Cour, reprenant d'ailleurs en substance les arguments de la Commission, considéra que le pouvoir normatif accordée à *British Telecom* lui permettait exclusivement de « *fixer les prix et conditions auxquels les services de télécommunications sont offerts. Les règlements [remplissant] donc la même fonction que des clauses contractuelles* »¹³³⁹. Sur la position de monopole de l'opérateur, la Haute juridiction estima que la réglementation édictée par *British Telecom* n'avait pas pour but la préservation de ses activités vis-à-vis d'agences privées soucieuses de les accaparer. Au contraire, les droits exclusifs et spéciaux ne se justifient que si l'opérateur est en mesure de satisfaire toute la demande. Or, l'entreprise ne disposait d'un droit exclusif pour la gestion et non « *en matière de fourniture de service annexe* »¹³⁴⁰. Ainsi, les règlements adoptés ne pouvaient être analysés comme protégeant la situation de monopole de l'entreprise (Article 222 du TCE) mais comme modifiant « *les conditions dans lesquelles ces agences [exerçaient] leur activité* ». C'est donc par ce raisonnement qu'ils peuvent faire l'objet d'un contrôle quant au respect du droit de la concurrence au sein de l'Union

¹³³⁸ Le gouvernement britannique de l'époque, dirigé par Mme THATCHER, soutenait la commission au détriment de la société *British Telecom* dont les prérogatives importantes en matière normative lui avait été conférées sous le gouvernement travailliste de M.WILSON (Post Office Act de 1969.). V. THATCHER (M.), *The politics of telecommunications*, Oxford University Press, 1999, p. 176.

¹³³⁹ CJCE, Aff. 41/83, 20/03/1985, *British Telecom*, précitée pt 17 et 20.

¹³⁴⁰ *Ibid*, pt. 22.

européenne. Ce syllogisme est extrêmement intéressant. Il permet non seulement de faire entrer le droit de la concurrence dans des secteurs entiers de l'économie, considérés comme d'intérêt public et gérés auparavant par des opérateurs nationaux, mais arrive surtout à la justification, sur le plan intellectuel, de la dissociation entre les missions de régulation, de conception et d'exécution. Il remet ainsi en cause la dimension exclusivement organique du service public pour la fourniture d'une activité de réseau et induit alors la séparation entre les fonctions de réglementation et d'exploitation. Dans cette perspective, l'État doit réguler, l'opérateur (public ou privé), construire et gérer l'infrastructure, et les entreprises privées s'occuper des offres de services. Ainsi, les services protégés par des « droits exclusifs et spéciaux » sont cantonnés à « *la fourniture de l'infrastructure* » du réseau¹³⁴¹.

La notion de service universel se concilie alors de façon très satisfaisante avec la logique libérale permettant d'intégrer le principe de concurrence dans des activités jusque-là entièrement publiques. Elle ne remet pas en cause le contrôle public sur celui qui conçoit et gère le service¹³⁴² mais se focalise uniquement sur le service rendu, c'est-à-dire le produit final reçu par l'utilisateur. Ce qui compte c'est donc la fourniture d'un service au consommateur, avec un degré minimal d'exigence. La disparition du terme « public » permet d'affirmer que l'offre de ce service n'appartient plus inexorablement à une autorité publique mais, dans un réseau concurrentiel, à une pluralité d'offres. Le concept se rapproche donc de celui, anglo-saxon, de « *public utilities* »¹³⁴³, témoignant d'une rupture du lien historique de rattachement entre l'organisme public et la fourniture du service public. La notion de service universel et la vision utilitariste qu'elle véhicule va alors être utilisée par le droit communautaire pour permettre, de façon sectorielle, l'ouverture à la concurrence des secteurs des industries de réseaux. En effet, des directives vont instituer « un service universel », notamment dans le secteur des

¹³⁴¹ BASLE (M.), KEMOS (A.), « Service universel versus service public dans le cadre de l'Union européenne », *Science de la Société*, Presse universitaire du Mirail, n°42, 1996, p.98.

¹³⁴² Les États français et italiens vont d'ailleurs garder des participations majoritaires ou la minorité de blocage dans les entreprises concernées. À titre d'exemples, l'État français conserve encore 84, 8 % du capital d'E.D.F, 80 % du capital de G.D.F, l'État italien 30 % du capital d'E.N.E.L et d'E.N.I.

¹³⁴³ Sur cette notion V. HAHNE (R.), *Accounting for Public Utilities*, LexisNexis, 2014.

activités postales¹³⁴⁴, de l'énergie électrique¹³⁴⁵ et des communications électroniques¹³⁴⁶.

Ce rappel succinct à propos de la confrontation entre les notions « latines » de service public et les formules européennes inspirées du droit anglo-saxon permet alors de bien comprendre la portée et le choix des termes utilisés pour les contrats portant dévolution d'activités de service public dans chacun des pays de notre étude. Le législateur italien a par exemple transposé en droit interne la distinction du droit de l'Union en introduisant les catégories des *servizi pubblici di rilevanza economica e i servizi pubblici senza rilevanza economica* (services publics d'importance économique et de services publics sans importance économique). Dès lors, dans le cadre des instruments juridiques du partenariat public-privé, un sort particulier a été consacré à la notion de service public à caractère économique, notamment dans la perspective d'une plus grande ouverture à la concurrence¹³⁴⁷. Afin de parvenir à ce but, le législateur est parti « *du postulat qu'il était nécessaire d'imposer la gestion de ces services par des sociétés de droit privé* »¹³⁴⁸. Désormais, leur gestion en régie personnalisée est donc interdite par la loi¹³⁴⁹. Le recours à l'externalisation est ainsi obligatoire pour les services publics locaux en Italie¹³⁵⁰.

Le lien entre le statut de l'opérateur et la mission est donc aisément perceptible en droit italien. Aux entreprises privées la fourniture des activités de services publics de type économique, aux administrations la fourniture d'activités sans importance économique. Ce constat doit cependant être nuancé par les faits dans la mesure où de nombreux services sont délégués à des sociétés de droit privé

¹³⁴⁴ Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15/12/1997, concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *JOCE* L 15, du 21 janvier 1998, p. 14

¹³⁴⁵ Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE du 14/08/2009, *J.O.U.E* n° L 211, p. 55

¹³⁴⁶ Directive « service universel » 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, *JOCE* L 108 du 24 avril 2002, p. 51

¹³⁴⁷ ROMA (G.), « Gestion in house des services publics locaux : la boucle est bouclée », *RGD*, septembre 2013.

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ Article 113 et 113 bis du T.U.E.L, *op. cit.*

¹³⁵⁰ V.CAROLI CASAVOLA (H.), *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, p.295 ; FERRARO (V.), « Partenariati pubblico-privati ed in house providing », *Riv. It. Dir. Pub. Comm.*, 2010, fasc. 6, p. 1501.

dont le capital est détenu intégralement par des personnes publiques¹³⁵¹. La formule de la société publique par action, permet ainsi de garder le contrôle public sur la gestion de l'activité, tout en garantissant le cadre concurrentiel qu'exige le droit européen. Le droit italien de la dévolution contractuelle des missions de service public, en apparence conforme aux conceptions européennes, est en réalité largement édicté pour contrecarrer les effets de la législation communautaire.

Par ailleurs, le terme de service public n'est pas employé dans le code des contrats publics, lequel ne traite, à l'instar des directives de l'union européenne, que « *dei concessione di servizi* » tout court¹³⁵². Le droit français s'inscrit dans une perspective quelque peu différente. La définition de la D.S.P continue en effet pour l'instant de lier contractuellement une personne morale de droit public à un délégataire pour la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité¹³⁵³. Toutefois, si la transposition de la directive concession 2014/23 n'a pas encore eu lieu à l'heure où nous écrivons ces lignes, il n'en demeure pas moins que l'instauration de la concession de travaux publics à côté du modèle de la D.S.P témoigne d'un rapprochement des notions françaises et européennes¹³⁵⁴. Il sera sans doute matérialiser par le texte à venir. À cet effet, il est frappant de constater que l'ordonnance 2015-899 relative aux marchés publics n'emploie pas le terme de « **service public** » dans la transposition qu'elle effectue de la directive 2014/25 relative aux secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, mais la formulation de réseaux destinés à « *fournir un service au public* »¹³⁵⁵, reprenant ainsi la conception utilitariste primant en droit de l'Union européenne que transcrivait déjà en droit interne l'ordonnance de 2005¹³⁵⁶.

De la même manière, la possibilité offerte par l'ordonnance 2015-899 au titulaire du marché de partenariat de gérer une mission de service public¹³⁵⁷ traduit également, dans un certain sens, l'amoindrissement de la valeur conférée à la notion

¹³⁵¹ CAROLI-CASAVOLA (H.), « Local public Services in Italy », in, PERALDI (F.) (dir.), *Les sociétés publiques locales au deux ans de la loi du 28/05/2010*, L'harmattan, Paris, 2014, p. 165.

¹³⁵² Articolo 30 del codice dei contratti pubblici.

¹³⁵³ Article L 1411-1 du C.G.C.T

¹³⁵⁴ HOEPPFNER (H.), « Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière, à propos de l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État du 21/06/2011 », *Contrats et Marchés publics*, 2012, n°10, étude 7.

¹³⁵⁵ Article 12 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

¹³⁵⁶ Article 26 de l'ordonnance n°2005-649 du 06/06/2005, précitée

¹³⁵⁷ Article 67 .II.3 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

de service public en droit français. En instaurant la possibilité pour les administrations d'avoir recours à un « marché public de service public », avec une mission globale, un paiement fractionné et une durée très longue, le droit de la commande publique permet d'externaliser des missions dont la rémunération perceptible auprès des usagers était soit trop faible, soit trop difficile à recouvrer pour que le secteur privé puissent s'y intéresser *via* le modèle concessif. De ce fait, il semble adapter le droit en permettant au secteur privé, plus performant et plus efficace, de s'intégrer dans la gestion d'activités publiques qui autrefois ne le passionnait guère, préservant ainsi les deniers publics à une époque où les dettes structurelles des États membres de l'U.E apparaissent comme un problème majeur. Les activités publiques continueraient, dans cette perspective, d'être délivrées aux usagers selon un niveau de satisfaction raisonnable si bien que les personnes publiques pourraient se contenter de contrôler leur réalisation en s'assurant qu'elles soient délivrées à un coût optimal.

Cependant, ce constat idyllique doit nécessairement être tempéré par la disparition, sur une longue durée, du lien organique existant entre le prestataire (public) et l'utilisateur pour l'exécution du service. La transformation du « service public » en service tout court s'apparente en effet au glissement vers l'externalisation globale au secteur privé, dans un univers juridique hautement concurrentiel, de l'ensemble des tâches ayant un intérêt économique. C'est donc à l'existence même d'un droit exorbitant du droit commun que la perte de valeur de la notion de service public renvoie.

Loin de s'analyser comme une simple adaptation du droit au fait, l'apparition de nouveaux modèles et les évolutions sémantiques qui les suivent traduisent ainsi des choix idéologiques. L'application de toute solution de droit, telle l'instauration d'un modèle global de partenariat public-privé pour chaque échange spécifique, complexe et de longue durée, s'opposant à la formule spontanée, simple et courte de la satisfaction des besoins de l'administration par voie de marché, répond également de ce constat. Comme l'écrivait VILLEY, le droit ne saurait être « *réduit à une science de faits* »¹³⁵⁸. Nulle solution ne peut prétendre être inspirée exclusivement par la voie de l'objectivité de l'observation factuelle. Prétendre l'inverse équivaut à

¹³⁵⁸ VILLEY (M.), « Philosophie du droit, définitions et fins du droit », Dalloz, n°112, 1975, p. 196.

« exclure toute critique de ce système conceptuel, alors que sa valeur doit être sans cesse éprouvée »¹³⁵⁹. C'est dans cette acception que se mesure l'effet du mythe.

§2) La perte de légitimité de « l'État administratif »

Le principal effet de l'adaptation du droit au fait suggérée par le développement global du partenariat public-privé réside dans le recul de légitimité du secteur administratif. Les politiques d'externalisation des activités publiques permettent en effet d'instaurer une réflexion sur les transformations de l'action publique. En enlevant à l'administration la fourniture à l'usager des tâches qui relevaient auparavant de sa compétence, on retire également l'idée que les règles encadrant la relation gestionnaire/usagers soient différentes de celles encadrant la relation fournisseur/consommateur. HAURIUO écrivait que « *Le régime administratif dans son ensemble correspond à la catégorie de fraternité. Il a été créé pour des raisons de police (c'est-à-dire d'administrations urbaine, voirie, hygiène, ordre public, etc.), mais son résultat est une assistance fraternelle* »¹³⁶⁰. Derrière les idées de fraternité et de solidarité s'établit ainsi le correctif nécessaire de l'individualisme.

Or, la perte de légitimité du service public et la recherche constante de la performance dans le cadre du service universel supplantent d'une certaine façon l'idée de solidarité, donc de communauté, par celle d'individualisme. Le service n'est plus dans ce cas « *le service assuré, en principe, par l'autorité ou le sujet public, mais c'est le service effectué par le "common carrier", c'est-à-dire le sujet privé à responsabilité spéciales* »¹³⁶¹. Dès lors, cet émiettement des fonctions traduit selon nous une double évolution, celle remplaçant l'autoritarisme administratif par la patrimonialisation individuelle des pouvoirs (A) et celle témoignant du lien tenu existant aujourd'hui entre contribuable, usager et consommateur (B).

¹³⁵⁹ ATIAS (C.) LINOTTE (D.), *op. cit.*, p. 255.

¹³⁶⁰ HAURIUO (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, p. 643.

¹³⁶¹ AMATO (G.), « *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia* », *RTDP*, 1997, p. 645.

A) *De l'autoritarisme administratif à la patrimonialisation individuelle des pouvoirs*

Le droit public, et *a fortiori* le droit administratif a toujours été lié à des éléments d'autoritarisme, certains auteurs affirmant même que le lien entre les deux est « *génétique* »¹³⁶². La notion de service public fit ensuite quelque peu décliner cette logique, remplaçant « *l'impérium* » de l'État, « *le droit subjectif de commandement, [...], par une fonction sociale des gouvernants, ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services* »¹³⁶³. Nous avons pu voir que l'accroissement du nombre d'activités, notamment industrielles et commerciales, dans lesquelles les personnes publiques interviennent (ou sont intervenues, était un facteur de coûts importants mais aussi un vecteur d'autonomisation du droit de la commande publique. L'externalisation des activités publiques, et à travers elle le symbole que constitue le partenariat public-privé, apparaîtrait alors aujourd'hui comme une solution pour rendre l'État plus efficace tout en garantissant son implication dans ces secteurs stratégiques¹³⁶⁴. La concurrence et la compétitivité stimuleraient en effet le secteur public en lui permettant une constante et avantageuse modernisation¹³⁶⁵. Ainsi, si « *l'âge d'or du service public avait consacré la socialisation rampante de l'économie générale du pays, la crise du service [révélerait] la banalisation, l'effacement, l'alignement de la mission d'intérêt général sur les contraintes de la gestion privée* »¹³⁶⁶.

Le fait dicte ainsi le droit et son évolution se pare des oripeaux de l'objectivité : loin de fragiliser le secteur public, l'externalisation de ses activités le renforce car il garantit la présence de l'État dans des domaines qu'il ne pourrait pas (ou plus) assumer seul. Pourtant la combinaison des pensées du Professeur Massimo LUCIANI¹³⁶⁷ et du doyen HAURIUO¹³⁶⁸ nous permet de remettre en question cette

¹³⁶² AMATO (G.), *Ibid*, p. 651.

¹³⁶³ DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Paris, éd. La mémoire du droit, 1999, p. 52.

¹³⁶⁴ V. JOXE (P.), « L'efficacité de l'État », in De MONTBRIAL (T.) (dir.), *La France du nouveau siècle*, P.U.F, 2002, p. 217.

¹³⁶⁵ RAMONET (I.), « La pensée unique », *Le monde diplomatique*, 01/1995, p.1.

¹³⁶⁶ GUENAIRE (M.), « Le service public au cœur du modèle de développement français », *JCP A*, 2005, p. 1209.

¹³⁶⁷ LUCIANI (M.), « L'antisovrano e la crisi delle costituzioni », *Rivista di diritto Costituzionale*, 1996, n°1, p.125.

affirmation. Selon nous, un tout autre constat peut être formulé par rapport à la volonté d'homogénéiser le processus au sein de l'espace européen. Loin d'apparaître comme un facteur de renforcement de l'administration, la justification constante du recours à l'externalisation, et à travers elle son homogénéisation par voie de partenariat public-privé, constituerait plutôt une forme de retour de balancier traduisant sur long terme l'hégémonie du droit des rapports inter-privé. La perte de légitimité de l'administration procéderait alors de l'idée de « patrimonialisation » de sa fonction.

HAURIOU explique l'idée de la manière suivante : « *Les pouvoirs de contrainte et les réquisitions sont exercés au nom d'une communauté et les services publics sont alimentés par une caisse commune ; car le régime public, pour éviter la patrimonialisation individuelle des pouvoirs et le caractère lucratif des opérations administratives, est à base communautaire* »¹³⁶⁹. L'idée de patrimonialisation des pouvoirs de l'administration évoque donc l'émiettement des fonctions administratives à des agents intéressés par la réalisation d'activités générant, pour eux même, des profits. C'est ainsi la logique purement synallagmatique de l'obligation qui est mise en valeur, indépendamment du caractère public ou non de l'activité¹³⁷⁰. En effet, le contrat suppose l'échange patrimonial. La doctrine italienne a d'ailleurs longtemps réfuté l'idée de « contrat public » notamment parce qu'elle ne concevait le contrat que sous cet angle. Lorsque l'État effectuait des opérations patrimoniales, il ne pouvait se placer que sous l'égide du droit privé¹³⁷¹. Cependant, l'échange patrimonial suppose nécessairement le dessaisissement. Lorsqu'il contracte avec un tiers pour assurer une mission à sa place, l'État aliénerait ainsi une partie de ses attributions. Il ne pourrait donc s'en défaire qu'en se dépossédant d'une partie de sa souveraineté, puisque c'est cette même notion qui justifie qu'il se soit accaparé hier de façon monopolistique la tâche qu'aujourd'hui il souhaite voire externalisée.

¹³⁶⁸ HAURIOU (M.), « Précis de droit administratif et de droit public », Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, p. 268 et ss.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 268.

¹³⁷⁰ Nous nous souvenons des premières lignes du premier chapitre de cette thèse dans lequel nous citons la définition de DE LAUBADÈRE mettant en avant la spécificité des droits et obligations dans le cadre des contrats de l'administration, induite notamment par le biais de la notion de service public. V. *Supra*, p. 40.

¹³⁷¹ *Idem*, V. la justification d'ORLANDO sur son refus de traiter des contrats de l'administration, matière relevant par essence du droit commun.

HAURIOU lie en effet la notion d'État, puis l'apparition d'un régime administratif moderne, à la conjonction de plusieurs phénomènes : l'idée d'une base communautaire (appartenance à un peuple, une nation, etc.), la soumission du pouvoir politique au droit et l'incorporation du marché économique à l'institution politique¹³⁷². L'institution d'un marché économique est donc un élément important de l'État administratif moderne selon HAURIOU. Son incorporation traduit ainsi dans sa pensée ce que le doyen de Toulouse appelle le « *communisme juridique* »¹³⁷³, à savoir l'existence au sein de l'État d'un gouvernement, d'une administration disposant du monopole de la contrainte et de services administratifs développés¹³⁷⁴. L'ensemble de ces éléments constituent alors une « *enveloppe protectrice* »¹³⁷⁵, garantissant le fonctionnement d'un système d'échanges économiques indissolublement liés au régime d'État. C'est en effet par le maintien de cette communauté juridique, « *réservoir commun d'aptitudes dans lequel chacun puise* »¹³⁷⁶, que les libertés individuelles indispensables au marché peuvent exister. Ce système doit cependant n'être que juridique, c'est-à-dire « *reposer sur une distinction du droit et du fait* ». La fonction administrative ne doit pas en effet créer de la richesse (du fait), mais garantir l'exercice de droits susceptibles de la générer. À ce titre, cette garantie se réalise notamment par l'organisation de services publics, créés pour satisfaire les intérêts de chacun, « *[écarter] les obstacles de fait sans cesse renaissants [et] faciliter à tous l'exercice des aptitudes communes* »¹³⁷⁷. Ces services publics doivent cependant demeurer à l'égale disposition de tous. Ils ne se développent que « *dans la mesure où ils sont nécessaires pour assurer la communauté du droit* »¹³⁷⁸. La liberté n'est donc pas la valeur de base du système. Elle est au contraire liée de façon indissociable à l'idée de communauté, au principe d'égalité. Les deux valeurs ne peuvent ainsi exister individuellement qu'en s'associant mutuellement, la liberté n'étant rien si elle n'est pas la liberté de tous, l'égalité n'ayant aucune valeur si elle ne subsiste que dans l'asservissement.

¹³⁷² HAURIOU (M.), *op. cit.*, p. 269.

¹³⁷³ Le terme ne doit cependant pas être confondu avec son pendant économique que l'auteur dénomme d'ailleurs le collectivisme. (V. HAURIOU, *op. cit.*, p. 283.)

¹³⁷⁴ HAURIOU, *op. cit.*, p.279 et 280.

¹³⁷⁵ *Idem.*

¹³⁷⁶ *Idem.*

¹³⁷⁷ *Ibid.* p.281.

¹³⁷⁸ *Idem.*

La pensée du Professeur Massimo LUCIANI s'inscrit dans une logique similaire. En effet, en s'appuyant sur CICÉRON¹³⁷⁹ et HOBBS¹³⁸⁰, il affirme que la première « *vertu nécessaire à l'État est la sécurité* »¹³⁸¹. Or, seul un pouvoir commun peut amener à cette sécurité et « *l'union garantie par ce pouvoir s'appelle l'État* ». Selon lui, le sentiment d'espoir de fonder un nouvel ordre social arrive ensuite, lorsque la sécurité est assurée¹³⁸². Alors se développe l'État social et pointe alors l'idée d'une séparation entre l'économique et le politique puis de la subordination du second à la première. Pourtant, selon le Professeur LUCIANI le constitutionalisme s'est institué avec pour seul objectif de limiter le pouvoir politique et « *le pouvoir économique est resté largement indifférent à tout cela [...]* Il était même consentant et en symbiose, dans la mesure où le nouvel ordre des rapports politiques ne faisait que répliquer et traduire en termes institutionnels la réalité des rapports économiques et sociaux »¹³⁸³. À travers ce développement nous mesurons à quel point cette pensée s'inscrit dans l'idée « d'incorporation du marché » à l'institution politique évoquée précédemment.

Par ailleurs, le doyen HAURIU distinguait le communisme juridique dont découle le régime d'État administratif du régime de patrimonialité qui le précédait, la société féodale du Moyen-Âge faisant figure selon lui d'exemple topique de cet état¹³⁸⁴. Il concluait alors son propos en se questionnant sur le phénomène de développement exponentiel des services, notamment dans des domaines industriels et commerciaux. Selon lui, l'essor de l'organisme administratif par rapport à la concurrence (la gestion directe) conduirait au collectivisme économique¹³⁸⁵. Les

¹³⁷⁹ « *si aequa non est, ne libertas quidem est* » cité in, LUCIANI (M.), *op. cit.*, p. 114.

¹³⁸⁰ « *Le respect des lois naturelles est nécessaire pour maintenir la paix, et la sécurité est nécessaire au respect des lois naturelles* » *De cive*, V §3, cité in, LUCIANI (M.), *op. cit.*, p.131.

¹³⁸¹ *Idem.*

¹³⁸² *Ibid.*, p. 135.

¹³⁸³ *Ibid.*, p.160.

¹³⁸⁴ « *La propriété y était individuelle, mais le titre n'était pas garanti par une communauté politique, il était constitué par un individu au profit d'un autre. La baronnie féodale ne comporte ni communauté ni incorporation d'un marché. [Elle] est l'objet d'une quantité de tenures superposées, à fief ou à cens. L'enchevêtrement des tenures ne crée aucune communauté entre les tenanciers, chacun possède ou tient son démembrement à titre individuel avec des charges strictement déterminées envers un homme et avec la garantie individuelle de cet homme. Il est également tenu, des foires ou des marchés, mais chaque marché ou chaque foire à son concessionnaire qui l'exploite à son profit, de sorte que le marché devient une entreprise privée* », in, Hauriou, *op. cit.*, p.283.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 285.

faits ont donné tort au Professeur HAURIUO car l'accroissement des missions de services a plutôt conduit à la logique inverse. En effet, le recours à l'externalisation et par voie de conséquence la densification du nombre de prestataires externes chargés d'effectuer des missions à la place de l'administration, cette dernière étant incapable d'assurer seules toutes les tâches qui lui incombent, a engendré selon nous à une forme de patrimonialisation de sa fonction.

Les travaux du Professeur LUCIANI apportent alors un éclairage indispensable à cette idée. En effet, ce dernier situe à la constitution de la République de Weimar et de façon plus générale aux constitutions démocratiques d'après-guerre, le point de départ de la prise en compte du progrès social dans les textes fondamentaux. « *Le pouvoir économique [...] devient désormais objet des règles et limites du gouvernement de l'état social* »¹³⁸⁶. Le processus de globalisation a ensuite, après la chute de l'Union soviétique, accentué le phénomène. Les lois de l'économie ont alors réclamé « *une objectivité et un caractère indiscutable, ce qui les a rendues plus imperméables à la politique et aux décisions des États* »¹³⁸⁷.

Dans le cadre de la globalisation, l'auteur développe alors l'idée selon laquelle la souveraineté des États est remise en cause. Le processus est assez radical. Il est mené par une multitude d'agents, publics comme privés, identifiés dans trois grands groupes : les exécutifs des états les plus puissants économiquement (G8, Eurogroupe, etc.), les institutions technocratiques internationales (O.M.C, F.M.I, Banque centrale européenne, etc.) et les entreprises transnationales dominant les secteurs stratégiques (communication, information, transport, etc.). Cependant, il demeure difficile selon lui d'appréhender ces mécanismes enchevêtrés comme constituant une nouvelle souveraineté « *dans le sens du remplacement de la conception ascendante du pouvoir et de l'idée de nation* »¹³⁸⁸.

L'auteur développe alors la notion « *d'anti-souverain* », c'est-à-dire « *un quid qui s'oppose en tout point au souverain que nous connaissons* »¹³⁸⁹. Il n'est pas en effet constitué d'un sujet mais d'une pluralité, fortement différenciée, « *qui ne*

¹³⁸⁶ LUCIANI (M.), *op. cit.*, p. 160.

¹³⁸⁷ *Ibid.* p.162.

¹³⁸⁸ *Ibid.* p.164 et 165..

¹³⁸⁹ *Idem.*

détient pas le monopole du pouvoir souverain ». Il ne souhaite donc pas exercer son pouvoir de façon absolu et discrétionnaire. Ses décisions se présentent alors comme « des déductions logiques de lois générales et objectives qui prétendent être celles de l'économie et du développement ». La légitimité dont il dispose ne peut donc être « transcendante ». Elle est plutôt « immanente », dans la mesure où elle remplace celle fondée sur l'égalité entre les hommes que garantie la nation par celle justifiant de l'intérêt d'optimiser les rapports économiques. Ainsi, « l'anti-souverain » ne régit pas un groupe social déterminé, un peuple par exemple, mais « une pluralité indistincte », c'est-à-dire un ensemble de consommateurs individualisés dont il satisfait les besoins. Sa volonté ne peut donc émaner de l'expression d'égaux comme la nation ou ses représentants, mais est issue de structures « organisées selon un modèle timocratique » (F.M.I, banque mondiale, Commission, etc.). Il est en définitive un *anti-souverain* parce qu'il s'oppose conceptuellement à tous les éléments de définition de la souveraineté. D'un point de vue plus pratique, l'affirmation de son pouvoir suppose alors, selon l'auteur de cette théorie, la marginalisation, et donc à terme, « l'anéantissement »¹³⁹⁰ des pouvoirs de l'ancien souverain.

Le caractère homogène de la pensée selon laquelle les missions de services des personnes publiques doivent être externalisées participe selon nous du phénomène d' « émergence d'un système économique global qui échappe au contrôle de tout État »¹³⁹¹. Elle témoigne en effet d'une intégration juridique, politique et économique extrêmement poussée, pouvant être notamment mesurée dans la grande similitude des différents textes français et italien du droit de la commande publique¹³⁹². De plus, les instruments d'externalisation que sont les P.P.P. peuvent symboliser la volonté de recentrer l'administration sur ces activités régaliennes. Ils prétendent du reste à la rationalisation des procédés pour obtenir une optimisation de l'action administrative¹³⁹³. La finalité poursuivie peut être résumé de

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 166.

¹³⁹¹ HELD (D.), « democrazia: dalle città-stato a un ordine cosmopolite? », AA. VV., Roma, 1993, p.39, cite in, LUCIANI (M.), *op. cit.*, p.166.

¹³⁹² Voir les chapitres 2 du titre 1 et 1 du titre 2 de notre première partie : Les problématiques ont été formulées de la même manière pour des instruments différents et ont aboutie à l'érection de modèles semblables.

¹³⁹³ À titre d'exemple, la loi de programmation militaire française pour les années 2009-2014 fixant les orientations relatives à la politique de défense disposait que « les domaines tels que

la manière suivante : « *moins de structure, plus d'efficacité* »¹³⁹⁴. Pourtant, en regardant de plus près, ils témoignent de l'atomisation, à une pluralité de sujets, des pouvoirs de l'administration dans une logique concurrentielle, justifiant ainsi de la satisfaction des intérêts individuels des citoyens exclusivement par le marché. Ils contribuent alors à une certaine forme de patrimonialisation des pouvoirs du souverain. Ainsi, s'il demeure admis en droit administratif français¹³⁹⁵ et en droit communautaire¹³⁹⁶ qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches qui lui incombent par ses propres moyens, le droit italien, comme nous le mentionnions précédemment, oblige les entités locales à externaliser toutes les activités relevant de services publics de nature économique à des sociétés de droit commun¹³⁹⁷.

Néanmoins, certaines activités sont réputées, pour l'instant, non déléguables dans les droits internes, cette impossibilité résultant ou d'un texte ou de leur nature même¹³⁹⁸. Dès lors, ce constat remet quelque peu en cause, pour le moment, l'idée de patrimonialisation des pouvoirs publics par des entités privées. L'administration continue en effet légitimement de disposer de sa souveraineté dans certains domaines, pour fournir de façon égalitaire une prestation de service public aux usagers. En droit italien par exemple, les services publics locaux sans importance économique ne peuvent être gérés que par des établissements publics ou institutions publiques spécialisées et des sociétés locales dont le capital est entièrement public¹³⁹⁹. La

l'habillement, la restauration ou les infrastructures feront l'objet d'externalisation qui permettront de réaliser des économies en bénéficiant de la performance économique des prestataires externes. La qualité des services sera ainsi améliorée tandis que les armées et les personnels se consacreront à leur cœur de métier. Chaque fois que possible, des partenariats public-privé seront privilégiés. » V. Alinéa 399 du rapport annexé au projet de loi n°1216, disponible sur le site de l'assemblée nationale, www.assemblee-nationale.fr

¹³⁹⁴ DREYFUS (J.D), « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, p.1529.

¹³⁹⁵ CE, 29/04/1970, *Unipain*, Rec., p. 280, *AJDA* 1970, p. 430, Concl. BRAIBANT (G.)

¹³⁹⁶ CJCE, Aff. C-26/03, 11/01/2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH*, Rec., p. I-1, *Contrats et Marchés publics*, n° 3, 2005, p. 22, note ECKERT (G.), *AJDA* 2005, p. 898, note ROLIN (F.), *BJCP*, 2005, p. 258, note SESTIER (F.).

¹³⁹⁷ V. *Supra*, p. 145.

¹³⁹⁸ V. CE, section intérieure, avis n°340.609 du 07/10/1996, *in*, Grands avis du Conseil d'État, 1^{ère} éd. 1997, n°24, p.245.

¹³⁹⁹ Articolo 113 bis TUEL, précité. V. CAROLI CASAVOLA (H.), *Local public Services in Italy*, *op. cit.*

gestion en régie n'est admise que pour les services de très faible dimension¹⁴⁰⁰. Pourtant, le choix de banaliser le statut de ces entreprises publiques locales (société par actions, etc.) témoigne d'une pénétration du droit de la concurrence dans un champ qui autrefois ne leur laissait aucune place.

Certaines activités ne peuvent également faire l'objet d'une délégation en vertu de leur nature, une sorte de « *noyau irréductible* »¹⁴⁰¹ ne pouvant être exercé que par l'administration¹⁴⁰². Le Conseil constitutionnel estime par exemple que « *les fonctions de surveillance des établissements pénitentiaires sont inhérentes à l'exercice par l'État de sa mission de souveraineté* »¹⁴⁰³. De la même manière, le Conseil d'État français estime que les activités de police ne peuvent faire l'objet d'une délégation¹⁴⁰⁴. Pourtant, la frontière entre les prestations fournies par le partenaire et les « missions régaliennes » de l'administration apparaît difficile à définir. Ainsi, le Conseil constitutionnel a reconnu, lors de son contrôle de loi L.O.P.J, que l'externalisation des fonctions de surveillance électronique dans le cadre de montages contractuels complexes ne portait que sur « *prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* »¹⁴⁰⁵. La surveillance des détenus incarcérés appartient donc à la sphère de compétence régalienne de l'État et demeure insusceptible d'être déléguée, alors que la surveillance électronique d'une personne assignée à résidence peut par exemple être externalisée à un prestataire privé¹⁴⁰⁶.

Dans une autre mesure, l'externalisation peut amener à la mise à disposition des biens du domaine public. Or, les règles de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité constituent semble-t-il des obstacles théoriques dirimants. Toutefois, force est de constater que les aménagements, où plutôt les exceptions,

¹⁴⁰⁰ *Ibid*, § 2.

¹⁴⁰¹ BLUMANN (C.), *La renonciation en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J, 1974, p. 242.

¹⁴⁰² COSSALTER (P.), « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », Presse de Science Po, 2007, disponible sur www.sciencespo.fr

¹⁴⁰³ CC, n°2012-651 DC, 22/03/2012, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines*, AJDA, 2012, p. 625.

¹⁴⁰⁴ CE, 01/04/1994, *Commune de Menton*, Rec., p. 176, DA n° 10-11, 11/1994, p. 1, Concl. LASVIGNE (S.), RDP 1994, p. 1825, note AUBY (J.-B.).

¹⁴⁰⁵ C.C, 29/08/2002, n°2002-461 DC, *loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p. 198, D. 2003, p.1127, obs. DOMINGO (L.) et NICOT (S.).

¹⁴⁰⁶ V. LAVENUE (J-J), « L'E-sécurité au risque de l'externalisation dans la société numérisée », 3^{ème} conférence internationale sur la protection des données personnelles et sécurité nationale, Beyrouth Université Saint-Joseph, 10/2009, disponible sur www.droit.univ-lille2.fr

apparaissent comme étant de plus en plus nombreuses. Elles peuvent en effet être regroupées dans deux grandes catégories¹⁴⁰⁷. Tout d'abord, la première se constitue de l'ensemble des textes qui, en France et en Italie, permettent aux administrations de recourir aux instruments du partenariat public-privé¹⁴⁰⁸. Les plus récents d'entre eux s'inscrivent dans la même veine. Ainsi le marché de partenariat du français comme le *contrat de disponibilità* du droit italien permettent par exemple à leur titulaire d'obtenir des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise pendant toute la durée du contrat¹⁴⁰⁹. La personne publique peut par ailleurs lever une option d'achat avant le terme de ces derniers¹⁴¹⁰. Ensuite, la seconde catégorie d'exception découle des régimes de banalisation du statut des grandes entreprises publiques françaises et italiennes chargées de missions de services universel (France télécom, Telecom Italia, E.N.E.L, E.N.I, G.D.F, etc.). En procédant à leur transformation en société de droit commun, un déclassement d'une partie des biens du domaine public au profit de ces sociétés, dont une partie l'actionariat peut être privé, a du être réalisé. La personne publique n'ayant de droits sur ces biens que ceux résultant « *de sa qualité d'actionnaire de la société qui en est propriétaire* »¹⁴¹¹.

Repoussant les limites de la souveraineté, l'externalisation de ces missions constituerait ainsi un recul l'État administratif par voie de patrimonialisation de ses pouvoirs. Le Conseil d'État l'affirmait d'ailleurs explicitement lorsqu'il énonçait que « *L'extension du champ des opérations de partenariat public-privé est l'un des signes que la contractualisation [...] tente de pénétrer les fonctions régaliennes de l'État* »¹⁴¹². L'homogénéisation du recours au partenariat public-privé serait donc susceptible d'entraîner, *de facto*, la féodalisation des pouvoirs de l'administration au profit d'une pluralité de sujets, différenciés par rapport à la spécificité de leur mission. Leurs décisions ne s'imposeraient plus de façon transcendantales (recherche de l'égalité *de jure* entre les citoyens dans le cadre de la *res publica*)

¹⁴⁰⁷ FATÔME (E.), « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA*, 2007, p. 959.

¹⁴⁰⁸ V. *Supra*, chapitre 1 du titre 2 de la première partie, p. 182.

¹⁴⁰⁹ Même si ces droits ne peuvent pas porter atteinte aux exigences du service public.

¹⁴¹⁰ Article 85 de l'ordonnance 899-2015, précitée et articolo 3 §15 ter del *codice dei contratti pubblici*, précité.

¹⁴¹¹ FATÔME (E.), *op. cit.*, p. 962.

¹⁴¹² Avis sur le projet de loi relative au service public pénitentiaire (loi n° 87-432 du 22/06/1987), in E.D.C.E 1987, p. 138.

mais de manière immanente par la justification apparemment objective de la fourniture efficiente d'activités universelles. Nous retrouvons ainsi, nombres des caractéristiques de « *l'anti-souverain* » de la théorie du Professeur Massimo LUCIANI.

Les instruments juridiques des partenariats public-privé et les transformations de l'exercice des activités publiques qu'ils engendrent constituent un terrain privilégié où s'affrontent les approches collectives privilégiant le devoir de solidarité et les approches individualistes basées sur la satisfaction des besoins par le marché¹⁴¹³. Lorsque la prestation est externalisée, c'est-à-dire sortant du rapport strict entre Administration et citoyen, elle perd d'une certaine manière le caractère d'obligation (*doverosità*)¹⁴¹⁴ caractérisant la notion de service public¹⁴¹⁵. Dans ce cas, le service peut être acheté comme n'importe quel produit de consommation, il n'est destiné qu'à la satisfaction des demandes individuelles. Une nouvelle relation s'instaure alors entre l'administration et le citoyen. Du contribuable finançant sa sécurité par l'impôt, à l'utilisateur sur lequel peut être prélevé une part des coûts nécessaires à l'utilisation de services, est ensuite apparu le consommateur dont les exigences doivent être satisfaites de façon optimale et à moindre coût. L'intégration de la performance et de la logique concurrentielle a modifié le rapport entre le citoyen et l'organisation qui fournit la prestation de service. C'est dans cette hypothèse que les services délivrés dans le cadre de partenariats public-privé se doivent de reconnaître certains droits, que l'on pourrait assimiler à des droits de consommation. Le client remplace en effet l'utilisateur et de cette situation dérive l'idée du marché remplaçant l'État en tant que « *serviteur du citoyen universel* »¹⁴¹⁶.

¹⁴¹³ CARRINO (A.), « Conclusioni », in, CHIEFFI L (dir.), *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2003, XXX.

¹⁴¹⁴ IANNELLO (C.), « *Dallo Stato erogatore all'impresa privata, ossia dai diritti di cittadinanza ai diritti individuali del cliente* », *RDPI*, 11/2012, disponible sur www.federalismi.it

¹⁴¹⁵ ROMANO (A.), « Profili della concessione di pubblici servizi », *Dir. Amm.*, 1994, p.491.

¹⁴¹⁶ CROUCH (C.), « *Postdemocrazia* », *laterza*, Roma-Bari, 2003, p.109.

B) Du contribuable à l'usager, de l'usager au consommateur

La notion de consommateur¹⁴¹⁷ est devenue la « pierre angulaire »¹⁴¹⁸ des domaines d'activité externalisés à des entreprises privées. Justifiée de façon dogmatique par le double bénéfice de la réduction des tarifs et de la meilleure efficacité du secteur privé dans la qualité de la prestation fournie, l'externalisation induit également une modification de la perception du destinataire du service. En effet, la coexistence des figures du contribuable finançant par l'impôt une prestation délivrée par l'État de façon égalitaire et gratuite et de l'usager s'acquittant auprès d'un concessionnaire d'une redevance pour bénéficier d'un service public délégué, ont institué un rapport entre usager et gestionnaire se confondant « avec le rapport existant entre le citoyen et le pouvoir »¹⁴¹⁹. Ainsi, selon le Professeur NAPOLITANO, la logique concessive institua un rapport des usagers avec le concessionnaire « absorbé par le rapport plus général de citoyenneté »¹⁴²⁰. La vision strictement économique et individualiste guidée par la rhétorique de l'adaptation du droit au fait a ensuite amené, selon nous, à une mutation de la relation entre le pourvoyeur du service et celui qui le reçoit. Ce rapport est assimilable à celui d'une entreprise à son client. Dès lors, le lien établi entre les deux protagonistes (distributeur/consommateur) ne peut se dérouler que dans le cadre d'une égalité des situations juridiques, relevant ainsi plus du droit commun que du droit administratif. Dans cette perspective, le droit de la commande publique apparaît « comme un droit de la concurrence spécial sur un marché réduit et dont le pouvoir adjudicateur apparaît comme le régulateur »¹⁴²¹.

¹⁴¹⁷ NOGUELLOU (R.), « Les consommateurs et les services publics » Association Henry Capitant, Journée Parisienne du 12/06/2007, *Le Consommateur*, www.henricapitant.org

¹⁴¹⁸ IANNELLO (C.), *op. cit.*, p. 2151.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 252.

¹⁴²⁰ NAPOLITANO (G.), *Servizi pubblici e rapporto di utenza*, Giuffrè, Milano, 2001, p.2.

¹⁴²¹ KALFÈCHE (G.), « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA*, 2007, p.2420.

Cette évolution se construit à l’opposé de ce qui a justifié l’idée même de service public, à savoir la satisfaction des besoins de la communauté des citoyens pris dans son ensemble et non pas la satisfaction des intérêts particuliers¹⁴²². En d’autres termes, l’idée même de solidarité collective inspirée du terme « public » recule au profit de la prise en considération de la satisfaction des besoins de l’individu en tant que « client ». La fusion de l’usager et du consommateur et l’institution de rapports exclusifs de droit commun ne se sont pourtant pas complètement réalisées¹⁴²³. La création d’autorités indépendantes régulant les secteurs d’activités ouverts à la concurrence témoigne par exemple d’une forme de contrebalancement du processus dans l’optique de protéger les usagers par rapport au marché¹⁴²⁴. De la même manière, la constitution de droits réels sur les biens et ouvrages que le titulaire d’un marché de partenariat réalise ne s’analyse que dans les conditions et les limites garantissant leur affectation au domaine public, c’est-à-dire au sens du droit français, l’usage direct du public ou alors l’affectation à un service public par le biais d’un aménagement spécial. De façon analogue, le Code des contrats publics italien prévoit que les ouvrages construits en faveur de l’administration, et sur lesquels reposent les droits réels du partenaire, doivent être destinés à « *l’exercice d’un service public* », le titulaire devant lui assurer « *la constante utilisation de l’ouvrage, dans le respect des paramètres de fonctionnalité prévus au contrat* »¹⁴²⁵.

Cependant, que recouvre l’évolution de la notion « d’usager du service public » vers celle de « *consommateur du service public* »¹⁴²⁶ ? La gestion d’un service public est soumise traditionnellement en France comme Italie à des principes garantissant « *une situation privilégiée* »¹⁴²⁷. Ces principes traditionnels ont

¹⁴²² V. pour une analyse générale : COCCO (G.), *Diritti dell’individuo e diritti del consumatore*, GIUFFRÈ, Milano, 2010.

¹⁴²³ CASSESE (S.), « La trasformazione dei servizi pubblici in italia », *Economia pubblica*, 1996, p.5.

¹⁴²⁴ V. IANNELLO (C.), « L’indipendenza delle autorità di regolazione tra diritto interno e comunitario », in, CHIEFFI (L.), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 213.

¹⁴²⁵ Article 3 §15-bis del *codice dei contratti pubblici*, précité.

¹⁴²⁶ V. PAULIAT (H.), « Usagers, clients, consommateur du S.P.I.C local », in, AUBY (J-B) et BRACONNIER (S.), *S.P.I.C : questions actuelles*, Paris, LGDJ, 2003, p.81.

¹⁴²⁷ CHEVALLIER (J.), « Les droits du consommateur usager de services publics », *D. Droit social*, 1975, p.75.

d'ailleurs reçu une consécration constitutionnelle dans l'ordre juridique de ces deux. Ainsi, en France, l'usager bénéficie des principes de continuité¹⁴²⁸, d'égalité¹⁴²⁹ et de mutabilité¹⁴³⁰. En Italie, la constitution dispose que « *les services publics sont organisés suivant les dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration* »¹⁴³¹. Ces principes peuvent être appréhendés de façon assez similaire¹⁴³². Le principe de bon fonctionnement partage en effet avec le principe de continuité l'idée selon laquelle les usagers doivent bénéficier du fonctionnement constant des services publics dans le but d'éviter, selon la célèbre formule du commissaire du gouvernement Gazier, un « *État à éclipse* »¹⁴³³. Il s'assimile ainsi à la recherche de l'efficacité dans la qualité du service¹⁴³⁴, donc logiquement à son adaptation. Le principe d'impartialité suppose quant à lui le traitement neutre des agents vis-à-vis des administrés¹⁴³⁵, donc l'égal respect de tous les usagers face au service. Le principe d'égalité est par ailleurs explicitement mentionné à l'article 51 de la constitution¹⁴³⁶. Ces principes s'analysent classiquement comme le fondement des régimes juridiques français et italiens de l'action administrative et conditionnent ainsi les tenants et les aboutissants de la relation entre le gestionnaire d'un service public et l'usager destinataire de la prestation. Ils sont pourtant maintenant complétés par d'autres types de contraintes. Ces dernières révèlent selon nous d'une logique qui témoigne de l'idée de consommation.

¹⁴²⁸ CC, n° 79-105 DC du 25/07/1979, *Continuité du service public de la radio et de la Télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33, RDP 1979, note. FAVOREU (L.), p. 1705, D. 1980, p. 333, note HAMON (L.).

¹⁴²⁹ CC, n° 73-51 DC du 27/12/1973, *Taxation d'office*, Rec. p.25.

¹⁴³⁰ CE, 10/01/1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. p. 5, S., 1902.3.17, note HAURIOU.

¹⁴³¹ Article 97 de la constitution de la république italienne, précitée.

¹⁴³² Pour une analyse détaillée V.CHIEPPA (R.) et GIOVAGNOLLI (R.), *manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011 p. 326.

¹⁴³³ Concl. GAZIER (F.) sur CE 07/07/1950, *Dehaene*, précité.

¹⁴³⁴ PERFETTI (L-R.), « *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità* », *Riv. It. Dir. Pubbl.com*, 2000, p.293.

¹⁴³⁵ V. ALLEGRETTI (U.), *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

¹⁴³⁶ Articolo 51 comma 1 : « *Tous les citoyens de l'un ou de l'autre sexe peuvent accéder aux fonctions publiques et aux charges électives dans des conditions d'égalité...* »

Au premier rang de ces nouvelles contraintes on trouve le principe de transparence¹⁴³⁷. Il suppose que les usagers puissent s'assurer du fonctionnement correct, c'est-à-dire selon leurs désirs propres, du service public. En effet, le terme dérive du latin « *transparentis* », de « *trans* » (au travers) et « *parere* » (paraître)¹⁴³⁸ et présume donc la volonté de voir à travers quelque chose se révélant comme opaque. En France comme en Italie son apparition en droit public est liée au processus permettant aux citoyens d'avoir accès aux documents administratifs¹⁴³⁹, véhiculant ainsi l'idée de participation dans l'espace public¹⁴⁴⁰, où le citoyen peut disposer d'une information claire et complète sur le service. Dans une autre mesure, le terme figure dans des textes emblématiques du droit de la commande publique¹⁴⁴¹. Il est d'ailleurs mentionné à soixante-neuf reprises dans les trois nouvelles directives. En outre, il est reconnu par le juge constitutionnel de chaque État comme un des principes de la commande publique¹⁴⁴². Le Conseil d'État français l'a même élevé au rang « *de principe général du droit de la commande publique* »¹⁴⁴³. À ce titre, une subtile différence existe entre les deux ordres. Alors que le principe général de transparence est reconnu en Italie par le juge, découlant du principe de bon fonctionnement (*buon andamento*) de l'administration dont il est un objectif¹⁴⁴⁴, le principe est consacré en droit français, en matière de droit de la commande publique, comme celui de transparence « *des procédures* »¹⁴⁴⁵. La transparence ne s'appliquerait donc en France qu'en matière de passation et dans cette acception, elle semble renforcer les objectifs de liberté d'accès et d'égalité de traitement, eux-

¹⁴³⁷ Voir notamment pour les deux pays composant notre étude :

¹⁴³⁸ V. *Le Grand Robert*, précité, « *Transparent* ».

¹⁴³⁹ Loi n°78-753 du 17/07/1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif et fiscal*, J.O.R.F du 18/07/1978, p. 2851 ; Legge n°241 del 07/08/1990, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, G.U n°192 del 18/08/1990.

¹⁴⁴⁰ HABERMAS (J.), *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, éd. PAYOT, Paris, 1997.

¹⁴⁴¹ La loi du 29 janvier 1993 s'intitule ainsi « *prévention de la corruption et transparence des procédures publiques* », Loi n°93-122, précitée. Le code des marchés publics le mentionne dès son premier article, il codice dei contratti pubblici également.

¹⁴⁴² CC, 26/06/2003, déc. n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, précitée.

¹⁴⁴³ CE, n° 328827, 23/12/2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, *BJCP* 2009, p. 103, Concl. DACOSTA (B.), *Contrats et Marchés publics*, 2010, comm. 83, note REES (P.).

¹⁴⁴⁴ Corte Cost., Sentenza n°262 del 1997.

¹⁴⁴⁵ CC, 26/06/2003, précité.

mêmes gages d'efficacité et de concurrence libre et non faussée en matière de commande publique¹⁴⁴⁶. Ainsi, le concept se matérialise comme instituant dans les rapports qu'entretiennent les usagers avec le distributeur du service, mais aussi entre les différents concurrents et l'administration, une forme de « droit à l'information » comme celui reconnu en droit de la consommation.

Participe également de cette idée l'exigence de qualité et de confiance dans le service¹⁴⁴⁷. L'utilisateur aurait dans cette perspective le droit à la fiabilité dans ses relations avec l'administration. Cela implique la stabilité, le respect du principe de sécurité juridique¹⁴⁴⁸, ou plutôt son versant subjectif, la confiance légitime¹⁴⁴⁹. La charte des services publics locaux mentionne ainsi que ses signataires assure « *la qualité du service et assure un suivi des éventuelles réclamations des usagers et des suites qui y sont données* »¹⁴⁵⁰. Elle contribue donc à sa « *performance* »¹⁴⁵¹ et assure « *que les entreprises qui voudront s'implanter et donc créer des emplois se tourneront plus facilement vers les pays qui présenteront l'environnement administratif le plus sûr juridiquement et le plus performant* »¹⁴⁵². Pourtant la protection des situations individuelles légitimement acquises, donc le respect du principe de confiance légitime dans le service, peut limiter le pouvoir d'agir dans l'intérêt général de l'administration et amener à l'annulation d'actes légaux, portant ainsi paradoxalement atteinte à la fois à la sécurité juridique mais aussi à la continuité et à l'adaptabilité du service.

Le droit de l'Union européenne s'inscrit dans le même ordre d'idée, faisant de la « qualité » un des éléments de définition du service universel¹⁴⁵³. Comment alors ne pas effectuer le rapprochement avec les obligations d'un vendeur devant être en mesure de faire connaître au consommateur « *les caractéristiques*

¹⁴⁴⁶ KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique*, op. cit., p. 569.

¹⁴⁴⁷ V. CLUZEL (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, Vol. 52, 2006.

¹⁴⁴⁸ LEGAL (H.) et PUISSOCHET (J-P), *Le principe de sécurité juridique*, cahier du Conseil Constitutionnel n°11, décembre 2001.

¹⁴⁴⁹ SIMON (D.), « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de la limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in, *Études à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruxelles Bruylant, 2000.

¹⁴⁵⁰ I.G.D, *Charte des services publics locaux*, 16/01/2002, www.fondation-igd.org

¹⁴⁵¹ *Idem*.

¹⁴⁵² Charte des services publics, 1992, www.ladocumentationfrancaise.fr

¹⁴⁵³ V. Commission européenne, 21/05/2003, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, précité, point 50.

essentielles du bien ou du service »¹⁴⁵⁴ qu'il souhaite voir acquérir par ce dernier ? Les directives sectorielles en matière de services universels dans trois services publics stratégiques¹⁴⁵⁵ obligent d'ailleurs l'opérateur à effectuer certaines prestations typique d'une relation fournisseur/consommateur tel que le respect de délais en matière de d'installation, des garanties de réparation, des obligations d'informations dans la facturation du service, etc¹⁴⁵⁶. Le but est donc de maintenir un niveau idéal de qualité et de sécurité. Cette dernière exigence est essentielle en droit de l'Union. Elle est utile à la compréhension de la façon dont est perçue la mission de service public. C'est en effet en permettant aux opérateurs d'avoir les incitations adéquates pour maintenir leur investissement (offre) et aux consommateurs-usagers de sentir suffisamment de sécurité dans la qualité de la prestation qu'ils espèrent obtenir (demande), que le marché devient optimal¹⁴⁵⁷. Cette démarche justifie à la fois la présence de régulateurs indépendants s'assurant de l'effectivité de ces règles, ainsi que le processus d'évaluation préalable des services et des modes de gestion vers lequel semble converger les droits internes et le droit de l'Union¹⁴⁵⁸. À ce titre, l'adaptation du droit au fait instituée par la logique quasi-dogmatique de la plus grande efficacité du secteur privé par rapport au secteur public mérite de s'arrêter sur la neutralité affichée par le droit de l'Union européenne à l'égard des modes de gestion des services publics.

¹⁴⁵⁴ Article L 111-1 du code de la consommation.

¹⁴⁵⁵ Le secteur de l'énergie (directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13/07/2009 *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité* J.O.U.E n° L 211 du 14 août 2009.), le secteur des communications électroniques (Directive « service universel » 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7/03/2002, J.O.C.E L.108 du 24/04/2002, p. 51) ; et le secteur de la poste (Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15/12/1997, *concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service*, J.O.C.E L 15, du 21/01/1998, p. 14), Le secteur de l'énergie (Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13/07/2009 *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité* J.O.U.E n° L 211 du 14 août 2009.)

¹⁴⁵⁶ V. PERALDI-LENEUF, « Le consommateur-citoyen et la mutation des obligations de service public, in, Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché », *Documentation Française*, 1996, p. 373.

¹⁴⁵⁷ Commission européenne, *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, COM (2004) 374 final, 12/05/2004, p.9.

¹⁴⁵⁸ GROSHENS (J.C) et KANUB (G.), *A propos de la rénovation de l'évaluation*, in, *Études en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

Section 2 : L'apparente neutralité du droit de l'Union européenne à l'égard des modes de gestion du service public

Le terme « apparent » n'est pas employé ici pour signifier le caractère immédiatement perceptible d'un objet, mais comme reflétant une situation manifeste à la surface des choses alors qu'elle ne correspond pas véritablement à ce qui se déroule en profondeur, à sa véritable nature¹⁴⁵⁹. Le droit originaire de l'U.E affiche ainsi explicitement une forme de neutralité à l'égard des modes de gestion des activités publiques. En effet, l'article 345 du T.F.U.E dispose que « *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété des États membres* ». De plus, l'article 106 énonce dans ses paragraphes 1 et 2 que « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusif, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, [...], Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ».

Il résulte donc de la lecture combinée de ces dispositions que les États membres sont entièrement libres de choisir à la fois le statut public ou privé de l'entité qui sera appelée à gérer l'activité de service mais sont aussi compétents pour édicter, selon le niveau qu'ils jugeront utile, des dispositions normatives permettant à ces mêmes entités de bénéficier d'exceptions par rapport aux règles du Traité, exceptions devant bien évidemment être justifiée en fonction des particularités de leur mission. La neutralité est ainsi affirmée, le Conseil d'État le rappelait d'ailleurs sans ambiguïté dans son rapport public de 2002¹⁴⁶⁰. Dès lors, les personnes publiques peuvent choisir de gérer directement un S.I.E.G sans mise en concurrence ou de le confier à un tiers après une mise en concurrence. Le choix du mode de

¹⁴⁵⁹ V. *Le grand Robert*, *op. cit.*, entrée « *apparence* ».

¹⁴⁶⁰ « *Il appartient aux seuls États membres de définir le périmètre de leur secteur public et de choisir le mode d'exercice approprié des missions de service public, qu'ils considèrent essentielles pour la conduite de leur action* », CE, *Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence*, Paris, La documentation française, EDCE n°53, p. 215.

gestion relèverait ainsi de la puissance publique, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de BONNARD d'un « *droit inaliénable et discrétionnaire pour l'administration de décider du mode d'organisation des services publics* » et ne saurait être infléchie par le droit de la concurrence¹⁴⁶¹.

Si ce constat général ne semble pouvoir être contredit par une interprétation littérale des dispositions du Traité, il n'en demeure pas moins qu'une analyse du droit dérivé permet de quelque peu de le remettre en cause. La Commission européenne affirme ainsi sans ambages le respect du principe neutralité à l'égard des modes de gestion¹⁴⁶² mais témoigne paradoxalement dans le même temps d'une attention particulière aux instruments du partenariat public-privé qui ont le mérite de s'inscrire selon elle « *dans l'évolution plus générale du rôle de l'État dans la sphère économique, passant d'un rôle d'opérateur direct à un rôle d'organisateur, de régulateur et de contrôleur* »¹⁴⁶³. Ainsi, le droit dérivé permet selon nous de fortement nuancer la réalité pratique du principe. Cette remise en cause procède dans cette logique des problèmes de compatibilité manifeste entre le concept même de concurrence et le principe de neutralité (§1). Elle est également perceptible à travers l'analyse des nouvelles directives commande publique (§2).

¹⁴⁶¹ Cité in, AUBY (J-M.), « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements de l'électricité et du gaz dans la loi du 8/04/1946 », CJEG, 1949, p.2.

¹⁴⁶² Commission des Communautés européennes, 30/04/2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM(2004) 327 final, § 17.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, §3.

§1) La compatibilité difficile du principe de neutralité avec le droit de la concurrence

Le droit de l'Union européenne est indissociable de la formation du marché unique. Il est alors aisé de comprendre qu'il est orienté, de manière générale, vers la satisfaction des libertés économiques définies dans le Traité afin de garantir, dans l'espace européen, l'application d'une concurrence libre et non faussée. La libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation des services sont protégées par les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence¹⁴⁶⁴. Selon nous, le strict respect de ces principes s'accommode mal du libre choix laissé aux États membres de gérer directement ou indirectement une activité de service. L'extension croissante de la qualification « d'activité économique » dans l'espace européen permet de servir « *de prétexte juridiquement correct* »¹⁴⁶⁵ à l'application du droit de la concurrence. À ce titre, le processus d'externalisation jouit d'une place privilégiée par rapport à la gestion interne. Cette extension entraîne ainsi des conséquences notables quant aux choix des modes de gestion de ces activités (A). Elle permet également de nous interroger sur le système de contrôle des aides d'États, en tant qu'instrument de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (B).

¹⁴⁶⁴ Respectivement affirmés dans le considérant n° 1, 2 et 4 des directives 2014/24/UE, 2014/25 et 2014/23, précitées.

¹⁴⁶⁵ BERNARD (E.), « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE*, 2009, n°3, p. 148.

A) *Les conséquences liées à l'extension du nombre d'activités soumises à la concurrence*

Selon la Cour de justice, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique et de son mode de financement¹⁴⁶⁶. De plus, une activité est réputée être économique lorsqu'elle consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné¹⁴⁶⁷. L'extrême largesse de ces définitions et l'application systématique du droit de la concurrence aux activités bénéficiant de cette qualité emportent des conséquences notables, notamment parce qu'elles incitent les États membres à banaliser les statuts juridiques des organismes publics de gestion (1). Elles conduisent également à s'interroger sur les particularités du régime des droits spéciaux ou exclusifs (2.)

1) La banalisation des structures de gestion des services

L'Italie et la France ont connu, de la fin années des 1990 jusqu'au début des années 2000, un mouvement de transformation juridique du statut des organes de gestion des services publics¹⁴⁶⁸. Il débute avec l'Acte unique européen et a ensuite été initié par des directives sectorielles imposant l'ouverture à la concurrence dans l'Union européenne pour les services de réseau comme l'électricité¹⁴⁶⁹, le gaz¹⁴⁷⁰, les télécommunications¹⁴⁷¹, la poste¹⁴⁷², le secteur ferroviaire¹⁴⁷³, etc. Le processus est à chaque fois identique. L'exemple du secteur ferroviaire revêt par ailleurs un intérêt particulier. D'une part, il est toujours en cours d'exécution, le transport

¹⁴⁶⁶ CJCE, Aff. C-41/90 du 23/04/1991, *Höfner*, Rec., p. I-1979, point 21.

¹⁴⁶⁷ CJCE, Aff. 118/85 du 16/06/1987, *Commission c/ Italie*, Rec. p. 2599, point 7 ; reprise dans C.J.U.E, Aff. C-113/07 du 26/03/2009, *Selex Sistemi Integrati Spa c/ Commission*, point 69.

¹⁴⁶⁸ V. DI GASPARE (G.), « Esternalizzazione, societarizzazioni e privatizzazioni : un approccio teorico », *Amministrazione In Cammino*, 2006. www.amministrazioneincammino.it

¹⁴⁶⁹ Directive 2003/54/CE du 26/06/2003, précitée.

¹⁴⁷⁰ Directive 2003/55/CE du 26/06/2003, précitée.

¹⁴⁷¹ Directive 2002/77/CE du 16/09/2002, précitée.

¹⁴⁷² Directive 97/67/CE du 15/12/1997, précitée.

¹⁴⁷³ Directives 2001/12/CE, 2001/13/CE et 2001/14/CE, précitée.

intérieur de voyageur n'étant pas encore ouvert à la concurrence¹⁴⁷⁴. D'autre part les grands groupes ferroviaires français et italien conservent pour l'instant leur statut d'E.P.I.C.

Dès lors, le processus peut être résumé en trois grandes étapes. La première correspond tout d'abord à la volonté de mettre en place un grand marché européen du secteur concerné. Elle instaure donc des règles communes concernant la production et la distribution du service, définit les modalités d'organisation et de fonctionnement du secteur ainsi que les critères et procédures applicables pour l'exploitation des réseaux. Pour les secteurs ferroviaires, les directives de 2001 prévoient des règles communes en matière de tarification, de sécurité et de capacité d'infrastructure. On retrouve la même logique dans les autres secteurs¹⁴⁷⁵.

La seconde étape conduit ensuite à l'accélération du processus de libéralisation en permettant l'ouverture du marché à la concurrence, c'est-à-dire pour les consommateurs, le libre choix du distributeur du service et pour les producteurs, la liberté d'établissement. L'ouverture du secteur ferroviaire est pour l'instant limitée au transport de marchandises sur l'ensemble du réseau ainsi qu'au transport international de voyageur¹⁴⁷⁶ alors que les autres secteurs sont totalement ouverts à la concurrence dans la distribution des services¹⁴⁷⁷. Cette nouvelle étape permet du reste d'instituer des organismes de régulation, dotés de la personnalité juridique, qui non seulement ont des attributions en matière de contrôle de la concurrence mais ont aussi pour mission de proposer des mesures d'harmonisation. Ont ainsi été créées

¹⁴⁷⁴ Le 4^{ème} paquet ferroviaire, basée sur la proposition de directive de la commission, *Espace unique européen*, [COM (2013) 29 final], est toujours en discussion.

¹⁴⁷⁵ V. par exemple les directives n° 96/92/CE du 19/12/1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E n° L 027 du 30/01/1997, p.20) et n° 98/30/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz (J.O.C.E n° L 024 du 21/07/1998, p.1).

¹⁴⁷⁶ V. par exemple Directive 2004/51 du 29/04/2004 (J.O.U.E L 164 du 30/04/2004) et directive 2007/58/CE du 23/10/2007 (J.O.U.E L315/44 du 03/12/2007).

¹⁴⁷⁷ Pour le service postal, V. par exemple la directive 2008/6/CE du 20/02/2008 (J.O.U.E L52/3 du 27/02/2008), pour le secteur du gaz et de l'électricité voir directive 2003/54/CE du 26/06/2003 et directive 2003/55/CE du 26/06/2003, précitées.

l'agence ferroviaire européenne¹⁴⁷⁸, l'agence de coopération des régulateurs d'énergie¹⁴⁷⁹, etc.

Enfin, la dernière étape parachève le processus en instituant véritablement un marché unique au sein de la zone U.E. L'ensemble des services nationaux comme internationaux sont ouverts à la concurrence et cet état se caractérise notamment par le découplage effectif entre les activités de production et/ou de distribution et le gestionnaire du réseau¹⁴⁸⁰. Cette étape impose ainsi la dissociation juridique, comptable et fonctionnelle, des autres activités de l'opérateur non liées à la distribution. Dans une logique concurrentielle, leur fusion au sein d'une même entité conduirait à distordre le marché dans la mesure où elle pourrait conduire à des discriminations face aux autres opérateurs, des formes de subventions croisées entre les différents secteurs et donc à des distorsions de concurrence entre les acteurs.

Ce processus n'aura pas pour autant permis de faire sortir le secteur public de la fourniture de ces activités économiques d'intérêt général. Les exemples sont nombreux et il serait fastidieux d'en faire une liste exhaustive¹⁴⁸¹, d'E.D.F à E.N.E.L en passant par G.D.F, E.N.I, La poste, etc. L'ouverture à la concurrence traduit plutôt le changement de statut de l'immense majorité des grands établissements publics nationaux de type industriel et commercial, que l'accaparement majoritaire par le secteur privé des services publics de réseau¹⁴⁸².

Cependant, ce changement de statut s'inscrit également dans le processus plus général d'adaptation du droit administratif au droit de la concurrence. Or, l'empire des règles concurrentielles s'arrête là où les monopoles de droit sont reconnus à des entreprises publiques. À ce titre, la libéralisation des services publics marchands témoigne du passage de l'entreprise publique dont l'État était le propriétaire à la

¹⁴⁷⁸ Règlement n°881/2004/CE du 29/04/2004 *instituant une agence ferroviaire européenne*, J.O.U.E L 164/1 du 30/04/2004.

¹⁴⁷⁹ Règlement n°713/2009/ CE du 13/07/2009 *instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie*, J.O.U.E L221/1 du 14/08/2009.

¹⁴⁸⁰ V. par exemple pour le secteur de l'électricité la directive 2009/72/CE du 13/07/2009 (J.O.U.E L 211/55 du 14/08/2009) ou encore la directive 2012/34/UE du 21/11/2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (J.O.U.E L343/12 du 14/12/2012) qui devrait ainsi conduire à la banalisation du statut juridique de la S.N.C.F et de *Trenitalia*.

¹⁴⁸¹ V. pour l'exemple de la France la thèse de Mme CARTIER-BRESSON (A.), *L'État actionnaire*, Paris, LGDJ, 2010.

¹⁴⁸² BAILLEUL (D.), « vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en société », *RJEP/CJEG*, 2006, n°629, p.105.

société de droit privé dans laquelle l'État est actionnaire¹⁴⁸³. Ce mouvement de banalisation des statuts, ou de *societarizzazione* (sociétatisation) comme il est appelé en Italie¹⁴⁸⁴, est aussi révélateur d'une véritable métamorphose des modalités de gestion de ces sociétés. Le principe d'insaisissabilité des biens du domaine public ne plus s'appliquer, de même que l'exonération de certaines cotisations sociales ou encore l'absence du risque de faillite par la mise en jeu de la garantie de la signature publique¹⁴⁸⁵. La gestion de ces entreprises nécessite, dans l'environnement concurrentiel dans lequel elles se trouvent, d'être tournée vers l'efficience, comme le serait n'importe quel entrepreneur privé.

Par ailleurs, ces développements peuvent évidemment être transposés aux services publics locaux. L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la mise en œuvre des différentes directives citées précédemment ainsi que la banalisation du statut des grands E.P.I.C nationaux chargés de la fourniture des services publics de réseau ont nécessairement un impact sur leur gestion. Le développement de législations permettant le recours aux formules des sociétés publiques locales¹⁴⁸⁶ dont le capital est entièrement public peut être assimilé, en dehors la logique de la relation « *in house* » pour laquelle elles ont été instituées, comme révélateur d'une certaine progressivité de la volonté européenne du développement du marché commun. D'ailleurs, dans une communication de 1996, la Commission européenne mentionnait que son approche graduée inclurait nécessairement les monopoles qui obstruent la concurrence et le fonctionnement normal du marché mais aussi les secteurs plus particuliers, donc locaux¹⁴⁸⁷. De nombreux établissements publics locaux se sont donc transformés en France comme en Italie, en société de droit privé. Ils sont donc des « tiers » vis-à-vis de l'administration, puisqu'ils disposent d'une personnalité juridique distincte. Cependant, ces tiers ne sont pas la propriété

¹⁴⁸³ LOMBARD (M.), « *Les conséquences juridiques du passage de l'État propriétaire à l'État actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence* », RFAP, 2007, n°124, p. 172.

¹⁴⁸⁴ CAROLI-CASAVOLA (H.), *Local public Services in Italy*, op. cit.

¹⁴⁸⁵ Pour une explication détaillée et exhaustive de ces différentes entorses au droit de la concurrence, V. LOMBARD (M.), op. cit, p. 175 et s.

¹⁴⁸⁶ Loi n° 2010-559 du 28/05/2010 *pour le développement des sociétés publiques locales*, J.O.R.F n°122 du 29/05/2010, p. 9697.

¹⁴⁸⁷ Commission, Communication du 11/09/1996, *Les services d'intérêt général en Europe*, COM 96 /443 final, point 20.

du secteur privé, l'administration disposant de la majorité du capital. Or, la relation économique classique avec un tiers est naturellement contractuelle.

Pour toutes ces raisons, l'application du droit de la concurrence et le processus de « sociétatisation » des entreprises publiques deviennent, malgré l'existence du principe de neutralité, de puissants vecteurs d'influence poussant à l'externalisation des activités publiques. L'outil contractuel apparaît donc comme un instrument efficace pour s'assurer du respect du droit de l'Union européenne, d'autant plus que ce dernier, par la possibilité d'octrois de droits spéciaux et exclusifs, peut être considéré comme permettant l'amointrissement des contraintes concurrentielles aux outils de la gestion externalisée.

2) Les particularités du régime des droits spéciaux ou exclusifs

Dans la réglementation la plus récente du droit de l'Union, les notions de droits spéciaux ou exclusifs sont définies comme résultant d'autorisations compatibles avec les traités, issus de lois ou de règlements édictés par les autorités compétentes des États membres, ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique (droit exclusif) ou à plusieurs d'entre eux (droits spéciaux) et d'affecter ainsi substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité¹⁴⁸⁸. En d'autres termes, ces droits limitent le nombre d'entreprises sur un marché concurrentiel en octroyant à une part résiduelle d'entre elles des avantages légaux ou réglementaires. Les concurrents sont donc soit matériellement incapables d'effectuer la même activité, soit capables de la réaliser mais à des conditions non équivalentes¹⁴⁸⁹. Le respect de la concurrence libre et non faussée sur un marché donné entre ainsi en nette contradiction avec l'octroi de ce type de droit. Cette particularité est du reste admise dans le cadre de l'octroi d'une concession ou d'un marché de service qui mettrait le cocontractant de l'administration dans une situation de position dominante dont il pourrait abuser¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁸ Article 5 § 11 de la Directive 2014/23/UE, article 4 § 3 de la directive 2014/25/UE et

¹⁴⁸⁹ CJCE, Aff. C-302/94, 12/12/1996, *British Telecom*, Rec. 1996 I, p.6417 pt. 34.

¹⁴⁹⁰ CJCE, Aff. C-41/90, 23/04/1991, *Höfner et Elser*, Rec. I-1979, pt 27.

Dès lors, l'attribution de droits spéciaux et exclusifs à des opérateurs économiques emporte des conséquences notables. Ils assujettissent en effet leurs bénéficiaires aux procédures de mise en concurrence prévues par les directives, bien que ces derniers ne puissent être considérés comme des pouvoirs adjudicateurs¹⁴⁹¹. Ainsi, contrairement à la directive marché, les directives concessions et secteurs spéciaux (eau, énergie, transport et services postaux) s'appliquent également aux contrats passés par les entités adjudicatrices ayant obtenu un droit spécial ou exclusif leur permettant d'exercer leurs activités dans les secteurs concernés.

La notion de droits exclusifs ou spéciaux procède donc d'un double objectif. Il s'agit « *d'identifier les entreprises privées sous l'influence des pouvoirs publics* » et ensuite de « *soumettre aux prescriptions de la directive les opérateurs de réseaux échappant à la pression concurrentielle en raison d'une structure de marché fermée* »¹⁴⁹². Toutefois, les directives mettent en place une notable exception. En effet, lorsque les droits ont été octroyés selon des critères objectifs et sur la base d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée, c'est-à-dire respectant la transparence, à l'instar d'une mise en concurrence ou de l'octroi d'une licence, l'opérateur n'apparaît plus alors comme une « entité adjudicatrice » au sens de la directive concession¹⁴⁹³, les droits n'apparaissant plus comme « spéciaux et exclusifs » au sens de la directive secteur¹⁴⁹⁴. Si la différence sémantique entre les deux directives nous apparaît assez difficile à expliquer, il n'en demeure pas moins que les effets sont semblables : les règles applicables aux achats de services, de fournitures et de travaux des opérateurs, lorsqu'ils sont effectués pour le service concerné (entretien des infrastructures, achats de véhicules destinés au personnel, construction d'équipement, achats de matériel informatique, etc.), sont dispensées d'application. Les conditions sont alors énumérées explicitement. Il s'agit des procédures de passation avec mise en concurrence fondées sur les directives et de procédures garantissant la transparence, lorsqu'elles sont basées sur des critères objectifs énumérées en annexe¹⁴⁹⁵. Elles correspondent dans ce cas précis à l'octroi

¹⁴⁹¹ V. LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « La commission européenne « explique » la notion de droits spéciaux ou exclusifs », *Contrats et Marchés publics*, 2006, n°6, repère 4.

¹⁴⁹² KOVAR (J-P.), « La nouvelle définition des droits exclusifs ou spéciaux au sens de la directive secteurs », *Contrats et Marchés publics*, 2008, n°3, étude 3.

¹⁴⁹³ Article 7 § 2 de la directive 2014/25

¹⁴⁹⁴ Article 4 § 3 de la directive 2014/

¹⁴⁹⁵ Annexe II de la directive

d'une autorisation d'exploiter des installations de gaz naturel, l'autorisation de soumissionner à la construction de nouvelles installations de production d'électricité, l'octroi d'autorisations liées à un service postal, d'autorisations de d'exploitation en matière d'hydrocarbures, et les contrats de services publics pour le transport par autobus, tramway, chemin de fer ou par métro attribués conformément à une procédure de mise en concurrence.

Autrement dit, les règles de mise concurrence promues par les directives s'appliquent aux entreprises publiques détentrices de droits spéciaux et exclusifs lorsqu'elles tissent des relations économiques avec d'autres opérateurs dans le cadre de leur activité, mais par aux entités privées possédant le même type de droit en vertu d'un marché ou d'une concession, ou de procédures plus spécifiques. Dès lors, c'est bien le processus d'externalisation qui implicitement est privilégié par le droit de l'Union. Le principe de neutralité apparaît, dans ce cas, comme mis à mal par l'application de la législation européenne. Le même raisonnement peut être transposé à l'encontre du régime d'aide d'État.

B) L'application du régime « d'aide d'État »

L'article 107 du T.F.U.E dispose que, *« sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États membres au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »*. Comme le révèle le Professeur COSSALTER¹⁴⁹⁶, trois des quatre conditions évoquées par cet article sont déjà remplies lorsque l'administration signe un partenariat public-privé. En effet, l'aide, peu importe la manière dont elle est octroyée¹⁴⁹⁷, doit être délivrée par l'administration et revêtir ainsi un caractère public¹⁴⁹⁸. Elle doit également être délivrée au bénéfice d'entités privées

¹⁴⁹⁶ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p.451.

¹⁴⁹⁷ *« Sous quelque forme que ce soit »*

¹⁴⁹⁸ *« L'État ou les ressources d'État »*,

individualisées¹⁴⁹⁹. Ces conditions peuvent alors correspondre à l'externalisation d'une activité de service par voie de partenariats public-privé puisque, par définition, ces instruments sont attribués par des personnes publiques. Leur affiliation au droit des contrats de commande publique impose le respect des procédures de mise en concurrence. Ils sont conclus au bénéfice d'entreprises privées individualisées. Enfin, ils ne s'assimilent pas à une forme particulière dans la mesure où le contrat peut prévoir un paiement public, un abandon de recette, le prélèvement d'une redevance sur l'utilisateur, un droit d'exploitation réservé à l'attributaire du contrat, etc.

La dernière condition posée par l'article 107 du Traité porte sur les effets néfastes de l'aide. Ainsi, l'aide doit fausser ou menacer de fausser la concurrence en « *affectant les échanges entre les États membres* ». À ce titre, elle peut être assimilée comme un avantage anormal¹⁵⁰⁰, de type économique et octroyé à une entreprise d'un État membre au détriment des autres entreprises. Dans une logique concurrentielle non faussée, cette entreprise n'aurait pas obtenu un avantage lui permettant de « surclasser » ses concurrents. Ces avantages peuvent par exemple revêtir la forme de subventions, d'exonérations fiscales, de remises de dettes, de garanties, de prise de participation en capital dans la société, de mise à disposition de biens ou de personnels, etc.

Au demeurant, ces types d'aides peuvent s'appliquer à n'importe quelle société, publique comme privée, et correspondre assez facilement aux rapports découlant d'un partenariat public-privé. Il n'est pas rare en effet de voir le titulaire d'une délégation de service public ou d'une *concessione di servizi* bénéficier d'une subvention de la part du concédant¹⁵⁰¹. De plus, les accords autonomes permettent, dans le cadre des contrats de partenariat et des *contratti di disponibilità* par exemple,

¹⁴⁹⁹ « *Certaines entreprises ou certaines productions* »

¹⁵⁰⁰ CJCE, Aff. C-251/97, 05/10/1999, *Commission contre France*, Rec.1999, p. I-6656.

¹⁵⁰¹ La commission Européenne a déclaré par exemple en 2005 que la subvention de 42 millions d'euros, représentant un cofinancement à hauteur de 50 % de la valeur d'une infrastructure (réseau téléphonique à large-bande du Limousin) dans le cadre d'une délégation de service public, n'était pas constitutive d'une aide d'État au sens du traité. La Commissaire à la concurrence, Mme KROES, déclarant ainsi : « *Ce projet ne constitue pas une aide d'état. Ce partenariat public-privé fournit un accès à large bande aux citoyens et aux entreprises du limousin, tirant ainsi parti de la concurrence existant sur les marchés des communications électroniques et améliorant la compétitivité de la région.* » V. Communiqué de presse de la Commission européenne, Bruxelles, 03/05/2005, www.europa.eu

de garantir par les personnes publiques commanditaires de l'infrastructure, la dette portée par l'entreprise privée. En outre, certains instruments permettent au titulaire d'un contrat à la fois de jouir d'un ouvrage public sur une longue période, en échange notamment de son entretien et de la réalisation des travaux de construction et de rénovation nécessaires à son exploitation dans le cadre d'un service public ou d'une mission d'intérêt général à destination du public ; et en même temps de bénéficier de subventions allouées par les personnes publiques dans le cadre de l'exercice de la mission qui leur est théoriquement dévolue. Ainsi, une loi française de 2011 admet que dans le cadre de l'organisation d'une compétition internationale de football, des sociétés privées titulaire d'un B.E.A sur une enceinte sportive puissent bénéficier d'aides pour des projets de construction et de rénovation de l'équipement¹⁵⁰², en totale dérogation par rapport aux règles du C.G.C.T¹⁵⁰³. Enfin, le capital d'une société d'économie mixte titulaire d'une concession contient nécessairement, comme son nom l'indique, des capitaux publics et privés. Des personnes publiques peuvent donc participer directement au capital de sociétés de droit commun, bénéficiaires d'un droit spécial pour l'exercice d'une activité.

Toutes ces mesures pourraient être soumises au régime des aides d'État prohibées par l'article 107 du traité et entraîner l'intervention de la Commission¹⁵⁰⁴. Elles font d'ailleurs souvent l'objet de sanctions lorsqu'elles sont octroyées aux entreprises publiques gérant un S.I.E.G et qu'elles ne sont pas proportionnées par rapport aux charges imposées par le service¹⁵⁰⁵. Ont ainsi pu être assimilées à des aides d'État prohibées par le Traité la fourniture par une entreprise publique à ses filiales d'une assistance logistique et commerciale sans contrepartie¹⁵⁰⁶, la réglementation qui impose l'approvisionnement en électricité auprès d'une entreprise publique utilisant des énergies renouvelables¹⁵⁰⁷, les subventions

¹⁵⁰² Loi n°2011-617 du 01/06/2011 *relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016*, J.O.R.F n°0128 du 02/06/2011, p. 9553.

¹⁵⁰³ Article L 1511-2 du code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁰⁴ Article 108 du T.F.U.E

¹⁵⁰⁵ TPICE, T-106/95, 26/02/1997, *Fédération française des sociétés d'assurances*, Rec. pII-229.

¹⁵⁰⁶ CJCE, Aff. C-39/94, 11/07/1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) c/ la poste*, Rec. 1996, p. I-03547.

¹⁵⁰⁷ CJCE, Aff. C-379/98, 13/03/01, *Preussen Elektra A.G*, Rec. 2001, p. I-2159.

accordées à une entreprise publique pour la restructuration d'un chantier naval¹⁵⁰⁸, etc. Par ailleurs, si ces décisions évoquent les relations qu'entretiennent les États avec leurs entreprises publiques ou même les relations qu'elles établissent entre elles, affectant ainsi leur mode de fonctionnement, le statut même d'EPIC a été attaqué, remettant ainsi en cause la possibilité pour les personnes publiques de prendre en charge directement la gestion d'un service dans le contexte concurrentiel européen.

C'est par le biais d'une notion développée par la Commission, la garantie illimitée implicite accordée par l'État¹⁵⁰⁹, que le contrôle des aides d'État a permis de s'attaquer à l'existence légale des E.P.I.C. La « garantie implicite illimitée » est en effet, selon la Commission, présente intrinsèquement dans les E.P.I.C. puisque leur « *statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité* »¹⁵¹⁰ et permet ainsi une forme de sécurité financière constante accordée par l'État, offrant à l'entité publique l'octroi de conditions de crédit plus favorables que les autres entreprises. La Cour de justice de l'Union européenne a donné raison à la Commission en 2014¹⁵¹¹. Or le raisonnement retenu par la Cour peut s'appliquer parfaitement à l'ensemble des personnes morales de droit public. En effet, par définition, elles échappent toutes au droit des procédures collectives¹⁵¹². Le raisonnement peut en outre être transposé aux sociétés dans lesquelles l'État détient la majorité du capital. Ainsi lorsqu'une autorité publique décide d'exercer une activité économique qu'elle estime être d'intérêt général, elle doit se soumettre au droit de la concurrence. Face à cela, l'une des solutions consiste à externaliser la fourniture du service par le biais d'une mise en concurrence.

¹⁵⁰⁸ Commission européenne, décision du 12/05/2004 relative aux aides d'état accordées aux chantiers navals publics espagnols, Bruxelles, 12/05/2004, Communiqué de presse IP/04/663.

¹⁵⁰⁹ Commission européenne, décision du 16/12/2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF, JOUE n° L 49 du 22/12/2005, p. 9, DA 2005, n° 5, comm. 61, note BAZEX ; Commission européenne, décision du 22/11/2006 à propos de l'aide en faveur du Laboratoire nationale de métrologie et d'essais (LNE), JOUE n° L 95 du 05/04/2007, p. 25, AJDA 2007, p. 1738, Chron. RICHER (L.).

¹⁵¹⁰ Communication du 11/03/2000 sur les aides sous forme de garantie, J.O.C.E n° C-71/14.

¹⁵¹¹ CJUE, Aff. C-559/312 P, 03/04/2014, *France c/ Commission, Revue Lamy Concurrence*, 2014, n°40, note CHEYNEL (B.), p. 40; AJDA, 2014, n°20, note AUBERT (M.), p. 1155; JCP A, 2014, n°21, Comm. ECKERT (G.), p.2160.

¹⁵¹² V. ECKERT (G.), « de la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », JCP A, 2014, n°21, p.2160

Cette situation apparaît incontestablement comme la conséquence de la jurisprudence *Altmark*¹⁵¹³. En effet, à la suite de la jurisprudence *Ferring*, il avait été admis qu'une aide puisse être justifiée dans la mesure où elle permet de compenser un surcoût lié à une obligation de service public¹⁵¹⁴. Ainsi, l'arrêt *Altmark* viendra préciser cette notion en établissant quatre conditions cumulatives amenant, lorsqu'elles sont remplies, à ce qu'une mesure échappe à la qualification d'aide d'État. Ces conditions à l'exemption sont :

- L'entreprise bénéficiaire doit exécuter une mission de service public et ses obligations doivent être clairement établies. Le terme de « mandat » est employé par la Commission.
- Les critères et paramètres sur la base desquels la compensation est calculée doivent être établis de façon objective et transparente. Elle doit en outre être notifiée préalablement à la commission, sauf exceptions¹⁵¹⁵.
- La compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public. Le montant doit donc être proportionnel par rapport aux coûts occasionnés par le service en ajoutant le bénéfice raisonnable pour l'exécution de la mission.
- Le montant de la compensation doit être fixé, soit dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence formalisée, soit dans le cadre d'une analyse des coûts encourus par une entreprise gérée de façon normale et adéquatement équipée.

Il est alors assez aisé de mesurer que ces conditions sont d'une nature assez vague¹⁵¹⁶. Elles sont établies de plus en confondant ce qui relève de la qualification d'aide d'État, de sa justification et de la qualification des obligations de service public¹⁵¹⁷. À la suite de cet arrêt, la Commission a donc adopté en 2005 un ensemble

¹⁵¹³ CJCE, Aff. C-280/00, 24/07/2003, *Altmark Trans GmbH*, Rec., I-7747, Concl. LEGER, *JCP A* n° 38, 2003, p. 1200, note BOUDIER (F.), *Europe* n° 10, 2003, p. 26, note IDOT (L.), pt. 92.

¹⁵¹⁴ CJCE, Aff. C-53/00, 22/11/2001, *Ferring SA et Agence centrale des organismes de sécurité sociale*, Rec. I-9067.

¹⁵¹⁵ Règlement dit « *de minimis* » du 15/12/2006

¹⁵¹⁶ RODRIGUES (S.), « les subventions aux entreprises de service public ne sont plus nécessairement des aides d'État », *AJDA*, 2003, p. 1739.

¹⁵¹⁷ BRACQ (S.), « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *RTDE*, 2004, p. 33.

de trois textes, dénommé paquet « MONTI-KROES »¹⁵¹⁸ pour "clarifier" les conditions évoquées précédemment, puis une mise à jour de ces textes, sorte de "clarification de la clarification", dit paquet « ALMUNIA ». Il est entré en vigueur en 2012. Il est à ce jour composé de quatre textes apportant des modifications aux précédents, à savoir : une décision d'exemption de notification préalable à la Commission¹⁵¹⁹, un règlement relatif aux compensations « *de minimis* »¹⁵²⁰ et deux communications, l'une définissant les règles générales applicables aux compensations en matière de S.I.E.G¹⁵²¹, l'autre plus spécifique encadrant ces mêmes compensations¹⁵²².

L'enchevêtrement des dispositions et leur multiplication rend l'ensemble assez inintelligible¹⁵²³. Le droit des aides d'État peut néanmoins être grossièrement résumé de la manière suivante. Toutes les compensations inférieures à 15 millions d'euros par an sur la base d'un mandat inférieur à dix ans sont exemptées de notification. En ce qui concerne la notion de compensation, si les aides sont inférieures à cinq cent cinquante mille euros sur trois ans, elles ne sont pas qualifiables d'aides d'État, mais d'aides « *de minimis* ». Les aides supérieures à 15 millions d'euros par an sont contrôlées selon les critères de la jurisprudence

¹⁵¹⁸ Il est composé de :

- La décision de la Commission de 28/11/2005 concernant *l'application des dispositions de l'article 86 §2 aux aides d'états sous forme de compensations de service public*, J.O.U.E n° L 312/67 du 29/11/2005.
- La directive 2006/111/CE du 16/11/2006 relative à *la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques*, J.O.U.E n° L 318/17 du 17/11/2006.
- Communication de la Commission, *Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensation de service public*, J.O.U.E n° C297/4 du 29/11/2005.

¹⁵¹⁹ Décision de la commission du 20/12/2011 *relative à l'application de l'article 106 §2 du T.F.U.E aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de S.I.E.G*

¹⁵²⁰ Règlement U.E n°360/2012 du 25/04/2012 *relatif à l'application des articles 107 et 108 du T.F.U.E aux aides « de minimis » accordées à des entreprises fournissant des S.I.E.G*, J.O.U.E n° L 114/8 du 26/04/2012.

¹⁵²¹ Communication de la commission du 11/01/2012, *relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général*, J.O.U.E n° C08/04 du 11/01/2012.

¹⁵²² Communication de la commission du 11/01/2012, *Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public*, J.O.U.E n° C 8/15 du 11/01/2012.

¹⁵²³ Pour une explication détaillée des différents mécanismes, V. Rapport n°159 (2011/2012) de Mme LIENEMANN fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, 06/12/2001. Disponible sur www.senat.fr

Altmark, sauf exceptions¹⁵²⁴. Pour les aides supérieurs à 30 millions d'euros, de nouvelles conditions sont ajoutées : consultation publique obligatoire, respect des procédures formalisées de mise en concurrence, efficacité de la prestation. L'idée de « mandat » s'intègre en outre parfaitement dans la notion de concession. Il est également important de souligner l'importance grandissante de l'analyse économique et financière.

Si les quatre critères d'*Altmark* sont réunis, la compensation aux obligations de service public n'est pas une aide d'État. En d'autres termes, l'aide financière apportée à une entreprise privée est toujours possible dans le cadre d'un partenariat public-privé (qu'il relève d'un marché public ou d'une concession) puisque son attribution, en respectant la concurrence, permet de remplir l'ensemble des conditions évoquées précédemment. À l'inverse, l'attribution d'une aide à un organisme public ou à une société nationale dans laquelle l'État détient la majorité du capital provoque toujours la suspicion de la Commission, d'autant plus que le quatrième critère, celui de « l'analyse des coûts d'une entreprise gérée de façon normale », semble être assez flou.

Ainsi, la Commission explique dans les différents textes que nous citons précédemment, qu'elle utilisera les outils de l'analyse financière et du droit de l'antitrust (taux de rendement de capital, taux de S.W.A.P, coût net, gains d'efficacité, pouvoir de marché, etc.) pour déterminer si les mesures ne relèvent pas d'une surcompensation, donc d'une aide d'État. Il apparaît alors clairement que la marge d'appréciation des administrations demeure très faible. Ces dispositions induisent que la mise en concurrence est toujours préférable. De nombreuses exceptions permettent alors de financer, avec de l'argent public, des activités économiques d'intérêt général déléguées sans passer sous les fourches caudines de la Commission. L'idée développée par le droit dérivé de l'Union est donc bien que l'externalisation (par voie de marché ou de concession), dans le cadre d'une procédure transparente et non discriminatoire, offre toujours plus de garanties pour que les compensations aux obligations du service public ne soient pas qualifiables d'aides d'État.

¹⁵²⁴ Les aides pour les hôpitaux ou les logements sociaux sont exemptés de notifications et admises jusqu'à 30 millions d'euros.

Le Professeur KARPENSCHIF écrivait en 2004 que ces mesures déterminaient de façon implicite « *un modèle organisationnel des S.I.E.G en Europe* »¹⁵²⁵, modèle que l'on devinait aisément comme s'orientant vers l'externalisation. Aujourd'hui, le constat est explicite, la gestion des services d'intérêt économique général est clairement orientée, *via* le contrôle des aides d'états, vers le recours au secteur privé. Il peut du reste, être facilement transposé à l'encontre des nouvelles directives « commande publique » de 2014.

§2) La remise en cause de la neutralité par les directives « commande publique »

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que les États membres doivent traduire de façon uniforme les qualifications données par les directives¹⁵²⁶. Leur exécution, conformément au principe de sécurité juridique, ne doit donc pas s'effectuer de différentes manières selon chaque État, ce qui implique que les termes contenus dans les directives soient traduits de façon contraignante dans les dispositions de droit interne¹⁵²⁷. Ces principes devraient donc être appliqués par les États membres dans le cadre de la transposition des directives de 2014. De façon plus particulière, sera appliquée la logique selon laquelle les pouvoirs publics sont libres de gérer les activités de service public comme ils le souhaitent.

En effet, les nouvelles directives « commande publique » intègrent à la longue liste de leurs considérants¹⁵²⁸ une motivation nouvelle par rapport à celles de 2004. Est réitéré à trois reprises¹⁵²⁹ l'idée selon laquelle rien ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes. Ainsi, les pouvoirs publics ont le droit de décider du mode de gestion le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services. Du

¹⁵²⁵ KARPENSCHIF (M.), « Qu'est ce qu'une compensation d'obligations de service public ? », L.P.A, 30/03/2004, n°64, p.4.

¹⁵²⁶ CJCE, Aff. C-10/77, 14/07/1977, *Bavaria Fluggesellschaft contre euroncontrol*, Rec. p. 1517.

¹⁵²⁷ CJCE, Aff. C-239/85, 02/12/1986, *Commission contre Belgique*, Rec. p. 3645.

¹⁵²⁸ À titre d'exemple, la directive marché 2014/24/UE comporte 138 considérants alors que la directive 2004/18/UE n'en comptait que 51.

¹⁵²⁹ Considérant 5 de la directive 2014/23/UE, considérant 5 de la directive 2014/24/UE et considérant 7 de la directive 2014/25/UE.

reste, cette liberté de choix implique que les prestations puissent s'effectuer autrement que par la passation d'un marché ou d'une concession. Dans ce cas, les règles relatives à la mise en concurrence formalisée sont bien évidemment écartées. Cette logique de neutralité des directives est également affichée au sein des articles contenus dans les différentes directives¹⁵³⁰.

Par ailleurs, le droit européen de la commande publique poursuit sa logique d'extension des critères organiques d'application du droit de la concurrence. Ainsi, indépendamment de la qualification juridique (publique ou privée) qu'il reçoit en droit interne, et de son mode de financement, tout opérateur agissant sur un marché concurrentiel, c'est-à-dire offrant des biens ou des services sur ledit marché, exerce une activité d'entreprise¹⁵³¹. Dès lors, les relations contractuelles entre deux personnes morales distinctes s'effectuent nécessairement sous l'égide du droit de la concurrence. Lorsqu'une personne privée entre en relation contractuelle avec l'Administration, elle devient en quelque sorte l'exécutant exclusif du marché de la prestation externalisée. La mise en concurrence formalisée procède alors de la résorption « *du défaut de concurrence sur ledit marché* »¹⁵³². Le principe de neutralité apparaît ainsi comme limité à un champ d'application assez étroit, celui de la gestion directe. En outre, la faculté pour les pouvoirs publics d'exécuter des missions de services qui ont un attrait économique, en usant d'une entité publique distincte de l'administration du point de vue de la personnalité juridique, est également extrêmement limitée. Si la directive prévoit des régimes d'exclusions à la mise en concurrence, ces derniers apparaissent donc comme assez restreint (A). Ainsi, l'administration voit son rôle évoluer en matière d'exécution de ses besoins. Elle se place plus dans la position d'acheteur public que dans celle d'opérateur et devient dès lors une sorte de régulateur du marché économique européen des services d'intérêt général (B).

¹⁵³⁰ Article 2 § 1 de la directive 2014/23/UE et articles 2 § 4 des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, précitées.

¹⁵³¹ CJCE, Aff. C-41/90, 23/04/1991, Höfner, précité.

¹⁵³² MOREL (J-B.), « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *Contrats et marchés publics*, 2013, n°11, étude 9.

A) *Le caractère restreint des régimes d'exclusion au profit des relations entre entités dans le secteur public*

Le droit de l'Union européenne possède une vision naturellement concurrentielle des échanges économiques consistant dans la délivrance de fournitures, la prestation de services et la réalisation de travaux au profit des administrations, *a fortiori* lorsqu'ils entrent dans la configuration des P.P.P. La spécificité de ces instruments conduit en effet à leur justifier l'application des règles relatives à la protection de la liberté d'accès, de l'égalité de traitement et de la transparence des procédures ; même lorsqu'ils nécessitent la formation d'une entité dédiée à la réalisation d'un projet, dont le capital est partagé conjointement par les partenaires public et privé. Les directives de 2014 prévoient néanmoins des exclusions à leur champ d'application. Ainsi, les transferts de compétences en vue de l'exécution d'activités publiques entre pouvoirs adjudicateurs « *et qui ne prévoient pas la rémunération de prestations contractuelles* », relèvent logiquement de l'organisation de l'État et ne peuvent en aucun cas être affectés par les directives « *commande publique* »¹⁵³³.

Ensuite, les nouvelles directives opèrent une codification à « *architecture constante* »¹⁵³⁴ de la jurisprudence de la Cour de justice, de l'arrêt *Teckal*¹⁵³⁵ à l'arrêt *Econord*¹⁵³⁶. En effet, les régimes d'exemption contenus dans les directives pour les relations *in house* sont intégrés dans toute leur complexité. Dès lors, les procédures concurrentielles du droit de l'Union européenne ne sont inapplicables que dans des hypothèses très limitées.

¹⁵³³ Article 1^{er} § 4 de la directive 2014/23/UE et article 1^{er} §6 de la directive 2014/24/UE, précitées.

¹⁵³⁴ CLAMOUR (G.), « marchés et concessions entre entités dans le secteur public », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p. 25.

¹⁵³⁵ CJCE, Aff. C-107/98, 18/11/1999, *Teckal*, Rec., p. I-8121, précitée

¹⁵³⁶ CJUE, Aff. C-182/11, 29/11/2012, *Econord Spa*, *AJDA*, 2013, p.178, note DREYFUS (J-D.), *Contrats et marchés publics*, 2013, comm. 1, note ZIMMER (W.), *JCP A*, 2013, n°3, 2009, note BRAMERET (S.).

Tout d'abord, est prévue l'exclusion des relations *in house* constitutives d'un rapport descendant direct entre entités publiques¹⁵³⁷. C'est la configuration classique de l'*in house*, c'est-à-dire la relation dans laquelle le pouvoir adjudicateur exerce sur une personne morale, au statut public ou privé, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. La personne morale doit exercer plus de 80 % de ses activités dans le cadre de l'exécution des tâches confiées par le pouvoir adjudicateur et ne pas comporter de participation directe de capitaux privés¹⁵³⁸. La directive apporte alors une dérogation notable. Elle précise que l'interdiction de participations privées à l'actionnariat de l'entité ne s'applique pas aux formes sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales et qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée¹⁵³⁹. Cette exception est expliquée dans l'exposé des motifs de la directive. Elle concerne principalement « *les organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics* »¹⁵⁴⁰. Comme le relève le Professeur CLAMOUR¹⁵⁴¹, il s'agit par exemple de couvrir les entreprises sociales de l'habitat réalisant des opérations d'intérêt général et devant obligatoirement comporter dans leur capital des représentants des locataires¹⁵⁴². En dehors de cette hypothèse, aucune coopération verticale avec une entreprise publique ne peut être exonérée de l'application des directives lorsqu'elle détient une part, même infime, de capitaux privés en son sein.

Ensuite, la directive prévoit une exception pour les coopérations verticales conjointes, c'est-à-dire les coopérations dans lesquelles plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle sur la personne morale concernée. Les conditions sont les mêmes que pour l'*in house* descendant¹⁵⁴³. En ce qui concerne la notion de contrôle conjoint, et en dehors de l'effort intellectuel intense que suppose de conjecturer le moyen selon lequel un contrôle peut être à la fois conjoint et analogue, trois conditions cumulatives sont nécessaires :

¹⁵³⁷ Article 12 § 1 de la directive 2014/24/UE, article 17 § 1 de la directive 2014/23/UE et article 28 § 1 de la directive 2014/25/UE.

¹⁵³⁸ CJCE, Aff. C-26/03, 11/01/2005, *Stadt Halle*, précitée.

¹⁵³⁹ Article 12 § 1 c) dir. 2014/24, 17 § 1 c) dir. 2014/23/UE et 28 § 1 c) dir. 2014/25/UE.

¹⁵⁴⁰ Considérant 32 de la directive 2014/24/UE et 46 de la directive 2014/23/UE.

¹⁵⁴¹ CLAMOUR (G.), « marchés et concessions entre entités dans le secteur public », *op. cit.*

¹⁵⁴² Pour la France : Article L 422-2-1 du code de la construction et de l'habitation.

¹⁵⁴³ Article 12§3 de la directive 2014/24/UE, article 17 § 3 de la directive 2014/23/UE et article 28 § 3 de la directive 2014/25/UE.

- Les organes décisionnels de l'entité contrôlée conjointement sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants¹⁵⁴⁴.
- Les pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'entité contrôlée.
- La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Ces différentes conditions pose évidemment énormément de questions sur l'applicabilité de cette exception, notamment sur l'exercice conjoint de l'influence décisive de la société. Comment doit-il se matérialiser ? Suppose-t-il une répartition équitable ou égalitaire du pouvoir de décision ? La restriction opérée permet en réalité de rendre inapplicable l'exception *in house* à certaines sociétés à capitaux entièrement publics intervenant sur un marché concurrentiel¹⁵⁴⁵. Elles exerceraient leurs compétences sur un vaste réseau et seraient contrôlée par une ou des collectivités de grande ampleur. Les personnes publiques de petites tailles qui seraient également ses clientes et qui détiendraient une part minimale de capital, sans pouvoir de décision, pourraient ainsi bénéficier des services de la société sans qu'un contrat avec une procédure formalisée ne soit passé. La directive écarte donc cette possibilité.

Enfin, la dernière exemption concerne les relations constitutives d'un rapport horizontal¹⁵⁴⁶. Elle provient de la jurisprudence *Commission contre Allemagne* de 2009¹⁵⁴⁷. Cette exclusion bénéficie aux contrats conclus entre deux pouvoirs adjudicateurs permettant de garantir que les services publics qu'ils assurent sont réalisés en vue d'atteindre des objectifs communs. Ils doivent être exclusivement orientés à la satisfaction d'intérêts publics et impacter le secteur concurrentiel à

¹⁵⁴⁴ La directive ajoute qu'une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants. Dès lors cela revient à priver d'effet la conception que le juge administratif français se faisait de la jurisprudence Econord. V. CE, 06/11/2013, n°365079, Commune de Marsannay-la-Côte, JCP A 2014, 2002, note BRAMERET (S.), *AJDA*, 2013, p. 60 note CLMAOUR (G.).

¹⁵⁴⁵ NICINSKI (S.), « les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA*, 2012, p.1135.

¹⁵⁴⁶ ZIMMER (W.), « remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *Contrats et marchés publics*, 2015, n°10, dossier n°4.

¹⁵⁴⁷ CJCE, Aff. C-480/06, 09/06/2009, *Commission contre Allemagne*, Rec. 2009, p. I-4747, *AJDA* 2009, p.1131, Chron. BROUSSY (E.) *Contrats et marchés publics*, 2009, comm. 226, note HOEPFFNER (H.), *JCP A* 2009, 2158, note PROOT (P.) et 2248 note LINDITCH (F.).

moins de 20 %¹⁵⁴⁸. C'est donc à une nouvelle limitation des rapports sortant des procédures concurrentielles du droit de la commande publique européenne que nous assistons aujourd'hui. En effet, dans les deux hypothèses évoquées précédemment, l'approche consistait à concevoir la relation comme développée autour d'une entité mère et de sa filiale. Désormais, ce sont les rapports entre structures sœurs qui sont saisis par les directives¹⁵⁴⁹. Les critères sont d'ailleurs très restrictifs, notamment celui des 20 % du secteur concurrentiel concerné dont les modalités de calcul apparaissent assez floues. Elles sont établies en effet au moyen de tout « *paramètre approprié fondé sur les activités pendant les trois années précédant l'attribution du marché* »¹⁵⁵⁰. Par ailleurs, l'exposé des motifs précise que cette coopération peut porter sur « *tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants* »¹⁵⁵¹. Cependant, en appliquant des critères très stricts, c'est *a contrario* à toutes les activités entre pouvoirs adjudicateurs n'entrant pas dans ces cas de figure que doit être appliquée le droit européen de la commande publique.

Mise à part ces différentes hypothèses, le droit européen de la commande dévoile ainsi combien il s'oriente vers une logique d'externalisation. A ce propos, il est tout à fait frappant de remarquer que la directive concession ne s'applique pas aux entreprises liées¹⁵⁵². Cette notion signifie que le concessionnaire exerce sur une autre entreprise une influence dominante, laquelle résulte du fait qu'il détient la majorité du capital de l'entreprise, ou qu'il dispose de la majorité des voix dans les organes décisionnels, ou qu'ils puissent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise. D'autre part, la directive ne s'applique pas non plus aux co-entreprises¹⁵⁵³, c'est-à-dire aux *joint-ventures*. En d'autres termes, lorsqu'une entité adjudicatrice fait partie d'une entreprise commune, qu'une entreprise commune souhaite déléguer une concession à une de ses « entreprises », ou qu'une entreprise concessionnaire soit liée à une

¹⁵⁴⁸ Article 12 § 4 de la directive 2014/24/UE, article 17 § 4 de la directive 2014/23 et article 25 § 4 de la directive 2014/25/UE.

¹⁵⁴⁹ PLATON (S.) et MARTIN (S.), « L'exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique », *AJDA*, 2012, p.1138.

¹⁵⁵⁰ Article 12 § 5 de la directive 2014/24/UE, article 17 § 5 de la directive 2014/23 et article 25 § 5 de la directive 2014/25/UE.

¹⁵⁵¹ Cons. 33 de la directive 2014/24/UE et cons. 47 de la directive 2014/23/UE, précitée.

¹⁵⁵² Article 13 de la directive 2014/23/UE, précitée.

¹⁵⁵³ Article 14 de la directive 2014/23/UE, précitée.

autre ; les directives ne s'appliquent pas. Pour résumer, l'ensemble des relations intra-groupes sont exemptés d'application des dispositions de la directive. Le droit européen des concessions prévoit des exemptions moins strictes au bénéfice des entreprises concessionnaires qu'aux organismes de droit public. En effet, les critères sont bien moins contraignants. De plus, ils sont alternatifs alors que les critères de la relation *in house* sont cumulatifs. Ce choix a du mal à justifier à lui seul la neutralité affichée par le droit de l'Union.

Les directives intègrent donc manifestement la jurisprudence de la Cour et restreignent, *de jure*, les régimes d'exception à la mise en concurrence. De ce fait elles témoignent de l'évolution du rôle d'acheteur public par rapport à sa construction historique. De l'adjudicateur recherchant à solutionner son besoin à moindre coût, dans une logique de protection des deniers publics et de lutte contre la corruption, l'acheteur public est devenu une sorte de régulateur dynamique de la concurrence dans le cadre du marché ouvert des services d'intérêt général.

B) L'évolution du rôle d'acheteur public dans le cadre de la régulation du « marché » des S.I.E.G

La professionnalisation du rôle d'acheteur public est manifeste. Le commanditaire doit en effet se comporter comme un véritable commercial. En témoigne l'utilisation grandissante de néologismes anglo-saxons réservés d'habitude au monde du commerce. L'acheteur public doit ainsi faire du « *sourcing* » (ou identification). Le terme utilisé en gestion des ressources humaines pour décrire un processus qui a pour objectif d'identifier des candidats correspondant aux profils recherchés par le client. Il doit également réaliser du « *benchmarking* » (référenciation ou étalonnage), c'est-à-dire appliquer une technique de marketing consistant à étudier et analyser les modes de gestion, les modes d'organisation des autres entreprises afin de s'en inspirer et d'en retirer le meilleur. Cette mutation de la fonction d'acheteur public doit donc être accompagnée par des réseaux d'informations. Cependant, la connaissance des différentes solutions (notamment sur

le plan technique) proposées par le secteur concurrentiel est indispensable à la démarche de satisfaction de son besoin. La connaissance des produits, des prix et des techniques utilisées par les entreprises concurrentes permettra donc à l'acheteur public de choisir la procédure de passation la plus pertinente, l'offre la plus efficiente et de pouvoir contrôler l'exécution de l'opération.

Par ailleurs le recours à l'externalisation et à la mise en concurrence ont influencé une mutation de sa fonction. Ce dernier voit en effet évoluer son rôle de « pouvoir adjudicateur » traditionnellement cantonné à la passation du contrat dans le respect des procédures existantes, à celui de régulateur du secteur concurrentiel sur lequel s'établit son propre contrat¹⁵⁵⁴. À cet égard, plusieurs observations méritent d'être formulées. La notion de régulation économique évoque le fait d'agir sur un système concurrentiel complexe, afin d'établir une coordination des différentes actions possibles, c'est-à-dire en maintenant un équilibre entre l'offre et la demande de manière à ce que le marché puisse s'adapter aux différentes circonstances¹⁵⁵⁵. La notion s'applique notamment à l'ensemble des mécanismes qui organisent la production et la commercialisation de biens et de services dans des secteurs économiques où la concurrence ne peut pas s'exercer pleinement.

Après la banalisation de statut et les privatisations des grandes entreprises publiques, les États ont mis en place des structures de régulation permettant la « *sauvegarde des préoccupations d'intérêt public* »¹⁵⁵⁶. Ces entités leur permettent en effet de maintenir leur influence et d'organiser les nouveaux marchés, notamment par l'édiction de standards de qualité, l'octroi d'autorisations, la régulation des tarifs au public et la surveillance du marché en général. Dans les secteurs électriques et ferroviaires par exemple, les conséquences pratiques des directives furent la création d'entités en charge de la gestion des réseaux – Réseau ferré de France¹⁵⁵⁷, *Rete ferroviaria italiana*, Réseau de transport d'électricité et *Terna Rete Elettrica Nazionale*. Des agences et des d'autorités de régulation indépendantes ont également

¹⁵⁵⁴ KALFLÈCHE (G.), « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA*, 2007, p. 2420.

¹⁵⁵⁵ FRISON-ROCHE (M-A.), *Définition du droit de la régulation économique*, Paris, Presse de Science Po, 2004, p.7 à 15.

¹⁵⁵⁶ THIRION (N.). *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*. Bruxelles, Paris, LGDJ, 2002, p. 656.

¹⁵⁵⁷ Aujourd'hui « SNCF réseau » depuis sa réintégration en 2014 au sein de la S.N.C.F.

été créés¹⁵⁵⁸. Dans cette acception, il existe également des formes d'autorités de régulation de la concurrence dans la commande publique. En Italie, *L'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici* (A.C.V.P), aujourd'hui dissoute, a vu ses missions confiées à l'*Autorità Nazionale Anticorruzione* (A.N.A.C)¹⁵⁵⁹. Cette entité dispose de nombreuses prérogatives en matière de régulation du secteur de la commande publique. Elle est par exemple chargée de surveiller l'ensemble des contrats passés, de prévenir les actes de corruption, de contrôler le respect des principes fondamentaux de la commande publique, notamment celui de transparence, etc. En France des missions similaires sont attribuées à la D.G.C.C.R.F. Elle veille à l'exercice d'une concurrence loyale dans l'accès à la commande publique. À ce titre, elle est chargée de veiller à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles¹⁵⁶⁰, en s'assurant de l'exercice d'une concurrence suffisante entre les opérateurs susceptibles de répondre aux différentes procédures existantes. Ces entités surveillent les marchés¹⁵⁶¹, ciblent les secteurs présentant un risque et peuvent permettre, par leurs instructions, à l'aboutissement de sanctions. La question est alors de savoir les effets de ces sanctions sur la passation des contrats de commande publique. En d'autres termes, des agissements anticoncurrentiels, comme les ententes par exemple, pourraient ils aboutir à l'annulation d'un contrat ? En cas de réponse positive à cette question, quel est le rôle de l'acheteur public ? Est-il une sorte de régulateur de son propre marché ?

Tout d'abord, le Conseil d'État ne laisse présager aucun doute quant au sujet de l'application du droit de la concurrence. Il énonce en effet qu'il appartient à la personne publique de vérifier que « *les règles de libre concurrence sont effectivement respectées* »¹⁵⁶². La Cour de cassation italienne avait formulé en 2000 la même interprétation lorsqu'elle annonçait que les contrats, publics comme privé,

¹⁵⁵⁸ L'autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, Commission de régulation de l'énergie, *Autorità per l'energia elettrica e il gas*, etc.

¹⁵⁵⁹ D.L n°90 del 24/06/2014, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, G.U n°144 del 24/06/2014.

¹⁵⁶⁰ Titre II du livre IV du code du commerce.

¹⁵⁶¹ Le code des marchés publics de 2006 prévoit ainsi en article 23 que « *lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission d'appel d'offres, le comptable public et un représentant du service en charge de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres* ».

¹⁵⁶² CE, n° 233360, 28/04/2003, *Fédération nationale des géomètres experts*, Rec. p. 623.

violant les règles générales de la concurrence sont annulables au sens des articles 1425 et suivants du code civil¹⁵⁶³. Le juge administratif ne manquera pas ainsi de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles¹⁵⁶⁴. Le juge administratif français a également appliqué ces principes dans sa décision *Ryanair* de 2006, estimant que la rémunération de la prestation de promotion touristique par plusieurs collectivités territoriales et la chambre du commerce et de l'industrie du Bas-Rhin au profit de la compagnie aérienne excédaient très largement le coût qu'aurait pu verser un investisseur privé en économie de marché. Dès lors, la délibération autorisant le président de la C.C.I à signer conventions devait être annulée¹⁵⁶⁵.

Le rôle de l'acheteur peut donc se muer en véritable régulateur de son marché. Travaillant de concert avec l'autorité chargée de faire respecter la concurrence, il doit prévenir des possibles ententes, concentrations ou tout autres pratiques susceptibles de fausser la concurrence. À ce titre, il peut entrer en relation étroite avec les organismes régulateurs des marchés. Cela se traduit par une transmission d'informations permettant par exemple à la D.G.C.C.R.F et à l'A.N.A.C d'assurer au mieux leur mission de surveillance du marché « commande publique ». La personne publique victime d'une pratique anticoncurrentielle pourra ensuite obtenir réparation du préjudice subi. Il pourra également demander au juge compétent de constater la nullité du contrat conclu

Les directives « commande publique » de 2014 ne sont du reste pas insensibles au phénomène des pratiques anticoncurrentielles. La directive marché note ainsi que dans la plupart des marchés publics de l'Union, les acheteurs publics ont tendance à regrouper leurs demandes afin d'obtenir des économies d'échelle. La directive associe cette pratique à une forme de concentration. Elle appelle alors à une surveillance accrue du mécanisme afin d'éviter « *une concentration excessive du pouvoir d'achat et le risque de collusion et pour préserver la transparence et la concurrence, ainsi que les possibilités d'accès au marché pour les petites et*

¹⁵⁶³ Cass. it. Sentenza n° 14901 del 17/11/2000.

¹⁵⁶⁴ TAR PIEMONTE, Sez. II, Sentenza n°464 del 30/01/2007, cité *in*, D'ALBERTI (M.), « interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici », *D. Amm*, 2008, fasc.2, p. 297.

¹⁵⁶⁵ CE, n° 264406 du 27/02/2006, *Compagnie Ryanair*, Rec. p. 95, *AJDA* 2006, p. 519, *Contrats et marchés publics* 2006, n°4, p.30, note ECKERT (G.), *JCP A*, n°12, p. 388, note KARPENSCHIF (M.).

moyennes entreprises »¹⁵⁶⁶. Pour résoudre ces problèmes, elle consacre les mécanismes d'unités opérationnelles et de centrales d'achats¹⁵⁶⁷. Ils permettent l'achat groupé dans l'optique de garantir la concurrence. La combinaison du droit de la concurrence et du droit de la commande publique est ainsi manifeste.

La justification constante de l'adaptation du droit au fait par les différents mécanismes que nous venons de décrire pourrait laisser présager de l'application d'un instrument homogène. Il faciliterait en effet les échanges dans le cadre du marché commun. Pourtant, cette perspective est selon nous difficile à mettre en œuvre.

CHAPITRE 2 :

LE DEVELOPPEMENT PROBLÉMATIQUE

D'UN MODÈLE UNIQUE DE P.P.P.

Homogénéiser les catégories contractuelles dans une matière qui manque de clarté serait-elle la solution pour parvenir à l'unité, à l'ordre. En d'autres termes, la mise en place d'un modèle unique déclinable en série dans les systèmes juridiques des États membres est-elle inéluctable au vue du phénomène de convergence des droits dans l'ordre juridique intégré que constitue L'Union européenne ?

Si cette démarche à pour but de mettre fin aux incertitudes dues à la multiplicité des catégories et des procédures, source d'instabilité et d'illisibilité du système ; il n'en demeure pas moins qu'elle serait selon nous problématique. L'analyse comparée que nous avons entrepris d'effectuer démontre que le modèle serait difficilement applicable aux deux pays de notre étude. En effet, la détermination d'un modèle unique est, de façon générale, difficilement compatible avec la spécificité des structures juridiques nationales (I). De façon plus particulière,

¹⁵⁶⁶ Considérant 59 et 69 de la directive 2014/24/UE.

¹⁵⁶⁷ KARPENSCHIF (M.), « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *Contrats et Marchés publics*, 2014, n°6, p.21.

elle apparaît inconciliable avec les particularités du droit de la commande publique en France et en Italie (II).

Section 1 : Une application difficilement compatible par rapport à la spécificité des structures juridiques nationales

La notion de compatibilité provient bas latin médiéval *compatibilis* de *com* (avec) et de *patibilis* (supportable)¹⁵⁶⁸. La notion de compatibilité ne doit pas être confondue avec celle de conformité. Une opération est compatible avec une autre dans la mesure où elle ne remet pas en cause ses orientations fondamentales. La compatibilité apparaît ainsi comme une notion souple. Malgré son instabilité, « *le droit administratif repose sur la fiction de sa propre rigueur* »¹⁵⁶⁹. Les fictions du droit public sont hiérarchisées de façon rigide et constituent ainsi le ciment de notre ordre juridique. Les problèmes d'intégration en France et en Italie d'un modèle homogène de P.P.P. peuvent être résumés en transposant la métaphore développée par le Professeur Manuel GROS : « *Un peu comme les jeux d'enfants composés d'un cadre de bois percé de trous à formes géométriques (carrés, ronds, rectangles) et où il faut poser le morceau de bois précis dans le trou idoine, la hiérarchie des normes exige la forme parfaitement adaptée. Si en revanche, alors que le cadre est en bois, les formes à intégrer sont molles, l'on arrivera sans doute à donner l'illusion de faire entrer un rond dans un carré, mais il ne tiendra jamais longtemps, son élasticité le faisant sortir de la cavité* »¹⁵⁷⁰.

Pour démontrer l'hypothèse d'incompatibilité d'un instrument global au sein des pays membres de l'U.E, deux exemples frappant peuvent être utilisés. Ils montrent à quel point serait difficile l'intégration d'un modèle dont la particularité est de se singulariser comme instrument dérogatoire aux règles générales de chaque système juridique interne. Il en est ainsi en ce qui concerne la comptabilisation (§1)

¹⁵⁶⁸ V. *Le grand Robert*, *op. cit.*, entrée « Compatible ».

¹⁵⁶⁹ GROS (M.), *Droit administratif : l'angle jurisprudentiel*, Paris, l'Harmattan, 5^{ème} éd., 2014, p. 235.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

et l'exécution (§2) des instruments juridiques du P.P.P. en droit français et en droit italien.

§1) La comptabilisation des instruments juridiques du partenariat public-privé

Placés sous l'étroite surveillance des juridictions financières (B), les différents types d'instruments juridiques du partenariat public-privé sont en adéquation avec le traitement comptable dont ils doivent faire l'objet (A).

A) L'adéquation entre le traitement comptable de l'instrument et sa catégorisation en droit de la commande publique

En 2004, EUROSTAT prenait une décision relative au traitement comptable des partenariats publics-privés¹⁵⁷¹. L'office statistique de l'Union européenne recommandait en effet que les actifs liés aux instruments juridiques du P.P.P. soient classés comme non publics. Ils n'intègrent donc pas le bilan comptable des administrations lorsque le partenaire privé supporte cumulativement le risque de construction¹⁵⁷² et, soit le risque de disponibilité¹⁵⁷³, soit celui lié à la demande¹⁵⁷⁴. Dès lors, les conséquences de cette répartition furent importantes en termes de finances publiques. Au niveau de la dette publique, seuls seront en effet impactés aux profits des collectivités les dépenses couvrant ces types de risques. Se pose ainsi la question de la répartition comptable des instruments juridiques du P.P.P. puisque l'intérêt de l'invention de certains mécanismes consistait à consentir ni plus ni moins une forme de prêt imputé au profit du partenaire privé. Étaient visées ainsi explicitement les opérations de construction au profit direct de l'administration, lesquelles ne peuvent être financées par une taxe ou une redevance perçue sur

¹⁵⁷¹ EUROSTAT, Décision 2004-18 ; et, *Le traitement comptable des partenariats public-privé*, Communiqué de Presse du 11/02/2004.

¹⁵⁷² Le risque de construction couvre la date de mise à disposition du bien et son coût final.

¹⁵⁷³ Le risque de disponibilité couvre le maintien de la mise à disposition de l'ouvrage pendant l'exécution du contrat.

¹⁵⁷⁴ Le risque de demande correspond aux variations d'utilisation du bien par les usagers.

l'usager. Ces contrats nécessitent en effet une dépense initiale en capital importante et la fourniture de prestations de services accessoires. Dans cette hypothèse les actifs sont donc enregistrés, depuis la décision de 2004, comme publics et non dans le bilan comptable du partenaire.

En pratique, l'analyse de ce type de risque permettant la classification des différents partenariats est effectuée sous la responsabilité des offices statistiques nationaux¹⁵⁷⁵. Cependant, dans certains cas elle pourrait aboutir à des conclusions fondées sur des hypothèses assez fragiles. En effet, le manuel du système européen de comptabilité (S.E.C 95) sur lequel se fonde Eurostat¹⁵⁷⁶ illustre à travers deux exemples précis les différentes règles applicables¹⁵⁷⁷ :

- Dans le cadre de la construction d'une prison (selon la formule du B.E.A ou de la *locazione finanziaria* par exemple), on considérera que l'investissement pour la réalisation de l'actif entrera dans le calcul de la dette publique notamment parce que les risques incomberont à l'administration. En revanche, les mécanismes de construction et de mise à disposition à l'administration avec location simple, comme c'est par exemple avec le contrat italien de *disponibilità*, seront considérés comme faisant entrer l'actif réalisé dans le patrimoine du partenaire privé¹⁵⁷⁸. Eurostat recommande cependant dans les cas où les risques étudiés ne permettent pas de tirer de conclusions claires, que des critères supplémentaires peuvent être utilisés, notamment celui du transfert de l'ouvrage à la propriété de la personne publique en

¹⁵⁷⁵ L'institut national de la statistique et des études économiques pour la France (I.N.S.E.E) et l'*Istituto nazionale di Statistica* pour l'Italie (I.S.T.A.T).

¹⁵⁷⁶ V. ARTHUIS (J.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur la prise en compte de la dette publique dans les comptabilités nationales*, n° 374, 31/003/2010, Les statistiques en matière de finances publiques sont déterminées en fonction des normes de comptabilité nationale. Ces normes font l'objet d'une définition précise dans le règlement CE n°2223/96 du 26/06/1996 qui définit le S.E.C 95. La notion de comptabilité nationale s'oppose ainsi à celle de comptabilité publique qui correspond aux normes que les différentes administrations des États membres appliquent. Dès lors, la comptabilité nationale se distingue de la compatibilité budgétaire dans la mesure où elle est une indication des flux monétaires représentatifs de l'économie d'un pays. Le manuel SEC 95 explique les règles du SEC 95 relatives aux finances publiques.

¹⁵⁷⁷ Cité in, LIGNÈRES (P.), « L'impact de l'allocation des risques dans les PPP sur la dette publique : éléments de réflexion », *Revue du trésor*, 06/2007, p.291, numéro spécial.

¹⁵⁷⁸ Corte dei conti, Sez. Riunite, 24/05/2013 *Rapporto 2013 sul coordinamento della finanza pubblica*, p. 114 ; V. également: Sez. Regionale Lombardia, *Deliberazione n° 439/2012 del 23/10/2012*.

fin d'exploitation. Dans cette hypothèse, les « biens de retour » seront alors considérés comme un indice suffisant pour permettre l'intégration du partenariat dans la dette publique.

- Dans le cadre de la construction d'une autoroute, la personne publique peut choisir de rémunérer son cocontractant annuellement, notamment en fonction du nombre de véhicules empruntant l'infrastructure. Dans cette hypothèse, l'ouvrage est enregistré au compte de l'administration car les risques n'appartiennent pas au partenaire privé. Pour les concessions autoroutières, l'opération n'a aucune incidence sur les comptes publics durant son exploitation. Elle ne doit par conséquent pas être inscrite dans son bilan.

Il est alors aisé de remarquer que la distinction comptable des instruments juridiques est en adéquation avec la catégorisation des P.P.P. Elle permet ainsi d'appréhender la réalité de la dette d'une personne publique. En effet, le financement de projet établi dans le cadre d'un contrat de partenariat ou d'une concession en Italie pourrait permettre de se procurer des ressources financières pour la construction d'équipements publics sans que ces dernières ne soient inscrites au budget des administrations. Dans la mesure où les sommes investies sont levées sur les marchés financiers par la société porteuse du projet, et que cette dernière garantit sa dette sur la rentabilité de l'opération, il pourrait être tentant pour les administrations d'inscrire la dépense que constitue la rémunération de la société partenaire en dépense de fonctionnement, et de masquer de cette manière leur niveau d'endettement réel. La différence de traitement comptable, basée sur la différence d'allocation des risques, donc sur la nature marché ou concession du P.P.P., permet d'éviter ce genre de procédé « *cache misère* »¹⁵⁷⁹.

En effet, s'il apparaît avec évidence que ces motivations d'ordre budgétaire et financier peuvent s'expliquer par un contexte économique de crise dans lequel la limitation, en apparence, du niveau de dette publique pouvait faire sens¹⁵⁸⁰, il n'en demeure pas moins que ces contrats aux risques élevés peuvent devenir de véritables

¹⁵⁷⁹ V. ARTHUIS (J.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur la prise en compte de la dette publique dans les comptabilités nationales*, n° 374, 31/03/2010, p. 64

¹⁵⁸⁰ V. SUEUR (J-P.) et PORTELLI (H.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles [...] sur les partenariats public-privé*, n° 733, 16/07/2014, p.23.

carcans pour les personnes publiques. Le P.P.P. du stade du Mans est un exemple topique des risques du financement portant sur ce type de montage contractuel. Inauguré en 2011, le *MMArena* est devenu un fardeau financier pour la commune. Le club résident, rétrogradé en division amateur à la suite d'importantes difficultés financières, ne pouvait plus payer le loyer fixé contractuellement et sur lequel était déterminé en grande partie le modèle économique du contrat¹⁵⁸¹. Les personnes publiques porteuses du projet se sont alors substituées à lui, avec un effet notable sur le montant de la redevance qu'elles payent désormais au partenaire privé. Le contrat prévoyait en effet que le risque lié à l'aléa sportif au titre du loyer dû par le club résident était à la charge de la personne publique.

Ce débat récurrent sur la place du partenariat, instrument de déconsolidation budgétaire ou symbole de l'efficacité économique en matière de commande publique¹⁵⁸², ne doit pas cependant occulter la question du traitement comptable de ces instruments. En effet, cette question est d'autant plus importante qu'elle s'inscrit dans un mouvement général et contemporain d'exigence vis-à-vis de la fiabilité des informations comptables délivrées par les personnes publiques. Dans ce sens, c'est la question de la sincérité des comptes qui mérite d'être abordée puisque l'absence d'inscription de tels contrats dans le bilan des administrations peut être assimilée par de la dissimulation des risques budgétaires¹⁵⁸³.

Dès lors, les instruments juridiques du P.P.P. font l'objet de traitements particuliers au niveau international, notamment pour les collectivités territoriales qui sont les premières utilisatrices de ces montages¹⁵⁸⁴. La comptabilisation des P.P.P.

¹⁵⁸¹ Chambre régionale des comptes de P.A.C.A., *Rapport d'observations définitives sur la gestion de la commune de Marseille*, p. 45.

¹⁵⁸² DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.), « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », *Lamy coll. Terr.*, 2012, n°75, p.69.

¹⁵⁸³ Voir les exemples des contrats de PFI au Royaume-Uni dont Messieurs MARTY et VOISIN démontrent que 12 % des 628 contrats répertoriés par le trésor Britannique faisaient l'objet d'une déconsolidation dans les comptes publics, ce qui permettait de mettre hors bilan des investissements colossaux en termes budgétaires (31 milliards de livres sterling sur les 58 investis depuis le début de programme). V. MARTY (F.) et VOISIN (A.), « La comptabilisation des contrats de Private Finance Initiative au Royaume-Uni », *Cahier de recherche du GIREF*, n°2, mars 2009.

¹⁵⁸⁴ À titre d'exemple, sur la période allant de 2004 à 2014 en France et pour les contrats de partenariat, A.O.T-L.O.A et B.E.A, les collectivités territoriales furent à l'origine de plus de 60 % des projets. V. Centre d'expertise pour l'observation des P.P.P., *Rapport statistiques semestriel 2014*, www.cefoppp.org.

ne fait ainsi pas l'objet d'un traitement spécifique par les normes I.F.R.S.¹⁵⁸⁵. Au niveau international, les I.F.R.I.C.¹⁵⁸⁶ se différencient de l'interprétation du système Eurostat, en ce qu'elles n'inscrivent pas au bilan de la personne publique l'actif corporel du P.P.P. en fonction de la notion de risque mais en fonction de la notion de contrôle. En effet, l'I.A.S.B.¹⁵⁸⁷, sur lequel se basent les principales agences de notation lorsqu'elles jugent de la qualité de la signature publique, refuse, dans ses analyses sur la comptabilité publique traditionnelle, de prendre en compte les risques de demande ou de disponibilité. Cela conduit régulièrement, selon lui, à déconsolider la dette des administrations, dans la mesure où la détermination de ces risques appelle à une interprétation discrétionnaire de la part des autorités nationales¹⁵⁸⁸. Le critère du contrôle, apparaissant comme plus objectif, est alors retenu pour déterminer qui de l'administration ou de son partenaire, au niveau des normes comptables internationales, doit intégrer l'actif dans son bilan. Deux conditions cumulatives permettent de déterminer ce contrôle. La personne publique doit d'une part contrôler, au sens de réguler, le service rendu. Il s'agit alors pour elle de déterminer et surveiller les modalités d'exécution, de fixer le prix ou le tarif et d'apprécier les destinataires. D'autre part, elle doit être la destinataire à la fin du contrat de tout intérêt résiduel sur les actifs. Dans ces deux conditions, le contrôle est donc présumé public.

Il est ainsi aisé de remarquer que si pour des raisons tenant à la non-déconsolidation comptable, les normes internationales ont été rédigées différemment des normes de comptabilité nationales édictées par Eurostat, il n'en demeure pas moins que ces deux différentes catégories peuvent cibler des contrats aux fonctions identiques. En effet, ils ont vocation à être rencontrés essentiellement dans les contrats de commande publique permettant l'édification d'équipements publics au profit direct de l'administration. Ils sont d'ailleurs dénommés dans la norme IFRIC 12 comme des « *financial asset models* »¹⁵⁸⁹, c'est-à-dire des modèles d'actif

¹⁵⁸⁵ *International Financial Reporting Standards* ou normes internationales d'information financières

¹⁵⁸⁶ Les I.F.R.I.C. (*International Financial Reporting Interpretations Committee*) sont en quelques sortes les directives d'interprétations des normes comptables I.F.R.S. Elles sont publiées par le comité d'interprétation des normes comptables internationales.

¹⁵⁸⁷ *International Accounting Standards Board* ou bureau international des normes comptables

¹⁵⁸⁸ V. MARTY (F.) et VOISIN (A.), *op. cit.*, p.6.

¹⁵⁸⁹ IFRIC 12, 03/03/2005, *Service Concession Arrangements- determining the Accounting model*, www.iasplus.com.

financier. Les cas dans lesquels la personne publique ne contrôle pas le bien sont nommés dans la terminologie internationale comme « *intangible asset model* », à savoir des modèles d'immobilisation incorporelle. Dans ces cas, le partenaire privé se rémunère par un droit sur l'exploitation de l'ouvrage. Cette créance détenue généralement sur l'usager constitue ainsi une sorte d'actif immatériel. Nous retrouvons ici la catégorie des ouvrages construits au profit des usagers. Ces biens entrent donc dans le bilan du partenaire selon les normes internationales. Néanmoins, nous sommes en mesure de nous interroger sur la place de cet instrument lorsque le risque est contractuellement garanti par la personne publique en cas défaut d'utilisation du bien. Ce type de clause constitue en effet une forme de droit inconditionnel à recevoir de la trésorerie parce que les montants versés ne dépendent, dans ce cas, plus de l'exploitation sur les usagers.

En Italie, c'est la loi n°31 du 28 février 2008¹⁵⁹⁰ qui traite de comptabilisation des P.P.P. En effet, elle se réfère aux règles édictées par Eurostat et donc à la notion de risque. Les administrations sont donc tenues de communiquer à l'U.T.F.P les informations relatives aux opérations de P.P.P. dans lesquelles elles sont engagées selon la typologie formulée dans la décision du 11 février 2004 par l'office statistique européen. Le Code des contrats publics a ensuite été modifié pour que cette obligation soit inscrite à l'article 3 paragraphe 15-ter¹⁵⁹¹. L'U.T.F.P doit ensuite transmettre ces informations à l'institut italien de statistique (I.S.T.A.T). La différenciation comptable procède donc en droit italien d'une différenciation sur la nature des risques, donc sur la nature des différents contrats.

En France, des arrêtés de 2010¹⁵⁹² modifient les règles comptables antérieures¹⁵⁹³ et enjoignent les personnes publiques concernées d'inscrire à leur

¹⁵⁹⁰ Legge n°31, 28/02/2008, *Converzione in legge, con modificazioni, del decreto-legge del 31/12/2007, n°248, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria*, G.U, n°51 del 29/02/2008, S.O, n°47.

¹⁵⁹¹ D. lgs n°152, 11/09/2008, *ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n°163*, G.U n°231 del 02/10/2008, S.O, n°227.

¹⁵⁹² Arrêtés du 16/12/2010 *relatif à l'instruction budgétaire et comptable M 14 applicables aux communes et aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif*, J.O.R.F n° 297 du 23/12/2010 p. 2256. Pour les départements (instruction M52), les régions (instruction M 71) et les établissements publics de santé (instruction M 21), des arrêtés du même jours apportent les mêmes modifications.

¹⁵⁹³ Pour un panorama exhaustif, Voir : BERGÈRE (F.), « PPP et comptabilisation des engagements », *Revue du trésor*, 06/2007, numéro spécial, p.255.

bilan et de reconnaître au passif une dette correspondante à l'ensemble des engagements liés aux P.P.P. selon une forme de « mélange » des critères précédemment évoqués au niveau international et européen. Deux modèles ont été proposés par l'institut de la gestion déléguée¹⁵⁹⁴ : le contrat économique complet et le contrat économique incomplet¹⁵⁹⁵. Ils correspondent respectivement aux normes internationales IFRIC 12 de modèle actif financier et de modèle d'immobilisation incorporelle, en d'autres termes aux P.P.P. intégrables soit dans la catégorie des marchés publics, soit dans la catégorie des concessions. En effet, dans le contrat complet, une mission globale est dévolue au partenaire en contrepartie d'un loyer alors que dans le contrat incomplet le partenaire se voit transférer le droit d'exploiter contre paiement d'une redevance sur l'usager. Dans la première hypothèse, la personne publique se voit constituer une dette irrévocable courant tout au long de l'exploitation de l'ouvrage, ce qui justifie l'inscription de l'opération dans sa propre dette¹⁵⁹⁶. Dans la seconde, celle de l'immobilisation incorporelle, les paiements proviennent d'un droit d'exploitation et le partenaire privé finance son projet sur ces flux de trésorerie spécifiques. Sauf à ce que le risque de demande soit garanti par la personne publique durant le temps de l'exploitation, la dette ne peut être reconnue dans les comptes publics mais dans le bilan du partenaire.

Les définitions utilisées en droit de la commande publique apparaissent ainsi de prime abord comme cohérente avec les normes européennes et internationales de comptabilité. Cependant, les définitions peuvent être ambiguës et permettre des interférences entre les différents contrats (les péages virtuels dans les concessions, recettes annexes dans les contrats de partenariats, garanties de la personne publique sur les risques de demande). Ce problème conduit à s'interroger sur la formulation d'un modèle homogène de P.P.P., comme le conçoit par exemple l'IFRIC 12 qui les englobe dans une seule catégorie dérivée de la concession dont la conception est élargie (*le service concession arrangements* ou accord de concession de service). Peut aussi être prise en compte la spécificité des systèmes juridiques qui distinguent deux

¹⁵⁹⁴ Rapport LEBRUN, *Aspect économique et comptable des investissements dans les P.P.P.*, I.G.D, 06/2011, p.21

¹⁵⁹⁵ V. *Infra*, p. 421.

¹⁵⁹⁶ V. MARTY (F.) et VOISIN (A.), *op. cit.*, p. 9.

catégories dans les P.P.P. et conclure à la formation d'un droit spécial pour ces catégories spécifiques. Nous penchons pour la seconde hypothèse¹⁵⁹⁷.

B) Le contrôle des juridictions financières sur les différents instruments

Il se matérialise en France par le contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes (1). En Italie, il est effectué par la *Corte dei conti* (2).

1) Le contrôle de la Cour et des Chambres régionales des comptes

Dans son dernier rapport public¹⁵⁹⁸, la Cour des comptes concluait sur les contrats de partenariats en affirmant que « *sur le long terme, [leur] équilibre économique [était] souvent défavorable aux collectivités territoriales* ». La Cour dénonce en effet le caractère démesuré de coûts « *purement financiers* » dans certaines opérations, le manque de concurrence induit par le fait que ces opérations de grandes envergures ne pouvaient être réalisées que sous l'égide des quelques très grands groupes du B.T.P et les risques « *trop souvent assumés par les collectivités* »¹⁵⁹⁹, biaisant quelque peu la notion de « partage » à laquelle se réfère pourtant l'ordonnance de 2004. En outre, elle estime que ces contrats ne sont qu'une forme de dette déguisée puisqu'ils consistent à « *différer le paiement d'une dépense d'investissement* »¹⁶⁰⁰.

À travers cette analyse, ce n'est pas la notion même de partenariat public-privé qui est critiquée, mais plutôt l'instrument spécifique permettant l'édification d'un équipement public par un partenaire privé dont la rémunération s'effectue par des paiements périodiques de l'administration. D'ailleurs, l'un des principaux reproches adressés à la formule résidait dans le fait de masquer l'endettement réel de

¹⁵⁹⁷ V. *Infra*, p. 429

¹⁵⁹⁸ Cour des comptes, *Rapport public annuel 2015*, p. 147 à 217.

¹⁵⁹⁹ *Idem.*

¹⁶⁰⁰ *Idem.*

la personne publique, en utilisant ces instruments à des fins de déconsolidation comptable¹⁶⁰¹.

Nous avons vu précédemment que cette mission globale de construction avec externalisation de services accessoires nécessitait, étant donné le coût important de l'opération, le financement du projet auprès des marchés internationaux. En l'absence de flux de trésorerie venant de paiements des usagers et garantissant de cette manière la dette contractée par le partenaire, la société de projet constituée garantissait les fonds levés par la qualité de la signature publique venant rémunérer annuellement sa prestation. La Cour considère cette pratique comme permettant constitution de dettes à paiement différé dans l'irrespect des règles comptables issues des arrêtés de 2010¹⁶⁰². Les contrats de partenariats peuvent ainsi permettre aux collectivités de s'affranchir des règles budgétaires et comptables si bien que les magistrats du Palais Cambon préconisent de ne pas faire de cet « *instrument dérogatoire un instrument financier détourné des ses objectifs initiaux* »¹⁶⁰³. À ce titre, l'analyse de la Haute juridiction financière entre bel et bien dans l'idée selon laquelle la notion de P.P.P. ne doit pas faire l'objet d'un contrat homogène applicable en série aux États membres de l'U.E sans distinguer de leurs spécificités, mais plutôt se répartir harmonieusement en diverses formes contractuelles. Ces différentes formes doivent obéir alors à un régime dérogatoire, c'est-à-dire spécifique par rapport aux contrats classiques de la commande publique. Dans cette hypothèse, leur utilisation sera justifiée dans des cas particuliers¹⁶⁰⁴.

Les juridictions financières françaises peuvent intervenir à différents stades de la procédure. Les Chambres régionales des comptes peuvent être saisies pour avis par le représentant de l'État dans le département. Après un délai d'un mois, elles rendent alors un avis motivé aux termes duquel sont examinées les conditions de passation, l'économie générale du contrat et son incidence financière sur le budget de l'administration concernée. Les juridictions financières peuvent ensuite se prononcer quant à la gestion des administrations¹⁶⁰⁵. La Cour des comptes vérifiera

¹⁶⁰¹ LINDITCH (F.), « Les partenariats public-privé, vecteurs d'externalisation et de déconsolidation ? Quelques interrogations de nature financière... », *Droit et ville* n° 60, 2005, p.229.

¹⁶⁰² *Idem*, p. 173.

¹⁶⁰³ *Ibid*, p. 175.

¹⁶⁰⁴ Article L. 234-1 et L. 234-2 du code des juridictions financières. (C.J.F)

¹⁶⁰⁵ V. NOGUELLOU (R.), *Le BEH de l'hôpital sud francilien*, DA n°3, 03/2015, alerte 18.

ainsi pour l'État la réalité des dépenses et recettes décrites dans la comptabilité publique¹⁶⁰⁶. Les chambres régionales des comptes peuvent quant à elle examiner la gestion des collectivités territoriales. Dans ce cadre, elles contrôlent les comptes de l'autorité délégante et vérifient la régularité des comptes produits par le délégataire¹⁶⁰⁷. En cas d'irrégularité, la C.D.B.F pourra être saisie¹⁶⁰⁸. En ce qui concerne les contrats de partenariat, il est intéressant de remarquer que le dispositif de l'article L. 234-1 du C.J.F s'applique dans la mesure où ces contrats sont considérés comme des marchés publics au sens du droit de l'Union. En ce qui concerne leur exécution, les juridictions financières pourront vérifier, au titre de l'examen de la gestion de la personne publique, que le partenaire remplit bien les obligations prévues par l'ordonnance de 2004¹⁶⁰⁹. Il est en outre utile de voir que le dispositif du contrôle des comptes du cocontractant dans le cadre d'une D.S.P n'a pas été étendu aux contrats de partenariats. Cette non-extension peut s'expliquer par le caractère public de l'actif opérationnel du contrat qui justifie ainsi, au niveau des normes internationales, son inscription dans les comptes des personnes publiques, au contraire de la D.S.P. L'inscription dans la comptabilité du partenaire de l'actif durant son exploitation entraîne la possibilité pour les juridictions financières, parce que le contrat porte sur l'exécution d'un service public, d'exercer un droit de regard sur la comptabilité d'une personne privée pour s'assurer de la régularité des actes de gestion du service, l'économie des moyens mis en œuvre et l'évaluation des résultats atteints au titre de l'article L.211-8 du C.J.F.

De plus, la généralisation des procédures d'autorisations d'engagements permet, dans le cadre de la L.O.L.F, de retracer la réalité des engagements juridiques des personnes publiques. Ainsi, la budgétisation des contrats de partenariats relève de l'article 8 de la L.O.L.F. Ce dernier dispose en effet que les autorisations d'engagements des P.P.P. « *couvrent dès l'année où le contrat est conclu, la totalité de l'engagement juridique* »¹⁶¹⁰. Dès lors, cette budgétisation sur l'ensemble du contrat fait nécessairement l'objet d'une consultation de la Direction du Budget

¹⁶⁰⁶ Article L. 111-3 du C.J.F

¹⁶⁰⁷ Article L 211-8 du C.J.F

¹⁶⁰⁸ Article L 313-4 et L. 313-6 du C.J.F.

¹⁶⁰⁹ Article 11 de l'ordonnance précitée, plus particulièrement la présence de clauses aux contrats permettant le contrôle de la personne publique.

¹⁶¹⁰ Article 8 de la L.O.L.F, modifié par la loi n° 2005-779 du 12/07/2005, J.O.R.F du 13/07/2005, p. 11443.

étant donné l'importance des enjeux financiers, évaluation permettant d'appréhender la soutenabilité budgétaire du projet¹⁶¹¹. Le contrôleur budgétaire, dans le cadre du contrôle financier des administrations, peut ainsi donner un avis préalable à l'engagement. L'article 224 du décret 2012-1246 dispose en effet que « *lorsqu'ils sont soumis à son visa ou à son avis préalable, les projets d'acte sont examinés par le contrôleur budgétaire au regard de l'imputation de la dépense, de la disponibilité des crédits, de l'exactitude de l'évaluation de la consommation de crédits associée et de leur compatibilité avec le caractère soutenable de la gestion* »¹⁶¹². Le contrôleur budgétaire garantit ainsi que les éléments préalables à la conclusion des contrats soient bien pris en compte. Cela se matérialise dans le visa du contrôleur budgétaire, lequel s'attache principalement à mettre en avant la soutenabilité financière du contrat. L'ensemble des engagements des personnes publiques nés d'un contrat de partenariat sont donc enregistrés dans la comptabilité nationale. Nous remarquons ainsi que le contrôleur budgétaire est étroitement lié au processus partenarial et que le contrôle financier s'effectue ainsi bien *ex ante* par les services du Budget, qu'*ex post* par les juridictions financières.

2) Le contrôle della Corte dei conti

Le code de 2006 a modifié en profondeur les règles sectorielles du passé pour intégrer à l'ensemble des modèles contractuels définis comme *dei contratti pubblici* un seul cadre normatif relatif au système de contrôle de l'activité contractuelle. Ainsi, l'article 12 prévoit tout d'abord un mécanisme d'approbation de l'engagement financier de la personne publique pour le contrat. Cette approbation doit intervenir dans les trente jours suivant la réception du contrat. Elle est un acte de contrôle interne, propre à l'assemblée délibérante de la collectivité intéressée. En ce qui concerne les autorités centrales, il existe à l'instar de l'avis préalable du contrôleur budgétaire en France un contrôle comptable préalable¹⁶¹³. Ce contrôle est ainsi exercé par les services de la comptabilité générale du ministère de

¹⁶¹¹ CHATAIGNER (G.), « La Direction du Budget et les P.P.P. », *Revue du trésor*, 06/2007, p.268.

¹⁶¹² Décret n°2012-1246 du 07/11/2012 *relatif à la gestion budgétaire et comptable publique*, J.O.R.F n° 262 du 10/11/2012, p.17713.

¹⁶¹³ LAZZARO (T.), « Le contrôle des marchés publics en Italie », *RFFP*, 2008, n° 101, p. 107.

l'Économie¹⁶¹⁴. Cependant, une autre forme de contrôle préalable est assurée par la *Corte dei Conti*. Il se limite néanmoins aux règlements (principalement décrets et arrêtés) approuvant la conclusion de contrats publics et autorisant ainsi l'engagement des dépenses¹⁶¹⁵. Comme pour le système français, le refus du visa ou de l'avis préalable entraîne l'impossibilité pour le contrat d'être exécuté.

Le contrôle de la Cour des comptes italienne en matière de P.P.P. repose essentiellement sur les bases *della legge obiettivo* (la loi-objectif) de 2001¹⁶¹⁶. Cette loi avait pour but la réalisation d'un programme de construction important destiné à des ouvrages jugés comme stratégiques et d'intérêt national pour la modernisation du pays. Ainsi, la loi-objectif a identifié l'ensemble des processus de gestion et de contrôle des administrations impliquées dans ces différents projets¹⁶¹⁷. Dans une enquête publiée en 2005 sur la réalisation de ce programme¹⁶¹⁸, la *corte dei conti* considéra que si cette méthode de collaboration entre différents niveaux administratifs (État-régions-communes-etc.) et des entreprises privées s'était avérée positive, notamment dans la définition des besoins et la répartition des ressources envisagées¹⁶¹⁹, certains dysfonctionnement ont néanmoins pu se produire particulièrement dans la quantification des ressources financières nécessaires, avec une forte disproportion entre les « *exigences financières et les ressources effectivement disponible* »¹⁶²⁰. De plus, elle souligna qu'à l'époque de sa mise en œuvre, les entreprises et les banques italienne n'avaient pas la culture économique nécessaire à la mise en place du financement de projet, craignant la complexité, la lenteur et l'instabilité des procédures administratives¹⁶²¹. Elle releva en outre le manque de capacité de surveillance et de contrôle des différentes administrations. Il

¹⁶¹⁴ NICOLAI (M.), *Primo rapporto sulla finanza pubblica, Finanza pubblica e federalismo*, Maggioli ed., 2012, p.479.

¹⁶¹⁵ CHIEPPA (R.), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 465.

¹⁶¹⁶ Legge n° 443 del 21/12/2001, *Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive*, G.U, n°299 del 27/12/2001, S.O n°279.

¹⁶¹⁷ Le programme comportait l'édification de 137 ouvrages publics de grandes importances (routes, hôpitaux, etc.) dont une grande partie n'a jamais vu le jour.

¹⁶¹⁸ Corte dei conti, 28/01/2005, n° 08/2005/G, *Indagine sullo stato di attenuazione della legge-obiettivo in materia di infrastrutture ed insediamenti strategici*, Relazione allegata alla delibera n°08/2005/G.

¹⁶¹⁹ *Idem*, p.6 à 19.

¹⁶²⁰ *Idem*, p. 9.

¹⁶²¹ *Idem*, p. 66.

était dû notamment à l'absence de système de vérification des différentes phases d'exécution des projets¹⁶²². Enfin, dans ces préconisations sur l'évolution du cadre normatif, elle souligna notamment le besoin d'introduire des dispositions normatives permettant de mettre clairement en évidence, sur le plan comptable, le coût global des projets d'infrastructure¹⁶²³.

À la suite de cette publication, la Cour des comptes s'intéressa à certains projets particuliers pour aller dans le sens de ses observations antérieures. Ainsi, elle analysa en 2006 le projet « *Interporto di Civitavecchia* »¹⁶²⁴, une grande infrastructure logistique multimodale constituant le point cardinal des liaisons commerciales maritimes, aéroportuaires, ferroviaires et fluviales de l'Italie avec l'international. Cette immense structure fut élaborée sous le mécanisme *della finanza di progetto*. C'est donc sur ces modalités de financement particulières que la Cour fit porter son intérêt. Elle releva ainsi le manque de moyens techniques et juridiques de la commune dans cette opération de grande envergure et l'absence de soutien du ministère qui aurait dû analyser l'opération et les modes de financement possible afin de mieux la conseiller. En effet, la personne publique a d'abord choisi la méthode traditionnelle du marché de travaux publics avant de se raviser et d'opter pour la constitution d'une société par action à capital entièrement public (*in house*). Elle a finalement choisi le modèle de la concession et la logique de financement de projet. Selon la Cour, cette dernière option fût appréhendée de façon « *fidéiste, avec l'espoir (malheureusement fallacieux) que les nouveaux projets aurait comblé les lacunes des décisions hâtives prises précédemment* »¹⁶²⁵.

En ce qui concerne le secteur hospitalier, sanitaire et même éducatif, la Cour a également relevé le recours problématique au financement de projet pour les ouvrages froids (c'est-à-dire ne générant pas de flux de caisse suffisant pour garantir le financement¹⁶²⁶). Ces *opere fredde* dans lesquels la fonction sociale est prédominante devraient être, selon la Cour, normalement exclus de ce type de financement dans la mesure où la perception de recettes sur les activités accessoires

¹⁶²² *Idem*, p. 70.

¹⁶²³ *Idem*, p. 68 à 72.

¹⁶²⁴ Corte dei conti, 20/06/2006, Delibera n°15/2006/G, *Relazione sulle risultanze della gestione dell'intervento infrastrutturale strategico in project finance « Interporto di Civitavecchia » inserito e finanziato nel programma della legge 443/01*.

¹⁶²⁵ *Idem*, Capitolo IX, k), p.70.

¹⁶²⁶ V. *Supra*, p. 234.

est insuffisante pour couvrir les coûts de financement¹⁶²⁷. Ces contrats sont en réalité, selon les magistrats financiers, utilisés avec la garantie de la signature publique pour emprunter sur les marchés internationaux et constituent dans ces cas une forme d'emprunt déguisé, souvent plus coûteux que s'ils étaient passés directement par l'administration pour financer ses besoins dans le cadre d'un marché public de travaux classique. Ils font donc peser un risque non négligeable sur les finances publiques. En effet, dans son rapport de 2010, la Cour des comptes a estimé que ces pratiques relevaient « *d'une utilisation impropre de ces contrats* »¹⁶²⁸, sans doute opposé à la logique du pacte de stabilité mis en place dans l'Union européenne. Elle fait souvent peser la majorité du financement sur la personne publique sans que cela n'apparaisse nécessairement dans son bilan comptable. La contribution publique est en effet souvent supérieure à la moitié de la valeur de l'ouvrage, ce qui était de plus incompatible avec les normes régissant le droit des concessions en Italie¹⁶²⁹.

Ainsi, nous percevons bien que le modèle global reprenant les caractéristiques anglo-saxonne du project financing apparaît comme problématique. Le même type de difficultés peut être soulevé à l'encontre des problèmes dans l'exécution des différents instruments.

§2) L'exécution des partenariats public-privé

En matière d'exécution des partenariats public-privé, la Commission européenne reconnaît à propos des relations entre les personnes publiques et leurs partenaires, qu'elles doivent nécessairement pouvoir évoluer, étant donné leur longue durée. Elles doivent ainsi s'adapter aux changements de type économique et/ou technologique, mais aussi aux besoins de l'intérêt général¹⁶³⁰. Cependant, ces

¹⁶²⁷ Corte dei conti, Sez. Regionale per l'Emilia-Romagna, Sentenza n° 05/2012, p. 7.

¹⁶²⁸ Corte dei conti, Sez. Riunite, 14/05/2010, *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, p. 200

¹⁶²⁹ À l'époque où ces contrats ont été utilisés, l'article 43 du code des marchés publics limité à 50 pour cent le prix payé par l'administration dans le cadre d'une concession. V. *Supra*, p. 128.

¹⁶³⁰ Commissions des communautés européennes, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaires des marchés publics et des concessions*, 30/04/2004, COM 2004-327, pt 47.

modifications doivent se produire dans le respect des principes du Traité, plus particulièrement l'égalité de traitement et la transparence. Cela implique alors que leurs modalités soient prévues contractuellement. Cette approche « contractualiste », typiquement anglo-saxonne, semble aller à l'encontre des principes latins du droit de la commande publique, notamment celui de modification unilatérale du contrat par l'administration. La commission donne d'ailleurs à cette idée toute sa portée en affirmant que le « succès d'un P.P.P. dépend du caractère complet de l'encadrement contractuel du projet »¹⁶³¹. Or certains instruments du partenariat public-privé peuvent par nature apparaître comme des contrats incomplets, dont les particularités interféreront logiquement avec les principes d'égalité de traitement et de transparence. Ils sont alors pris en tenaille entre la souplesse dont ils ont besoin et le respect du sacro-saint principe de concurrence libre et non faussée dont la Commission s'est faite gardienne. Dans cette considération, l'application d'un régime juridique commun à l'ensemble des pays membres de l'U.E serait problématique au stade de leur exécution. D'une part, ces opérations globales et de longue durée posent certains problèmes spécifiques lorsqu'ils se confrontent aux différents régimes de garanties d'exécution (A). D'autre part, leur diversité s'accommode mal des règles qui régissent la question du traitement de l'aléa contractuel (B).

A) Les différences française et italienne en matière de garanties d'exécution

La nécessité de garantir l'exécution d'un P.P.P. procède indubitablement de ce que les partenariats public-privé sont liés à un mode d'organisation d'activités ayant la qualité de services publics. Leur bonne exécution est garantie essentiellement par deux séries de moyens, ceux dont l'administration dispose pour contrôler l'action de son partenaire (1) et ceux qui lui permettent de le sanctionner en cas d'inexécution de ses obligations (2).

1) Le contrôle de l'administration

¹⁶³¹ *Ibid.*

L'idée selon laquelle le pouvoir de contrôle est reconnu à l'administration, même dans le silence du contrat, est dominante dans la doctrine administrative française¹⁶³². Elle découle du lien qu'entretiennent les notions de contrat administratif et de service public. PÉQUIGNOT affirmait en effet que « l'administration jouit d'un droit de contrôle, voire d'un droit de direction sur son cocontractant. On voit que ce droit dérive moins d'une idée contractuelle que de l'idée de service public »¹⁶³³. Selon les auteurs du traité des contrats administratifs, il s'assimile à un contrôle de surveillance visant « à vérifier, au cours de l'exécution, que le cocontractant exécute les dispositions du contrat »¹⁶³⁴.

La question de la reconnaissance du pouvoir de contrôle de l'administration en dehors des stipulations contractuelles semble avoir été définitivement tranchée en jurisprudence¹⁶³⁵ avec la décision *Commune de Douai* de 2012¹⁶³⁶. Le Conseil d'État a en effet jugé « qu'il résulte des principes même de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation ». Ce pouvoir de contrôle est également affirmé dans la jurisprudence *del consiglio di Stato*¹⁶³⁷. Il se manifeste également en droit français dans la disposition législative exigeant du cocontractant de la personne publique la production d'un rapport annuel¹⁶³⁸.

¹⁶³² V. DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, 2ème éd., 2 vol., LGDJ, 1984, n°1180 ; JÈZE (G.), *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, LGDJ, Tome 4, 1936, p. 365 ; RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^{ème} ed., Paris, L.G.D.J, 2012, p. 284. Pour une opinion dissidente V. BENOIT (F-P.), *Le droit administratif français*, Paris, DALLOZ, 1968, n°1161, cité in RICHER (L.), *op. cit.*, 284.

¹⁶³³ PÉQUIGNOT (G.), *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pedone, 1945, p. 306.

¹⁶³⁴ DE LAUBADÈRE (A.) et al., *traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, n°1164.

¹⁶³⁵ Certains auteurs estimaient en effet que la doctrine majoritaire se trompait en fondant sa position sur des décisions qui n'affirmaient pas explicitement le pouvoir de contrôle de l'administration mais les conséquences de son existence ou l'étendue de ce dernier lorsqu'il est reconnu par un texte. V. RICHER (L.), *op. cit.*, p. 285, BENOIT (F-P), *op. cit.*

¹⁶³⁶ CE Ass.,21/12/2012, n° 342788, *Commune de Douai*, Rec., p. 477, Concl. Da COSTA ; *AJDA* 2013, p.457, Chron. DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), FATOME (E.) et TERNEYRE (P.), « Le statut des biens des délégations de service public », *AJDA* 2013, p.724 ; LLORENS (F.), « La théorie des biens de retour après l'arrêt commune de Douai », *RJEP* 2013, n°709, étude n° 9.

¹⁶³⁷ C.S, Sez. VI, Sentenza n°1418 del 23/03/2007.

¹⁶³⁸ Article 40-1 de la loi n° 93-122 du 29/01/1993, précitée.

A *contrario*, il est aisé d'affirmer que le pouvoir de contrôle ne s'opère pas de la même manière en ce qui concerne les marchés publics « classiques », car à la fin des travaux, lors de la réception de l'ouvrage, l'administration ne dispose théoriquement plus de moyen de contrôle de l'action de son cocontractant. Si elle estime qu'il a commis une faute, elle pourra toujours engager sa responsabilité contractuelle¹⁶³⁹. Cette situation explique sans doute que des adaptations législatives ont dû être mises en œuvre pour les instruments juridiques du partenariat public-privé entrant dans la catégorie des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne. Elles permettent en effet d'assurer contractuellement le contrôle de la mission globale du partenaire privé, sur une longue durée, alors que cette prérogative ne peut théoriquement être reconnue, faute de texte, pour ce type d'instrument.

Dès lors, dans le régime applicable aux contrats de partenariat, il est ainsi expressément prévu que le partenaire soit rémunéré en fonction d'objectifs liés à la performance de sa prestation¹⁶⁴⁰. La méthode de quantification de ces objectifs doit obligatoirement figurer au contrat¹⁶⁴¹. Cette rémunération assujettie à des objectifs performantiels implique donc nécessairement leur contrôle par l'administration. C'est en effet ce que prévoit l'ordonnance de 2004 en son article 11 f) lorsqu'elle dispose que le contrat doit nécessairement prévoir les modalités de contrôle par la personne publique quant à son exécution, « *notamment quant aux respect des objectifs de performance* ». Ce type de règle ne s'applique qu'au contrat de partenariat, les autres instruments ne connaissant pas de régime comparable¹⁶⁴². La transposition des nouvelles directives marchés et concession sera ainsi peut être l'occasion de remédier à ce véritable « *dégradé* »¹⁶⁴³ des conditions de contrôle de l'exécution des P.P.P. en fonction des différents contrats. En France, le droit

¹⁶³⁹ CE, 20/11/1891, *Lefebvre*, Rec. p.685.

¹⁶⁴⁰ Article 1er, II, al. 3 de l'ordonnance n° 2004-559, précitée.

¹⁶⁴¹ Article 11, c) de l'ordonnance ; ces objectifs pouvant porter sur « *la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation* ».

¹⁶⁴² Toutefois, une exception peut être notée à l'encontre du B.E.A.H. En effet, l'article L. 6148-5-3 du Code de la santé publique dispose que les contrats doivent prévoir obligatoirement des « *modalités de contrôle des opérations* » ainsi que les « *moyens d'assurer la continuité du service public* ».

¹⁶⁴³ MULLER (E.), *Les instruments juridiques du partenariat public-privé*, op. cit., p. 215

applicable aux partenariats public-privé est marqué par une nette prévalence des règles de passation par rapport aux règles d'exécution¹⁶⁴⁴. Ce constat étant d'autant plus vrai pour l'Italie que la question de l'exécution des contrats publics est reconnue traditionnellement comme une compétence de l'ordre judiciaire¹⁶⁴⁵.

En matière de concession, il existe également une capacité de contrôle de l'administration concédante sur son concessionnaire. Cette notion s'analyse de manière analogique par rapport à celle utilisée en droit français de la commande publique. Elle permet de mieux comprendre notre position selon laquelle l'application d'un régime commun « européen » serait incompatible avec la singularité des droits des États membres. En effet, la notion française de « contrôle » est étroitement liée à la délégation d'un service public. Son développement en jurisprudence a permis d'établir, dans le silence des textes, que la mission d'intérêt général exercée par une personne privée, dotée ou non de prérogatives de puissance publique, et rattachée à une personne publique, soit qualifiée de mission de service public¹⁶⁴⁶. Cependant, ce contrôle ne saurait s'assimiler à un pouvoir de direction à l'instar de celui reconnu au maître d'ouvrage public dans le cadre des marchés publics. Ainsi, le transfert de la maîtrise d'ouvrage publique dans le cadre des opérations de P.P.P. implique nécessairement que la personne privée partenaire assure la direction technique de la construction de l'ouvrage. Dans l'hypothèse inverse, le recours au P.P.P. ne pourrait être assimilé par le juge que comme un moyen de détourner les règles imposées par la loi M.O.P et le Code des marchés¹⁶⁴⁷. Le pouvoir de contrôle du partenaire public se cantonne donc « à un pouvoir de surveillance, à l'exclusion de tout pouvoir de direction »¹⁶⁴⁸. La nature du « contrôle » opéré en droit français par le partenaire public sur son partenaire privé démontre ainsi la spécification des instruments des partenariats public-privé assimilable à des opérations de construction complexe à destination directe de

¹⁶⁴⁴ SESTIER (J.-F.), « L'exécution des contrats de partenariat public-privé », *Droit et ville*, n° 60, 2005 (Actes du colloque : « Le contrat de partenariat public-privé », Toulouse, 2 et 3 juin 2005), pp. 176-180, cité in MULLER (E.), *op. cit.*, p. 220.

¹⁶⁴⁵ SANDULLI (M.A.), De NICTOLIS (R.) et GAROFOLI (R.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 258.

¹⁶⁴⁶ CE, Sect., 22/02/2007, *Association de personnel relevant des établissements pour inadaptés* (APREI), précitée.

¹⁶⁴⁷ CE, Sect., 25 février 1994, *SA Sofap-Marignan Immobilier*, précitée.

¹⁶⁴⁸ MULLER (E.), *op. cit.*, p. 582.

l'administration par rapport au droit des marchés publics. La longue durée du contrat et l'externalisation globale propre à la mission du partenaire privé apparaît incompatible avec le pouvoir de direction de l'administration dans une opération classique de construction en marché public.

En Italie, la règle générale est identique au droit français. Le pouvoir de contrôle de l'administration, pour les opérations ayant pour but la réalisation de travaux publics, implique nécessairement un pouvoir de direction dans l'exécution du marché public. Ce pouvoir de direction ne peut cependant être appréhendé sans évoquer la fonction de *responsabile del procedimento* (le responsable de la procédure). Cette fonction a été introduite dans l'ordre juridique italien en 1990¹⁶⁴⁹. À partir de cette date, les administrations publiques sont ainsi tenues d'établir pour chaque type d'actes relatifs à leur champ de compétence, une unité responsable de l'instruction et du respect de l'ensemble des procédures d'adoption. En matière de contrat public, le rôle du responsable de procédure est défini à l'article 10 du code. Ce dernier est responsable des phases de conception, de passation et d'exécution des contrats. Sa nomination est indiquée dans l'avis d'appel public à la concurrence. Ainsi, les missions qui sont les siennes après la conclusion du contrat sont essentiellement liées au contrôle de sa bonne exécution. Ce contrôle bénéficie de dispositions spécifiques en ce qui concerne les concessions. Le code dispose en effet que dans les cas d'une attribution des travaux par voie de concession, « *le responsable de procédure exerce aussi les fonctions de contrôle de toute les phases de réalisation des travaux, vérifiant le respect de la convention* »¹⁶⁵⁰.

Cependant, le code prévoit également en son article 119 que dans le cadre de la réalisation de travaux publics d'une certaine importance dont la typologie est établie de façon réglementaire¹⁶⁵¹, la fonction de responsable de la procédure peut être cumulée avec celle avec de directeur des travaux prévus à l'article 130. Cette fonction similaire à celle du droit français comprend des missions générales liées à

¹⁶⁴⁹ Legge n°241 du 07/08/1990, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, G.U n° 192 du 18/08/1990.

¹⁶⁵⁰ Articolo 141 comma 8 del codice dei contratti pubblici, précité.

¹⁶⁵¹ Généralement déterminée en fonction de seuils correspondant au coût global du contrat. Ainsi le décret de président de la république n° 554/1999 établissait que le montant des travaux devait être de cinq cent mille euros minimum.

la sécurité, au suivi des travaux, etc.¹⁶⁵². Or, dans le cadre d'une concession, elle est naturellement dévolue au concessionnaire, le responsable de la procédure ne pouvant la cumuler avec celle de direction. La notion de contrôle s'assimile donc, à l'instar de celle du droit français, comme une mission de surveillance et non comme une mission de direction. Du reste, c'est donc par dérogation à ces dispositions que les instruments les plus récents des partenariats public-privé ont permis le cumul des missions de conception (*progettazione*), traditionnellement dévolues au responsable de la procédure, avec les missions de direction des travaux, qui relèvent donc de la compétence du partenaire privé. Seul le contrôle de l'activité du partenaire reste logiquement de la compétence de la personne publique dans sa mission de responsable de procédure. Dès lors, c'est bien dans le cadre d'une démarche de singularisation du droit des concessions en Italie que le contrôle des garanties d'exécution des instruments les plus emblématiques du partenariat public-privé (le financement de projet dans le cadre des concessions de travaux à utilisation directe de l'administration, la *locazione finanziaria*, le contrat de disponibilité) s'est constitué. L'analogie avec l'interdiction de cumuler les missions de conception et réalisation formulée dans la loi M.O.P apparaît alors comme frappante. Alors que le droit français a choisi la voie d'un droit dérogatoire à celui des marchés publics (au sens du droit interne), le droit italien des P.P.P. s'est spécifié par rapport à celui des concessions.

2) La sanction de l'inexécution : Le pouvoir de résiliation pour faute

En France, le pouvoir de sanction de l'administration sur son cocontractant découle de l'importance de la notion d'intérêt général. Les prérogatives traditionnellement reconnues aux cocontractants s'engageant dans des relations privées souffrent ainsi de notables exceptions en ce qui concerne l'exécution des contrats administratifs. L'existence du pouvoir de résiliation unilatérale de l'administration en fait partie. Reconnu depuis longtemps¹⁶⁵³, il procède « *d'une*

¹⁶⁵² V. U.T.F.P, 27/01/2010, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, www.anticorruzione.it.

¹⁶⁵³ CE, 17/03/1864, *Dupont*, D. 1864, 3, 87.

règle générale applicable aux contrats administratifs »¹⁶⁵⁴. Le pouvoir de sanction du cocontractant et la résiliation prononcée à ses torts par l'administration existent même dans le silence du contrat¹⁶⁵⁵. Cependant, en ce qui concerne les concessions, ce type de sanction doit être exceptionnel¹⁶⁵⁶. En effet, en l'absence de clause au contrat prévoyant la résiliation pour faute, c'est au juge administratif, saisi par le concédant, de prononcer cette sanction¹⁶⁵⁷. Les règles de formes et de procédures s'imposent puisque la résiliation pour faute est une sanction. Elles prévoient le respect des obligations de motivations et du contradictoire¹⁶⁵⁸.

Comme nous l'évoquions précédemment, l'exécution des contrats publics en Italie est fondamentalement dans le giron du droit privé¹⁶⁵⁹. Les effets des contrats publics sont donc déterminés par le code civil, au même titre que les contrats de droit commun. L'article 1372 dispose ainsi que « *le contrat a force de loi entre les parties. Il ne peut être dissous que par consentement mutuel ou pour les causes admises par la loi. Le contrat ne produit d'effet à l'égard des tiers que dans les cas prévu par la loi* ». Deux principes sont ainsi reconnus en matière contractuelle : la durée des obligations, déterminée contractuellement, et l'impossibilité pour une des parties de modifier unilatéralement le contrat. Toutefois, certaines règles peuvent être qualifiées comme étant dérogatoires aux principes « civilistes » du droit des contrats. Elles sont influencées par le caractère spécifique de l'administration et de sa mission lorsqu'elle est partie à un contrat avec une personne morale de droit privé. Elles doivent nécessairement être prévues par la loi. Le code des contrats publics autorise ainsi le pouvoir réglementaire à établir, dans les cahiers des clauses administratives générales (*capitolati generali*), le montant des pénalités en les déterminants en fonction de l'importance des contrats et des causes qu'elles sanctionnent¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁴ CE, 02/05/1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, AJDA 1958, II, p.282, Concl. KHAN.

¹⁶⁵⁵ LEFOULON (J.), « Les formalités en matière de sanctions dans le contrat administratif », AJDA, 1974, p. 565.

¹⁶⁵⁶ Concl. ROMIEU sous CE 20/01/1905, *Compagnie départementale des eaux*, Rec. p. 55.

¹⁶⁵⁷ CE 26/07/1947, *Département du Tarn*, Rec. p. 353.

¹⁶⁵⁸ RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 273.

¹⁶⁵⁹ MASSERA (A.), *I contratti*, in, CASSESE (S.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2nd, 2003, § 1547.

¹⁶⁶⁰ *Articolo 5.5.m del codice dei contratti pubblici*, précité.

Les modalités de résiliation du contrat sont prévues à l'article 134 du code. Elles peuvent être mise en œuvre pour défaillance (*inadempimento*), grave irrégularité (*grave irregolarità*) ou grave retard (*grave ritardo*). C'est au directeur des travaux de constater que le comportement du cocontractant est constitutif d'une de ces trois caractéristiques. Il doit en informer le responsable de la procédure et sur sa proposition formulé une contestation des montants qui lui sont dus. L'article 135 prévoit également la possibilité de mettre fin prématurément au contrat pour des manquements à la conduite professionnelle du cocontractant (sécurité du chantier, respect du droit du travail, etc.) en faisant constater ces carences au moyen d'une décision de justice. Pour les concessions, la rupture prématurée du contrat donne des droits au concessionnaire, notamment celui de se faire rembourser les sommes investies pour les ouvrages déjà construits. Ces différences peuvent également se mesurer à travers la question du traitement de l'aléa contractuel. Elles sont encore plus révélatrices du caractère incompatible de la formulation d'un modèle global, applicable en série à l'ensemble des États membres de la zone U.E. Les nouvelles directives laissent d'ailleurs aux états membres le soin de veiller à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité de résilier unilatéralement pour faute le contrat¹⁶⁶¹, en fonction de modalités déterminées par le droit national, modalités devant néanmoins s'inscrire dans une liste de conditions déterminées par les directives¹⁶⁶².

B) La question du traitement de l'aléa contractuel

Les situations factuelles sur lesquelles repose le contrat de commande publique peuvent évoluer, *a fortiori* lorsque la relation contractuelle est établie pour une longue durée. Deux options peuvent alors être envisagées : l'adaptation ou la fin anticipée de la relation. Le modèle de la concession, forme traditionnelle du partenariat public-privé, s'est élaboré sur la construction d'une relations stable, fondée sur l'*intuitu personae*, entre l'administration concédante et la personne privée délégataire. Cette stabilité est assurée logiquement par l'adaptabilité du

¹⁶⁶¹ Article 44 de la directive 2014/23 du 26/02/2014, précitée ; Article 73 de la directive 2014/23 du 26/02/2014.

¹⁶⁶² Article 38 § 4) de la directive 2014/23 précitée, Article 57 § 1) de la directive 2014/23.

contrat. Les solutions jurisprudentielles françaises emblématiques de cette idée illustrent d'ailleurs avec force que la notion d'adaptabilité est liée à l'histoire moderne du procédé concessif¹⁶⁶³. Pourtant les principes modernes d'égalité de traitement et de transparence entrent en contradiction avec cette notion. Cela ne conduit pas à de substantielles différences entre les droits français et italiens sur les différents instruments des P.P.P., ces derniers subissant l'influence grandissante du droit de l'union¹⁶⁶⁴. Cependant, un constat peut alors être formulé : alors que l'unité de la notion de contrat administratif s'est fondée sur les pouvoirs exorbitants de l'administration, notamment la modification unilatérale des termes du contrat, ce pouvoir est de plus en plus figé par les stipulations contractuelles et uniformisé aux différents instruments du P.P.P. Cette hypothèse se mesure à la fois en ce qui concerne l'adaptabilité de l'objet des P.P.P. (1) que la mutabilité de leur durée (2). Elle demeure néanmoins problématique étant donné la spécificité de ces instruments et leur longue durée.

1) L'adaptabilité de l'objet

Les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence garantis par le droit de l'Union européenne interfèrent inéluctablement avec les questions d'adaptation de l'objet du contrat avec l'évolution du temps. Ainsi les nouvelles directives traitent-elles de cette question exclusivement sous l'angle de la mise en concurrence. La principale préoccupation est que la modification du contrat ne doive pas entraîner le maintien du contractant initial dans une relation contractuelle différente. Le principe de modification unilatérale de l'administration comme les limites consenties contractuellement par les parties sont donc strictement encadrés. C'est ce qui ressort des directives 2014/23 et 2014/24, lesquelles en des termes identiques énoncent que les concessions et les marchés peuvent être modifiés sans nouvelle procédure d'attribution dans des cas

¹⁶⁶³ CE, 10/01/1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. p. 5 ; S., 1902.3.17, note HAURIOU ; CE, 11/03/1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 216., Concl. BLUM ; D. 1912.349, Concl. BLUM, S. 1911.3.1, note HAURIOU.

¹⁶⁶⁴ HOEPFFNER (H.), « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, 2011, p. 98.

limitativement énumérés¹⁶⁶⁵. De plus, la Cour de justice a énoncé que devait être assimilée à la passation d'un nouveau contrat toute modification qui, en cours d'exécution, introduisait « *des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial* »¹⁶⁶⁶. Pourtant, le principe de mutabilité existe communément en droit français¹⁶⁶⁷ et en droit italien (*jus variandi*)¹⁶⁶⁸. Il apparaît, du reste, comme un aspect central de l'exécution d'un partenariat public public-privé. En effet, l'adaptabilité des instruments juridiques du P.P.P., constitue une nécessité facilement perceptible. Si l'on se réfère à la typologie précédemment effectuée, les ouvrages construits, qu'ils soient à destination direct des usagers ou de l'administration, sont liés de façon inextricable à l'exécution d'un service public, et donc soumis logiquement au principe de mutabilité.

Si sa reconnaissance est commune, elle procède néanmoins de degrés divers, plus particulièrement en matière de contrat de commande publique. En Italie, elle n'est ainsi pas l'œuvre de la jurisprudence ou de la doctrine. Elle résulte plutôt de dispositions législatives spécifiques. En effet, la reconnaissance d'un pouvoir de modification unilatérale de l'administration en dehors de la loi souffrirait assez mal de la règle générale selon laquelle l'exécution des contrats de commande publique est une matière relevant traditionnellement du droit commun¹⁶⁶⁹. Le contrat faisant figure de lois entre les parties, toute modification en cours d'exécution entraîne théoriquement la faculté pour l'autre partie, en cas de désaccord, de se retirer et d'obtenir la résiliation du contrat (*diritto di recesso*)¹⁶⁷⁰. Par ailleurs, la première « apparition » législative de ce pouvoir de modification unilatérale est très ancienne. Elle remonte en effet à la loi de 1865 sur les travaux publics¹⁶⁷¹, laquelle permettait à l'administration, pour les marchés publics en cours d'exécution, de modifier

¹⁶⁶⁵ V. Article 43 et 72 des directives 2014/23 et 2014/24 précitées, également HOEPPFFNER (H.), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, 2014, n°6, p. 67.

¹⁶⁶⁶ CJUE, Aff. C-91/08, 13/04/2010, *Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-Main, Frankfurter Entsorgung – und Service (FES) GmbH*, D.A., 2010, comm. 109, obs. NOGUELLOU (R.) ; *Contrats et Marchés publics*, 2010, comm. 222, note ZIMMER (W.).

¹⁶⁶⁷ V. RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 279.

¹⁶⁶⁸ V. SANDULLI (A.), *Trattato sui contratti pubblici*, op. cit..

¹⁶⁶⁹ MASSERA (A.), *I contratti*, in CASSESE (S.), *Trattato di diritto amministrativo*, Milan, Giuffrè Editore, t. 2, 2003, p. 1547.

¹⁶⁷⁰ Articolo 136 del *codice dei contratti pubblici*, précité.

¹⁶⁷¹ Loi n°2248 del 20/03/1865 *sulle opere pubbliche*, précitée.

quantitativement les travaux dans la limite d'un cinquième des montants initialement prévus.

La législation actuelle ne confère pas explicitement ce pouvoir aux personnes publiques contractantes. Elle ne le traite que sous l'angle de la poursuite de l'équilibre-économico-financier des investissements et exclusivement dans le cadre des concessions de travaux¹⁶⁷². En effet, les variations de l'objet du contrat non imputables au concessionnaire, lorsqu'elles aboutissent à une modification de l'équilibre économique, impliquent nécessairement la révision de la concession. Cette révision doit s'effectuer par une nouvelle détermination des conditions de l'équilibre économique faisant référence aux indicateurs de rentabilité, à la capacité de rembourser la dette, ainsi qu'éventuellement à son échelonnement sur une nouvelle durée, donc à une prorogation des termes de la concession si cette dernière est liée au remboursement des investissements réalisés par le concessionnaire.

En France¹⁶⁷³, le principe de modification unilatérale du contrat avait été classiquement¹⁶⁷⁴ admis depuis une célèbre décision du Conseil d'État datant de 1910¹⁶⁷⁵. Le débat doctrinal sur la reconnaissance et les origines de ce pouvoir fut assez fort en doctrine¹⁶⁷⁶, jusqu'à ce que le juge administratif affirme qu'il fait partie « *des règles générales applicables aux contrats administratifs* »¹⁶⁷⁷. Nous ne pourrions ici faire l'examen exhaustif de la législation et de la jurisprudence relative à l'exercice de ce pouvoir. Notons simplement qu'à l'instar du droit italien, il demeure soumis à la condition du maintien de l'équilibre économique du contrat et sa justification ne s'effectue que pour des raisons d'intérêt général liées à des changements de circonstances dans l'exécution du service. Les travaux les plus récents ont cependant montré qu'en pratique la mutabilité du contrat était

¹⁶⁷² Articolo 153.8-bis del codice dei contratti pubblici, précité.

¹⁶⁷³ Pour une étude approfondie, V. HOEPFFNER (H.), « La modification du contrat administratif », Paris, LGDJ, 2009.

¹⁶⁷⁴ De LAUBADÈRE (A.), « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP*, 1954, p. 36.

¹⁶⁷⁵ CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*, *D.* 1912, III, p. 49, Concl. BLUM.

¹⁶⁷⁶ L'HUILLIER (J.), « *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de lois à l'administration* », *D.* 1953, Chron. 87. ; BENOIT (F-P.), « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP*, 1963, I, p. 1775.

¹⁶⁷⁷ CE, 02/02/1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *RFDA* 1984, p.52, Comm. LLORENS (F.).

essentiellement le fait de la volonté conjointe des cocontractants¹⁶⁷⁸. Il n'est ainsi pas surprenant que l'ordonnance relative aux contrats de partenariat dispose que le contenu de ces derniers puisse être modifié « *notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant* »¹⁶⁷⁹. Cette modification peut être le fruit d'avenants ou d'une décision unilatérale de l'autorité publique faite d'accord entre les parties.

Cependant, comme nous l'évoquions précédemment, le droit de l'Union n'admet les modifications en cours d'exécution que lorsqu'elles sont justifiées par des circonstances spécifiques, circonstances énoncées dans la jurisprudence de la Cour et reprises par les nouvelles directives. En 2004, la Commission affirmait d'ailleurs à propos des P.P.P. que « *toute modification substantielle, visant l'objet même du contrat, doit être assimilée à la conclusion d'un nouveau contrat, impliquant une nouvelle mise en concurrence* »¹⁶⁸⁰. Le principe demeure le même puisque les nouvelles directives prévoient que « *une modification [...] est considéré comme substantielle [...] lorsqu'elle rend (le contrat) sensiblement différent par nature de celui conclu au départ* »¹⁶⁸¹. Cette idée trouve un écho particulier en droit français des marchés publics dans la mesure où l'article 20 du code énonce que les modifications ne peuvent « *bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet* », sauf en cas de « *sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties* ». La jurisprudence des tribunaux administratifs et des C.A.A.¹⁶⁸² s'illustre par une certaine rigueur et une propension non négligeable à l'extension de cette interdiction aux autres contrats de la commande publique, notamment aux délégations de services publics¹⁶⁸³.

¹⁶⁷⁸ HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, op. cit. UBAUD-BERGERON (M.), *la mutabilité du contrat administratif*, Thèse, Montpellier, 2004.

¹⁶⁷⁹ Article 11, h) de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, précitée.

¹⁶⁸⁰ Commission européenne, 30/04/2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM 2004/ 327 final, pt. 49

¹⁶⁸¹ Article 70§4 de la directive 2014/24/UE et article 43 §4 de la directive 2014/23/UE, précitées. V.HOEPFFNER (H.), *L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats de la commande publique*, *Contrats et Marchés publics*, 2014, n°6, p.67.

¹⁶⁸² Le Conseil d'État ne s'est pas encore, à notre connaissance, prononcé sur la question.

¹⁶⁸³ TA Lille, 02/07/1998, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais c/ Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, BJCP n°1/1998, p.72, Concl. CELERIER ; TA Toulouse, 13/04/2000, *Levy c/ commune de Toulouse*, BJCP n°12/2000, p. 340, Concl. ZUPAN.

Cet état est « *clairement défavorable aux conditions de l'efficience économique de ces opérations* »¹⁶⁸⁴. Une appréciation spécifique de la mutabilité en fonction des types de contrat devrait être déterminée par les droits positifs français et italien. Elle ne semble pourtant pas d'actualité si l'on en croit les dispositions des nouvelles directives, plus particulièrement celle de la directive concession. Elle reprend mot pour mot la jurisprudence de la CJUE¹⁶⁸⁵, énonçant que « *la modification d'une concession en cours est considérée comme substantielle [...] lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement. Une modification est considérée comme substantielle lorsqu' : [...] elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale d'attribution de concession, auraient permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement retenue ou auraient attiré davantage de participants à la procédure d'attribution de concession* »¹⁶⁸⁶.

2) La mutabilité de la durée

Les instruments juridiques du partenariat public-privé, en France comme Italie, présentent la similarité de s'exécuter durant une longue durée. Les anciennes formes de commande publique opéraient une véritable substitution perpétuelle du délégataire vers le délégant dans une logique d'efficacité économique¹⁶⁸⁷. Ayant pourtant permis d'atteindre les objectifs qu'ils s'étaient fixés, ils violeraient cependant aujourd'hui tous les principes juridiques contemporains, aussi bien ceux liés à la domanialité publique qu'au droit de la concurrence, d'autant plus qu'à la logique d'efficacité économique a succédé celle d'efficience¹⁶⁸⁸. Les auteurs du *Traité des contrats* dissocient le caractère illimité de la durée de l'objet d'une délégation du caractère limité de son transfert. Selon leurs propres termes, cet objet ne peut en effet « *être confié de manière perpétuelle et définitive au concessionnaire*

¹⁶⁸⁴ MULLER (E.), *Les instruments juridiques du partenariat public-privé*, op. cit, p. 603.

¹⁶⁸⁵ CJCE, 19/06/2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich e. a.*, Aff. C-454/06, JOUE n° C/209 du 15/08/2008, p. 8.

¹⁶⁸⁶ Art 44 et 72

¹⁶⁸⁷ V. *Supra*, p. 253.

¹⁶⁸⁸ V. *Infra*, p. 502.

parce que ces contrats impliquent une certaine aliénation du pouvoir étatique, aliénation qui ne peut être que temporaire »¹⁶⁸⁹.

Il en découle alors le principe selon lequel les partenariats public-privé doivent être limités dans le temps en fonction de la durée normale d'amortissement des investissements. La directive 2014/23 le prévoit d'ailleurs expressément¹⁶⁹⁰. Le Conseil d'État a lui-même reconnu dans sa jurisprudence *Million et Marais* que la durée excessive d'une D.S.P pouvait engendrer un abus de position dominante¹⁶⁹¹. La nouvelle directive marché est quant à elle assez silencieuse sur la question de la durée du contrat, excepté en matière d'accord cadre¹⁶⁹² et d'acquisition dynamique¹⁶⁹³.

Dès lors, l'allongement de la durée initialement prévue pourrait être justifié par la réalisation d'investissements supplémentaires par le partenaire, investissements ne pouvant être amortis sur la durée initiale du contrat. C'est ce que prévoient en substance les droits français et italiens en matière de concession. En effet l'article 153 du code des contrats publics permet à l'administration adjudicatrice, « *afin d'assurer l'équilibre économique et financier des investissements du concessionnaire, [d'] établir que la concession ait une durée supérieure à trente ans* ». Le Code ajoute cependant que pour les nouvelles concessions dont la valeur est supérieure à un milliard d'euros, « *la durée peut être établie jusqu'à 50 ans* »¹⁶⁹⁴. En France, on retrouve une disposition analogue à

¹⁶⁸⁹ DE LAUBADERE (A.), MODERNE (F.), DELVOLLE (P.), *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 678.

¹⁶⁹⁰ Article 18 §2 de la directive 2014/23 : « *Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques* »

¹⁶⁹¹ CE Sect., 03/11/1997, *Société Million et Marais*, Rec. p. 406, *RFDA* 1997, p. 1228 Concl. STAHL ; *AJDA* 1997, p. 945, note GIRARDOT, *RDP* 1998, p. 256, note GAUDEMET.

¹⁶⁹² Article 33 § 1 de la directive 2014/24 ; précitée : « *la durée d'un accord-cadre ne dépasse pas quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre* »

¹⁶⁹³ Article 34 § 8 de la directive 2014/24 ; précitée : « *Les pouvoirs adjudicateurs précisent la période de validité du système d'acquisition dynamique dans l'appel à la concurrence. Ils notifient à la Commission tout changement de cette durée* »

¹⁶⁹⁴ Article 153 § 8 del codice dei contratti pubblici, précité.

l'article 40 de la loi Sapin de 1993¹⁶⁹⁵, lequel dispose que « *les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée* ». Fixée à vingt ans dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement et des ordures ménagères, la durée des autres D.S.P varie en fonction « *de la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* ». Il serait intéressant d'insister sur le lien entre amortissement des investissements et durée du contrat¹⁶⁹⁶, l'ensemble des instruments du P.P.P. pouvant s'adapter à ce principe ambigu¹⁶⁹⁷.

Par ailleurs, se pose également la question de la réduction du maintien de la durée, notamment au travers du pouvoir de résiliation unilatérale. L'existence de ce pouvoir en droit administratif français est « *le moins contesté de notre matière* »¹⁶⁹⁸. Dans sa célèbre jurisprudence *Eurolat*¹⁶⁹⁹, le Conseil d'État a même déclaré nulle une clause interdisant la résiliation d'un B.E.A avant remboursement du prêt consenti à l'emphytéote, sauf accord de ce dernier. La seule condition, entendue largement par le juge administratif¹⁷⁰⁰, est la justification d'un intérêt général à la résiliation. Le droit italien reconnaît également à l'administration un pouvoir de résiliation, à n'importe quel moment du contrat¹⁷⁰¹. Dans les deux pays, il a pour contrepartie l'obligation d'indemniser intégralement le préjudice causé par la rupture anticipée. Il est donc prévu l'indemnisation des investissements réalisés (*damnum emergens*) mais aussi celle du gain manqué (*lucrum cessans*)¹⁷⁰². Si les questions de différence sémantique entre le droit de rachat prévu contractuellement (*diritto di riscatto*) et la résiliation unilatérale prévue même sans texte semblent

¹⁶⁹⁵ Loi n°93-122 du 29/01/1993 précitée, article L. 1411-2, al. 2, b) C.G.C.T

¹⁶⁹⁶ V. *Infra*, p.452.

¹⁶⁹⁷ Comme le souligne le Pr. COSSALTER, l'imprécision de la formule conduit des interrogations, l'amortissement pouvant être appréhendé de manière financière, comptable ou même technique. V. COSSALTER, *op. cit.*, p. 709.

¹⁶⁹⁸ PÉQUIGNOT (G.), *op. cit.*, p. 264.

¹⁶⁹⁹ CE, n°41589, 06/05/1985, *Association Eurolat et crédit foncier de France*, Rec. p. 141, R.F.D.A, 1986, p.21, Concl. GENEVOIS, *RDP* 1986, p.21, note LLORENS.

¹⁷⁰⁰ Le Conseil d'État a ainsi jugé que l'opposition des usagers était un motif d'intérêt général (CE, 05/02/1986, *SA Sogam*) ou encore l'abandon du projet (CE, 22/01/1965, *Société des établissements Aubrun*), ou même à la réorganisation du service en régie (CE, 10/07/1996, *Coise*).

¹⁷⁰¹ Articolo 134 del codice dei contratti pubblici, précité.

¹⁷⁰² Sur la question : V. notamment : Pour le droit Italien : NUNZIATA (M.), *Il recesso delle stazioni appaltanti dal contratto di appalto pubblico*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di CANCRINI (A.), Torino, Utet, 2014, p.877. ; SANDULLI (M. A), NICTOLIS (R.) et GAROFOLI (R.) (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, *op. cit.*, p.3671 ; Pour le droit français : HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, *op. cit.* p. 385 ; RICHER (L.), *op. cit.*, p. 269 .

superfétatoires, leur analyse dans le cadre des montages contractuels complexes translatifs de droits réels (type B.E.A ou *locazione finanziaria*) est intéressante. En effet, le pouvoir de résiliation n'est-il pas incompatible avec ce type de montage censé conférer au preneur un droit réel tout long de la durée de vie du contrat et surtout la possibilité d'hypothéquer ce droit pour garantir ses investissements ? Dans cette dernière hypothèse se mesure encore le caractère problématique d'un modèle unique de P.P.P. avec la diversité des structures juridiques. Nous percevons également que les différents instruments du partenariat public-privé se spécifient, en droit français et en droit italien, par rapport au « *droit commun de la commande publique* »¹⁷⁰³.

Section 2 : Une application inconciliable avec les particularités du droit de la commande publique

Le terme « concilier » renvoie à la notion d'assemblage dont il tire son étymologie. La conciliation permet en effet d'accorder, de faire aller ensemble des choses ou opinions contraires. Si le modèle unique de P.P.P. ne semble pas compatible avec la diversité des structures juridiques internes, alors peut être peut il néanmoins être concilier avec ces systèmes. Selon nous, ce postulat est erroné. Il tombe paradoxalement sous les coups de la logique qui tente de l'imposer. Le développement d'un modèle unique ne serait pas efficient compte tenu du particularisme juridique des États membres. L'analyse économique du droit nous permet de le démontrer, ne serait ce que pour la France et l'Italie (§1). L'utilisation de cette théorie renforce ainsi l'idée selon laquelle les instruments juridiques les plus emblématiques du P.P.P. ne peuvent être appréhendés que comme des formules spécifiques aux catégories contractuelles de chaque système (§2).

¹⁷⁰³ C.C, DC n° 2003-473 du 26/06/2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* Rec., p. 382, précitée.

§1) Analyse économique du droit des P.P.P.

Notre volonté d'utiliser les cadres conceptuels développés par les théories économiques à l'analyse juridique s'effectue en toute humilité, de manière synthétique et abrupte, comme un argument supplémentaire permettant de démontrer la viabilité de notre hypothèse selon laquelle l'érection d'un modèle unique de P.P.P. demeurerait une solution problématique à la recherche d'un nouvel « ordre » en droit de la commande publique. Certains auteurs se sont en effet déjà penchés sur la question du mouvement *Law and Economics*¹⁷⁰⁴, même en matière de partenariat public-privé¹⁷⁰⁵. Leurs brillantes démonstrations nous serviront ainsi de support afin d'étudier les apports (A) et les limites (B) de cette analyse pour le sujet qui nous intéresse.

A) Apports de l'analyse

Dans le langage économique, le droit peut être appréhendé comme un facteur de coût. Cependant, ces coûts sont indispensables à la réalisation du marché. En effet, ils permettent de coordonner les positions des différents agents économiques. Si le droit n'existait pas, l'offre et la demande ne pourraient se rencontrer puisque pour pouvoir échanger, il faut nécessairement que se matérialise un langage commun propre à cette opération. L'uniformisation des règles de droit (*le droit de*) à un ensemble économique donné (une zone géographique, un type de marché, etc.) permet dès lors l'optimisation des coûts à établir pour chaque relation économique. Ainsi, la fixation d'un espace normatif commun préalable à l'échange permet d'éviter que les agents détenteur d'une offre et ceux ayant une demande à satisfaire déterminent le cadre juridique de leur transaction à chaque fois qu'elle se réalise.

¹⁷⁰⁴ V. MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008 ; LANNEAU (R.), « Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics », *LGDJ*, Paris, 2010.

¹⁷⁰⁵ MULLER (E.), *les instruments juridiques des partenariats public-privé*, *op. cit.*, p. 351.

Les économistes dits « institutionnalistes »¹⁷⁰⁶ ont donc commencé à appréhender le droit dans leurs études, en intégrant notamment le concept de « gouvernance »¹⁷⁰⁷ (et naturellement son coût) au sein de leurs analyses. Un article est considéré aujourd'hui comme fondant l'analyse économique du droit¹⁷⁰⁸. Rédigé par Ronald COASE dans le journal *Law and Economics*¹⁷⁰⁹, il a permis l'émergence des théories des coûts de transactions (1) et des contrats incomplets (2). Ces théories sont indispensables à l'analyse économique du droit des partenariats public-privé.

1) La théorie des coûts de transactions

Le théorème de COASE¹⁷¹⁰ peut être formulé de la manière suivante : « *En l'absence de coûts de transaction, si les individus sont rationnels et si les droits sont biens définis et attribués, l'allocation des ressources résultant d'un tel système sera optimale et ne dépendra pas de l'attribution initiale des droits* »¹⁷¹¹. Autrement dit, la vision selon laquelle l'économie, guidée par la célèbre main invisible du marché, évolue de façon optimale vers le bien être de tous est erronée selon COASE¹⁷¹². En effet, le recours au marché pour les agents économiques entraîne des coûts. Alors que dans les théories classiques ces coûts ne sont pas pris en compte dans la mesure où ils sont intégrés inconsciemment au prix par les agents, dans les analyses de COASE, ils sont intégrés de façon consciente par l'entreprise, « *la firme* »¹⁷¹³. En effet, à côté du marché, « *institution sociale facilitant les échanges* »¹⁷¹⁴, existent des « *îlots de pouvoir conscients dans un océan de coopération inconsciente* »¹⁷¹⁵. La firme est alors préférée au marché toutes les fois où elle permet de réduire les coûts

¹⁷⁰⁶ V. CHAVANCE (B.), *L'économie institutionnelle*, Paris, La Découverte, 2007, coll. Repères
WILLIAMSON (O.), *Les institutions de l'économie*, Paris, InterÉditions, 1994.

¹⁷⁰⁷ LANNEAU (R.), *op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 59.

¹⁷⁰⁹ COASE (R.), «The problem of social cost», *Journal of law and Economics*, vol.3, 1960, p.1.

¹⁷¹⁰ SIGLER (G.), *The theory of the price*, 1966, 3ème éd., Macmillan, New York.

¹⁷¹¹ LANNEAU (R.), *op. cit.*, p. 59.

¹⁷¹² MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008, p.182.

¹⁷¹³ COASE (R.), *The nature of the firme*, *Economica*, 1937 ; (version Française : *la nature de la firme*, revue française d'économie, 1987, V.2, p.133)

¹⁷¹⁴ COASE (R.), *L'entreprise, le marché et le droit*, Paris, Éditions d'organisation, 2005, p. 25 ; cité in MULLER (E.), *op. cit.*, p. 353.

¹⁷¹⁵ ROBERTSON (D.H), *Plants*, 1932, cité in COASE (R.), *The nature of the firm*, *op. cit.*, (*la nature de la firme*, revue française d'économie, V.2, p.133)

engendrés par le mécanisme d'échange, aussi bien les coûts d'organisation que « *les coûts de négociation et de conclusion de contrats séparés pour chaque transaction d'échange prenant place sur le marché* »¹⁷¹⁶. Le Professeur WILLIAMSON a ensuite renouvelé les analyses de COASE en développant la notion de coûts de transactions¹⁷¹⁷. Selon lui, « *les coûts de transactions constituent l'équivalent économique des frictions dans les systèmes physiques* »¹⁷¹⁸. En effet, ils permettent d'expliquer le choix d'un opérateur économique pour la production d'un bien en interne (*la firme*), le recours au marché ou la mise en place d'un contrat relationnel (*un système hybride*) de longue durée. Ainsi, le recours à la firme permet d'économiser, dans certains cas, les coûts de transaction dans un marché qui n'est pas conçu comme un système optimal d'échange. L'organisation la plus efficiente sera donc celle « *qui réduira au maximum les déperditions d'énergie (les coûts) qu'entraîne l'établissement d'une relation stable nécessaire à la production d'un bien* »¹⁷¹⁹.

Par ailleurs, si COASE opposait la firme au marché, WILLIAMSON l'aborde plutôt comme un nœud de contrats et non comme une simple hiérarchie organisationnelle¹⁷²⁰. Lorsque ces contrats sont conclus, il faut alors dissocier les coûts *ex ante* (recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse, travail de définition du besoin, rédaction des clauses, etc.) des coûts *ex post* (modification du contrat, engagement de la responsabilité contractuelle, etc.). Dans cette hypothèse, l'analyse du professeur WILLIAMSON aborde la question du caractère limité de la rationalité des agents économiques ainsi que de leur comportement opportuniste¹⁷²¹. La rationalité limitée est conditionnée à la fois par le manque d'information mais aussi par l'incapacité à anticiper et résoudre les problèmes ultérieurs. De cette incertitude sur l'avenir découle l'impossibilité d'établir des contrats « *complets* », c'est-à-dire déterminant à l'avance l'ensemble de la relation. L'opportunisme des agents peut être observé en amont ou en aval du contrat. En amont, l'opportunisme

¹⁷¹⁶ *Ibid.*

¹⁷¹⁷ WILLIAMSON (O.), "Transaction-cost economics: the governance of contractual relations", *Journal of Law and Economics*, 10/1979, p. 233.

¹⁷¹⁸ WILLIAMSON (O.), *Les institutions de l'économie*, *op. cit.* p. 38.

¹⁷¹⁹ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p.568.

¹⁷²⁰ WILLIAMSON (O.), "the firm as a nexus of treaties", *Journal of economic Literature*, 1991, Vol. 29, n°3, p. 1202.

¹⁷²¹ WILLIAMSON (O.), *Les institutions de l'économie*, *op. cit.*, p.172 et s.

pourra conduire à la sélection d'un cocontractant dont les prestations seront de mauvaises qualités dans la mesure où il tirera meilleure bénéfice d'une « *asymétrie d'information* ». En aval, il y aura une évolution (provoquée ou non) qui conduira à des conditions d'exécution favorable à l'une des parties par rapport à l'autre. La théorie des coûts de transaction est donc extrêmement utile, du point de vue l'analyse microéconomique, pour « *appréhender les pratiques d'externalisation* »¹⁷²².

En effet, pour les partenariats public-privé, et plus particulièrement les types d'activités sur lesquelles ils reposent, un constat s'impose : celui de la longue durée de la relation contractuelle. Pour bénéficier de leurs avantages par rapports aux autres modes de gestion publique, il faut, pour chaque activité, être capable de déterminer les coûts de transactions qui lui sont associés et chercher le mode de gestion (régie, marchés publics, D.S.P, contrat de partenariat, B.E.A, etc.) qui saura les minimiser. Dans cette perspective, il pourrait être logique d'admettre que les marchés publics de travaux entraînent des coûts de contractualisation beaucoup plus faibles que les contrats de partenariat ou les D.S.P. En revanche, ils entraînent des coûts de transaction (procédure d'appel d'offre, contrôle, etc.) plus importants que la gestion directe. Ainsi, ils paraissent mieux adaptés à la réalisation de travaux de moyenne importance. À l'inverse, les constructions complexes générant des risques financiers et des incertitudes d'exécution, amènent à ce que des contrats « incomplets » soient signés. Elles semblent ainsi mieux encadrées par les P.P.P. alors que les travaux très simples, voire même simplistes, peuvent être réalisés en interne par les administrations. L'analyse économique des coûts de transactions semblerait ainsi justifier le recours au secteur privé toutes les fois où le secteur public serait inefficace (les entreprises privées disposant de structures mieux adaptées pour répondre aux besoins de l'administration) et qu'il engendrerait, du fait de la rigidité de sa structure, des coûts de transaction prohibitifs.

Cependant, cette analyse apparaît comme trop radicale et emprunte d'une grande subjectivité. Elle peut être contredite du reste par les derniers chiffres publiés par l'observatoire économique de l'achat public (O.E.A.P)¹⁷²³. En effet, ces derniers

¹⁷²² BROUSSEAU (É.), « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *LPA* n° 147, 9/12/1998, p. 23, cité in, MULLER (E.), *op. cit.*, p. 351.

¹⁷²³ Disponible sur www.economie.gouv.fr

témoignent de la fréquence des renégociations de contrats en matière de travaux publics. Or, les renégociations fragilisent les procédures de mise en concurrence, notamment parce qu'elles amènent à des comportements opportunistes : « *l'opérateur fait volontairement une offre à faible prix en anticipant qu'il renégociera le contrat durant la phase d'exécution* »¹⁷²⁴. Si elles peuvent s'avérer utile dans le cadre de contrats de longue durée face à de nouvelles situations, elles sont néfastes lorsqu'elles apparaissent purement opportunistes¹⁷²⁵. Ainsi, sur la période allant de 2005 à 2007, l'OEAP a estimé à plus de 6,5 milliards d'euros le coût total de ces renégociations en termes de marchés de travaux¹⁷²⁶. Cette pratique est également très répandue pour les concessions puisque selon les dernières études¹⁷²⁷, le taux de renégociations à l'échelle mondiale varie entre 40 et 92 %. Elle touche aussi les instruments les plus emblématiques de la PFI anglo-saxonne¹⁷²⁸.

C'est donc plutôt la durée des contrats de commande publique qui apparaît comme un élément important en matière de détermination des coûts de transaction. Pour les instruments juridiques des P.P.P., deux facteurs essentiels permettent selon nous de conditionner la durée par rapport aux spécificités des différents contrats. Dans cette acception, la formulation d'un modèle unique apparaît comme impossible avec la diversité des missions. En effet, le premier facteur réside dans l'adéquation entre la durée d'exécution et la durée d'amortissement des investissements. Il permet de conditionner le financement d'une opération à son exploitation et ainsi de faire bénéficier l'administration d'une offre économiquement plus avantageuse. Le second facteur permet de déterminer contractuellement les évolutions pouvant interférer sur la relation entre l'administration, son cocontractant et éventuellement les usagers identifiables. En effet, dans certains contrats, il faudra prévoir par

¹⁷²⁴ SAUSSIÉ (S.) et TIROLLE (J.), « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Notes du conseil d'analyse économique, 03/2015, n°22, p.1.

¹⁷²⁵ Autorité de la concurrence, Décision n° 07-D-15 du 09/05/2007 *relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France*.

¹⁷²⁶ BRUX (J.), PIRON (V.), SAUSSIÉ (S.), « une analyse économique des partenariats public-privé », Rapport I.G.D, 06/2011, p.15.

¹⁷²⁷ V. ESTACHE (A.) et SAUSSIÉ (S.), « Public-Private Partnership and efficiency : A short Assessment », CESifo DICE Report, n°3/2014, p.8: A titre d'exemple, les auteurs constatent sur plus de 1000 concessions de distribution d'eau signées en Amérique Latine, plus de 70 % sont renégociées avant la deuxième année du contrat.

¹⁷²⁸ Sur 91 milliards de livres sterling investies au Royaume Uni jusqu'en 2004, 35 milliards auraient fait l'objet de renégociations. V. BENSALD (J.) et MARTY (F.), « pertinence et limites des partenariats public-privé : une analyse économique », *Prisme*, n°27, 11/2013, p.41.

exemple les risques dus aux aléas climatiques. Dans le cas d'une concession de distribution d'eau potable, il faudra par exemple prévoir les risques de sécheresse, d'inondations, et d'autres éléments ayant des conséquences sur l'activité déléguée, donc sur la nature du contrat¹⁷²⁹. La durée plus courte de la délégation permettra ainsi de faire face à cette multitude de risques et à l'incertitude entraînant des difficultés à contractualiser sur le long terme¹⁷³⁰. En revanche, dans le cadre de la construction d'un lycée avec paiement échelonné de la personne publique, ces différents risques n'auront pas les mêmes conséquences, notamment sur la rémunération du cocontractant et sur la prestation délivrée aux usagers. Les contrats ne peuvent ainsi être identiques, certains demeurant, dans la logique de l'analyse économique, plus « complets » que d'autres.

2) La théorie du contrat incomplet

L'exemple formulé par le Professeur WITTMAN permet de bien cerner la notion de contrat complet¹⁷³¹. Supposons qu'un contrat soit signé entre un peintre en bâtiment et un propriétaire pour que l'immeuble de ce dernier soit repeint au pistolet. « *Qu'arrive t-il si le conjoint du peintre décède, si un nuage de sauterelle s'abat sur la maison ou si la ville décide d'interdire la peinture au pistolet ?* »¹⁷³². Les parties au contrat n'ont pas négocié toutes les clauses pouvant parer à de telles éventualités, « *les coûts de transaction seraient trop élevés au regard des enjeux* »¹⁷³³. Cependant, si l'une d'entre elle se matérialise et que les cocontractants n'arrivent pas à trouver un accord à l'amiable, ce sera alors au juge de trancher le litige. La théorie du contrat complet permet ainsi de traduire, dans le système

¹⁷²⁹ V. MENARD (C.) et SAUSSIÉ (S.), *la délégation de service public, un mode organisationnel efficace ? Le cas de la distribution de l'eau en France*, Économie publique, 2003, n°1, p.99.

¹⁷³⁰ SAUSSIÉ (S.) et TIROLE (J.), *Strengthening the Efficiency of Public Procurement*, French Council of economic Analysis, 04/2015, n°22, p.3.

¹⁷³¹ Cité in, MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, paris, Dalloz, 2008, p. 376.

¹⁷³² *Ibid.*

¹⁷³³ *Ibid.*

économique, les critères qui détermineront son office. Elle est une forme d'utopie servant, « *en dégradé* », à imaginer comment les parties auraient pu s'entendre si elles avaient contracté sur ces différents points¹⁷³⁴. Dès lors, l'analyse économique du droit permet d'affirmer que la construction jurisprudentielle française de la théorie générale du contrat administratif, notamment à travers l'émergence des notions jurisprudentielles les plus connues¹⁷³⁵, participe ainsi de l'élaboration du contrat administratif complet dans l'ordre juridique français.

Par ailleurs, le phénomène de contractualisation des théories jurisprudentielles pourrait être analysé comme la volonté, pour les parties, de se procurer un gain d'efficacité financière (frais de procédure, etc.) pour les contrats dont les risques les plus connus se matérialisent fréquemment¹⁷³⁶. Tous les contrats apparaissent donc comme nécessairement incomplets et la détermination de règles par le législateur et le juge vont venir fixer le cadre dans lequel ils doivent être négociés¹⁷³⁷ ou suppléer à la résolution de situations problématiques¹⁷³⁸. L'incomplétude contractuelle procède alors de différents éléments. Elle ne peut uniquement provenir de la rationalité limitée des agents ou de l'asymétrie d'information entre eux comme dans la théorie des coûts de transaction. Elle se manifeste surtout dans le coût prohibitif pouvant résulter de la rédaction d'un contrat qui serait le plus complet possible¹⁷³⁹. Or les partenariats public-privé sont par nature des contrats de longue durée s'exécutant dans un environnement incertain, ils sont donc propices à l'utilisation de la théorie des contrats incomplets pour leur analyse¹⁷⁴⁰. Pourtant, les contrats de partenariats publics-privé tendent plus à la

¹⁷³⁴ WITTMAN (D.), *Economic foundations of Law and organisation*, CAMBRIDGE University Press, p.194.

¹⁷³⁵ Imprévision, fait du prince, pouvoir de modification unilatérale de l'administration, etc.

¹⁷³⁶ C'est par exemple le cas des conventions de délégation de service public en France ou des concessions de service et de travaux en Italie. V. MENARD (C.) et SAUSSIÉ (S.), « La délégation de service public, un mode organisationnel efficace ? Le cas de la distribution de l'eau en France », *op. cit.*, et ; MARCHIANO (G.), « L'analisi economica del diritto e la finanza di progetto : un metodo alternativo di analisi », Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, 2011.

¹⁷³⁷ La mise en place de procédures formalisées type « appels d'offres » permet, en amont, de limiter les pratiques corrompues dans le cadre de la commande publique.

¹⁷³⁸ L'ouverture des recours contractuels aux tiers évincés permet, en aval, de sanctionner les manquements aux règles de concurrence et ainsi d'éviter qu'ils ne se reproduisent.

¹⁷³⁹ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 571.

¹⁷⁴⁰ WILLIAMSON (O.), "Transaction-cost economics : the governance of contractual relations", *Journal of Law and Economics*, 10/1979, pp. 233, cite in, MULLER (E.), *op. cit.*, p. 355.

complétude qu'à l'incomplétude. Ils s'inscrivent en effet dans une logique de spécificité telle que la détermination, *ex ante* ou *ex post*, d'un régime juridique homogène garantissant la réduction de leur coût de transaction par rapport aux autres contrats de commande publique (ou par rapport à la gestion interne), pourrait apparaître comme synonyme d'efficience économique.

Cependant, le recours aux différentes théories de l'analyse économique du droit permet de postuler que le mode de gestion ou de dévolution d'une activité sera fonction du degré de performance attendu dans son exécution. Autrement dit, plus une performance contractuelle est difficile et plus elle comporte de risques, alors plus le caractère « complet » du contrat devra être recherché pour minimiser les coûts de transaction et justifier l'externalisation de l'activité. La spécificité de l'activité serait donc fonction du choix du mode de gestion : l'externalisation ne devrait l'emporter que lorsque les contrats sont très simples et peu sujets à évolution dans le temps (cas du marché de travaux classique) ou alors très complexes étant donné le haut degré d'actifs spécifiques à réaliser (cas des P.P.P.)¹⁷⁴¹. Dans tous les autres cas, c'est la gestion interne, *la firme*, qui devrait être préférée car les gains en termes de production par un opérateur externe seraient contrebalancés par les pertes en termes de coûts de transaction élevés, notamment dus à la complexité du projet à mettre en œuvre¹⁷⁴². C'est donc du degré de spécificité de l'activité que découle, en fonction des théories des coûts de transaction et des contrats incomplets, le choix de recourir à un partenariat public privé. La notion de spécificité de l'échange, développée par le Professeur WILLIAMSON¹⁷⁴³, et reprise notamment par le Professeur MULLER, nous sera utile pour appréhender les limites de cette analyse.

B) Limites de l'analyse

¹⁷⁴¹ SAUSSIÉ (S.) (dir.), « Mode de gestion et efficacité, Une analyse néo-institutionnelle », Rapport pour le Ministère de l'Écologie et du développement durable, ATOM, 05/2004, disponible sur www.temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr

¹⁷⁴² L'intérêt de l'analyse économique du droit développée par le courant institutionnaliste est alors de combattre l'argument dogmatique selon lequel le secteur privé serait, en tout état de cause, plus performant que le secteur public.

¹⁷⁴³ WILLIAMSON (O.), *op. cit.*

L'analyse économique du droit des partenariats public-privé conduirait à l'affirmation selon laquelle le recours à ce type d'instrument serait justifié à chaque fois que son efficacité serait supérieure à la gestion directe ou à la contractualisation simple par voie de marché de public. « Le » partenariat public-privé, instrument homogène, s'opposerait ainsi en droit de la commande publique aux échanges marchands standardisés et ponctuels que seraient les marchés publics mais aussi à la gestion en interne de l'activité. Cette analyse est selon nous fortement limitée et revêt une vision partielle inconciliable avec la réalité des structures juridiques française et italienne. En effet, l'application des théories évoquées précédemment conduit selon nous à mettre en avant, au sein de la catégorie des P.P.P., que les instruments ne peuvent être que différenciés, notamment en fonction des types d'échanges économiques dont ils sont le support (1). Cela conduit inévitablement à la constatation selon laquelle la typologie fonctionnelle du destinataire de la prestation est indépassable pour appréhender la diversité de ces instruments (2).

1) Le recours à des instruments différenciés en fonction des types d'échanges dont ils sont le support

Le professeur MULLER envisage les instruments juridiques des partenariats public-privé comme s'apparentant à des échanges spécifiques¹⁷⁴⁴. En se basant sur les travaux du Professeur WILLIAMSON, il les analyse en effet comme engageant « *des investissements durables et spécifiques* »¹⁷⁴⁵ à la transaction entre les partenaires alors que le recours au marché traditionnel serait synonyme de spontanéité et de standardisation. De plus, le second critère fondant le caractère spécifique de l'échange, à savoir la « *réurrence* »¹⁷⁴⁶, semble lui aussi être parfaitement applicable aux P.P.P. parce qu'ils constituent « *une relation d'échange continue et étalée dans le temps* »¹⁷⁴⁷ opposée au caractère ponctuel du marché. Cependant, la définition économique du P.P.P. comme un échange *spécifique* amène

¹⁷⁴⁴ MULLER (E.), *op. cit.*, p. 355.

¹⁷⁴⁵ WILLIAMSON (O.), *Transaction-cost economics, op. cit.*, p.239.

¹⁷⁴⁶ WILLIAMSON (O.), *op. cit.*, p. 241.

¹⁷⁴⁷ MULLER (E.), *op. cit.*, p. 357.

à une situation paradoxale : si les échanges sur lesquels reposent les opérations de partenariat public-privé sont qualifiés de spécifiques, alors la théorie des coûts de transaction fait que ces derniers doivent être totalement intégrés de façon verticale à une firme, c'est-à-dire ne pas avoir recours à la satisfaction horizontale du besoin, donc au marché. Dès lors, l'intégration totale au sein d'une même organisation, étant donné le caractère particulier des activités sur lesquelles repose l'actif construit, suppose, si cette théorie est appliquée au secteur public, que l'activité soit gérée en interne (régie, établissement public, *azienda speciale*, etc.).

Le Professeur MULLER formule donc le paradoxe de la manière suivante : « comment les partenariats public-privé pourraient-ils faire l'objet d'une intégration, alors qu'ils s'inscrivent précisément dans une logique d'externalisation ? »¹⁷⁴⁸. En effet, c'est précisément contre ces modes de gestion que s'effectue le recours aux instruments juridiques du P.P.P. Les administrations souhaitent externaliser pour obtenir des performances qu'elles estiment incapables de réaliser seules. L'analyse économique proposant l'alternative entre le marché et la firme trouve donc ici une limite particulièrement difficile à dépasser lorsqu'elle s'applique au droit de la commande publique.

Pour résoudre le paradoxe, M. MULLER se base alors sur la nature des échanges dont les P.P.P. sont le support. Il les qualifie, en se fondant sur les travaux du Professeur BROUSSEAU, de « semi-spécifiques »¹⁷⁴⁹, notamment parce qu'ils sont « spécialement conçus pour les besoins d'une activité publique »¹⁷⁵⁰. Ces échanges étant semi-spécifiques, ils ne peuvent être réalisés que dans des « formes hybrides de gouvernance », c'est-à-dire des contrats dits « relationnels »¹⁷⁵¹ entre un opérateur privé et une personne publique. L'expression signifie des « accords contractuels de long terme qui sont typiquement adaptés aux changements de

¹⁷⁴⁸ MULLER *op. cit.*, p.

¹⁷⁴⁹ BROUSSEAU (E.), « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *op. cit.*, p. 25, cité in MULLER (E.), *op. cit.*, p. 355.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*

¹⁷⁵¹ Sur cette notion V. principalement : MAC NEIL (I.), *Contracts : Adjustments of Long Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and relational Contract Law*, Northwestern University Law Review, 1978, Vol.72, p.854, et, du même auteur, *The New social Contract; An Inquiry into Modern Contractual Relation*, 1980, New Haven, Yale University Press.

circonstances et aux évènements imprévus lorsqu'ils surviennent »¹⁷⁵². Les partenariats public-privé seraient donc dans cette acception des « *formes hybrides* » qui « *empruntent au marché le principe du maintien de l'indépendance des parties et à la hiérarchie le principe de l'instauration (contractuelle) d'un ordre privé* »¹⁷⁵³. Ils matérialiseraient ainsi une forme de « *gouvernance bilatérale* » préservant l'indépendance juridique des partenaires, notamment par l'instauration de mécanismes d'évolution de la relation par la négociation. Le Professeur MULLER arrive ensuite à la conclusion selon laquelle la différenciation des instruments en fonction de leur objet est une source de diversification inutile¹⁷⁵⁴. L'analyse économique du droit permet donc d'adapter à la diversité de ces instruments « *un continuum de multiples solutions contractuelles* »¹⁷⁵⁵ démontrant l'existence d'une théorie générale des contrats spéciaux de l'Administration.

Cette analyse remarquable amène à considérer que la distinction entre les contrats « classiques » de commande publique et leur catégorie spéciale (les P.P.P.) procède plus d'une différence entre achats simples, spontanés et standardisés avec des achats complexes, globaux et de longue durée que d'une différence entre les modes de gestion du service. Par ailleurs, force est de constater, pour aller dans le même sens, que les droits français et italien de la commande publique permettent¹⁷⁵⁶ de donner à n'importe quel type de contrat, un objet dès plus large possible (préfinancement, conception, réalisation, entretien et exploitation) « *avec ou sans association au service public, avec ou sans rémunération par les usagers* »¹⁷⁵⁷.

Toutefois, nous ne partageons pas totalement les solutions dégagées par le Professeur MULLER. En effet, si le concept de contrat relationnel semble s'appliquer de façon homogène à tous les P.P.P. étant donné la relation de *fusio*

¹⁷⁵² SMYTHE (D. J.), "Bounded Rationality, the Doctrine of Impracticability, and the Governance of Relational Contract", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2004, p. 227; cité in MULLER (E.), *op. cit.*, p. 361.

¹⁷⁵³ BROUSSEAU (E.), *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁵⁴ « *Elle conduit, en effet, à diviser les instruments juridiques des partenariats public-privé selon qu'il s'agit d'opérations à "gestion déléguée" ou à "gestion retenue"*. », MULLER (E.), *op. cit.* p. 402.

¹⁷⁵⁵ *Idem.* p. 406.

¹⁷⁵⁶ V. le chapitre 2 du titre 1 de la première partie.

¹⁷⁵⁷ GAUDEMET (Y.), « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP*, 2004, p. 339.

personae qu'il leur est intrinsèque¹⁷⁵⁸, il n'en demeure pas moins que la notion de « *semi spécificité de l'échange* » à laquelle recourt l'auteur pour sortir du paradoxe qu'il a lui-même construit est problématique, tant elle nous semble floue. Ainsi, la semi-spécificité se caractériserait dans l'exercice d'une activité publique¹⁷⁵⁹ sans que nous sachions précisément si cette dernière notion renvoie à une conception organique ou matérielle des activités de l'administration. Elle semble du reste plus appropriée au pays de droit anglo-saxon ne connaissant pas la notion de service public. Dans cette logique, elle renvoie à l'ensemble des activités assurées ou assumées par les personnes publiques. Par ailleurs, le concept de « service public » n'étant pas utilisé pour définir la notion, c'est sans doute que les échanges sur lesquels portent les contrats de P.P.P. n'ont pas tous pour objet une activité qualifiée comme telle par les droits français et italien, d'où l'impossibilité d'utiliser la distinction classique entre « gestion retenue » et « gestion déléguée ».

Cependant, s'il est vrai que les instruments juridiques du partenariat public-privé ne confient pas tous au cocontractant de l'administration l'exécution d'une mission de service public, ces contrats sont néanmoins le support nécessaire à la réalisation d'actifs permettant l'exercice d'une mission de service au sens des directives. Les ouvrages construits, qu'ils soient par exemple des incinérateurs de déchets ou des lycées publics, participent tous de cette mission. Cet élément ne souffre d'aucune exception, en France comme en Italie. Certes, les éléments classiques de la distinction sont mis à mal par ces nouveaux modèles : la gestion du service par un tiers n'est pas toujours liée aux recettes d'exploitation mais peut aussi provenir d'un paiement de la personne publique. L'administration peut financer elle-même les investissements ou choisir de les faire préfinancer en tout ou partie par son cocontractant. Pour autant, le remplacement de la distinction gestion déléguée/gestion retenue par celle de contrat ponctuel et standardisé contre contrat relationnel et spécifique pose aussi des problèmes.

En effet, et les exceptions sont toutefois relevées par l'auteur¹⁷⁶⁰, les marchés ayant pour objet une mission globale portant à la fois sur la conception, la

¹⁷⁵⁸ V. *Supra*, p. 107.

¹⁷⁵⁹ Ces échanges sont « *spécialement conçus pour les besoins d'une activité publique* » (BROUSSEAU (E.), *Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation*, *op. cit.*, p. 25, cité in MULLER (E.), *op. cit.*, p. 355)

¹⁷⁶⁰ MULLER (E.), *Ibid.*

construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'ouvrages ou d'équipements¹⁷⁶¹ ne pourraient répondre de ces catégories. S'il se rapproche des P.P.P. par leur caractère global, ils s'en éloignent par leur interdiction de paiement différé et l'absence de préfinancement privé. S'ils appartiennent à la catégorie des marchés publics, ils s'en éloignent par leur caractère non standardisé et non ponctuel étant donné qu'ils instituent une véritable relation de long terme entre les cocontractants. En définitive, la catégorie des échanges *semi-spécifique* apparaît assez absconse. Les contrats de commande publique ont ou n'ont pas pour objet des échanges spécifiques. D'ailleurs le Professeur WILLIAMSON lui-même postule que le contrat qui porte sur la réalisation d'un immeuble ne pouvait être que le support d'un échange spécifique¹⁷⁶², dans la mesure où la construction d'infrastructure ne peut que s'écarter de l'échange marchand standard. Dès lors, les marchés publics de travaux à forte valeur entrent également dans cette catégorie, ce qui prouve bien son élasticité en droit de la commande publique puisqu'elle s'applique à des instruments divers. Le recours à la notion de service public constitue donc une barrière infranchissable pour les différents éléments. Si nous souscrivons totalement à l'idée d'une spécialisation du droit de la commande publique, cette dernière ne peut s'effectuer, dans la logique comparative franco-italienne, qu'en prenant en compte le lien entre l'entité qui fournit la prestation de service et les usagers destinataires de cette dernière.

2) Le lien entre le type de contrat et le destinataire de la prestation

Nous avons établi précédemment que les instruments juridiques du P.P.P. pouvaient être rangés en fonction du destinataire de la prestation sur laquelle ils reposaient¹⁷⁶³. En effet, soit ces instruments ont pour but la réalisation d'un actif dont l'administration sera la principale destinatrice. Cet actif lui permettra ensuite d'accomplir sa mission (école, collège ou lycée, hôtel de ville, commissariat de police, gendarmerie, palais de justice, etc.). Dans cette hypothèse, un rapport

¹⁷⁶¹ C.R.E.M et R.E.M de l'article 73 du CMP ; Contraente generale de l'article 176 del *codice dei contratti pubblici*

¹⁷⁶² WILLIAMSON (O.), *op. cit.*, p.247.

¹⁷⁶³ V. *Supra*, p. 186.

bilatéral est établi entre l'administration et l'utilisateur. Soit, ils permettent la réalisation d'un ouvrage que les usagers d'un service public utiliseront directement (ouvrage d'art, stade, réseau électrique, de distribution d'eau). Dans ce cas, un rapport trilatéral est établi entre l'administration « commanditaire » de la prestation, la personne privée qui l'exécute, et les usagers qui la reçoivent. Dans le cadre de l'analyse économique du droit, ce constat s'adapte particulièrement bien à la théorie de l'agence¹⁷⁶⁴. En effet, cette théorie offre un cadre d'analyse intéressant qui permet de justifier de manière économique le recours à un type particulier de contrat, notamment en fonction de la meilleure forme organisationnelle pouvant répondre à la satisfaction d'un besoin déterminé. Ainsi, elle permet d'appréhender le meilleur degré de séparation possible entre le détenteur de la fonction de décision et le celui qui supporte la majorité des risques¹⁷⁶⁵. Selon cette théorie, la relation d'agence instituée « *un contrat par lequel une personne (le principal) engage une autre personne (l'agent) pour exécuter en son nom une tâche quelconque qui implique une délégation d'un certain pouvoir de décision à l'agent* »¹⁷⁶⁶. Dès lors, la séparation des fonctions de contrôle et de sanction du principal avec celle de direction de l'activité déléguée à l'agent peuvent engendrer des conflits entre les différents partenaires. Leur résolution *ex ante* (législation, clauses contractuelles, etc.) ou *ex post* (recours à la transaction, à la décision de justice, etc.) entraîne inéluctablement des coûts qui, s'ils sont supérieurs aux profits attendus respectivement par les cocontractants dans leurs relations contractuelles, devraient entraîner le choix pour un autre mode de gestion. D'ailleurs, la principale difficulté d'un tel type de contrat réside dans l'asymétrie d'information entre le principal et l'agent. Cette asymétrie peut certes être réduite par les nombreuses mesures de contrôle dont dispose la personne publique, il n'empêche néanmoins qu'elle confère un avantage à l'agent (le partenaire privé) par rapport à l'administration¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶⁴ JENSEN (M.) et MECKLING (W.), *Theory of the firm : Managerial Behavior, agency costs, and capital structure*, Journal of financial Economics, 10/1976, Vol. 3, p.305.

¹⁷⁶⁵ RICHET (C.), SOULE (B.) et DURAND (C.), « L'approche économique de la gestion déléguée en question », *Revue Française de gestion*, 05/2009, n°195, p.43.

¹⁷⁶⁶ JENSEN (M.) et MECKLING (W.), *op. cit.*, p.

¹⁷⁶⁷ Les études économiques pratiques sur l'application de cette théorie sont peu nombreuses. V. cependant l'article de RICHET (C.), SOULE (B.) et DURAND (C.), *op. cit.*, qui démontre, chiffres à l'appui, combien cette théorie permet de remettre en question l'externalisation dans le cadre de D.S.P de la gestion de complexes aquatiques.

La théorie de l'agence permet donc d'affirmer que le recours à l'externalisation, dans le cadre d'un contrat de longue durée avec délégation des prérogatives de l'administration s'adapte particulièrement bien aux ouvrages dont la fonction est de servir directement aux usagers de l'administration. Elle permet en effet aux personnes publiques de minimiser de façon efficiente leurs coûts de transaction à chaque fois qu'une relation de longue durée peut être instituée entre le partenaire et les usagers. Dans ce cas, la figure de la concession apparaît comme le contrat le plus adapté. À l'inverse, les contrats globaux de construction d'ouvrages pour la satisfaction des besoins de l'administration avec préfinancement privé et paiements fractionnés de la personne publique durant la durée d'amortissement des investissements¹⁷⁶⁸ apparaissent plus comme des formes dérogatoires au droit des marchés publics que comme des contrats de type relationnel permettant de minimiser les coûts d'agence des personnes publiques.

De façon implicite, le doyen HAURIOU s'était penché sur cette question lorsqu'il avait étudié l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats de l'administration¹⁷⁶⁹, liant de la sorte la dévolution de l'activité de service public à la concession¹⁷⁷⁰. Ainsi, dans la jurisprudence *gaz de Bordeaux*¹⁷⁷¹ l'équilibre financier du contrat de concession est rétabli par le versement d'une indemnité au profit du concessionnaire, ceci afin de garantir la continuité du service public même lorsque des éléments anormaux, imprévisibles et étrangers à la volonté des parties seraient susceptibles de lui porter une atteinte temporaire. C'est donc l'équilibre financier à défaut de l'équilibre contractuel, qui est le garant de l'objectif de continuité. HAURIOU, dans une remarque aussi brillante que visionnaire, note alors :

« C'est toujours à l'intérieur de la situation contractuelle que l'institution exerce sa domination et que s'opère, sous son influence, la répartition distributive des conséquences du risque imprévisible [...] Par ce détour de l'acceptation implicite

¹⁷⁶⁸ C'est par exemple le cas du « nouveau » marché de partenariat de l'ordonnance n°2015-899 (précitée) lorsqu'il n'est pas adossé à l'exécution d'une mission de service public ou encore du contrat de *locazione finanziaria* du droit italien.

¹⁷⁶⁹ V. HAURIOU (M.), note sous CE, n°59928, 30/03/1916 *Compagnie générale d'éclairage Bordeaux*, Sirey, 1916.III.17

¹⁷⁷⁰ BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE*, 2001, n°3, p.339.

¹⁷⁷¹ CE, 30/03/1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. 125, D. 1916, III, p. 27, Concl. CHARDENET.

*de l'institution incorporée au contrat, avec ses nécessités naturelles, on peut dire que l'imprévisible lui-même se trouve prévu et réglé par le contrat »*¹⁷⁷²

La modification n'est donc pas une exception à la force obligatoire des contrats, elle est la logique d'une « *communio d'idée, communio d'intérêts* »¹⁷⁷³ qui différencie le contrat pur n'impliquant pas de justice distributive en son sein, de la forme concessive, matrice de l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs. L'accomplissement d'une prestation au profit direct des usagers de l'administration justifierait ainsi qu'une différenciation contractuelle soit effectuée. Un seul instrument devrait donc bénéficier de cette tâche. Le non-respect de cet ordonnancement et l'existence de formules contractuelles à double visage¹⁷⁷⁴, c'est-à-dire que les contrats peuvent à la fois être utilisés pour fournir un bien à l'administration ou un service aux usagers, entraînent alors la formation d'un droit de déviation, c'est-à-dire, pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel, d'un droit dérogatoire au droit commun de la commande publique.

§2) Le caractère dérogatoire des instruments juridiques les plus emblématique du P.P.P.

L'idée de dérogation évoque le fait de s'écarter du cadre établi¹⁷⁷⁵, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs expressément choisi ce terme dans sa jurisprudence¹⁷⁷⁶. Cette dérogation se maintient au travers de la dichotomie marché/concession, l'application pratique des théories économiques évoquées précédemment nous

¹⁷⁷² HAURIOU (M.), « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Publication du centre de philosophie politique et juridique, 1986 (réimp. 1926), p.136 et 137.

¹⁷⁷³ BOUTHINON-DUMAS (H.), *op. cit.*, p.

¹⁷⁷⁴ C'est le cas par exemple des marchés de partenariat de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 ou encore de la concession du nouveau code des contrats publics italien qui maintient la formule à utilisation directe de l'administration.

¹⁷⁷⁵ V. *Le Grand Robert*, *op. cit.*, entrée « Déroger ».

¹⁷⁷⁶ C.C, DC n° 2003-473 du 26/06/2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* Rec., p. 382, *RFDC* 2003, p. 772, Chron. FATOME (É.) et RICHER (L.), *JCP A* 2003, p. 1289, note LINDITCH (F.), *RDP* 2003, p. 1163, comm. LICHERE (F.), *AJDA* 2003, p. 1391, note SCHOETTL, et p. 1404, note FATOME (É), confirmée par la décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, *LPA* n° 158, 07/08/2008, p. 11, note MOUANNES, note LINOTTE, *AJDA* 2008, p. 1664, note DREYFUS.

montre d'ailleurs à quel point ces « exceptions » se justifient par rapport aux caractéristiques propres des catégories dans lesquelles s'insèrent les instruments les plus notables des partenariats public-privé (A). Au demeurant, ce constat révèle l'irruption d'un droit de la commande publique spéciale (B).

A) Le maintien de la distinction marché public/concession par l'analyse économique du risque opérationnel

Le droit de l'Union européenne impose que les différents contrats entrant dans la *summa divisio* marché/concession ne se différencient pas par rapport à leur objet mais en fonction de leur rémunération et des différents risques pesant sur elle. Selon nous, objet et risque de rémunération demeure pourtant intrinsèquement liés par le truchement du critère du destinataire de la prestation. Le caractère dérogatoire de la logique P.P.P. se mesure à travers ces différents éléments. En effet, la notion de marché suppose l'accomplissement d'une prestation (travaux, service, fourniture) rémunérée par la personne publique dès le constat de son bon accomplissement. La rémunération doit alors être effectuée en une fois (ou alors avec un système d'acompte). L'administration doit également être dotée des moyens nécessaires non seulement à la détermination exacte du besoin sur lequel repose la prestation de son contractant mais aussi des moyens nécessaires au contrôle et à la surveillance de ce dernier. Le droit français des marchés publics prévoit ainsi l'allotissement des prestations¹⁷⁷⁷, l'interdiction des paiements fractionnés¹⁷⁷⁸, la séparation des missions de conception et de réalisation, etc.

Par ailleurs, la notion de concession s'inscrit dorénavant, au sens du droit de l'U.E, dans la fourniture de prestations identiques¹⁷⁷⁹, la différence résidant dans le fait que subsiste, pour le titulaire du contrat, un risque de ne pas recouvrer les investissements effectués. Dans les droits français et italien, il existe toutefois pour le moment de subtiles différences. La concession est toujours vue en Italie par exemple comme la dévolution des pouvoirs de l'administration à un opérateur pour

¹⁷⁷⁷ Article 32 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

¹⁷⁷⁸ Article 60 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

¹⁷⁷⁹ V. Article 5 de la directive 2014/23/UE.

la fourniture d'une prestation au profit direct des tiers¹⁷⁸⁰. Dès lors, nous pouvons affirmer que la notion de transfert du risque opérationnel est assez large pour que soient intégrées dans les droits internes de nouvelles formes concessives destinées à l'usage direct de l'administration et dont la rémunération proviendrait majoritairement d'un paiement public. La dérogation à la logique « classique » de paiement par les tiers induit par la relation trilatérale concédant-concessionnaire-usager se mesure donc aisément dans ces nouveaux mécanismes.

La constitution d'une catégorie de « troisième voie » dans la commande publique, empruntant ainsi aux marchés et aux concessions certaines de leurs spécificités a déjà été évoquée¹⁷⁸¹. L'application, au détour d'un exemple simple, des théories économiques évoquées précédemment, démontrent cependant que chaque modèle conserve ses avantages et ses inconvénients par rapport à l'autre. La dualité des formules permet à la personne publique de préserver sa liberté de choisir le modèle le plus efficient en fonction des caractéristiques précises de son besoin. L'exemple que nous allons utiliser montre alors à quel point les instruments actuels s'assimilent à des formes dérogatoires aux marchés et aux concessions et ne pourraient faire l'objet d'une « homogénéisation » au sein d'une formule unique. Cette hypothèse est la suivante¹⁷⁸² :

Soit une autorité publique (*A*), une entreprise privée (*E*) et les usagers (*U*). *A* doit fournir une prestation de service public à *U* au moyen d'une infrastructure pour l'instant indéterminée (réseau de distribution d'eau, de gaz, école publique, hôtel de ville, palais de justice, etc.). *U* peut influencer *A* mais ne peut choisir à sa place la façon dont l'activité sera fournie. *A* possède globalement quatre choix. Il peut d'abord construire l'infrastructure par ses propres moyens et exécuter le service lui-même. Il peut ensuite faire construire l'ouvrage par *E* au moyen d'un marché public de travaux et fournir ensuite à *U* le service de façon directe. Il peut également

¹⁷⁸⁰ C.S, Ad. Gen., Sentenza n° 1 del 03/03/2008, précitée.

¹⁷⁸¹ V. notamment : LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et Marchés publics*, 2003, Repères n° 7, p. 1.

¹⁷⁸² Nous nous permettons ici de reprendre les formules utilisées par les Pr Elisabetta IOSSA, David MARTIMONT, Jérôme POUYET ainsi que Laure ATHIAS dans la revue économique et de les adapter à notre problématique. (V. ATHIAS (L.), « Responsabilité politique et design contractuel des Partenariats Public Privé », *Revue économique*, Presse de Science Po, 04/2009, n°60, p.1011 ; et, IOSSA (E.), MARTIMONT (D.) et POUYET (J.), « Partenariats public-privé : quelques réflexions », *Revue économique*, 2008, n°59, p.437.

choisir de déléguer la construction et la gestion du service à *E* au moyen d'une concession, *E* se rémunèrera directement en prélevant une redevance sur *U*. Il peut enfin choisir de confier une mission globale comprenant le préfinancement, la conception, la réalisation de l'ouvrage en ayant de surcroît la possibilité de confier la gestion du service à *E* et en le rémunérant par des paiements étalés dans le temps. Nous appellerons X_1 le contrat mis en place entre *A* et *E* pour le marché, X_2 pour la concession et X_3 le troisième contrat.

Seul le contrat X_2 supporte normalement le risque de demande. Cependant, si la rémunération de *E* dans le cadre du contrat X_3 est calculée en fonction d'un barème prenant en compte le nombre d'utilisateurs du service (théorie du péage virtuel¹⁷⁸³) alors le contrat entrera également dans cette catégorie. À ce titre, il est important de noter que dans les deux pays de notre étude, X_3 peut revêtir deux aspects différents. D'une part, il peut être considéré comme un marché public (le nouveau marché de partenariat du droit français par exemple) dans la mesure où la rémunération de *E* n'est pas « *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* »¹⁷⁸⁴ mais plutôt fractionnée sur la durée de vie du contrat pour permettre le retour sur les investissements réalisés. D'autre part, il peut s'intégrer pleinement à la logique concessive, et dans ce cas être considéré comme une concession d'infrastructure à paiement public (comme c'est le cas de la concession de travaux à utilisation directe de l'administration dans le cadre de la discipline *della finanza di progetto*) tant que le risque opérationnel porte sur *E*. La principale différence tient alors aux conséquences du comportement des usagers puisque dans le cas X_3 italien, si *U* n'utilise pas le service, alors la rémunération de *E* en sera affectée alors que dans le cas français ce critère n'entrera pas en ligne de compte. Cette question revêt une importance particulière dans la mesure où s'établissant sur une longue durée, la probabilité de procéder à des renégociations de X_3 sera importante. En cas d'échec, elle affectera alors la partie qui supporte le risque de demande. Nous dénommerons X_{3A} le contrat dans lequel le risque est supporté par l'autorité publique et X_{3E} celui dans lequel le risque est supporté par l'entreprise privée.

¹⁷⁸³ V. *Infra*, p. 460.

¹⁷⁸⁴ CE, n° 168325, 15/04/1996, *préfet des bouches du Rhône contre commune de Lambesc*, rec. p.274.

Ainsi, le contrat X_3 est négocié au début de la relation entre A et E dans ses variantes X_3A ou X_3E . Dans les deux cas, l'investissement I est levé par E . À la fin du contrat, A récupéra la valeur résiduelle de l'ouvrage O , soit $v(O)$ et E le retour sur son investissement $f(I)$. Soit R le montant de la rémunération E . Dans les deux cas, elle correspond à la somme des montants perçus chaque année par E moins les coûts de fonctionnement de l'ouvrage (paiement du personnel, entretien, maintenance, coûts de production, etc.). Dans X_3A elle correspond à la somme des montants versées tout long de la durée de vie du contrat avec éventuellement des recettes annexes. Dans X_3E elle correspond à la somme des redevances obtenues sur U , éventuellement assortie d'un prix payé par A . Nous avons donc comme gain pour chaque opérateur en fonction des deux variantes :

$$\text{Gain de } A (G_A) \text{ à la fin du contrat : } G_A = O - R = v(O)$$

$$\text{Gain de } E (G_E) \text{ à la fin du contrat : } G_E = R - I = f(i)$$

L'intérêt pour les deux protagonistes, dans la mesure où le service est bien fourni aux usagers, est donc que $f(i)$ et $v(O)$ aient une valeur positive. Dans cette hypothèse, le partenariat peut être considéré comme instituant véritablement une relation de « gagnant-gagnant »¹⁷⁸⁵. Intéressons nous maintenant aux coûts opérationnels (C). Ces derniers sont aléatoires et doivent nécessairement englober le risque opérationnel de l'activité sur laquelle repose l'ouvrage construit. Si les coûts opérationnels sont trop élevés, ils auront une influence néfaste sur le gain de l'entité qui les supporte. Nous appellerons la variable aléatoire des couts (ΔC), elle correspond à l'ensemble des externalités du modèle et ne peut être déterminée précisément qu'*a posteriori*. Le coût opérationnel se mesure alors en multipliant le coût de référence du service (C_S) par cette variable aléatoire. Pour obtenir le coût par usager, il suffit de diviser le résultat obtenu par le nombre d'utilisateur sur la durée totale d'exploitation. Ainsi : $C = C_S \times \Delta C$.

Dès lors, deux hypothèses peuvent être considérées. Soit l'externalité est positive (Baisse significative du coût des matières premières nécessaires au service, etc.) et les coûts opérationnels seront réduits, soit l'externalité est négative et les coûts opérationnels augmenteront logiquement¹⁷⁸⁶. Or, les coûts opérationnels

¹⁷⁸⁵ ATHIAS (L.), *op. cit.*, p. 1015.

¹⁷⁸⁶ IOSSA (E.), MARTIMONT (D.) et POUYET (J.), *op. cit.*, p. 439.

entraînent une modulation de la rémunération en fonction de nos deux variantes de contrat. Les contrats étant nécessairement incomplets, la prévision de l'ensemble des externalités est théoriquement impossible. Dans le cadre du contrat X_3A la rémunération du titulaire étant fixée contractuellement en fonction de la valeur des investissements, elle ne sera susceptible d'être modifiée qu'après accord des parties. Dans le cadre du contrat X_3E , c'est le prix payé par l'utilisateur qui sera susceptible d'être révisé. Lorsque l'opérateur privé supporte le risque de demande, les usagers sont susceptibles de ne plus utiliser le service délivré s'ils peuvent se tourner vers un service alternatif (cas d'un usager qui préfère utiliser les routes nationales ou le train à place de l'autoroute). Par conséquent la prise en compte de l'adaptation entraînera une actualisation de l'investissement. Les coûts opérationnels devront alors nécessairement s'ajouter au retour sur investissement pour que E conserve un bénéfice positif.

Cependant, cette modification de la tarification devra s'effectuer en prenant en compte l'influence des usagers qui pourront toujours sanctionner l'opérateur en utilisant plus ou moins le service¹⁷⁸⁷. Ainsi, E aura tout intérêt à maximiser ses profits en évitant les pertes liées à une augmentation trop importante de sa rémunération, de sorte que $f(i)$ soit toujours positif. Dans le cadre du contrat X_3A , le gain de A sera lui aussi affecté. Cependant, les pertes engendrées par une déperdition des usagers devront toujours être inférieures aux coûts de production de l'ouvrage. Dans le cas inverse, c'est le contrat X_I ou la voie interne qu'il fallait privilégier. En effet, X_3A n'est valable que si les coûts de production générés par l'élaboration d'un contrat global ne sont inférieurs aux surplus générés par l'adaptation des investissements à la nature de la demande. Le prix étant fixe, l'investissement E est toujours protégé. Dans X_3A , les coûts opérationnels seront donc soustraits du calcul de G_A alors que dans X_3E ces coûts seront ajoutés dans le calcul de G_E à condition que la prestation continue de satisfaire les usagers.

$$\text{Ainsi } f(i) = R - I + C, \text{ alors que } v(O) = O - R - C.$$

Dès lors, la nature des prestations est importante. Si la demande des usagers est inélastique, c'est-à-dire qu'elle ne sera pas influencée par une variable

¹⁷⁸⁷ ATHIAS (L.), *op. cit.*, p. 1015 : « la rentabilité des contrats de concession est très sensible à la demande, si bien qu'il suffit d'une variation marginale pour que [le concessionnaire] fasse des profits négatifs. »

déterminée (cas des services publics régaliens, des missions de santé et d'éducation), alors la personne publique a tout intérêt à réduire ses coûts de transaction au maximum en assumant le risque de demande elle-même¹⁷⁸⁸. Dans le cas inverse, celui d'une demande élastique des usagers, la personne publique doit accepter une réduction des coûts moins importante (donc un prix plus élevé) en échange du transfert du risque de demande au profit de son partenaire¹⁷⁸⁹.

Le contrat X_3E est toujours préférable au contrat X_3A dans tous les cas où les prestations nécessitent de s'adapter rapidement à la satisfaction des besoins des administrés. En effet, lorsque l'opérateur supporte le risque de demande, la possible sanction par la désertion des usagers augmente sa réactivité. Le modèle issu de la concession est donc particulièrement adapté à la fourniture d'ouvrages sur lesquels reposent des prestations industrielles et commerciales nécessitant principalement de l'efficacité dans l'allocation des moyens à mettre en œuvre (transport en commun, distribution d'énergie, construction et exploitation de ponts, de routes, etc.). À l'inverse, le contrat X_3A est toujours plus efficace en ce qui concerne la fourniture d'ouvrages sur lesquels reposent des prestations de type de non commerciale ou à faible potentiel commercial. Le modèle type « marché public global » permettra ainsi de réduire significativement les coûts du projet. Il est donc plus adapté aux prestations nécessitant d'être efficaces pour limiter les coûts de production de l'ouvrage (construction d'école, d'hôpitaux, de prison, de palais de justice, de commissariat, etc.). L'allocation du risque opérationnel est donc importante en matière de partenariat public-privé. Elle permet d'opposer les modèles contractuels garantissant l'efficacité dans la production à ceux garantissant l'efficacité dans la distribution. À l'aune de notre comparaison, les formules les plus emblématiques des P.P.P. en France comme en Italie participent donc plus de la formation d'un droit « spécial » de ces deux catégories de la commande publique que de l'émergence d'un modèle homogène qui les transcenderait.

B) L'irruption d'un droit spécial de la commande publique

¹⁷⁸⁸ ATHIAS (L.), *op. cit.*, p. 1016.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, p.1017.

En droit privé, la théorie générale du contrat pose des règles qui s'appliquent à l'ensemble des instruments contractuels. Ainsi, en France, le titre III du livre III du code civil envisage ce qui caractérise généralement les contrats, leur condition de validité et leurs effets¹⁷⁹⁰. Le code civil italien est construit d'une manière similaire puisque le titre II du livre IV énonce les règles s'appliquant « *aux contrats en général* »¹⁷⁹¹. Le droit spécial s'analyse alors comme un droit de complément du droit général. Il s'explique par la dépendance de ces instruments spéciaux vis-à-vis de leur objet, c'est-à-dire de la situation concrète qu'ils régissent¹⁷⁹². L'idée de spécialisation amène alors à considérer que chaque domaine distille une forme contractuelle adaptée aux nécessités qui sont les siennes, comme si le droit, pour se renouveler devait continuellement s'adapter aux faits¹⁷⁹³. Ce ne sont donc pas les contrats qui sont spéciaux mais le droit qui les régleme. En droit privé, ces contrats sont généralement des contrats nommés. Ils jouissent en effet d'une dénomination qui leur est propre au sens de l'article 1107 du code civil. Cette classification de contrats nommés/innommés faisant l'objet d'une législation particulière ne bénéficie pas en Italie du substantif « spécial » pour la qualifier mais de celui de *tipico* (typique) s'opposant ainsi naturellement au contrat atypique (*contratto atipico*), c'est-à-dire qu'il n'est pas défini par le code mais créé *ad hoc* par les parties¹⁷⁹⁴. Le caractère spécial du contrat est par ailleurs utilisé en Italie par certains doctrinaires pour qualifier les contrats de l'administration se différenciant du contrat commun du droit civil¹⁷⁹⁵, c'est-à-dire des contrats que le code de 2006 nomme « publics ».

Cette idée de spécialisation, de déviance par rapport à la « réglementation générale », caractérise bien selon nous l'état actuel du droit de la commande publique. Elle s'inscrit d'ailleurs pleinement dans l'idée d'évolution autopoïétique

¹⁷⁹⁰ Article 1001 à 1369 du code civil : « Aux contrats, obligations conventionnelles en général »

¹⁷⁹¹ Article 1321 à 1469 bs *del codice civile* : « *Dei contratti in generale* »

¹⁷⁹² Article 1107 du code civil français : « *Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux* »

¹⁷⁹³ V. *Supra*, p. 316.

¹⁷⁹⁴ C'est d'ailleurs le cas du crédit bail, contrat ayant été, avant que son régime ne soit fixé par loi, créer par la pratique.

¹⁷⁹⁵ V. BARETTONI (A.), *Obbligazioni, obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966, p. 191 ; BUSCEMA (S.), LUSCERMA (A.), RAFFAELE (R.), *I contratti della pubblica amministrazione*, Wolters Kluwer éd., Roma, 2008, p.763 ; GIANNINI (M.S), *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, p. 21.

du droit de la commande publique. En effet, nous avons pu voir que la perte de valeur de l'objet des instruments juridiques de la commande publique, au détriment de la place prépondérante pris par les moyens de rémunération, peut être considérée comme un des arguments justifiant la disparité et l'éclatement des formes contractuelles. La mutation du critère des modalités de rémunération vers celui du transfert du risque opérationnel et l'apparition de montages globaux permettant le paiement fractionné du cocontractant de l'administration pendant tout le contrat, peuvent alors être analysées dans le cadre de la formation d'un droit spécial de la commande publique. Le professeur GAUDEMET écrivait d'ailleurs en 1999 qu' « *il manque en droit administratif, une théorie des contrats spéciaux [...] elle prendra l'objet de ces contrats pour critère principal des distinctions et catégories qu'elle établira* »¹⁷⁹⁶. Son idée de spécialisation du droit de la commande publique s'est matérialisée¹⁷⁹⁷. Elle n'a en revanche pas pris la voie d'une distinction en fonction de l'objet¹⁷⁹⁸.

Les professeurs ECKERT¹⁷⁹⁹ et MULLER¹⁸⁰⁰ sont les premiers à avoir conjecturé concrètement cette idée. Nous nous inscrivons pleinement, sur ce point, dans la lignée de leur pensée. Ainsi, plaider pour l'irruption d'un droit spécial des contrats de commande publique dont les P.P.P. seraient les éléments principaux suppose de dépasser certaines difficultés. La plus importante provient de la perte de valeur de l'objet des contrats de commande publique. Lorsqu'une personne publique souhaite externaliser une activité de service public relevant de sa compétence, les droits français et italien lui permettent de conclure un contrat entrant dans la catégorie des concessions ou si le prestataire ne prend pas en charge le risque d'exploitation, un marché public. En France cela se traduit pour l'instant¹⁸⁰¹ par le choix entre un « *un contrat de D.S.P ou, si la rémunération de leur cocontractant*

¹⁷⁹⁶ GAUDEMET (Y.), « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français, in, Nonagesimo anno, Mélanges en hommage à Jean GAUDEMET », Paris, P.U.F, 1999, p. 613.

¹⁷⁹⁷ GAUDEMET (Y.), « Libres propos sur le droit des contrats administratifs », *RGEP-CJEG*, n°605, 01/2014,, p.1.

¹⁷⁹⁸ V. *Infra*, chapitre suivant, p. 445.

¹⁷⁹⁹ ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et marchés publics*, 10/2010, n° 10, étude 9, p.7.

¹⁸⁰⁰ MULLER, *Les instruments juridiques du partenariat public-privé, op. cit.*, p. 505 et s.

¹⁸⁰¹ À l'heure où nous écrivons ces lignes, la transposition de la directive 2014/23/UE n'a pas encore été effectuée.

n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service »¹⁸⁰². En Italie le code des contrats publics établit le même type de distinction¹⁸⁰³ et la jurisprudence du juge administratif, depuis l'avènement du code, s'inscrit logiquement dans le même raisonnement¹⁸⁰⁴.

Le droit spécial de la commande publique aurait ainsi pour fonction essentielle de permettre l'adaptation d'une théorie abstraite à des cas concrets. À ce titre, les contrats de partenariat sont envisagés comme des actes dérogatoires du droit de la commande publique¹⁸⁰⁵. Pour cette raison, leur recours reposait en droit français sur trois conditions¹⁸⁰⁶. Premièrement, la personne publique pouvait démontrer l'urgence de recourir à ce type de contrat¹⁸⁰⁷. L'urgence se matérialise comme le fait de vouloir « *rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation imprévisible* »¹⁸⁰⁸. Le choix de l'instrument pouvait également être démontré par la complexité de la prestation¹⁸⁰⁹. Cette condition s'analysait en ce que la personne publique ne savait elle-même entrevoir financièrement, juridiquement et/ou techniquement ladite prestation¹⁸¹⁰. Enfin, le pouvoir adjudicateur devait réaliser un bilan entre les avantages et les inconvénients afin qu'il soit démontré le caractère plus favorable du recours au contrat de partenariat comparativement aux autres contrats de la commande publique¹⁸¹¹. Ces différentes conditions étaient analysées dans le cadre de l'évaluation préalable du contrat envisagé par la personne publique. D'un autre point de vue, il s'agit également d'instaurer un système propre au contrôle du recours à l'instrument. En effet, le contrat de partenariat étant dérogatoire de la commande

¹⁸⁰² CE, Sect., 06/04/207, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec. p. 155, précitée.

¹⁸⁰³ Articolo 3 del codice dei contratti pubblici.

¹⁸⁰⁴ C.S, Sezione V, Sentenza n. 36 del 15/01/2008.

¹⁸⁰⁵ Décision n° 2003-473 du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* (Rec., p. 382, précitée).

¹⁸⁰⁶ Article L.1414-2 du C.G.C.T

¹⁸⁰⁷ CE, n° 326544, 23/10/2010, *M. Lenoir et Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment*, *BJCP* 2010, p. 359, *AJDA* 2010, p. 1769, note Dreyfus (J.-D.), *Contrats et Marchés publics*, n° 10/2010, p. 25, *JCP A* n° 37/2010, p. 25, note LINDITCH (F.), *RJEP* 2011, p. 14, note BRENET (F.).

¹⁸⁰⁸ Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, précitée .

¹⁸⁰⁹ V. *Supra*, p. 171.

¹⁸¹⁰ CE, n° 363007, 30/07/2014, *Commune de Biarritz*. Précitée.

¹⁸¹¹ Le CGCT ajoute sur ce point que « le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».

publique, il est essentiel que les conditions de cette dérogation soient clairement posées afin que le juge administratif puisse effectivement exercer son contrôle¹⁸¹².

À ce titre, la loi du 28 juillet 2008 modifiant l'ordonnance du 17 juin 2004¹⁸¹³ a fait l'objet d'une saisine du Conseil Constitutionnel au motif notamment qu'elle avait pour conséquence de supprimer le caractère dérogatoire du contrat de partenariat, l'instrument s'intégrant alors dans le droit commun de la commande publique. *A posteriori*, les craintes avancées par les députés et sénateurs auteurs de la saisine peuvent en partie se comprendre. Dans l'histoire du droit des contrats civils, il existe plusieurs cas de figure dans lesquels la règle dérogatoire, s'est muée en règle spéciale, puis imposée, à terme, comme règle commune. Pour ne prendre qu'un exemple, le développement des contrats d'adhésion au sein d'une large partie du droit des contrats civils spéciaux a conduit à la formulation d'une nouvelle théorie du consentement et à la création de nouvelles obligations à la charge des parties¹⁸¹⁴.

Il a ainsi été imposé au professionnel d'informer le consommateur sous peine de malmenier le consentement de son cocontractant. Aujourd'hui, cette obligation se retrouve au sein du droit commun des contrats qui a parfaitement intégré l'obligation d'information entre partenaires contractuels¹⁸¹⁵. Le droit spécial des contrats s'est donc en partie mué en droit commun.

Cependant, nous pouvons observer que le droit commun des contrats civils n'a cessé d'être malmené depuis le début du XIX^{ème} siècle au point qu'il soit devenu nécessaire de créer de multiples catégories répondant à un usage précis et se différenciant, au détour de quelques réformes législatives, des règles communes issues du Code civil. En effet, le développement de techniques contractuelles qui ont

¹⁸¹² Il a d'ailleurs pu être relevé l'intransigeance de certaines C.A.A et du Conseil d'État concernant l'interprétation de ces critères dérogatoires. En ce sens, CAMOUS (D-A.), « Le juge administratif m'a tuer - Bilan de 10 ans de jurisprudences relatives à l'évaluation préalable des contrats de partenariat », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°7, étude 8.

¹⁸¹³ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *JORF*, n° 141, p. 10994.

¹⁸¹⁴ Sur ce point, SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, n° 89, p. 229 ; DUGUIT (L.), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 55 et 432. Ces auteurs appréhendent le contrat d'adhésion comme un acte de volonté unilatérale, une « *déclaration unilatérale de volonté* ». La valeur juridique de ces conventions trouverait sa source non pas dans un accord de volonté mais dans la volonté unilatérale de l'auteur de l'acte, pour le premier, et dans « *les nécessités sociales* », pour le second.

¹⁸¹⁵ FABRE-MAGNAN (M.), « De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie », *LGDJ*, Coll. Bibliothèque de Droit privé, t. 221, 1992.

abouties à la création d'une multitude d'instruments entrant dans la catégorie des contrats innommés¹⁸¹⁶, a fini par produire une surabondance de catégories. Ces dernières ont du être rangées dans des cases précises. Dès lors, le droit spécial des contrats civils s'est imposé comme un ensemble normatif autonome pour lequel les préceptes du droit commun des contrats ont été partiellement « aménagés ». C'est apparemment sous cet angle que nous pourrions aujourd'hui envisager le développement du P.P.P. dans le cadre plus général du droit de la commande publique.

En effet, le mécanisme se présente actuellement sous les traits d'un droit spécial propre à répondre aux difficultés tout aussi spécifiques des personnes publiques. L'ordonnance du 23 juillet 2015¹⁸¹⁷ qui supprime les critères d'urgence et de complexité pour le nouveau marché de partenariat va dans ce sens. Elle laisse subsister le seul critère du bilan inconvénients/avantages, prouvant ainsi le détachement du marché de partenariat des règles classiques de la commande publique, et *a fortiori* son passage d'instrument dérogoratoire à celui d'instrument spécifique. En effet, le recours au mécanisme ne manque plus à l'application de la règle commune (en fonction de son objet complexe ou de l'urgence de la situation). Il s'en différencie parce qu'il permet un gain d'efficacité (surtout financière) par rapport aux instruments de la commande publique. Il n'est plus rangé à l'extérieur du droit des marchés publics, mais en son sein et s'autonomise par la conjonction de plusieurs facteurs¹⁸¹⁸.

À ce stade, plusieurs questions peuvent être posées. À l'instar du droit des contrats spéciaux en matière civile, il faut s'interroger sur une hypothétique mise en concurrence des outils proposés par le droit de la commande publique ou alors sur

¹⁸¹⁶ Art. 1107, C. Civ., « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce* ».

¹⁸¹⁷ Ord. n° 2015-899, 23/07/2015 relative aux marchés publics, *JORF*, n° 0169, p. 12602. V. notamment Art. 75 : « *La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'État* ».

¹⁸¹⁸ V. *Infra*, p. 449.

leur éventuelle complémentarité. Aussi, s'agissant d'un outil dont l'utilisation apparaît plus souple, nous pouvons nous aventurer à penser sans trop de risques que le recours à cet instrument spécifique se fera plus incisif à l'avenir qu'il ne l'a été jusqu'à présent.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

L'application homogène d'une formule unique de partenariat public-privé aux États membres de l'Union européenne est extrêmement difficile à mettre en œuvre. La méthode comparative utilisée démontre qu'un tel procédé, s'il apparaît difficile pour deux ordres juridiques spécifiques, serait *a fortiori* impossible pour vingt-huit.

Les fondements sur lesquels repose la démarche sont assez hasardeux. La réunion de l'ensemble des instruments au sein d'une seule catégorie ne constituerait pas un moyen efficace de résorber le désordre qui les affecte. Le phénomène d'adaptation de la gestion publique aux problématiques factuelles auxquelles elle est confrontée dépend des différents mythes dans lesquels se sont construits les droits de chaque système. L'application à l'un des solutions de l'autre ne serait donc pas forcément gage d'unité. Le système juridique se réapproprierait la formule inégréée en fonction de ses propres codes. L'enveloppe pourrait être la même mais son contenu serait forcément différent.

La spécificité des structures juridiques nationales, et plus particulièrement celle des droits de la commande publique au sein de chaque ordre, appellent alors à une toute autre perspective. Les directives « commande publique » de 2014 s'inscrivent d'ailleurs dans cette logique. La transposition de ces différentes règles dans les droits internes laissera place selon nous à des catégories éclectiques au sein de l'espace européen, mais néanmoins rassemblées autour de règles semblables.

Dans cette hypothèse, la mise en ordre du droit des partenariats public-privé, et de façon plus générale du droit de la commande publique, ne peut procéder que d'une démarche harmonieuse.

TITRE 2
LA SOLUTION MANIFESTE
D'UN ORDRE HARMONIEUX

« L'harmonie c'est la conciliation des contraires par l'écrasement des différences »

Jean COCTEAU

L'étymologie du terme harmonie provient du latin « *harmonia* », et renvoie à la notion d'assemblage¹⁸¹⁹. Dans le domaine de l'art musical, l'harmonie signifie par exemple la combinaison simultanée de plusieurs tonalités différentes. L'enchaînement des sons, la disposition des différents accords et leur enchevêtrement dans un ensemble coordonné rendent alors la composition agréable et instaurent entre les éléments un processus d'unification. Par conséquent, les différentes parties collaborent à la réalisation d'un effet d'ensemble. Le concept peut naturellement être transposé au domaine de la peinture. On parlera dans ce cas de l'harmonie des couleurs dans la toile d'un grand maître. Il peut en outre se référer à la poésie. On évoquera alors l'harmonie des vers avec les rimes, les consonances, c'est à dire la musicalité du texte en général. Il peut encore être utilisé en termes d'architecture et ce sont ainsi les proportions harmonieuses des ouvrages auxquelles il sera fait référence, puisque des éléments différents, mais nécessaires à la réalisation du bâtiment, devront être agencés en respectant la beauté des lignes et des formes.

Appliquée au développement du droit de la commande publique dans l'Union européenne, la notion d'harmonie évoque alors, selon nous, le rapport d'adéquation pouvant exister dans l'évolution des différents éléments le composant. Ces derniers sont alors disposés de manière à former un ensemble cohérent. Dès lors, *harmonisation* et *homogénéisation* ne peuvent avoir les mêmes aspirations. Si le premier vise à établir des voies de convergences à partir de contextes différents, le second a pour fonction de gommer les différences afin d'ériger un contexte semblable. C'est dans cette optique que les tentatives d'édification de modèles globaux et homogènes génèrent des problèmes d'applicabilité aux différents ordres juridiques.

Ainsi, MONTESQUIEU affirmait que « *les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre* »¹⁸²⁰. La formulation des divers instruments du partenariat public-privé ne doit pas alors être appréhendée dans une logique globalisante par le droit de l'Union. Au contraire, la logique d'harmonisation mise en œuvre par les directives permet de postuler pour une forme d'éclectisme des

¹⁸¹⁹ V., Le Grand Robert, 2015, entrée « Harmonie ».

¹⁸²⁰ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, tome 2, la Pléiade, p. 237.

catégories (**Chapitre 1**), rassemblées néanmoins autour de règles communes (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 :

DES CATÉGORIES ÉCLECTIQUES

Nul ne peut se départir de sa culture originelle¹⁸²¹. Elle peut cependant subir des modifications. Les droits français et italiens n'échappent pas à ce constat. L'œuvre de transposition des directives européennes devrait s'inscrire dans cette même logique. La méthode comparative employée tout au long de cette étude nous permet de formuler la déduction suivante : les instruments juridiques du partenariat public-privé peuvent se matérialiser dans deux catégories. Dans la première, ils participent de la formation d'un droit spécial des marchés publics (section 1). Dans la seconde, ils s'intègrent dans le modèle concessif et permettent, pour certains contrats spécifiques, la construction et l'exploitation d'ouvrages publics rémunérés majoritairement par un paiement public (section 2).

Section 1 : La formation d'un droit spécial des marchés publics

Specialia generalibus derogant. Le constat est assez simple. La mise en place de dérogations aux règles générales des marchés publics comme notamment l'allotissement, la maîtrise d'ouvrage publique et l'interdiction du paiement fractionné, a contribué à l'émergence d'une catégorie particulière regroupant les caractéristiques des différents instruments contractuels sur lesquels reposaient ces spécificités. Cette catégorie se voit ainsi appliquer un régime qui déroge au droit

¹⁸²¹ V. *Supra*, Introduction p. 3.

général des marchés publics. Comme le relève alors le Professeur MULLER « *toute théorie générale des contrats est une théorie générale des contrats spéciaux* »¹⁸²².

L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 consacre explicitement cette idée¹⁸²³. En effet, l'œuvre de transposition française des directives marchés publics et secteurs spéciaux de 2014 s'articule en plusieurs parties¹⁸²⁴. La première s'applique à l'ensemble des marchés publics. Son titre premier définit les marchés publics, la notion d'acheteur¹⁸²⁵ et précise les cas d'exclusions du champ d'application du texte¹⁸²⁶. Le deuxième titre s'attache à fixer les règles de passation¹⁸²⁷. L'allotissement est ainsi consacré comme une règle générale applicable à l'ensemble des marchés publics¹⁸²⁸. Enfin le troisième titre traite des modalités d'exécution des marchés publics¹⁸²⁹. Cependant, la véritable innovation du texte de transposition réside selon nous dans la mise en place du marché de partenariat (§1). Les séries de dérogations accordées autrefois de manières dispersées à plusieurs contrats sont aujourd'hui regroupées dans un dispositif unificateur. Dès lors, elles concrétisent, en s'appliquant à une catégorie particulière, toute la spécificité de l'instrument (§2).

¹⁸²² MULLER (E.), *op. cit.* p. 504.

¹⁸²³ BRENET (F.), « les nouvelles bases du droit des marchés publics », *AJDA*, 2015, p.1783.

¹⁸²⁴ La troisième partie, relative aux adaptations nécessaires du texte à l'Outre-mer, ne sera pas évoquée dans ce chapitre. Les quatrième et cinquième parties, procédant de la mise en cohérence du texte avec le droit interne (abrogations d'anciennes dispositions) et des modalités d'entrée en vigueur de l'ordonnance (date fixée par voie réglementaire au plus tard au 01/04/2016) verront également leur étude éludée dans le cadre de ce chapitre.

¹⁸²⁵ UBAUD-BERGERON (M.), « Le champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 2.

¹⁸²⁶ CLAMOUR (G.), « les marchés exclus », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier n°3.

¹⁸²⁷ NOGUELLOU (R.), « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », *AJDA*, 2015, p.1789.

¹⁸²⁸ Article 32 de l'ordonnance n° 2015-899, précitée.

¹⁸²⁹ DEVILLERS (P.), « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 10.

§1) Le marché de partenariat du droit français

Le nouvel instrument institué par l'ordonnance 2015-899 relative aux marchés publics doit s'appréhender comme dispositif global permettant l'harmonisation des différents P.P.P. entrant dans la catégorie des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne¹⁸³⁰. À ce titre, il est une sorte de « *continuum de solutions contractuelles* »¹⁸³¹ unifiées au sein d'un modèle général (A). Ce modèle permet la modulation des missions du partenaire en fonction de la spécificité du besoin de l'acheteur public (B).

A) L'unification des différentes formules du P.P.P. relevant des marchés publics

Le cadre juridique du contrat de partenariat a été rénové et unifié¹⁸³² avec celui des divers montages contractuels complexes entrant dans la catégorie des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne, dispersés auparavant entre le code des marchés, l'ordonnance du 6 juin 2005, le C.G.C.T, le code général de la propriété des personnes publiques et le code de la santé publique. Ainsi, l'ensemble de ces instruments juridiques est regroupé en un dispositif unique dénommé « marché de partenariat ». L'ordonnance n'abroge pourtant pas les dispositions du C.G.C.T relatives aux baux emphytéotiques administratifs¹⁸³³ et aux autorisations d'occupation temporaire du domaine public¹⁸³⁴. Ces derniers continueront en conséquence d'exister, mais ne pourront comporter un objet relevant des marchés publics.

¹⁸³⁰ BRACONNIER (S.), « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », *AJDA*, 2015, p. 1795, ECKERT (G.), « Le périmètre des marchés de partenariat », *Contrats et marchés publics*, 2015, n°10, dossier 11.

¹⁸³¹ MULLER (E.), *op. cit.*, p. 406.

¹⁸³² BRACONNIER (S.), « Le futur régime des partenariats public-privé : rupture et clarifications », *RDP*, 01/05/2015, n°3, p. 595.

¹⁸³³ Article L-1311-2 et suivants du C.G.C.T.

¹⁸³⁴ Article L-1311-5 du C.G.C.T.

Le marché de partenariat est qualifié expressément de marché public dès la première ligne du premier article le définissant¹⁸³⁵. En cela, l'ordonnance intègre à la définition du contrat les éléments de la jurisprudence *Sueur* du Conseil d'État¹⁸³⁶. En effet, dans la mesure où le risque d'exploitation n'est pas transféré au partenaire, ce dernier entre dans la catégorie des marchés car il est un contrat onéreux dont la mission globale est rémunérée par un prix payé par l'acheteur public durant toute la durée du contrat.

Ainsi, le développement de cette catégorie participe selon nous d'un mouvement plus général. L'objet global de ces instruments comprenant la conception, le préfinancement, la réalisation, l'exploitation et l'entretien d'un équipement est unifié sous la bannière d'un marché public spécial lorsque le paiement de la prestation est assuré par une rémunération publique lissée sur la durée du contrat. Cette unité « *forcée* », reposant sur la réunion au sein d'un même *corpus* juridique de missions aussi diverses, peut être analysée comme « *le mariage de la carpe et du lapin* »¹⁸³⁷. Néanmoins, elle s'inscrit dans le cadre de l'évolution du droit de la commande publique que nous évoquions précédemment. L'ordonnance énonce que l'objet de la mission globale du partenaire consiste dans la construction, la transformation ou la rénovation, d'ouvrages « *nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général* »¹⁸³⁸. La mission de service public apparaît donc comme accessoire à l'opération ; elle est certes le but ultime de l'opération, la prestation finale qui sera reçue par l'utilisateur, mais n'en demeure pour autant pas moins un élément subalterne dans l'opération du marché de partenariat. La logique contractuelle est fondée de façon prépondérante sur une mission globale permettant la réalisation d'un équipement public. La « *raison d'être* »¹⁸³⁹ du contrat est ainsi une prestation de travaux. À ce titre, le montant « *seuil* » qui sera mis en place pour justifier de son recours démontre bien que l'instrument se situe dans la catégorie des marchés de travaux au sens du droit de l'Union. De plus, l'article 67 de l'ordonnance dispose que le contrat « *peut également* » avoir pour objet des

¹⁸³⁵ Article 67§ I de l'ordonnance 2015-899 du 23/07/2015, précitée.

¹⁸³⁶ CE, 29/10/2004, *Sueur et autres*, Rec., p. 394, précité.

¹⁸³⁷ LLORENS (F.), « Typologie des contrats de commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2005, n°5, étude 7, p. 22.

¹⁸³⁸ Article 67 I.1 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

¹⁸³⁹ V. Concl TRSTENJAK (V.) sur CJCE Aff. C-536/07, 29/10/2009, pt 115, précitée.

missions de conception¹⁸⁴⁰, d'aménagement¹⁸⁴¹, et en dernier lieu, de « *gestion d'une mission de service public* »¹⁸⁴². Il est dans ce cas particulièrement aisé de comprendre la logique du dispositif.

Le marché de partenariat est, certes, un instrument multiforme, « *un continuum de solutions contractuelles* », mais le point essentiel sur lequel il repose est et demeure toujours une mission de travaux publics. Ce n'est que par dérogation à la loi sur la maîtrise d'ouvrage public que ce marché public de travaux peut cumuler les fonctions de maîtrise d'œuvre avec celle d'entrepreneur. C'est aussi par subsidiarité à la prestation générale de construction ou de rénovation qu'est admis, dans le cadre de la mission globale, la possibilité pour le partenaire de fournir des services annexes comme l'entretien et la maintenance, l'aménagement du terrain sur lequel va reposer la construction, et l'exploitation de l'ouvrage en général. C'est enfin dans cette même logique de prépondérance de l'élément "travail" qu'est autorisé, contrairement au texte de 2004 sur les contrats de partenariat, la dévolution d'une mission de service public.

À cet effet, l'acheteur peut mandater le titulaire du contrat pour percevoir sur les usagers, en son nom et pour son compte, le paiement des prestations délivrées auprès de ces derniers. La frontière avec le modèle concessif est alors assez ténue. Si l'ordonnance rappelle en son article 83 que la rémunération du partenaire fait l'objet d'un paiement public échelonné pendant la durée du contrat, il n'en demeure pas moins que l'idée d'un mandat permettant de récupérer la redevance sur les usagers dans le cadre de l'exploitation d'une mission de service pose la question de la nature du risque pris par le cocontractant dans l'exécution de cette mission. La directive concession interprète d'ailleurs le transfert du risque d'exploitation comme faisant peser sur le titulaire du contrat les risques liés à la demande mais aussi ceux liés à l'offre. Ces derniers peuvent être définis comme les risques de construction et d'exploitation, de disponibilité de l'équipement ; mais aussi les risques liés à la main d'œuvre, à l'évolution des techniques, etc. Dès lors, le transfert « *d'une*

¹⁸⁴⁰ Article 67 II.1, précité.

¹⁸⁴¹ Article 67 II.2, précité.

¹⁸⁴² Article 67 II.3, précité.

part significative »¹⁸⁴³ de ces risques au profit du partenaire privé dans le cadre de l'opération de partage, notamment dans la phase d'exploitation-maintenance, impliquerait la requalification du contrat en concession au sens du droit de l'Union européenne¹⁸⁴⁴. Le marché de partenariat du droit français partagerait dans cette hypothèse le sort réservé aux concessions d'aménagement. Le transfert d'une part significative du risque opérationnel s'apprécierait alors de façon assez subjective au regard de l'ensemble des stipulations contractuelles, du mode de rémunération choisi, de l'importance des subventions, ou encore des garanties acceptées par l'acheteur public.

En ce sens, la qualification de marché public donnée par l'ordonnance n'emporterait pas forcément qualification de marché au sens du droit de l'Union européenne¹⁸⁴⁵. À moins que le futur décret d'application ne les résolve, des zones d'ombres demeureront sur la place de l'instrument dans la typologie européenne. Le texte d'application devra également déterminer un seuil pour recourir au marché de partenariat¹⁸⁴⁶. L'application à une catégorie particulière de contrat d'un objet, de conditions de recours et d'un contenu qui lui sont exclusivement spécifique par rapport à l'ensemble des autres contrats de la catégorie à laquelle il appartient, témoigne ainsi de l'avènement en France d'un véritable droit spécial de la commande publique.

Nous évoquons également l'idée d'un dispositif général, c'est-à-dire multi-facette, car existe la possibilité de moduler les missions du partenaire en fonction des besoins de l'administration. Les caractéristiques propres aux différents contrats de P.P.P. peuvent ainsi être utilisées cumulativement ou alternativement dans cet ensemble unifié.

¹⁸⁴³ CJUE, Aff. C-348/10, 10/11/2011, *Norma-A SIA, Dekom SIA contre latgales planosanas regions*, Rec. I-10983, point 45 ; CJCE, Aff. C-206/08, 10/09/2009, *WAZV Gotha c/ Eurawasser*, points 66 et 67, Rec. p. I-8377, *Contrats et Marchés publics*, 2009, comm. 329, note ZIMMER (W.).

¹⁸⁴⁴ BRACONIER (S.), « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *op. cit.*, p.8 .

¹⁸⁴⁵ CJCE, Aff. C-382/0, 18 juillet 2007, *Commission c/ Italie*, points 30 et 31, Rec., p. I-6659, *Contrats et Marchés publics*, 2007, comm. 238, note ZIMMER (W.).

¹⁸⁴⁶ Celui de cent millions d'euros est évoqué.

B) La modulation des missions du partenaire

L'ordonnance du 23 juillet 2015 comporte des innovations intéressantes par rapport au droit antérieur. Elle introduit non seulement de la souplesse dans l'utilisation du mécanisme, mais surtout unifie les caractéristiques propres aux différents instruments juridiques du P.P.P. entrant dans la catégorie des marchés publics au sein d'un seul instrument. Il existait auparavant une multitude de contrats ayant souvent des fonctions semblables, mais néanmoins assujettis à des procédures différentes. Cette concurrence entre les divers instruments¹⁸⁴⁷ amenait alors à une complexification inutile du « *paysage contractuel* »¹⁸⁴⁸ français. La transposition des directives marchés par l'ordonnance 2015-899 relative aux marchés publics aura au moins permis de rationaliser et de simplifier le droit des partenariats public-privé.

Les montages contractuels complexes de type A.O.T-L.O.A, B.E.A L.O.P.S.I ou L.O.P.J.I ou encore B.E.A.H ne pouvaient être qualifiés en contrat de partenariat dans la mesure où ils ne répondaient pas à sa définition légale. Ils ne portaient pas sur missions d'exploitations-maintenance de l'ouvrage alors que l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat faisait de « *la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance [et] l'exploitation ou la gestion* »¹⁸⁴⁹ des conditions cumulatives de reconnaissance de la mission globale du partenaire. Pourtant. L'ordonnance de 2015 permet alors de moduler les missions du partenaire dans le cadre d'un marché de partenariat. En effet, l'article 67 dispose désormais que l'instrument a pour objet principal « *la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrage, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général* » et tout ou partie de leur financement. Il est précisé ensuite « *qu'il peut également avoir pour objet* »¹⁸⁵⁰, c'est-à-dire à titre subsidiaire, des missions de conception, d'aménagement, d'entretien-maintenance et de gestion ou d'exploitation de l'ouvrage ou l'équipement construit.

¹⁸⁴⁷ V. Supra, p. 165.

¹⁸⁴⁸ Table ronde entre DELALOY (G.), DELELIS (P.), KIVIATKOWSKI (J-M.), PIERRET (C.) et SORBETS (P.), « les partenariats public-privé : quel cadre juridique pour quelles perspectives économiques ? », RDP, 2015, n°3, p.569.

¹⁸⁴⁹ Article 1.I de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, précitée.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, Article 67.II

À notre sens, la réalisation d'un ouvrage public à destination directe de l'administration (hôtel de police, hôtel de ville, etc.) pourra s'effectuer, sous l'égide du marché de partenariat, en ne confiant au partenaire de l'administration que les missions de construction et de financement de l'ouvrage. Cette modulation des missions permettra donc à la personne publique de pouvoir distinguer entre le financement de la construction et le financement de l'exploitation de l'ouvrage. L'enjeu du marché de partenariat, qui portera véritablement sur la construction, sera de sécuriser le financement bancaire exclusivement sur cette partie du marché, par l'effet de garantie procurée par la signature publique¹⁸⁵¹. Dès lors, si les risques pesant sur l'exploitation de l'ouvrage ne sont pas pris en compte par les investisseurs dans le cadre du contrat, le montage financier élaboré fera peser moins d'incertitudes sur le projet. Cela permettra ainsi d'obtenir un gain d'efficacité quant au coût de l'opération. *A contrario*, cet élément sera néanmoins synonyme pour la collectivité publique d'une lourde responsabilité puisque cette dernière devra assumer seule le remboursement la dette en cas de défaillance de son partenaire.

À ce titre, l'ordonnance prévoit la possibilité de financements des investissements par la conclusion d'un contrat de crédit-bail¹⁸⁵², réitérant la formulation du C.G.C.T à propos des baux emphytéotiques administratifs selon laquelle le contrat doit dans ce cas comporter des clauses « *permettant de préserver les exigences du service public* »¹⁸⁵³. Le marché de partenariat emporte donc nécessairement occupation du domaine public, et le titulaire du contrat obtient, comme dans le cadre des mécanismes des A.O.T-L.O.A, des droits réels sur les ouvrages qu'il réalise¹⁸⁵⁴. À cette fin, seront valorisées les parties du domaine non affectées à l'utilisation directe du public ou à une mission de service public par le biais d'un aménagement indispensable, notamment par la conclusion de baux de droit privé.

Dans une autre mesure, mais toujours dans cette logique de boîte à outils multiforme à laquelle correspond le dispositif du marché de partenariat, l'ordonnance prévoit que l'État, les collectivités territoriales et les autres organismes

¹⁸⁵¹ V. MULLER (É.), « Les modifications apportées au régime des marchés de partenariat », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 12.

¹⁸⁵² *Ibid.*, Article 84.II.

¹⁸⁵³ L-1311-3.5 du C.G.C.T

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*, article 85.

publics peuvent concourir au financement des investissements en prenant « *une participation minoritaire au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet* »¹⁸⁵⁵. Nous retrouvons alors quelque peu dans cette configuration la formule du P.P.P.I italien, c'est-à-dire la possibilité d'établir une société d'économie mixte titulaire d'un contrat public à paiement public¹⁸⁵⁶. L'introduction de ce type de mécanisme en droit français des marchés publics spéciaux va de pair avec la mise en place des S.E.M.O.P¹⁸⁵⁷. Néanmoins, le législateur a jugé bon de préciser que les statuts de la société doivent déterminer la répartition des risques entre les différents actionnaires. Là encore, plane un doute quant à la qualification du montage au regard de la législation européenne. Dans ce type de société où l'acheteur public bénéficie d'un pouvoir de décision, certes minoritaire, mais néanmoins manifeste, la problématique du transfert du risque opérationnel, c'est-à-dire aussi bien des risques liés à la demande qu'à l'offre, apparaît sans doute comme étant de résolution difficile. Si les risques de fréquentation de l'ouvrage semblent être écartés de ce type de montage puisque le paiement public « immunise » le partenaire du transfert de ces derniers, les risques de disponibilité de l'équipement ou ceux afférents aux charges pesant sur celui-ci correspondent à des risques liés à l'offre et sont généralement transférés à l'exploitant. Dans ce cas de figure, le fait de confier au partenaire des missions de gestion du service public ou d'exploitation de l'ouvrage pourrait entraîner une possible requalification du contrat par le juge européen, d'autant plus que la directive concession affirme que le concessionnaire est réputé assumer le risque « *lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession* »¹⁸⁵⁸. Ainsi, sauf à dissocier au sein du contrat entre le financement de la construction et le financement de l'exploitation, les possibilités de requalification de l'instrument en concession de travaux apparaissent selon nous comme non négligeables.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, Article 80.III

¹⁸⁵⁶ V. *Infra*, section 2 de ce chapitre.

¹⁸⁵⁷ Loi n° 2014-744 du 01/07/2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, précitée.

¹⁸⁵⁸ Article 5.1.b de la directive 2014/23/UE.

Cependant, la principale innovation de l'ordonnance repose dans la possibilité de déléguer au profit du partenaire la gestion d'une mission de service public¹⁸⁵⁹. Cette disposition donnera au titulaire du contrat le pouvoir de gérer la mission pour laquelle l'ouvrage a été construit. Dans le cadre des montages contractuels complexes de type B.E.A, il fallait auparavant lier le montage à une convention d'exploitation non détachable du contrat pour l'exécution du service public. Dans la mesure où le législateur affichait explicitement la volonté de simplification et de rationalisation des procédures, la dévolution d'une mission de service publique a été prévue dans le cadre du marché de partenariat. Désormais, le titulaire d'un tel contrat s'acquittera de cette tâche en se faisant rémunérer, en fonction de sa performance, par un prix payé par l'acheteur public. Cette solution législative s'inscrit ainsi directement dans la lignée de la jurisprudence *Aix en Provence* dans laquelle le Conseil d'État avait admis que la gestion d'un service public pouvait aussi bien être confiée à un tiers dans le cadre d'une D.S.P que dans celui d'un marché public¹⁸⁶⁰.

En définitive, le nouveau marché de partenariat du droit français ne doit pas être appréhendé comme un contrat unique. Il constitue un dispositif multiforme permettant une modulation des fonctions principales du contrat par rapport au besoin de l'administration. En fusionnant les formules antérieures, l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 a ainsi clairement simplifié et rationalisé le droit de la commande publique en général, et le droit des partenariats public-privé en particulier. Le nouveau mécanisme doit également être analysé comme la concrétisation, en droit français, d'un droit spécial des marchés publics.

¹⁸⁵⁹ Article 67.II.3 de l'ordonnance n° 2015-899, précitée.

¹⁸⁶⁰ CE, Sect., 06/042007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec., p. 155, précitée.

§2) La spécificité de l'instrument

La structure du droit des marchés publics en France depuis la publication de l'ordonnance 2015-899 a été bouleversée. Elle s'établit en fonction d'une différenciation du régime juridique des contrats par rapport à deux éléments. Comme sa dénomination le suggère, le marché de partenariat est un marché public. Cependant, il est un marché public spécial en raison son contenu (A), mais aussi des conditions nécessaires à son recours (B).

A) *La spécificité de son contenu*

Elle procède de deux conditions cumulatives. Le marché de partenariat est un marché global, de longue durée, à paiement public fractionné. Il est spécifique vis-à-vis des marchés publics de droit commun devant respecter l'obligation d'allotissement¹⁸⁶¹ et la maîtrise d'ouvrage publique (1). De plus, la durée d'un marché ne peut pas être en adéquation avec l'amortissement de l'investissement. C'est en effet cette logique qui conditionne le caractère spécial de la rémunération du partenaire (2). Si des dérogations à ces éléments sont prévues par l'ordonnance pour les marchés classiques, elles sont toujours prises de façon alternative et ne peuvent logiquement être cumulées au sein d'un même contrat. Leur adjonction à une seule catégorie conditionne alors selon nous la spécificité de cette dernière.

1) La dérogation au principe d'allotissement et à la maîtrise d'ouvrage publique

Les marchés publics doivent être passés en lots séparés¹⁸⁶². L'ordonnance prévoit toutefois des dérogations à ce principe. Ainsi, les acheteurs publics peuvent

¹⁸⁶¹ V. LINDITCH (F.), « Allotissement et marchés globaux », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 6.

¹⁸⁶² Article 32 de l'ordonnance n° 2015-899, précitée

décider de ne pas allotir si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes. À ce titre, la jurisprudence du juge administratif apparaît comme étant très restrictive, le critère de la localisation différente d'un besoin semblable étant par exemple inopérant. Le Conseil d'État a en effet considéré qu'un contrat de gardiennage et de surveillance passé par une région sur quatre sites différents, malgré le caractère homogène du besoin, devait être regardé comme constitutif de prestations distinctes, et par conséquent alloti, en raison des zones géographiques hétérogènes sur lesquelles il devait se réaliser¹⁸⁶³. Le même raisonnement avait été appliqué antérieurement par le tribunal administratif d'Amiens pour les installations de chauffage et de traitement de l'air dans les collèges¹⁸⁶⁴.

S'ensuivent trois énumérations, déjà présentes dans le code de 2006¹⁸⁶⁵, dérogeant à l'obligation d'allotir. Ces exceptions sont alternatives¹⁸⁶⁶ et concernent respectivement des aspects économiques, techniques et financiers. Sur le plan économique, l'acheteur public peut donc déroger au principe d'allotissement si le recours à celui-ci risque de restreindre la concurrence. Dans ce cas, la dérogation est assez logique. L'allotissement irait à l'encontre des principes fondamentaux du droit de la commande publique rappelés dès le premier article de l'ordonnance, à savoir l'égalité de traitement et la liberté d'accès à la commande publique. Sur le plan technique, la seconde dérogation concerne les cas où l'acheteur ne peut assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. Elle peut également résulter des difficultés à maintenir la cohérence des prestations en allotissant le marché. Ainsi, le Conseil d'État a logiquement admis le recours à un lot unique pour la mise aux normes des feux tricolores de la ville de Fort-de-France¹⁸⁶⁷. Sur le plan financier, la troisième dérogation écarte l'allotissement des marchés lorsque le procédé rend plus coûteux l'exécution des prestations. À ce titre, l'impact financier doit être important, une hausse non significative du coût des

¹⁸⁶³ CE, 23/07/2010, *Conseil régional de la Réunion*, n°338367, Rec. Tab. 2010.

¹⁸⁶⁴ TA Amiens, n°0901672, 13/07/2009, *GDF-Suez contre Département de l'Oise*.

¹⁸⁶⁵ Article 10 du code des marchés publics de 2006, précité.

¹⁸⁶⁶ TA Paris, ordonnance du 24/11/2008, *Société Protim.*, n° 0817554

¹⁸⁶⁷ CE, 20/05/2009, *Commune de Fort-de-France*, n° 311379.

prestations ne justifiant pas le recours à un marché non alloti¹⁸⁶⁸. Pour ces trois conditions, l'acheteur devra toujours motiver son choix.

À côté de ces dérogations, l'ordonnance s'écarte du principe de l'allotissement par la mise en place des marchés globaux permettant également le transfert de la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé¹⁸⁶⁹. Les anciens modèles de marchés C.R.E.M-R.E.M¹⁸⁷⁰ sont ainsi dispersés en trois types de contrat : les marchés publics de conception-réalisation¹⁸⁷¹, les marchés publics globaux de performance¹⁸⁷² et les marchés publics globaux sectoriels¹⁸⁷³. Sur le fond, l'ordonnance n'apporte pas de réelle nouveauté. Les marchés de conception-réalisation sont repris selon les conditions posées par la loi M.O.P¹⁸⁷⁴. Lorsque des missions d'exploitation et de maintenance leur sont ajoutées, il faudra dorénavant utiliser les termes de marchés publics globaux de performance. Leurs conditions d'utilisation sont similaires à celles de l'article 73 du code des marchés publics pour les marchés REM¹⁸⁷⁵. Toutefois, le recours aux anciens marchés publics de C.R.E.M est assoupli car il est possible de l'utiliser dès que des objectifs de performance sont imposés au titulaire du marché et nonobstant les dispositions relatives au marchés de conception-réalisation de l'article 33, c'est-à-dire les dispositions de la loi M.O.P. Enfin, les marchés publics globaux sectoriels sont ceux autorisés par les lois sectorielles antérieures et visent des domaines de construction spécifiques (Police, gendarmerie, sapeurs-pompiers de Paris, établissement pénitentiaires, etc.). Le marché de partenariat partage avec ces modèles le caractère global de son objet. Cependant, cette dérogation de nature est quelque peu tempérée par l'obligation faite au titulaire du contrat de s'engager à confier à des artisans ou à des petites et moyennes entreprises une part minimale de son exécution. De plus, l'acheteur doit

¹⁸⁶⁸ CE, 11/08/2009, *Communauté urbaine de Nantes Métropole*, n°319949.

¹⁸⁶⁹ LINDITCH (F.), « Allotissement et marchés globaux », *op. cit.*

¹⁸⁷⁰ Article 73 du code des marchés publics de 2006.

¹⁸⁷¹ Article 33 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

¹⁸⁷² Article 34 de l'ordonnance 2015-899, précitée

¹⁸⁷³ Article 35 de l'ordonnance 2015-899, précitée

¹⁸⁷⁴ Article 18 de la loi M.O.P, précitée : Motifs d'ordre technique ou engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique.

¹⁸⁷⁵ Remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

prendre en compte, parmi les critères d'attributions, la part que le partenaire s'engage à confier à ces mêmes entreprises¹⁸⁷⁶.

À cet égard, la problématique de la coexistence entre ces dernières catégories et le marché de partenariat mérite d'être posée. La mise place de ce contrat par l'ordonnance de 2015 est censée rationaliser, sous l'égide d'un modèle unique, la multitude de contrats sectoriels existant auparavant. Il est alors difficile de se convaincre de la réalisation d'un tel objectif si l'ensemble des lois permettant de déroger aux dispositions du Code des marchés publics est « globalisé » dans le modèle du marché public global sectoriel. Du reste, ce modèle pourrait faire doublon avec le marché de partenariat dont l'objet est semblable. En réalité, les marchés publics globaux sectoriels ne portent que sur un volet des dérogations au code des marchés publics. Ils doivent donc respecter l'interdiction de paiement différé et ne peuvent par conséquent avoir une durée équivalente à l'amortissement de l'investissement. La possibilité est donc laissée aux acheteurs publics conclure des marchés dérogatoires en raison de leur objet mais non spécifiques par rapport à leur catégorie.

2) L'adéquation entre la durée du contrat et l'amortissement de l'investissement : fonction du caractère spécial de la rémunération du partenaire

La durée d'exécution des marchés publics n'est pas limitée par l'ordonnance. En effet, l'article 39 dispose qu'elle doit juste être définie par le marché public, sous réserve des exceptions que les futurs textes réglementaires d'application pourront prévoir¹⁸⁷⁷. Ainsi, elle dépend de l'objet de chaque contrat. Cela étant, elle consiste néanmoins, comme l'énonce l'article 16 du code de 2006 et conformément aux principes fondamentaux du droit de la commande publique, à permettre une remise en concurrence périodique du contrat. En revanche, contrairement au régime juridique des D.S.P¹⁸⁷⁸, l'ordonnance n'impose pas comme limite de durée au

¹⁸⁷⁶ Article 87 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

¹⁸⁷⁷ Les articles 76 et 77 du code des marchés publics de 2006 limitent par exemple à quatre ans la durée des accords-cadres et des marchés à bon de commande. La nouvelle ordonnance n'y fait plus référence et la durée de ces contrats sera certainement fixée dans le texte d'application.

¹⁸⁷⁸ Article L-1411-12 du C.G.C.T.

contrat celle de l'amortissement des investissements. Dans une réponse à une question parlementaire, le ministre de l'intérieur déclarait en janvier 2015 qu'il était souhaitable, « *afin d'assurer l'efficacité de la commande publique, [...], de transposer aux marchés publics une telle règle* »¹⁸⁷⁹.

Pourtant, la disposition de l'ordonnance de 2004 relative au contrat de partenariat selon laquelle la durée de la mission globale confiée au partenaire privé était fonction de la période nécessaire à l'amortissement des investissements n'a pas été retenue dans les dispositions de l'ordonnance de 2015 relative au marché de partenariat. Le texte reste assez silencieux sur la durée du contrat. Celle-ci est évoquée à quatre reprises, de manière circonstanciée et sans faire allusion à une possible limite. Ainsi, l'article 80 énonce que les subventions accordées par les personnes publiques peuvent être versées selon un échéancier adapté à la durée du contrat. L'article 83 dispose que la rémunération du partenaire fait l'objet d'un paiement pendant toute la durée du contrat. L'article 85 quant à lui fait coïncider la durée de l'occupation domaniale avec celle du contrat. Enfin, l'article 86 évoque la durée des baux de droit privé pouvant être consentis par le titulaire du marché de partenariat.

Cependant, il ressort de la logique même de l'instrument mais aussi de la combinaison des dispositions de l'ordonnance qu'une telle limite s'avère souhaitable. Elle serait du reste en parfaite adéquation avec les directives "commande publique" de 2014, lesquelles voient dans les contrats de très longue durée une possibilité d'entraîner le verrouillage du marché économique, donc une atteinte à la libre circulation des services et la liberté d'établissement. Selon cette approche, l'adéquation entre la durée la relation contractuelle et le retour sur les capitaux engagés initialement justifie l'existence de contrats de très longue durée dans la mesure où ces derniers reposent souvent sur des actifs matériels nécessitant de très lourds investissements. En effet, les partenariats public-privé entrent intrinsèquement en contradiction avec le principe de libre concurrence puisqu'ils placent leur titulaire dans une situation de monopole pendant une très longue durée. Pour opérer une conciliation entre ces acceptions contradictoires, la durée des P.P.P. doit être la plus courte possible. Ainsi, la limite temporelle du recouvrement des

¹⁸⁷⁹ Réponse du Ministre de l'intérieur à la question écrite n° 66370 du 14/10/2014, J.O.R.F du 13/01/2015, p. 248.

capitaux engagés, avec bien évidemment une marge bénéficiaire raisonnable¹⁸⁸⁰, permet de rémunérer suffisamment le partenaire afin que ce dernier puisse rembourser la dette qu'il a contractée sur les marchés financiers pour la réalisation du projet.

La logique même de l'instrument conditionne ainsi que sa durée d'exécution soit fonction de la rémunération périodique que perçoit le titulaire du contrat. En effet, les acheteurs publics pourront très bien choisir, pour la satisfaction de leur besoin, de signer un marché public global. Cependant, son paiement ne pourra être différé et la rémunération des prestations d'exploitation et de maintenance devra être différenciée de celle relative à la construction¹⁸⁸¹. En d'autres termes, la durée du marché global commencera dès sa notification à son attributaire et s'achèvera dès la livraison de l'ouvrage. Le paiement de la prestation du titulaire du contrat pourra certes faire l'objet d'acomptes ou d'avances, mais ne pourra en aucun cas être lissé sur la durée d'exploitation et de maintenance de l'ouvrage construit¹⁸⁸². L'intérêt du marché public spécial qu'est le marché de partenariat réside ainsi en un paiement public fractionné dès l'achèvement des opérations de constructions ou de rénovation, et pendant toute la durée du contrat, contrairement à ce que prévoit l'ordonnance pour les marchés public « généraux ».

Dès lors, l'étalement des paiements ne peut qu'être fonction de la durée de recouvrement des investissements réalisés. La Commission européenne partage cette position. Elle affirme dans son livre vert sur les P.P.P. que « *la période au cours de laquelle le partenaire privé assumera l'exploitation d'un ouvrage ou d'un service doit être fixée en fonction de la nécessité de garantir l'équilibre économique et financier d'un projet. [...]. La durée de la relation partenariale doit être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis* »¹⁸⁸³.

¹⁸⁸⁰ V. *Infra*, p. 468.

¹⁸⁸¹ Article 60 de l'ordonnance 2015/899, précitée.

¹⁸⁸² Si cette dernière mission est également dévolue au cocontractant.

¹⁸⁸³ Commission européenne, 30/04/2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM(2004) 327 final, pt. 46.

Le législateur délégué a décidé de ne pas étendre cette règle au marché de partenariat. Sa consécration par voie réglementaire serait synonyme d'une heureuse harmonisation de l'état du droit positif puisque l'ensemble des instruments juridiques du P.P.P., relevant aussi bien des concessions que des marchés, seraient alignés sur la même limite. Ces spécificités relatives au contenu de l'instrument se cumulent du reste avec le caractère spécial de son recours.

B) La spécificité des conditions de recours

Les marchés publics sont généralement conclus lorsque se rencontrent deux phénomènes. Le premier est relatif à la nature de la personne morale qui éprouve un besoin à satisfaire. Cette dernière va en effet être considérée soit comme un pouvoir adjudicateur, soit comme une entité adjudicatrice, en fonction des définitions légales données à ces deux catégories. Elle revêtira ainsi la qualité d'acheteur et la satisfaction de ses besoins par voie contractuelle sera alors encadrée par des procédures spécifiques. Ensuite, le second phénomène est relatif à la nature du besoin à satisfaire. Dans ce cas, le contrat portera soit sur des travaux, soit sur des fournitures, soit sur des services, ou même sur un cumul de ces trois types de prestation. En fonction de ces trois catégories, mais surtout par rapport à des seuils déterminés par le pouvoir normatif, différents types de procédures seront applicables pour choisir l'opérateur économique capable de satisfaire ces besoins. Se distinguent en effet les procédures d'appel d'offre ouvert ou restreint, les procédures négociées, adaptées, de dialogue compétitif ou encore négociées sans publicité ni mise en concurrence préalables¹⁸⁸⁴. Le marché sera ensuite réalisé selon les règles d'exécution propres au droit de la commande publique.

Le marché de partenariat du droit français, outre la dimension spécifique de son contenu, voit aussi sa passation être assujettie à des conditions particulières par rapport aux marchés publics « généraux ». En effet, la décision de recourir à l'instrument doit être précédée de la réalisation d'une évaluation préalable et d'une

¹⁸⁸⁴ Pour une étude exhaustive de ces différentes procédures, V. LINDITCH (F.), *Le droit des marchés publics*, Paris, Dalloz, 2015.

étude de soutenabilité budgétaire du projet¹⁸⁸⁵. Ces dernières doivent ensuite être respectivement soumises pour avis à un organisme expert (la « future » M.A. P.P.P.) et au service de l'État compétent. Enfin, deux conditions particulières de recours à l'instrument doivent être remplies¹⁸⁸⁶.

S'agissant de ces conditions spécifiques de recours au dispositif, la nouvelle ordonnance bouleverse quelque peu la donne. Les contrats de partenariats de l'ordonnance du 17 juin 2004 ne peuvent être conclus que s'il s'avère, au regard de leur évaluation préalable, qu'ils remplissent trois critères. Ils doivent être soit plus complexes que les marchés publics du code de 2006, soit dictés par l'urgence de rattraper un retard préjudiciable en termes d'équipements publics, soit plus favorables que les autres contrats de la commande publique. Désormais, le recours au marché de partenariat obéit à une procédure différente. C'est à l'issue d'une évaluation préalable qui s'applique du reste à l'ensemble des marchés publics dépassant un certain seuil, et d'une étude de soutenabilité budgétaire mettant en avant les conséquences de l'instrument sur les finances publiques et la disponibilité des crédits, que les deux avis mentionnés à l'article 76 de l'ordonnance doivent être recueillis. À ce titre, l'organisme expert qui concourrait auparavant à la réalisation de l'évaluation voit son rôle se préciser, passant de celui plus général de « *task force* » en matière de P.P.P. à une sorte d'autorité administrative chargée d'avaliser les projets¹⁸⁸⁷. Ces avis sont non contraignants, ils servent d'élément d'étude à l'assemblée délibérante ou à l'organe décisionnel chargé de se prononcer sur le principe du recours à l'instrument¹⁸⁸⁸.

Les trois conditions évoquées précédemment ne sont donc pas mentionnées dans la définition de l'évaluation préalable, laquelle se borne à comparer « *les différents modes envisageables de réalisation du projet* »¹⁸⁸⁹, notamment à travers l'analyse en coût complet du projet. Pour que la passation puisse ensuite être engagée, l'acheteur public devra ainsi démontrer que le recours au marché de

¹⁸⁸⁵ Article 74 de l'ordonnance 2015/899, précitée.

¹⁸⁸⁶ Article 75 de l'ordonnance

¹⁸⁸⁷ Le statut juridique de la M.A. P.P.P. est d'ailleurs pour l'instant celui de service à compétence nationale rattaché au directeur général du trésor. V. Article 2 du Décret n°2011-709 du 21/06/2011 modifiant le décret n°2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, J.O.R.F n°0144 du 23/06/2011, p. 10690.

¹⁸⁸⁸ Article 75 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

¹⁸⁸⁹ Article 40 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

partenariat présente « *un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet* »¹⁸⁹⁰. En définitive, seule la condition de bilan plus avantageux est retenue par l'ordonnance. Les modalités de preuve seront déterminées ultérieurement par voie réglementaire. Elles devront s'analyser en fonction des caractéristiques propres du projet envisagé (prouesse technique ou technologique nécessitant par exemple une mission globale avec transfert de la maîtrise d'ouvrage), des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur public est chargé (service dont la Valeur Actuelle Nette est insuffisante pour permettre une exploitation par voie de concession par exemple) ou encore des difficultés observées dans la réalisation de projets comparables (exemple des stades et équipements sportifs par exemple).

En outre, une nouvelle condition a été fixée. L'ordonnance impose en effet dorénavant que le recours à ce mécanisme puisse s'effectuer sous réserve que sa valeur soit supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire. Rien n'est pour l'instant spécifié à propos de la notion de « valeur ». Nous pouvons considérer cette notion sous différents aspects. Elle pourra s'analyser de façon exclusivement financière, méthode sans doute la plus probable qu'empruntera le texte d'application, et renvoyer aux investissements hors taxes engagés de façon globale pour le projet. À ce titre, nous pouvons nous poser la question de savoir si les aménagements réalisés par le pouvoir adjudicateur en dehors du contrat entreront ou non dans son calcul. Nous pensons par exemple aux travaux routiers, d'aménagements ou de viabilisation de terrains attenants à une grande enceinte sportive, salle de spectacle, musée, etc. La notion de valeur pourrait également s'analyser sur le plan économique en prenant compte de façon objective le coût du travail pour ériger le projet et l'exploiter mais aussi de façon plus subjective en intégrant au calcul des éléments d'utilité comme les externalités économiques positives générées par la réalisation de l'équipement. Ainsi la construction d'un stade en périphérie d'une grande agglomération attirera nombres d'activités commerciales (restauration, hôtel, spectacles, distribution, etc.) susceptibles d'augmenter les ressources fiscales de la commune sur laquelle le projet est établi. En ayant certes une vision assez « originale » des choses, il est admissible que ces ressources soient prises en compte dans le calcul de la valeur du projet.

¹⁸⁹⁰ Article 75 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

Le marché de partenariat du droit français obéit donc à une logique de spécialité du droit de la commande publique. En multipliant les dérogations de toute nature (objet, procédures, etc.) aux règles générales et en les unifiant au sein d'une catégorie particulière, le pouvoir normatif a matérialisé ce qui constitue un corps de règles s'appliquant à une seule espèce. Or, ce qui est « *relatif à l'espèce* », au *species*¹⁸⁹¹ renvoie à la spécificité, au sens de ce qui est propre à une chose et à une seule. La matière a évolué, passant de la multitude des dérogations, de ce qui s'écarte de l'application de la règle ou de loi générale, au spécial, c'est-à-dire ce qui constitue une sous-espèce déterminée, dont les règles lui sont propres et ne peuvent être appliquées aux instruments généraux. Nous pourrions, de manière prospective, imaginer que l'œuvre de transposition de la directive "concession", en France comme en Italie, permette le même type de mécanisme. La conjecture est d'ailleurs possible au regard des éléments que nous avons dégagés antérieurement quant aux instruments du partenariat public-privé entrant dans la catégorie concessive, plus particulièrement les dernières évolutions du droit italien.

Section 2 : Les concessions d'ouvrages publics à paiement public

La concession, forme originelle d'externalisation des missions de service public vers le secteur privé, pourrait se concevoir différemment, le droit de l'Union européenne portant en lui le germe d'une profonde rupture. En effet, cette notion s'est construite et a évolué dans notre ordre juridique comme un processus de gestion déléguée de services publics à l'usage direct des administrés. À ce titre, elle nécessitait que la rémunération de son titulaire soit assujettie à l'exploitation de l'ouvrage. Dès lors, son objet était intrinsèquement lié à la délégation d'activités rentables sur le plan financier, c'est-à-dire d'activités dans lesquelles une redevance était perçue sur un usager identifiable. Bien évidemment, le niveau de la redevance pouvait être amoindri par le versement d'un prix payé par le pouvoir adjudicateur. Il est possible à l'heure actuelle selon nous de concevoir le système concessif d'une autre manière. Le droit italien permet de mettre en avant l'émergence de concessions spéciales. Elle se distinguerait ainsi des concessions «classiques» parce qu'elle

¹⁸⁹¹ V. *Le Grand Robert*, éd. 2015, entrée « *spécial* ».

permettrait la réalisation d'un ouvrage public non rentable sur le plan économique dans la mesure où il serait à destination directe de l'administration. Le paiement sur l'usager serait alors impossible, et cette concession partagerait avec le système français du marché de partenariat l'idée d'un paiement public échelonné sur la durée du contrat. Cette idée est selon nous compatible avec la notion de risque opérationnel, dont le transfert conditionne aujourd'hui la reconnaissance du modèle concessif (§1). De plus, la concession d'ouvrage public à paiement public pourrait également se différencier par rapport à la formule générale des concessions de travaux et de services par un mode de fonctionnement spécial, celui lié à l'institutionnalisation du contrat (§2). Là encore, le droit italien offre des perspectives d'innovations extrêmement intéressantes.

§1) La compatibilité entre la notion de risque opérationnel et le caractère public de la rémunération

La directive de 2014 conditionne l'attribution d'un contrat de concession au transfert d'un risque opérationnel lié à l'exploitation de travaux ou de services. Ce risque comprend en outre le risque lié à l'offre, à la demande ou les deux. Le concessionnaire est réputé les assumer lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués¹⁸⁹². Cette notion s'appréhende de manière exclusivement financière. L'origine du terme provient d'ailleurs de la doctrine formulée à la suite des accords de Bâle pour le secteur bancaire¹⁸⁹³. La Cour de justice envisageait déjà la notion de cette manière en 2011, préfigurant ainsi l'évolution comprise dans les directives. En effet, elle assimilait le risque d'exposition aux aléas du marché comme comprenant non seulement « *le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes* », mais encore « *le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, [...] ou encore le*

¹⁸⁹² Article 5 de la directive 2014/23/UE, précitée.

¹⁸⁹³ CHAPELLE (A.), HÜBNER (G.) et PETERS (J.-P.), *Le risque opérationnel : implications de l'Accord de Bâle pour le secteur financier*, Bruxelles, Larcier, 2005, p.7.

risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service »¹⁸⁹⁴. Elle excluait en revanche les «ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique [...] inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services »¹⁸⁹⁵. Selon nous, cette définition permet d'envisager qu'une concession fasse l'objet d'un paiement public. Elle renouvelle ainsi la théorie du péage virtuel (A), concrétisant de cette façon l'idée de rémunération à rentabilité limitée (B).

A) Le renouvellement de la théorie du péage virtuel

Le concept de péage virtuel ou, selon l'expression anglo-saxonne, le *Shadow toll*¹⁸⁹⁶, permet de faire construire un ouvrage public par un opérateur privé dans le cadre d'une concession, très souvent une route. La particularité du mécanisme réside dans la rémunération du titulaire du contrat par un paiement public échelonné. Cependant, le montant n'est pas fixe, puisque calculé en fonction du nombre d'utilisateurs utilisant le service. Ainsi, le risque de fréquentation de l'ouvrage demeure toujours transféré au cocontractant de l'Administration. Le contrat peut par conséquent être qualifié de concession. À titre d'illustration, les autoroutes portugaises ont pu être construites par le biais de concessions de travaux et le titulaire rémunéré en fonction du nombre d'utilisateurs enregistrés sur l'ouvrage¹⁸⁹⁷. Dans ces hypothèses, des seuils de trafic sont appliqués dans la détermination du prix payé pour chaque utilisateur. Le premier garantit par exemple la dette première de même que l'exploitation et la maintenance de base de l'ouvrage. Le second seuil couvre la dette constituée des prêts subordonnés¹⁸⁹⁸ et le troisième et dernier seuil permet au concessionnaire de dégager une marge bénéficiaire par rapport aux

¹⁸⁹⁴ CJUE, Aff. C- 274/09, 10/032011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* point 37, Rec., p. I-6657, Contrats et Marchés publics, 2011, comm. 147, ZIMMER. (W.).

¹⁸⁹⁵ *Ibid*, point 38.

¹⁸⁹⁶ LINOTTE (D.) CANTIER (B.), « Le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *AJDA*, 2000, p.863.

¹⁸⁹⁷ OCDE, *Investissements et infrastructures de transport : vers plus d'efficacité*, Publication du Forum international du transport, 2008, p. 202.

¹⁸⁹⁸ Prêts dont le remboursement s'effectue au gré de l'émetteur dans une logique d'optimisation fiscale.

capitaux investis initialement¹⁸⁹⁹. Dans cette acception, le mécanisme induit par le système des péages virtuels n'emporte pas de bouleversement subséquent par rapport à une concession classique, seule la provenance du paiement diverge. La mission demeure la même. Le titulaire du contrat doit toujours fournir directement une prestation à l'utilisateur de l'administration. Il effectue sa mission à ses risques et périls, n'étant pas garanti du remboursement de ses investissements en cas de fréquentation insuffisante de l'ouvrage. De la même manière, il supporte également les risques liés à l'offre puisqu'il est aisé d'imaginer qu'en cas de retard de construction, de dépassement des coûts ou d'une estimation du trafic trop importante de sa part, il ne pourra couvrir l'investissement engagé, le paiement de l'administration débutant à partir de la livraison de l'ouvrage. Les risques d'inadéquation entre l'offre et la demande et de préjudice économique lié à un manquement dans la prestation du concessionnaire sont donc toujours transférés au concessionnaire. La notion de risque opérationnel permet ainsi d'entrevoir de nouvelles possibilités dans l'utilisation de ce mécanisme. Il pourrait en effet être étendu à l'ensemble des partenariats public-privés portant sur des prestations à destination des usagers.

Néanmoins, le système de concession à péage virtuel est encadré dans une certaine limite. La particularité de l'instrument est de s'appliquer là où des usagers peuvent être quantifiés (métro, ponts, autoroutes, transport urbain, etc.). Elle confère ainsi au mécanisme un caractère spécial quant à son mode de rémunération. En revanche, sur le plan de la fonction, le contrat est toujours similaire au modèle « classique ». L'exploitation de l'ouvrage ou du service est indéfectiblement lié à la fourniture directe d'une prestation au profit d'utilisateurs directement identifiables. Si le processus est logique pour une autoroute, un pont à péage ou une convention de transport scolaire¹⁹⁰⁰, il est en revanche plus compliqué de l'imaginer dans le cadre de l'exploitation d'une usine de traitement de déchets ménagers où par exemple les prestations ne peuvent être individualisées. Il est en effet matériellement difficile, et sans doute juridiquement impossible, d'opérer une quantification et une classification des déchets de chacun. La réflexion peut du reste être transposée au secteur hospitalier. Il serait alors assez difficile sur le plan juridique, et douteux sur

¹⁸⁹⁹ OCDE, *Ibid*, p.202.

¹⁹⁰⁰ CE, 07/11/2008, *Département de la Vendée*, n°291794, Rec. p. 805. précité.

le plan moral, d'assujettir par exemple la rémunération du constructeur privé d'un hôpital public en fonction de la quantité de patients soignés, d'un objectif de qualité fixé en fonction de seuils de mortalité ou de guérison par rapports au nombre d'actes chirurgicaux prodigués ou encore de la performance du service d'urgence. En d'autres termes, la construction d'un équipement public de santé ne pourrait s'effectuer dans le cadre d'une concession d'ouvrage public à paiement public, c'est-à-dire par le biais d'un risque d'exploitation pesant sur sa fonction principale. D'ailleurs, le Conseil d'État a considéré dans un avis de 1994 que l'hébergement médicalisé des malades ne pouvait être assuré que par un établissement de santé, public ou privé dûment autorisé, « *et non par une personne privée quelconque* »¹⁹⁰¹. Il constitue en effet un élément indissociable de la mission de service public de santé, qui en raison de sa nature même, doit être assurée par l'établissement de santé et ne peut pas être déléguée.

Pourtant, si la délégation est interdite, le recours à un contrat de longue durée permettant la construction d'un bien immobilier concourant à l'exercice de la mission de service public, dont la rémunération du titulaire est échelonnée sur toute la durée du contrat et autorisant la constitution de droits réels en vue de financer la réalisation projetée, est permise par le code de la santé publique¹⁹⁰². Par ailleurs, ce raisonnement est également applicable à bon nombre d'équipements ou d'ouvrages abritant des missions régaliennes de l'État, donc non déléguables par nature¹⁹⁰³. Il est en effet difficile d'imaginer, dans notre culture juridique, l'exploitation d'une prison ou d'un palais de justice par un opérateur privé payé par l'administration en fonction du nombre de détenus qu'il encadre ou de procès qu'il dirige. Dans la même acception, la construction d'un hôtel de ville au profit d'une commune semble échapper au mécanisme dès lors que la rémunération du titulaire du contrat ne pourrait être assujettie à l'exploitation des missions d'état civil par exemple. En définitive, le modèle semble inadéquat pour les ouvrages à destination directe de l'administration.

¹⁹⁰¹ CE, avis n° 356 101 du 16/06/1994, *EDCE 1994*, p. 367.

¹⁹⁰² Article L-6148-2 du code la santé publique.

¹⁹⁰³ CE, 01/04/1994, *Commune de Menton*, précité.

Il est cependant possible selon nous de nuancer légèrement ce constat, au prix il est vrai d'un raisonnement sans doute original. En ce qui concerne premièrement la problématique du caractère non identifiable de l'utilisateur dans l'exploitation de certains services, rien n'empêche d'imaginer que le paiement ne soit pas assujéti en fonction du nombre d'administrés utilisant le service, donc dans une optique de quantification de sa fréquentation, mais en fonction de son degré d'utilisation, en déterminant ainsi une variété de prix applicable selon des seuils de quantité et de qualité fixés au préalable. Dans le cadre de la construction et de l'exploitation d'une usine de traitement des déchets ménagers par exemple, la rémunération du titulaire du contrat peut très bien être calculée en fonction de la quantité de déchets traités, avec une part variable en fonction d'objectifs écologiques par exemple. D'ailleurs, dans sa célèbre jurisprudence *SMITOM*¹⁹⁰⁴, la haute juridiction française ne dénia pas la qualité de concession à un montage contractuel ayant pour objet la construction et l'exploitation d'une usine de traitement de déchets alors que soixante-dix pour cent des recettes du titulaire du contrat étaient constituées d'un prix couvrant les coûts fixes annuels et les coûts proportionnels à la quantité de déchets traités¹⁹⁰⁵. Le risque était en effet transféré par une rémunération portant sur revente des déchets recyclés. Cette dernière, approximativement égale à trente pour cent des recettes, était surtout constitutive de l'unique source d'intéressement du concessionnaire. Dans cette hypothèse, le risque pèse donc bien, pour le juge administratif, sur le titulaire du contrat dans le cadre de l'exploitation de l'ouvrage.

Nous retrouvons dans ce cas de figure les solutions élaborées en Italie, notamment dans le cadre des concessions de constructions et de gestion des hôpitaux publics¹⁹⁰⁶. Dans ces dernières, le prix payé par l'Administration couvrait les dépenses d'investissements pour la construction, l'exploitation et la maintenance des bâtiments. Le service public de santé demeurait, quant à lui, géré par l'Administration. Dès lors, l'exploitation de l'ouvrage s'entendait notamment au sens de son entretien-maintenance mais aussi dans la gestion de services accessoires à la mission de service public, services sur lesquels s'établissait également l'intéressement du concessionnaire (hébergement, parking, restauration, garde

¹⁹⁰⁴ CE, 30/06/1999, *SMITOM*, précité.

¹⁹⁰⁵ V. Concl. BERGEAL (C.), *AJDA*, 1999, p.714, précitées.

¹⁹⁰⁶ V. *Supra*, p. 160.

d'enfant, internet, télévision, téléphonie etc.). L'existence même de ces modèles concessifs spécifiques nuance la seconde critique portant sur l'impossibilité d'utiliser le montage s'agissant d'ouvrages à utilisation directe de l'administration.

Cette seconde critique repose en effet sur une conception galvaudée du couple travaux/services. Ce qui est concédé en effet n'est pas la mission de service public, mais plutôt l'ouvrage nécessaire à sa réalisation. Son exploitation ne s'entendrait alors que par le truchement de son entretien, de sa maintenance et des services accessoires à la mission principale pour laquelle l'ouvrage est construit. Ainsi, les directives de 2014 permettent, selon nous, de dissocier totalement les deux éléments dans le cadre d'un contrat de concession. La question de la spécificité des contrats de dévolution d'un service public, centrale dans la tradition juridique française¹⁹⁰⁷, doit alors aujourd'hui être repensée au vu de l'évolution du droit de la commande publique dans le droit de l'Union européenne. Dès lors, si l'alignement matériel des marchés et des concessions est effectif, un bâtiment public pourrait très bien faire l'objet d'une concession de travaux, et le service public sur lequel il repose continuerait d'être géré directement par la personne publique dans la mesure où l'ouvrage ne serait pas lié instrumentalement à sa réalisation, comme le conçoit la jurisprudence *del Consiglio di Stato*¹⁹⁰⁸. Il ressort du texte même de la directive que la concession de travaux permet d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, avec éventuellement un prix payé par le pouvoir adjudicateur. Cependant, le droit d'exploitation ne se conçoit pas de façon matérielle. La directive le définit littéralement comme impliquant le transfert au cocontractant de l'administration d'un risque lié à la demande, à l'offre, ou aux deux. Le risque signifie que le concessionnaire n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés, le critère du droit d'exploitation ne se conçoit alors que de façon financière. Rien n'indique en effet dans cette définition que le droit d'exploiter les ouvrages faisant l'objet du contrat porte sur les fonctions essentielles de celui-ci, c'est-à-dire les « *core functions* » comme les dénomment les anglo-saxons pour qualifier les missions centrales de l'État insusceptibles d'être exercées

¹⁹⁰⁷ KALFLÈCHE (G.), « les concessions : faut il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *op. cit.*, p. 18.

¹⁹⁰⁸ C.S n°1600, Sezione V, Sentenza 14/04/2008, Elettrici Cimiteriali s.r.l contro Comune di Novate Milanese, précité.

par une personne morale de droit privé¹⁹⁰⁹. Une concession « pure » de travaux publics peut donc avoir pour objet la réalisation d'un ouvrage public à destination directe de l'administration. Il faut cependant qu'un risque pèse sur le concessionnaire, qu'il y ait une possibilité de non recouvrement des investissements effectués. Affirmer l'inverse conduirait à penser la distinction marchés/concessions comme résultant encore aujourd'hui de la différence entre les actes d'achats et les actes de délégation, ce qui n'est pas le cas si l'on s'en tient aux définitions du droit de l'Union européenne.

Nous pourrions alors objecter que la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à l'entrée en vigueur des nouvelles directives remet en cause de façon assez manifeste ce raisonnement. En effet, la Cour estime dans sa jurisprudence *Eurawasser*¹⁹¹⁰ que le procédé concessif se caractérise par le transfert « *d'une part significative* » du risque, inhérente à l'exploitation économique du service. Dans cette perspective, le risque principal proviendrait d'une articulation assez complexe entre l'origine des ressources, le transfert des aléas du marché et le droit d'exploiter, donc l'objet même du service sur lequel repose l'ouvrage concédé¹⁹¹¹. En outre, la Cour de justice ne traiterait pas de la même manière toutes les recettes procurées par le contrat¹⁹¹². Celles provenant d'une redevance payée par des tiers n'auraient par exemple pas d'incidence sur la qualification de concession ou de marché lorsqu'elles reposent sur une activité accessoire distincte de l'activité d'intérêt général concédée¹⁹¹³.

Selon nous, ces différentes interprétations semblent être limitées aux cas d'espèces soumis devant la Cour. Il nous apparaît extrêmement difficile de tirer de l'exigence du transfert « *d'une part significative de risque* » un conglomérat de notions aussi complexes que celles évoquées précédemment. D'ailleurs, la Cour utilisa l'expression comme un argument justifiant que les paiements provenant de

¹⁹⁰⁹ COSSALTER (P.), « le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », in, *Comparative, European and global Administrative Law*, séminaire de Droit public comparé, Science Po Paris, 23/03/2007, p. 6.

¹⁹¹⁰ CJCE, Aff. C-206/08, 10/09/ 2009, *WAZV Gotha c/ Eurawasser*, points 77, Rec. p. I-8377, précité.

¹⁹¹¹ LOMBARD (F.), « La codification du critère de distinction marché/concession : le critère du risque opérationnel », *JCP A*, 2014, n°18, p.2137.

¹⁹¹² CJCE, Aff. C-382/05, 18/07/2007, *Commission c/ Italie*, Rec., p. I-6659, précité.

¹⁹¹³ HOEPFFNER (H.), « La délégation de service public : une notion condamnée ? », *op. cit.* p. 51.

tiers ne sont que l'une des formes pouvant s'intégrer dans la notion de droit d'exploitation, plutôt que comme un concept concret permettant de distinguer la concession du marché¹⁹¹⁴. En effet, dans le cadre de l'affaire *Eurawasser*, était traitée la question de la dévolution d'une mission de distribution et d'évacuation d'eau. L'un des requérants arguait que le contrat portant sur une telle mission ne pouvait être une concession puisque le cocontractant n'était matériellement exposé à aucun risque. La Cour de justice ne retint pas ce raisonnement. Elle affirma en effet qu'il est normal qu'un secteur d'activité comme celui de la distribution d'eau potable soit protégé par une réglementation limitant les risques encourus¹⁹¹⁵. Ainsi, les modalités de droit auxquelles est soumise l'exploitation du service réduisent par leur nature même les facteurs de risque. Il ne serait en effet pas raisonnable selon la Cour de demander à une autorité publique concédante de créer un risque élevé pour le concessionnaire dans ce type d'activité¹⁹¹⁶. Cela aurait pour corollaire la création d'un risque potentiel sur la qualité de l'eau distribuée. Dans cette hypothèse, le risque réel d'exploitation peut être très limité. Le plus important, c'est qu'une partie soit néanmoins transférée. L'idée de « part significative » du risque transféré résulte, dans ce cas, de l'exploitation même du service.

En outre, le Conseil d'État l'utilise de manière légèrement différente. Selon lui, la logique même de la concession nécessite qu'une « *part significative du risque d'exploitation demeure à la charge du cocontractant* »¹⁹¹⁷, mais cette dernière ne peut être appréhendée que dans la spécificité de la rémunération du cocontractant de l'Administration. Ainsi, « *en l'absence de réel risque d'exploitation* »¹⁹¹⁸, elle ne peut être regardée comme substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. La conception du juge administratif français est donc plus stricte que celle de la Cour, laquelle admet que le risque « *soit très limité en raison même des modalités d'organisation du service* »¹⁹¹⁹. Le Conseil d'État estime en effet que le risque doit être significatif, qu'il pèse donc véritablement sur les résultats d'exploitation, alors que la Cour admet quant à elle qu'une part

¹⁹¹⁴ CJCE, Aff. C-206/08, 10/09/ 2009, *WAZV Gotha c/ Eurawasser*, points 53, précité.

¹⁹¹⁵ *Ibid*, point 72.

¹⁹¹⁶ *Ibid*, point 75.

¹⁹¹⁷ CE, 07/11/2008, *Département de la Vendée*, précité.

¹⁹¹⁸ CE, 05/06/2009, *Société Avenance Enseignement et Santé*, n° 298641, *BJCP* 2009, p. 393, Concl. DACOSTA, (B.), *Contrats et Marchés publics*, 2009, comm. n° 236, note Eckert (G.).

¹⁹¹⁹ CJCE, 10/09/ 2009, *WAZV Gotha c/ Eurawasser*, points 82, précitée.

significative du risque doit être transférée, ce qui ne correspond pas exactement à la même chose.

De plus, les droits français et italiens retiennent de façon indistincte toutes les recettes issues du contrat¹⁹²⁰. La jurisprudence interne semble donc être en contradiction avec l'arrêt *Commission contre Italie* de 2007¹⁹²¹. Cependant, en regardant de plus près les faits de l'espèce, il apparaît trop excessif de voir dans la position de la Cour de justice une forme d'intransigeance envers les recettes accessoires. En effet, la Cour rappelle que l'opérateur était dans cette affaire rémunéré par un prix correspondant à la quantité de déchets traités. Les conventions prévoyaient d'ailleurs la modulation du prix en fonction de la quantité réel de déchets traités, afin de permettre à l'opérateur de dégager une marge bénéficiaire¹⁹²². Dès lors, elles ne pouvaient être considérées comme des concessions puisque les investissements et l'intéressement de leur titulaire étaient déjà couverts par le prix payé par le pouvoir adjudicateur¹⁹²³. C'est dans cette hypothèse que les ressources accessoires tirées de la vente des produits issus de l'exploitation du service ne pouvaient suffire à qualifier le contrat de concession, indépendamment même du fait qu'un aléa pesait sur cette activité périphérique¹⁹²⁴.

La question de l'existence même du modèle mérite ainsi d'être posée. Si la frontière entre acte d'achat et acte d'acte de délégation n'a plus lieu d'être, que la dévolution d'un service public est possible dans le cadre d'un marché public, alors il doit être concevable qu'une opération de concession n'ait pour objet que la construction et l'exploitation d'un ouvrage, c'est-à-dire un acte d'achat global, indépendamment de la gestion du service sur lequel il repose. Cette forme concessive spéciale, dont la rémunération proviendrait ainsi d'un paiement public, concrétiserait en outre par sa logique même une notion développée en doctrine économique¹⁹²⁵, celle de rémunération à rentabilité limitée.

¹⁹²⁰ CE, 30/06/1999, *SMITOM*, précité ; CS., Sez. V, 16/12/2004, n.°8090.

¹⁹²¹ EGLIE-RICHTERS (B.), « La frontière entre les délégations de service public, les contrats de partenariat et les marchés publics a-t-elle bougé le 18 juillet 2007 », *AJDA*, 2008, p. 2347.

¹⁹²² CJCE, Aff. C-382/05, 18/07/2007, *Commission c/ Italie*, Rec., p. I-6659, point 36, précité.

¹⁹²³ *Ibid*, point 39.

¹⁹²⁴ *Ibid*, point 41.

¹⁹²⁵ V. TIROLLE (J.), « Concessions, concurrence et incitations », in, HENRY (C.) et QUINET (E.), *Concurrence et service public*, Paris, L'Harmattan, 2003, p.75, in, COSSALTER (P.), *les délégations d'activités publiques, op. cit.*, p. 731.

B) La concrétisation de la notion de rémunération à rentabilité limitée

L'idée de rémunération à rentabilité limitée suppose une forme de modération des revenus du concessionnaire, notamment parce que l'exploitation de l'ouvrage ou du service qui lui est confiée le place en situation de monopole. Le paiement public du cocontractant de l'Administration participerait de cette idée de limitation des bénéfices en intégrant dans le prix la couverture des coûts d'investissement et une marge raisonnable. Cette conception n'est pas nouvelle en droit de la commande publique. Au contraire, elle peut même être considérée comme immanente au développement de ces règles. En effet, la mise en concurrence formalisée et le choix de l'attributaire du contrat en fonction de l'offre économiquement la plus avantageuse assurent la bonne utilisation des deniers publics et contribuent à limiter le prix des différents contrats. De plus, la notion de concession véhicule à travers elle que la fixation des revenus du délégataire soit encadrée, aussi bien pour les profits que pour les déficits. D'ailleurs, ce concept est fréquemment utilisé par la doctrine, ancienne et récente.

Ainsi, les Professeurs COSSALTER et MULLER évoquent dans leurs travaux respectifs la notion de « *juste rémunération* »¹⁹²⁶. JÈZE, dans la troisième édition de sa théorie générale des contrats administratifs, utilise l'expression de « *rémunération raisonnable* »¹⁹²⁷ du concessionnaire. PÉQUIGNOT quant à lui emploie les termes de « *rémunération équitable* »¹⁹²⁸. Il se rapproche ainsi *del principio dell'equa retribuzione* des travailleurs consacré à l'article 36 de la constitution de 1948¹⁹²⁹. Toutes ces formulations dérivent de la pensée de Saint Thomas d'Aquin, plus particulièrement du concept de juste prix¹⁹³⁰. Il l'élabora à la suite d'une demande de consultation formulée par des négociants en draperie. Ces derniers souhaitaient savoir qu'elle était la conduite à mener dans les affaires, plus

¹⁹²⁶ COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques*, op. cit. p. 738 ; MULLER (E.), *Les instruments juridiques du partenariat public-privé*, op. cit. p. 553.

¹⁹²⁷ JÈZE (G.), *Théorie générale des contrats de l'administration*, 3e éd., t. 2, 1936, p. 580.

¹⁹²⁸ PÉQUIGNOT (G.), *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pédone, 1945, p. 448, in, MULLER (E.), op. cit., p. 553.

¹⁹²⁹ V. notamment sur cette question SIRENA (P.), *I contratti di collaborazione*, UTET, 2011, p. 387.

¹⁹³⁰ FRÉMEAUX (S.) et NOËL (C.), « Qu'est ce qu'une juste rémunération ? ce que nous enseigne la conception du juste salaire de Thomas d'Aquin », *Management et Avenir*, 2011, n°48, p.76.

particulièrement quant à la notion d'usure¹⁹³¹. Il se fonda alors sur la distinction aristotélicienne entre la justice commutative et la justice distributive. En utilisant ces notions, il se pencha sur la question la question de l'usure. De sa pensée dérive alors l'idée selon laquelle l'accaparement d'un bien collectif peut conduire à développer la spéculation aux dépens de son utilisation par les autres. La justice distributive serait ainsi faussée et justifierait une intervention législative permettant de résoudre ce problème¹⁹³². Néanmoins, la gestion d'une telle activité, si elle suppose un investissement et un travail lourd, mérite d'être payée à sa juste valeur, c'est-à-dire en ne fonctionnant pas à perte. Dans cette acception, le concept de rémunération à rentabilité limitée s'inscrit dans une fourchette allant de l'amortissement des coûts d'établissement de l'ouvrage ou du service à la réalisation d'une marge bénéficiaire « normale ».

Dès lors, le principe d'équilibre apparaît parfois dans les législations françaises et italiennes. Le texte unique sur les entités locales de 2000 dispose en effet que les tarifs des services publics d'importance économique doivent assurer l'équilibre économique et financier des investissements en permettant notamment la couverture intégrale des coûts technique et financiers¹⁹³³. De la même manière, le code des contrats publics énonce que, dans le cadre des concessions de travaux publics, le prix versé au concessionnaire est notamment établi en tenant compte de la différence entre le coût réel de la prestation fournie aux usagers et les tarifs fixés par l'administration, plus particulièrement lorsque ces derniers ne permettent pas d'atteindre l'équilibre économique-financier¹⁹³⁴. En France, le projet d'ordonnance relative au contrat de concession énonce dans son article 23 que la durée des contrats est déterminée en fonction des investissements demandés au concessionnaire. Il reprend la logique établie pour la durée des délégations de service public, laquelle ne peut dépasser « *la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* »¹⁹³⁵. Cette durée « normale » peut dépasser raisonnablement la durée d'amortissement financier, le concédant récupérera ainsi dans les derniers temps du

¹⁹³¹ SIVERY (G.), « la notion économique de l'usure selon saint thomas d'Aquin », *Revue du Nord*, 2004, n°86, p.706.

¹⁹³² Thomas d'AQUIN, *sommes théologique*, Le Cerf, Paris, 1986, question n°77, cité in, FRÉMEAUX (S.) et NOËL (C.), *op. cit.*

¹⁹³³ Article 117 del T.U.E.L, précité.

¹⁹³⁴ Article 153 §4 del codice dei contratti pubblici.

¹⁹³⁵ Article L-1411-2 du C.G.C.T

contrat la plus grande partie de son bénéfice¹⁹³⁶. On retrouve dans cette idée la pensée de JÈZE, lequel estimait que le prix du service fixé dans le cadre de l'exécution d'une concession permettait de récupérer les fonds « *suffisants pour couvrir les dépenses de l'exploitation et rémunérer convenablement les capitaux investis* ». ¹⁹³⁷

Appliquée aux concessions d'ouvrages publics à paiement public, l'idée de rémunération à rentabilité limitée met parfaitement en avant l'idée d'un partenariat entre le secteur public, écarté par nature des préoccupations mercantiles mais ne pouvant totalement les occulter dans la recherche la plus performante possible de l'intérêt général ; et le secteur privé, capable de gérer de façon capitalistique une activité publique en assumant les risques qui y sont inhérents, mais limité dans sa recherche de profit contre l'assurance d'obtenir une rémunération stable dans le temps. Bien évidemment, le prix payé par l'administration en fonction du risque supporté par son concessionnaire doit être en corrélation avec le coût du service rendu, au risque d'une possible requalification en subvention, puis en aide d'État. La législation européenne estime d'ailleurs que les subventions accordées dans le cadre de la gestion d'un S.I.E.G doivent être proportionnées à l'exécution des obligations de service public, reprenant ainsi l'idée développée par la Cour de justice dans son arrêt *Altmark*, jugeant que les compensations au service public doivent tenir compte « *des recettes relatives [à l'exploitation du service] ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* »¹⁹³⁸.

Cependant, la difficulté réside dans la quantification de cette notion. Comment chiffrer ce qui relève du bénéfice normal ? Le Professeur COSSALTER avance qu'elle semble s'établir aux alentours de sept à huit pour cent de marge par rapport au retour sur investissement¹⁹³⁹. Il est vrai qu'en Italie, la marge bénéficiaire du distributeur d'eau est fixée à 8% des capitaux investis¹⁹⁴⁰. Ainsi, nous pourrions très bien imaginer qu'une administration choisisse, pour concevoir, préfinancer, gérer un ouvrage sur lequel repose une activité de service à destination directe des

¹⁹³⁶ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 739

¹⁹³⁷ JÈZE (G.), *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁹³⁸ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, précité.

¹⁹³⁹ COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 742.

¹⁹⁴⁰ Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, *Determinazione delle tariffe del servizio idrico per l'anno 2015*, Deliberazione n°577/2014/IDR del 20/11/2014.

usagers, la formule de la concession d'ouvrage public à paiement public. Ce dernier serait calculé sur la base d'un péage virtuel et tiendrait compte d'un bénéfice raisonnable pour le concessionnaire. L'œuvre de transposition de la directive concession en France et en Italie permettra peut-être le recours à cette concession spéciale. Du reste, à la spécificité de son contenu et de sa rémunération, la concession d'ouvrage public à paiement public pourrait également se différencier par la spécialisation de son mode son fonctionnement. L'institutionnalisation du procédé fait figure dans cas de perspective très intéressante. Les dernières innovations françaises et italiennes en la matière permettent d'envisager cette hypothèse.

§2) La possibilité d'institutionnaliser la concession

Les concessions d'ouvrage public à paiement public peuvent faire l'objet d'un partenariat institutionnalisé. Ce mode de fonctionnement spécial garantirait ainsi un meilleur contrôle du partenaire public sur son partenaire privé, notamment parce qu'il aurait en main toutes les informations possibles sur l'exécution du contrat (B). Les droits français et italien de l'économie mixte locale, prévoient tous deux la mise en concurrence de l'actionnariat privé d'une société dédiée à la réalisation d'une opération de partenariat. Il est alors intéressant de s'interroger sur l'idée de collaboration public-privé (A).

A) La mise en concurrence du capital des sociétés d'économie mixte : origine d'une véritable collaboration public-privé ?

Selon nous, la collaboration se distingue du partenariat en ce qu'elle institue un rapport de subordination. Alors que le rapport partenarial se conçoit dans une dimension égalitaire, le collaborateur agit quant à lui comme un auxiliaire, un adjoint coopérant à la réalisation d'une tâche dévolue d'abord responsable du projet, à celui qui le porte.

Les *società miste* sont très présentes dans la gestion des services publics locaux en Italie¹⁹⁴¹. Il est ainsi naturel d'imaginer que le procédé puisse être transposé lorsque la gestion du service nécessite la construction d'un ouvrage public à destination directe de l'administration. Le mécanisme *della finanza di progetto* est particulièrement bien adapté à la prise de participation dans la société de projet qui sera titulaire du contrat. Du reste, la question des modalités de choix de l'actionnariat privé des sociétés d'économie mixte a fait et fait encore l'objet d'une jurisprudence abondante¹⁹⁴² et d'une doctrine foisonnante¹⁹⁴³. La législation portant sur la gestion des services publics locaux a subi de nombreuses modifications avant d'arriver au niveau de sophistication qui est le sien aujourd'hui¹⁹⁴⁴. En ce sens, l'article 113 du T.U.E.L a été modifié à de nombreuses reprises pour l'adapter aux principes communautaires de concurrence, de liberté d'établissement, de libre prestation des services, etc¹⁹⁴⁵. Les sociétés mixtes à capital public majoritaire ont été progressivement remplacées par les sociétés publiques locales au capital intégralement public, leur permettant ainsi l'application de l'exception *in house*¹⁹⁴⁶. Par ailleurs, lorsque l'administration souhaite créer une société d'économie mixte pour la gestion d'un service public, elle doit procéder à la mise en concurrence du

¹⁹⁴¹ Le ministère de l'économie et des finances estime à environ % la part des services publics locaux gérés par des *società miste*. V.

¹⁹⁴² V. notamment sur le choix du partenaire privé : C.S, Sez V, Sentenza n°129 del 23/01/2008 ; C.S, Sez. V, Sentenza n°5392 del 28/10/2008 ; C.S, Sez. V, Sentenza n° 3767 del 12/06/2009 ; C.S, Sez. IV, Sentenza n°2222 del 11/04/2011.

¹⁹⁴³ V. notamment sur les problèmes d'imbrication entre le droit de l'Union et le droit interne : ALBERTI (C.), « appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione », *RIDPC*, 2001, p.495 ; CLARIZIA (A.), « il privato inquina : gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica », *Giustizia Amministrativa.*, 2005 ; FERRARO (V.), « Le principali implicazioni della giurisprudenza comunitaria in materia di in house per la disciplina nazionale delle forme istituzionale di partenariato pubblico-privato », in CHITI (M.), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009 ; NAPOLITANO (G.), « Towards a European Legal Order for Services of Economic General Interest », *European public law*, 2005, n°11, p. 565 ;

¹⁹⁴⁴ Pour une étude exhaustive des différentes réformes V. CAMMELLI (M.), « Concorrenza per il mercato e la regolazione dei servizi nei sistemi locali », in, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di BRUTI LBERATI (F.) e DONATI (F.), Torino, Giappichelli, 2010, p. 127 ; et, CAROLI-CASAVOLA (H.), « Local Public Services Enterprises in Italy », *op. cit.*

¹⁹⁴⁵ Voir notamment l'article 15 du D.L n°135 del 25/09/2009, *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitaria e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, G.U n°223 del 25/09/2009 ; modifiant le D.L n° 112 del 25/06/2008, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, G.U n°147 del 26/06/2008, S.O n°152.

¹⁹⁴⁶ V. *Supra*, p. 149.

capital de la société qui sera titulaire de la concession de service. Or, le T.U.E.L dispose que lorsque la gestion du service a été attribuée à la suite d'une mise en concurrence, l'attributaire du contrat peut réaliser directement les travaux connexes à la gestion du service¹⁹⁴⁷.

En France, le mécanisme de la société mixte à opération unique permet aux collectivités territoriales, comme son nom le suggère, de s'associer à un actionnaire privé au sein d'une entité mixte pour exécuter un contrat de commande publique. Dès lors, la société est constituée pour une durée limitée. Elle ne peut avoir pour objet que la réalisation d'une opération de construction ou la gestion d'un service public, ce qui inclut la construction d'ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires à son exécution¹⁹⁴⁸. La sélection du ou des actionnaires est effectuée par un unique appel à la concurrence aux termes duquel le contrat est attribué à la société d'économie mixte. Le texte précise également que la procédure respecte celles « *applicables aux délégations de service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou aux marchés publics, selon la nature du contrat destiné à être conclu...* »¹⁹⁴⁹. Il en résulte que les actionnaires potentiels doivent respecter les conditions de recevabilité des candidatures prévues par le droit de la commande publique.

Les droits français et italien ne sont donc pas incompatibles avec l'idée selon laquelle une administration pourrait, pour ses besoins en termes d'ouvrages et d'équipements, s'associer avec un opérateur privé dans le cadre d'une société d'économie mixte. Cette dernière serait alors titulaire d'une concession de travaux et pourrait très bien être rémunérée de façon majoritaire par un prix payé par cette même personne publique, pourvu qu'un risque continue de peser sur l'exploitation de l'ouvrage. Dans cette hypothèse, la relation entre la personne morale de droit public et son partenaire privé devient alors fusionnelle¹⁹⁵⁰. En effet, la personne publique garde tout au long du contrat, un pouvoir de contrôle sur la société qui exploite l'ouvrage. De l'autre côté, le partenaire privé de l'Administration peut faire porter le financement de l'opération par la société dédiée au projet. Il est également assuré de « bancabilité » de l'opération par le paiement et surtout la signature

¹⁹⁴⁷ Articolo 113 §5-ter del T.U.E.L, précité.

¹⁹⁴⁸ Article L-1541-I du CGCT.

¹⁹⁴⁹ Article L-1541-2-I du CGCT.

¹⁹⁵⁰ V. *Supra*, Chapitre 1 du titre 1 de la première partie, p. 110.

publique. La logique « gagnant-gagnant », propre aux opérations partenariales, se matérialise au mieux dans cet instrument juridique particulier.

La position de chaque partenaire à l'intérieur de la société a, bien évidemment, une importance fondamentale pour la viabilité de l'opération. Elle constitue d'une certaine façon le « nœud gordien » au travers duquel se manifestent les différents intérêts des associés. Dès lors, les positions de chacun interagissent dans le processus décisionnel de l'entreprise et influencent ainsi les moyens de réaliser le but pour lequel elle a été créée, donc sa nature même¹⁹⁵¹. Cela explique par exemple que le droit français encadre la part des participations de la personne morale de droit public entre trente-quatre et quatre-vingt-cinq pour cent du capital¹⁹⁵². Le droit italien ne fixe pas de seuil minimal en ce qui concerne le capital détenu par l'administration. En revanche, cette dernière ne peut détenir plus de soixante pour cent du capital de la société¹⁹⁵³.

De cette manière, la perspective d'une association entre les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé dans une structure d'économie mixte influencera la prise de décision du concessionnaire. Cette dernière ne doit alors pas être pensée comme la résultante d'un compromis irrémédiable entre des intérêts divergents. Des études récentes portant sur la répartition des capitaux et du pouvoir entre les différents actionnaires ont démontré que ces derniers tournaient souvent à l'avantage du secteur public¹⁹⁵⁴. En effet, la société est créée dans le but de réaliser une activité qui, au final, sert l'intérêt public. Les règles sont fixées clairement en amont de la procédure, et démontrent ainsi la volonté particulière de l'Administration de préserver l'objet pour lequel la structure a été instituée. En d'autres termes, il s'agit de garantir *in fine* l'activité de service public. Ainsi, l'avis d'appel public à la concurrence pour la sélection de l'actionnaire privé dans le cadre de la société d'économie mixte à opération unique du droit français doit prévoir, en

¹⁹⁵¹ LIROSI (A.), « I limiti ed i divieti all'attività "extra moenia" delle società miste nella gestione dei servizi pubblici locali », *in*, giustizia amministrativa, 2004, n°11.

¹⁹⁵² Article L-1541-1-III du C.G.C.T

¹⁹⁵³ Article 15 del D.L n°135 del 25/09/2009, précité.

¹⁹⁵⁴ V. notamment, BRAMERET (S.), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, L.G.D.J, 2012 ; et TORCHIA (L.), *L'uso di strumenti privatistici da parte delle pubbliche amministrazioni : organismo di diritto pubblico, società pubbliche e in house providing*, Bologna, Il Mulino, 2010, p.68.

sus des informations obligatoires qu'il comporte en fonction du contrat choisi, un document dit de « préfiguration ». Ce dernier s'articule autour d'une double idée. D'une part les caractéristiques principales de la S.E.M.O.P (part de capital détenu par la collectivité, modalités de contrôle, règles de gouvernance, dévolution des actifs et passifs de la société lors de sa dissolution, etc.), et d'autre part une prévision du coût global de l'opération. En outre, le coût de l'opération est apprécié « *en tenant compte de la souscription au capital et au financement de l'opération* »¹⁹⁵⁵. Le partenaire privé pourra donc être sélectionné en fonction de ses engagements à venir en qualité d'actionnaire privé, du financement qu'il apportera à l'opération et des gains qu'il espèrera obtenir.

En Italie, des dispositions semblables encadrent la constitution d'une *società mista* lorsqu'elle est constituée en vue de l'obtention d'un contrat public au sens du code de 2006¹⁹⁵⁶. Les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils choisissent l'actionnariat privé d'une société d'économie mixte, doivent nécessairement respecter les procédures de mises en concurrence garanties par le code des contrats publics. Ils doivent également mettre en avant dans *il bando di gara* (l'avis d'appel à la concurrence) que la société n'aura pas d'activité « *extra moenia* »¹⁹⁵⁷, c'est-à-dire en dehors du projet pour lequel la mise en concurrence de son actionnariat a été lancée. À défaut, le juge administratif sanctionne les tentatives de faire porter à la société plusieurs projets en même temps¹⁹⁵⁸.

Par voie de conséquence, le mécanisme s'apparente plus à un contrat entre collaborateurs qu'à une société de droit commun. L'objet social unique, la mise en concurrence des actionnaires, la durée de vie limitée de la société, la mainmise du secteur public sur la gouvernance de l'institution, placent l'actionnaire privé dans une situation de collaborateur plutôt que dans celle de partenaire. D'aucuns ont affirmé que le mécanisme constituait une sorte de « *Frankenstein juridique* »¹⁹⁵⁹. En effet, l'opération combine les contraintes du droit de la commande publique et la

¹⁹⁵⁵ Article L-1541-2-I du CGCT, précité.

¹⁹⁵⁶ Articolo 4 del D.L n°138 del 13/08/2001, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, G.U n° 188 del 13/08/2011.

¹⁹⁵⁷ GOISIS (F.), « I limiti all' attività extra moenia delle società miste locali », in, *Diritto Processuale Amministrativo*, 2002, n°, p. 564.

¹⁹⁵⁸ C.S, Sez. VI, Sentenza n°4829 del 07/10/2008.

¹⁹⁵⁹ BRAMERET (S.), « La Sem à opération unique, Frankenstein juridique ? », *RLCT*, 10/2014, n°105, p. 2782.

souplesse de la gestion privée, cumule les atteintes à l'*affectio societatis* tout en amoindissant les risques financiers inhérents à ce genre de contrat unique, permet au secteur public et au secteur privé d'associer leur capitaux au sein d'une entité dédiée à la réalisation d'opération d'intérêt général mais fait prévaloir paradoxalement l'un des actionnaires sur l'autre.

En définitive et en paraphrasant la pensée du Professeur LINDITCH¹⁹⁶⁰, le processus du partenariat public-privé institutionnalisé pourrait plus se rapprocher de la technique contractualiste d'adhésion que correspondre à la rencontre des consentements entre une personne morale de droit public et une personne morale de droit privé. Ainsi, le futur collaborateur de l'administration accepterait par avance, dans le cadre du procédé de la S.E.M. contrat, « *les droits et obligations qui l'affecteront* »¹⁹⁶¹ ultérieurement. Sur ce point, la mise en concurrence du capital d'une société d'économie mixte titulaire d'une concession d'ouvrage à paiement public apparaît comme un gage d'efficacité au service du secteur public. Néanmoins, la vision selon laquelle elle n'aboutirait qu'à une forme d'adhésion du secteur privé aux *desiderata* des personnes publiques nous semble quelque peu tronquée. À ce titre, la mise en place d'une entité fusionnelle suppose l'instauration de mécanismes solidaristes¹⁹⁶² permettant que le projet pour lequel la société a été créée se réalise de façon pérenne, dans une logique gagnant-gagnant. L'économie mixte permet dans cette hypothèse de garantir l'information optimale de l'Administration sur l'activité de son collaborateur. Sa logique de fonctionnement réduit en effet les asymétries inhérentes aux opérations d'externalisation.

¹⁹⁶⁰ LINDITCH (F.), *Recherches sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 61.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*

¹⁹⁶² V. *Infra*, p. 512.

B) La réduction des problèmes d'information du cocontractant public par la mise en place d'une société d'économie mixte

Dans un rapport de 2003, la Cour des comptes soulignait le manque d'informations dont disposaient les administrations dans le cadre de la gestion externalisée de la distribution d'eau¹⁹⁶³. Cette insuffisance conduit, selon elle, à l'incapacité pour les collectivités concédantes de vérifier la réalité du coût du service proposé par le concessionnaire. Cette incapacité technique d'exercer un contrôle efficace sur l'activité de son partenaire se traduit, selon les termes employés par la haute juridiction financière, par « *des augmentations de prix importantes sans relation avec celles des coûts d'exploitation et qui ne se [traduisaient] pas toutes par une amélioration du service pour l'utilisateur* »¹⁹⁶⁴. Elles sont dues principalement à des méthodes de calcul de la tarification du service établies selon des formules de protection contre les risques de baisse du chiffre d'affaires¹⁹⁶⁵. Dans cette perspective, le partenaire public se retrouve dans une position inégalitaire par rapport à son partenaire privé. Il ne peut en effet s'assurer de l'accomplissement optimal de la mission de ce dernier dans l'intérêt du service, et *in fine* des usagers.

Du reste, ce constat peut être aisément transposé à l'ensemble des montages contractuels matérialisant des opérations de partenariat public-privé, *a fortiori* lorsqu'ils sont basés sur un paiement public échelonné. L'hypothèse peut même être accentuée lorsque la rémunération du partenaire est fondée sur des objectifs de performance dont la vérification ne s'effectue qu'au moyen de preuves fournies par le cocontractant. Il n'est pas en effet illusoire d'affirmer que, dans le cadre d'un échange économique, l'un des protagonistes soit toujours tenté de tirer à son profit les informations que son cocontractant ne peut obtenir ou n'est pas capable de maîtriser. La réduction de cette inégalité entre les différents protagonistes de l'opération de partenariat public-privé semble ainsi pouvoir être réduite par la mise

¹⁹⁶³ Cour des comptes, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, 12/2003, p. 33.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 35.

¹⁹⁶⁵ La Cour cite ainsi l'exemple du contrat d'affermage pour la ville de Grenoble dans lequel figurait une clause d'actualisation du prix de l'eau dès que la consommation baissait en dessous d'un certain seuil. Une baisse pourtant minime par rapport à la consommation globale de cette agglomération avait alors permis au concessionnaire d'augmenter la tarification du mètre cube d'eau de l'ordre de six pour cent sur une durée de trois ans.

en place d'une société d'économie mixte. Dans ce cas de figure, la personne morale de droit public a pour interlocuteur direct non pas l'entreprise privée avec laquelle elle s'associe mais la société dans laquelle elle participe, en étant du reste capable d'utiliser son droit de veto dans le cadre du processus de prise de décision, évidemment lorsqu'elle dispose d'une minorité de blocage.

La répartition des fonctions dans le processus décisionnel joue ainsi un rôle prépondérant dans l'efficacité du mécanisme. La nature « *hybride* » de ce type particulier de société se manifeste alors pleinement dans le procédé de la prise de décision¹⁹⁶⁶. Elle découle d'une vision « *solidariste* »¹⁹⁶⁷ du rapport sociétaire, synonyme d'aboutissement d'une forme de justice contractuelle. Issue de la pensée DURKHEIM, lequel assimilait l'acte contractuel à « *l'expression juridique de la coopération* »¹⁹⁶⁸, la solidarité entre les actionnaires publics et privés apparaît comme liée de façon intrinsèque au processus institutionnalisant. L'utilité du mécanisme solidariste amène à un résultat convenable pour chacun. On touche à l'essence même du partenariat puisque, pour paraphraser GOUNOT, l'idée véhiculée par le processus de l'économie mixte ne peut donner lieu « *au choc désordonné de deux égoïsmes [...] mais à un principe d'union et de solidarité* »¹⁹⁶⁹.

Le but du mécanisme se cristallise dans l'objet social de la S.E.M., lequel ne peut poursuivre qu'un intérêt public. En définitive, la fusion organique du secteur public et du secteur privé au sein d'une entité mixte apporte à l'Administration la faculté de contrôler plus efficacement son partenaire¹⁹⁷⁰. Ainsi, les droits internes français et italien rendent concevable qu'une telle hypothèse puisse un jour se réaliser. Les sociétés d'économie mixte sont devenues de véritables instruments des P.P.P. et peuvent ainsi être utilisées pour institutionnaliser une concession d'ouvrage

¹⁹⁶⁶ MARCOLUNGO (C.), « Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato », in, CHITI (M.) (dir.), *Il partenariato pubblico-privato, op. cit.*, p. 237.

¹⁹⁶⁷ BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, Presse universitaire du Septentrion, 1998 ; BOURGEOIS (L.) et CROISSET (A.), *Essai d'une philosophie de la solidarité : conférences et discussions*, Paris, Lib. Félix Alcan, 1902.

¹⁹⁶⁸ DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, P.U.F, 6^{ème} éd., 2004, p. 132.

¹⁹⁶⁹ GOUNOT (E.), *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, éd. ROUSSEAU, 1912, p. 23.

¹⁹⁷⁰ D'ailleurs, le Conseil de la concurrence avait estimé en 2005 que le retrait de l'État du capital des sociétés d'autoroutes entraînerait des pertes significatives au niveau de la qualité des informations fournies par les sociétés concessionnaires. V. Conseil de la Concurrence., Avis n° 05-A-22 du 2/12/2005, précité, pt. 77.

public à paiement public majoritaire assortie à un transfert de risque significatif dans l'exploitation de l'ouvrage réalisé. L'avenir nous dira si ce modèle est un jour mis en œuvre. Nous avons pu constater que les instruments juridiques du partenariat public-privé pouvaient très bien revêtir des formes contractuelles différentes. La logique d'harmonisation des droits implique néanmoins qu'ils soient structurés autour de règles communes.

CHAPITRE 2 :

... RASSEMBLÉES AUTOUR DE RÈGLES COMMUNES

Les instruments du partenariat public-privé, s'ils peuvent faire l'objet de catégories éclectiques au sein des droits français et italien, impliquent néanmoins qu'un régime juridique harmonieux leur soit associé au sein de l'Union européenne. L'existence d'une catégorie unique, constituée d'un seul instrument, nous semble en effet difficile à mettre en œuvre. Ainsi, si l'homogénéisation du droit des P.P.P. paraît peu probable, son harmonisation s'avère inéluctable¹⁹⁷¹. À cet égard, une remarque préalable doit être formulée. La détermination de règles applicables aux partenariats public-privé procède en effet d'une double nécessité. Tout d'abord, elle fixe une orientation au régime juridique applicable à la notion. L'existence de mécanismes réglementaires communs a pour effet escompté de s'établir dans le cadre du développement de catégories spéciales du droit de la commande publique. Ainsi, les législations et réglementations des États membres, faisant évoluer inlassablement les différents instruments, iraient dans le même sens. Ensuite, la structuration de ces principes a pour but la garantie bonne exécution de ces instruments. En effet, les instruments juridiques des P.P.P. partagent tous des caractéristiques *a minima*. Ils sont des outils globaux, de longue durée, préfinancés par le secteur privé et portant sur la réalisation d'un ouvrage ou la gestion d'un service public. Dès lors, ils sont potentiellement constitutifs d'une double atteinte.

La première est susceptible d'être constituée à l'encontre des principes fondamentaux de la commande publique. Le caractère global et la longue durée des contrats, parce qu'ils placent les attributaires dans une situation de monopole exclusif sur le long terme, portent en eux les germes d'éventuelles contradictions avec les principes d'égalité de traitement, de liberté d'accès et de transparence des procédures. La seconde atteinte procède des mêmes causes. Elle peut cependant être

¹⁹⁷¹ Marceau LONG affirmait ainsi que « *le foisonnement du droit rend plus nécessaire encore les principes fondamentaux qui sont sources, au-delà de la multiplicité des textes, d'unité, de clarté, de garantie.* », Cité in, KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique, op. cit.* p. 465.

portée à l'encontre des principes structurant le droit du service public en France comme en Italie. La continuité, la mutabilité, l'égalité, *l'imparzialità*, *il buon andamento*, etc., sont garanties par des dispositions spécifiques. Or le P.P.P. est par nature constitutif d'une externalisation globale, exige un haut degré de spécificité pour les actifs réalisés et induit le caractère limité des opérateurs susceptibles de le réaliser. Le problème de l'exécution du contrat tend dès lors à se rapprocher de celui « *de la régulation des monopoles* »¹⁹⁷².

À l'aune de ces différentes remarques, la conceptualisation de règles spéciales, harmonisant les partenariats public-privé en France et en Italie, appelle ainsi selon nous à une catégorisation en fonction du couple *ex ante/ex post*¹⁹⁷³. Il apparaît donc opportun de distinguer entre les règles structurant *ex ante* les procédures de passation (section 1) et celles garantissant *ex post* le bien-fondé de l'externalisation des activités publiques par voie de P.P.P. (section 2).

Section 1 : Des règles structurant *ex ante* les partenariats public-privé

L'*ex ante* suppose une intervention préalable à l'avènement d'un phénomène. Elle impose « *l'organisation planifiée des comportements* »¹⁹⁷⁴. Du point de vue juridique, la recherche de règles spécifiques structurant les instruments juridiques du partenariat public-privé doit alors s'effectuer avant le choix de d'attribuer contrat. Deux notions se dégagent selon nous, l'évaluation (§1) et la négociation (§2). Elles fondent en effet les procédures de passation spécifiques aux P.P.P.

¹⁹⁷² MULLER (E.), *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, op. cit., p. 594.

¹⁹⁷³ FRISON-ROCHE (M-A.), « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presse de Science Po, 2006, p.33.

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 34.

§ 1) La règle d'évaluation de l'instrument

L'évaluation ne jouit *a priori* d'aucune reconnaissance normative en droit public, et *a fortiori* en droit de la commande publique. Pourtant, le fait de porter un jugement sur la valeur de l'action publique, quelle que soit la méthode employée¹⁹⁷⁵, caractérise la logique de performance imposée au secteur public depuis la fin du XX^{ème} siècle¹⁹⁷⁶. À ce titre, l'évaluation transcende toutes les branches du droit public¹⁹⁷⁷. Elle est également l'objet d'études approfondies en sociologie administrative¹⁹⁷⁸. Les conséquences à tirer de cette présence « holistique » esquisent une définition de la notion (A). Elles permettent aussi d'envisager les mécanismes applicables en matière de partenariat public-privé (B).

A) Définition de la notion

La définition de l'évaluation s'établit qu'au regard de sa consistance (1.) C'est dans ce cadre d'analyse qu'elle peut se matérialiser juridiquement, et obtenir ainsi une véritable portée normative (2.)

1) La consistance de la notion d'évaluation

L'évaluation s'est progressivement imposée, dans le champ de l'action publique, comme condition préalable aux objectifs de modernisation et de bonne gestion¹⁹⁷⁹. Elle se conçoit comme permettant, dans le cadre de processus de plus en plus complexes, d'aider au meilleur choix possible, d'améliorer la décision mais

¹⁹⁷⁵ V. notamment BASLÉ (M.), « méta évaluation des politiques publiques et qualité des évaluations », *RFAP*, 2013, n° 148, p.1017.

¹⁹⁷⁶ V. *Supra*, Chapitre 1 du titre 1 de la première partie, p. 87.

¹⁹⁷⁷ NIOCHE (J-P), « L'évaluation des politiques publiques et la gestion en France, un rendez-vous manqué ? », *Revue française de gestion*, 2014, n°245, p. 71.

¹⁹⁷⁸ V. notamment : CHAUVIÈRE (M.), « Esquisse d'une sociologie critique de la nouvelle norme d'Évaluation », *RFAP*, 2013, n°148, p. 953.

¹⁹⁷⁹ Conseil Scientifique de l'évaluation, *L'évaluation : de l'expertise à la responsabilité*, Paris, La documentation Française, 1991.

également de servir de base de vérification une fois que les conséquences de l'activité évaluée sont mesurables. Elle s'est développée en France et en Italie par transposition des pratiques administratives anglo-saxonne¹⁹⁸⁰. Elle ne peut du reste être comprise que dans la logique d'une politique économique libérale, représentée par exemple dans la doctrine britannique de la « *best value for money* » (le meilleur rapport qualité/prix). Elle a vocation à permettre la comparaison entre les offres du secteur privé et du secteur public dans le cadre de la gestion des activités d'intérêt général¹⁹⁸¹. Elle fut employée pour promouvoir, à partir des expériences étrangères, notamment anglo-saxonnes, la synthèse des objectifs de performance budgétaire, d'efficience de la gestion publique et de transparence décisionnelle¹⁹⁸².

L'évaluation ne doit cependant pas être assimilée au contrôle. Elle s'effectue *a priori* et n'est, par définition, pas caractérisée par une forme répressive, même si elle sert souvent de fondement à cette dernière. Ainsi, selon Luc ROUBAN, l'émergence des procédés d'évaluation de l'action publique est liée aux spécificités du système constitutionnel des États-Unis d'Amérique¹⁹⁸³. Le mécanisme des *Checks and balances* a conduit pendant des années l'exécutif fédéral et le Congrès à une opposition ne pouvant s'étayer qu'au regard de communications et d'études sur l'action publique puissamment argumentées. Dans cette perspective, le *Government Accounting Office* (GAO), pendant outre-Atlantique de nos Cours des comptes, s'est vu doté d'un arsenal d'évaluation et de contrôle des politiques publiques américaines¹⁹⁸⁴. Dès lors, la technique de l'évaluation a acquis une dimension normative, aussi bien dans l'évaluation comptable des politiques publiques et des fonctionnaires, que dans la technique informative au service de la gestion des activités publiques¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁸⁰ ROUBAN (L.), « Évaluation et politique de modernisation administrative », in, *L'évaluation dans l'administration*, Paris, éd. Rangeon, 1993, p. 34 ; LARICCI (G-P), *Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, Maggioli Editore, 2014, p. 765 et ss.

¹⁹⁸¹ Du MARAIS (B.), *La private finance initiative*, Institut de la gestion déléguée, 2001, p. 23.

¹⁹⁸² NIOCHE (J-P.), « Institutionalizing Evaluation in France: Skating on Thin Ice? », in, MAYNE (J.), *Advancing Public policy Evaluation: Learning from international Experiences*, Amsterdam, éd. Elsevier, 1992.

¹⁹⁸³ ROUBAN (L.), *Le General Accounting Office, recherché sur l'évaluation des politiques publiques aux États-Unis*, Thèse, Paris I, 1983.

¹⁹⁸⁴ *Ibid*, p. 268.

¹⁹⁸⁵ ROUBAN (L.), « Évaluation et politique de modernisation administrative », *op. cit.*, p. 47.

C'est dans ce dernier sens qu'elle semble le plus adaptée aux droit français et italien de la commande publique. Elle s'apparente, dans ce cas, à une procédure standardisée et souvent externalisée permettant l'optimisation des choix et *in fine* des gains d'efficience¹⁹⁸⁶. Elle serait ainsi la réponse la plus adaptée aux situations à fort degré de complexité. Le mécanisme d'évaluation a obtenu une place centrale dans le cadre de l'application de la doctrine du *New Public Management*, symbolisant la « *victoire du courant de la performance publique* »¹⁹⁸⁷. Appliquée au droit de la commande publique, l'évaluation s'analyse de façon stratégique. Elle constitue un moyen de prouver que le recours à des instruments spécifiques garantit une meilleure efficacité dans la gestion d'une activité publique. À ce titre, elle acquiert une véritable portée normative.

2) La portée normative de l'évaluation en droit de la commande publique

Le terme évaluation est multiforme. Il peut signifier de façon ordinaire le fait de déterminer la valeur de son action, donc de porter une forme de jugement sur cette dernière. À ce titre, il ne s'éloigne pas trop de la notion de *debriefing*. Il peut en outre matérialiser un processus lié au contrôle des connaissances, comme les évaluations scolaires, universitaires, etc. Envisagée en tant que norme, l'évaluation possède une toute autre signification. Selon le Professeur NIOCHE, l'évaluation bénéficie d'une reconnaissance normative selon trois axes particuliers¹⁹⁸⁸. Nous nous permettrons de reprendre ces catégories pour le besoin de notre démonstration.

Tout d'abord, elle peut se matérialiser dans des pratiques collaboratives. Il dénomme alors le procédé comme « *évaluation par la délibération* » même si les termes « *d'évaluation pluraliste* »¹⁹⁸⁹ sont plus souvent employés. La logique de

¹⁹⁸⁶ CHAUVIÈRE (M.), « Esquisse d'une sociologie critique de la nouvelle norme d'Évaluation », *op. cit.*, p. 954.

¹⁹⁸⁷ *Ibid*, p. 958.

¹⁹⁸⁸ NIOCHE (J-P), « L'évaluation des politiques publiques et la gestion en France, un rendez-vous manqué ? », *op. cit.*, p. 73.

¹⁹⁸⁹ V. Commission européenne, *Évaluer les programmes socio-économiques, glossaire de 300 concepts et termes techniques*, Vol. 6, 1999, p.19.

cette évaluation est d'inspiration politique. Elle dérive du reste de l'idée de démocratie participative. Son but est la recherche d'un compromis entre les différentes parties prenantes à la réalisation de la norme. Elle permet la prise de décision sur la base d'informations fiables. On la retrouve notamment en France et en Italie dans le cadre de procédures participatives pour des opérations susceptibles d'affecter l'environnement. La procédure codifiée de l'enquête publique préalable à la déclaration d'utilité publique fait figure de bon exemple de ce type d'évaluation¹⁹⁹⁰. Ensuite, l'évaluation se matérialise dans le cadre de norme de pilotage. Elle peut être qualifiée « *d'évaluation managériale* »¹⁹⁹¹. Dans ce cadre, elle permet la mise en place de techniques d'encadrement de la gestion publique. Ces techniques se matérialisent particulièrement bien dans les règles budgétaires instituées en missions, programmes et objectifs¹⁹⁹². Enfin, l'évaluation s'utilise parfois comme un moyen de preuve. Elle légitime dans ce cas l'application d'une norme particulière. Elle est ainsi une « *évaluation stratégique* »¹⁹⁹³. Dans cette acception, elle sert d'argument en faveur ou à l'encontre d'une action publique. C'est à cette dernière catégorie que s'applique l'évaluation en matière de P.P.P.

L'évaluation se présente dans ce cas comme la clef de voûte du mécanisme et participe de la coordination des nécessités budgétaires et d'une gestion efficace du secteur public. À ce titre, elle doit être liée au principe de transparence des procédures, qui constituerait sa source. En effet, l'évaluation préalable sert à démontrer de façon probante la solution contractuelle la plus adaptée au besoin exprimé par la personne publique. Dès lors, elle devrait toujours faire l'objet d'une publication de la part de l'acheteur public. Pour l'instant cette évaluation reste le plus souvent confidentielle. La M.A. P.P.P. s'autorisant néanmoins à publier ses avis sur les évaluations qu'elle reçoit. Depuis la loi de programmation financière de 2014¹⁹⁹⁴, les services compétents de l'État doivent donner leurs avis sur les

¹⁹⁹⁰ V. Article L 123-1 et suivants du Code de l'environnement.

¹⁹⁹¹ NIOCHE (J-P), *op. cit.*, p.75.

¹⁹⁹² Loi organique n°2001-692 du 01/08/2001 relative aux lois de finances, J.O.R.F n°177 du 02/08/2001, p.12480. ; Legge n°196 del 31/12/2009, *legge di contabilità e finanza pubblica*, G.U n°303 del 31/12/2009, S.O n°245.

¹⁹⁹³ NIOCHE (J-P), *op. cit.*, p.73.

¹⁹⁹⁴ Loi n°2014-1653 du 29/12/2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, J.O.R.F n°0301 du 30/12/2014, p. 22786.

conséquences financières de l'opération¹⁹⁹⁵. Ils conditionnent le lancement la procédure de passation du marché de partenariat.

L'ordonnance de 2015 relative aux marchés publics étend d'ailleurs le mécanisme à l'ensemble des contrats dépassant un seuil fixé par voie réglementaire¹⁹⁹⁶. De plus, le projet d'ordonnance sur les concessions prévoit lui aussi que ces contrats, autres que ceux touchant au domaine de la défense et de la sécurité, soient soumis également à évaluation préalable, sauf lorsque la concession est imposée par une disposition législative¹⁹⁹⁷. En définitive, l'ensemble des contrats de la commande publique dépassant un certain montant seront soumis à évaluation préalable. Le non-respect de cette étape pourrait entraîner l'annulation contentieuse de l'ensemble de la procédure de passation. Si la notion jouit d'une portée normative, c'est qu'elle institue des règles propres aux instruments du partenariat public-privé. Ne pas les appliquer entraîne alors une sanction juridictionnelle. C'est dans ce cadre qu'elle est mise en œuvre en droit de la commande publique.

B) Mise en œuvre de l'évaluation dans le cadre des partenariats public-privé

L'évaluation des instruments juridiques du partenariat public-privé devrait être mise en œuvre à un double niveau. Le premier serait intrinsèque aux instruments souhaitant être utilisés (1). Le second extrinsèque¹⁹⁹⁸, répondrait des préoccupations extérieures au droit de la commande publique (2).

¹⁹⁹⁵ Article L. 1414-2-1 du C.G.C.T

¹⁹⁹⁶ Article 34 de la loi n° 2014-1653, précitée.

¹⁹⁹⁷ Article 24 du projet d'ordonnance concession, précité.

¹⁹⁹⁸ CLAMOUR (G.), « L'évaluation préalable extrinsèque des partenariats public-privé de l'État », *Contrats et marchés publics*, 2012, n°11, comm. 300.

1) L'évaluation intrinsèque

L'évaluation intrinsèque renvoie à la préservation des principes fondamentaux du droit de la commande publique¹⁹⁹⁹. Les instruments juridiques du partenariat public-privé, dérogoires au droit commun de la commande publique²⁰⁰⁰, doivent voir leur recours justifié par des critères spécifiques. Le droit français des marchés publics, depuis l'ordonnance de 2015, a supprimé les conditions initiales de complexité et d'urgence²⁰⁰¹. Dès lors, les conditions économiques et financières ont acquis s'agissant de l'évaluation une place prépondérante. C'est d'ailleurs à l'aune de ces seuls critères qu'est évaluée la *finanza di progetto* en Italie²⁰⁰². Le code des contrats publics impose à l'Administration, lorsqu'elle souhaite avoir recours au mécanisme, de procéder préalablement une étude de faisabilité du projet²⁰⁰³. Cette analyse répond à des caractéristiques similaires à ceux des projets industriels. Elle doit déterminer les conditions de base permettant d'arriver à l'équilibre par rapport aux investissements, éléments indispensables au calcul de la durée du contrat. Elle doit également indiquer la valeur annuelle des amortissements escomptés, la valeur résiduelle espérée des actifs réalisés à la fin du contrat et la disponibilité des ressources financières nécessaires au projet²⁰⁰⁴. Pour parvenir à ces résultats complexes, cette analyse est souvent externalisée à de grands groupes disposant de la capacité technique et de moyens humains nécessaires à sa réalisation optimale²⁰⁰⁵. L'étude de faisabilité doit ensuite analyser de façon comparative les alternatives possibles au projet, d'un point de vue technique et également financier. La comparaison

¹⁹⁹⁹ MARTOR (B.) et DEGENNE (V.), « L'évaluation préalable des P.P.P. : un passage obligé pour la réussite du partenariat », *Cahier du droit de l'entreprise*, 2006, n°4, p.21.

²⁰⁰⁰ C.C, n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, Rec., p. 382, précitée.

²⁰⁰¹ LIGNIÈRES (P.), « L'évaluation préalable des contrats de partenariat », *DA* 2004, n°10, p. 46.

²⁰⁰² FERRAGINA (F.) et BENCINI (F.), « Project financing e valutazione finanziaria di un progetto di sviluppo », *Contabilità finanza e controllo*, 2007, n°7, p.612.

²⁰⁰³ Articolo 153 §) 2 del codice dei contratti pubblici, précité ; Articolo 14 del D.P.R n°207 del 05/10/2010, *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006 n°163*, GU n°588 del 10/12/2010, S.O 270.

²⁰⁰⁴ STANGHELLINI (S.), « Valutazione economica del progetto, gestione dei progetti urbani e infrastrutturale attraverso il P.P.P. », *Urbanistica e appalti*, 2013, Fasc. 5, p. 68.

²⁰⁰⁵ REMOTTI (R.), « La valutazione della pubblica amministrazione : il ruolo della contrattazione decentrata in una prospettiva europea », *ADAPT*, 2009, n°97, p. 2.

s'effectue par rapport aux marchés publics « classique », mais avec l'ensemble des instruments du P.P.P. (*concessione, finanza di progetto, leasing*

, *contratto di disponibilità, società mista, etc.*). L'étude est réalisée avec l'aide de l'U.T.F.P et sera transmise pour avis à l'autorité pour la vigilance sur les contrats publics.

Le mécanisme est globalement similaire à celui de l'évaluation préalable du droit français, devant lui aussi démontrer que le recours au contrat est plus avantageux sur le plan financier que celui des autres modes de réalisation du projet²⁰⁰⁶. L'ordonnance 2015-899 ajoute cependant pour les marchés de partenariat que le « *critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage* »²⁰⁰⁷. Cette logique du bilan plus favorable par rapports aux autres contrats de la commande publique appelle à une remarque. L'analyse micro-économique semble dorénavant l'emporter sur une appréciation macro-économique des projets, privilégiant en quelque sorte la résolution du besoin selon des considérations d'opportunité financière plutôt que sur une vision d'équilibre d'ensemble du droit de la commande publique. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs souligné dans sa décision de 2003, que si le recours isolé à ce type de contrat ne portait pas atteinte en lui-même aux exigences constitutionnelles, « *la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique,[...] et au bon usage des deniers publics...* »²⁰⁰⁸. Le mécanisme comporte ainsi en lui-même l'idée que l'intérêt de recourir à un partenariat public-privé est réduit à sa stricte dimension budgétaire. Or, si cette dernière considération porte en elle les germes de sous-évaluation²⁰⁰⁹ au profit du P.P.P., elle trahit aussi l'idée d'un procédé utilisé pour valider un choix *a priori* en faveur de contrats spécifiques.

Il ressort de l'analyse de la Cour des comptes, que les coûts de conception et de construction en P.P.P. avoisinent souvent ceux des autres modèles

²⁰⁰⁶ V. notamment M.A. P.P.P., *plan type du rapport d'évaluation préalable*, février 2011, www.economie.gouv.fr

²⁰⁰⁷ Article 75-I de l'ordonnance 2015-899 de l'ordonnance 2015-899 relative aux marchés publics, précitée.

²⁰⁰⁸ C.C, n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, précitée.

²⁰⁰⁹ V. Cour des comptes, Rapport public annuel 2015, p.159.

contractuels²⁰¹⁰. Cependant, les délais de mise à disposition des ouvrages sont plus courts²⁰¹¹. En outre, les paramètres de comparaison sont très disparates. Les différents contrats étudiés ne présentent pas les mêmes caractéristiques, notamment quant aux missions d'entretien, de maintenance et d'exploitation. Or, ces dernières ont un impact non négligeable sur le taux de financement des instruments puisqu'elles incluent une rémunération tout au long de la durée de vie du contrat²⁰¹². Elles supposent également des risques. Ces derniers, dans le cas d'une maîtrise d'ouvrage classique, sont portés par l'Administration. Ils n'ont, jusqu'à présent, fait l'objet d'aucune étude. En définitive, le mécanisme de l'étude préalable laisse planer le doute d'une dépendance aux conjonctures économique-financières favorables ou défavorables à certains modèles contractuels. Dans cette hypothèse, l'évaluation préalable a subi un profond bouleversement. D'une méthode de justification de la dérogation, elle est passée à un moyen de promouvoir la spécificité.

En conclusion, le critère de la complexité n'a pas encore totalement disparu. Le code des contrats publics italien le mentionne toujours expressément comme un élément fondamental d'étude de faisabilité du projet²⁰¹³ et le décret de 2010 mentionne que l'évaluation technique doit comprendre l'analyse exhaustive des caractéristiques fonctionnelles du projet à réaliser ainsi qu'une analyse des gains potentiels que permet l'instrument choisi sur cette considération²⁰¹⁴. En France, l'étude d'impact du projet d'ordonnance sur les marchés publics mentionnait que si la complexité disparaissait en tant que condition de recours à part entière, elle sera réintégrée par décret dans la définition de bilan favorable. L'avenir nous dira alors ce qu'il en est de son effectivité, réelle ou supposée.

²⁰¹⁰ Cour des Comptes, Rapport annuel 2014, p.370.

²⁰¹¹ La condition d'urgence ayant été supprimée par l'ordonnance 2015-899, cette considération devient dès lors inopérante

²⁰¹² V. Corte dei conti, Deliberazione n°5/2012/PAR.

²⁰¹³ Articolo 153 §2 del *codice dei contratti pubblici*, précité., Article 15 del D.P.R n°207 del 05/10/2010, précité

²⁰¹⁴ Article 14 §4.2.b) del D.P.R n°207 del 05/10/2010, précité.

2) L'évaluation extrinsèque

En Italie, le décret du Président de la République du 5 octobre 2010 a apporté des modifications à la procédure d'étude de faisabilité servant d'évaluation aux instruments du partenariat public-privé²⁰¹⁵. En tenant compte des observations formulées par la *Corte dei conti*²⁰¹⁶, le texte impose la mise en place d'une étude économique-financière du projet. Cette dernière doit vérifier que la dette contractée pourra être remboursée, prévoir l'importance des éléments pouvant influencer sur le financement de l'opération (flux de trésorerie) et la disponibilité des ressources de l'Administration en cas de faibles recettes générées. Elle distingue les phases de construction des phases d'exploitation. De plus, cette étude doit être corroborée par une analyse de soutenabilité immobilière, c'est-à-dire que le projet escompté doit être appréhendé dans le cadre de sa compatibilité avec le paysage architectural global.

Des dispositions quasi-identiques ont été élaborées en France deux ans plus tard. L'article premier du décret du 27 septembre 2012 dispose que les contrats de partenariat envisagés par l'État ou un de ses établissements publics font préalablement l'objet d'une étude visant à « *évaluer l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* ». Cette étude doit par ailleurs comporter une analyse de la compatibilité de l'instrument « *avec les orientations de la politique immobilière de l'État* »²⁰¹⁷. La proximité entre les textes français et italien est ainsi frappante. L'ordonnance de 2015 relative aux marchés publics étend l'obligation d'analyse budgétaire à l'ensemble des acheteurs

²⁰¹⁵ Articolo 14 del D.P.R n°207 del 05/10/2010, *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006 n°163*, précité.

²⁰¹⁶ Corte dei Conti, Deliberazione n°360/2011, confirmée par Corte dei conti, Deliberazione n°05/2012/PAR.

²⁰¹⁷ Décret n° 2012-1093 du 27/09/2012 *complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics*, JORF n°0227 du 29/09/2012, p. 15356.

publics²⁰¹⁸. Cette dernière fait l'objet d'un avis des services centraux compétent, avis sans lequel la procédure de passation ne peut bien évidemment pas être lancée.

Ainsi, ces nouvelles évaluations se justifient par le contexte économique, notamment la crise des dettes souveraines²⁰¹⁹. L'interdiction de déconsolider la dette d'investissement²⁰²⁰ et les critiques pesant sur le mécanisme de titrisation bancaire après la crise des *subprimes* imposent aux pouvoirs publics d'agir avec prudence. L'encadrement du recours à ces montages contractuels et financiers complexes par l'évaluation de leur impact budgétaire participe, selon nous, de cette précaution. Dans l'optique de l'élaboration d'un code de la commande publique, cette obligation devrait être étendue à l'ensemble des instruments juridiques du partenariat public-privé, marché comme concession. En effet, comme le relevait la Cour des comptes à propos des P.P.P. dans le domaine pénitentiaire, ces instruments ne doivent pas être appréhendés comme « *source de financement de substitution à l'emprunt bancaire pour couvrir n'importe quel besoin d'investissement car ils n'offrent pas la même souplesse, génèrent des coûts de financement bien supérieurs et n'ont de sens économiquement que par leur avantages non financiers* »²⁰²¹.

Si l'évaluation intrinsèque a pour but de légitimer la spécialité de l'instrument par rapport au droit de la commande publique, l'évaluation extrinsèque s'inscrit dans une logique plus large tenant à la préservation des finances publiques. Les instruments juridiques du partenariat public-privé doivent ainsi être enserrés dans ces deux limites conditionnant l'ouverture de la procédure de passation. La mise concurrence des différents opérateurs susceptibles de concourir au projet répond alors d'une autre règle, particulièrement bien adaptée à la spécificité des partenariats public-privé, celle de la négociation.

²⁰¹⁸ Article 74 de l'ordonnance 2015-899, précitée.

²⁰¹⁹ CLAMOUR (G.), « L'évaluation préalable extrinsèque des partenariats public-privé de l'État », *Contrats et marchés publics*, 2012, n°11, comm. 300.

²⁰²⁰ V. *Supra*, p. 383 et ss.

²⁰²¹ Cour des comptes, *les partenariats public-privé pénitentiaires*, 12/10/2001, p.5.

§ 2) La règle de la négociation

De façon générale, négocier c'est effectuer une acte de commerce, de négoce²⁰²². Sur le plan juridique, la notion renvoie à l'idée d'une discussion portant sur les droits et obligations des parties à un futur contrat. Elle permet ainsi la modulation de l'offre et de la demande. La règle de la négociation est strictement encadrée par les directives « commande publique » de 2014. Elle est d'ailleurs traitée comme une procédure spéciale, ce qui la rend très adéquate aux instruments contractuels spécifiques que sont les partenariats public-privé (A). S'il existe différents types de négociations en droit de la commande publique, une seule pourrait, selon nous, être privilégiée par les acheteurs publics lorsqu'ils souhaitent recourir à un P.P.P., la procédure concurrentielle avec négociation (B).

A) L'adéquation manifeste entre la spécificité du P.P.P. et le caractère dérogatoire de la négociation en droit de la commande publique.

Les directives de 2014 ont élargi les conditions de recours à la négociation, introduisant plus de souplesse dans l'utilisation de certaines procédures. Cependant, le caractère dérogatoire du procédé est maintenu²⁰²³. La négociation se matérialise dans le cadre de « *procédures formalisées spéciales* »²⁰²⁴. En France comme en Italie, les administrations adjudicatrices peuvent y recourir pour les mêmes raisons²⁰²⁵. Selon le Professeur UBAUD-BERGERON, le concept de négociation obéit, en droit de la commande publique, à quatre hypothèses²⁰²⁶. Son raisonnement est aisément applicable au droit italien dans la mesure où les droits positifs internes

²⁰²² V. *Le grand robert*, *op. cit.*, entrée « négociier ».

²⁰²³ UBAUD-BERGERON (M.), « La négociation », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p.31.

²⁰²⁴ RICHER (L.), *Droits des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 510.

²⁰²⁵ A.C.V.P., *L'affidamento dei contratti pubblici mediante procedura negoziata*, 29/11/2010, p. 4 ; LICHÈRE (F.), « Procédure négociée », in, *Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux*, Le Moniteur, III, p.220.

²⁰²⁶ UBAUD-BERGERON (M.), « La négociation », *op. cit.*

des marchés publics ont transposé les procédures contenues dans la directive 2004/18/CE de façon similaire. Les codes français et italien partagent littéralement les mêmes termes, et *a fortiori*, quasiment les mêmes catégories.

La première hypothèse est celle de droit commun. C'est l'appel d'offre, ouvert ou restreint²⁰²⁷. Il s'applique de façon classique à l'ensemble des marchés dépassant un certain seuil. Cette procédure s'effectue sans négociation²⁰²⁸. Elle est donc particulièrement inadaptée à la logique même du partenariat public-privé. Le caractère global, de longue durée et le préfinancement privé inhérent à ces instruments spécifiques ne peuvent que privilégier un système de négociation indispensable aux partenaires afin de mettre en place ce genre de contrats « *incomplets* »²⁰²⁹. De plus, le choix de l'opérateur partenaire par le procédé de l'appel d'offre sans négociation pourrait aboutir à une forme « *d'anti-sélection* »²⁰³⁰, confinant à ce que le soumissionnaire ayant formulé la proposition la moins pessimiste sur l'évolution de l'opération soit choisi. Dès lors, l'exécution de la prestation pourrait conduire à de nombreuses renégociations et à une explosion du coût global du contrat. Dans cette hypothèse, l'absence de négociation est non seulement contraire à l'essence même du partenariat, qui suppose un gain d'efficacité pour les deux parties (le fameux gagnant-gagnant), mais aussi contre-productive par rapport au but du droit de la commande publique, à savoir satisfaire le besoin des acheteurs par la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La seconde hypothèse concerne à l'inverse les cas où la négociation est pleine et entière, c'est-à-dire qu'elle n'est enserrée dans aucune limite. Elle concerne donc des procédures négociées sans mise en concurrence préalable ni publicité. Elle s'applique aux contrats qui n'entrent pas dans le champ d'application des directives européennes. L'exemple le plus emblématique se retrouve dans la convention « classique » d'occupation du domaine public. Le juge administratif français a affirmé « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe*

²⁰²⁷ Articolo 55 del codice dei contratti pubblici et article 33 du code des marchés publics, précités.

²⁰²⁸ LICHÈRE (F.), « L'appel d'offres au fil des codes » *CP-ACCP*, n° 67, 2007, p. 32.

²⁰²⁹ V. *Supra*, p. 417.

²⁰³⁰ YVRANDE-BILLON (A.), « Concurrence et délégation de services publics, quelques enseignements de la théorie des coûts de transaction », *Revue française d'économie* n° 3, 2006, p. 97.

n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance »²⁰³¹. Les instruments du P.P.P., complexes par nature, sont le plus souvent passés dans le cadre de procédures négociées. Pour les besoins de notre démonstration, nous occulterons cette hypothèse. En effet, les partenariats public-privé, par les montants élevés qu'ils nécessitent, les travaux et services sur lesquels ils portent et les énormes enjeux concurrentiels qu'ils représentent, ne peuvent évidemment en faire partie. La dérèglementation de la passation de ces contrats aboutirait à une forme de légitimation des pratiques corruptives et irait à l'encontre de l'objectif de protection des deniers publics pour lequel les droits français et italiens de la commande publique ont été originellement conçus. Ainsi, les partenariats public-privé doivent laisser place à la négociation, mais de manière encadrée, afin de respecter les principes fondamentaux du droit de la commande publique.

Les troisièmes et quatrièmes hypothèses rendent possible la négociation. Néanmoins, elles l'encadrent de manière « *dissymétrique* »²⁰³². Les deux hypothèses se distinguent selon qu'elles permettent à l'offreur ou au demandeur d'être à l'initiative du réajustement de sa position. Dans la première, c'est donc l'opérateur économique candidat qui pourra modifier son offre. C'est principalement le cas des procédures où le pouvoir adjudicateur doit publier, ou non, un avis préalable de mise en concurrence²⁰³³. C'est aussi le cas pour la procédure adaptée du droit français²⁰³⁴, la procédure de la concession de travaux ou de la délégation de service public, la procédure relative aux concessions de travaux et de service en droit italien²⁰³⁵. En ce qui concerne les concessions, la directive dispose par ailleurs que « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser une négociation avec les*

²⁰³¹ CE Sect., 03/12/2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, *BJCP* 2011, p. 36, Concl. ESCAUT (N.), *RDI* 2011, p. 162, note BRACONNIER (S.) et NOGUELLOU (R.), *DA* 2011, comm. n° 17, note BRENET (F.) et MELLERAY (F.), *Contrats et Marchés publics*, 2011, comm. n° 25, note ECKERT (G.).

²⁰³² UBAUD-BERGERON (M.), *op. cit.*

²⁰³³ Articoli 56 et 57 del codice dei contratti pubblici et article 65 et 66 du code des marchés publics

²⁰³⁴ Article 28 du code des marchés publics et article 42 de l'ordonnance 2015-899 du 23/07/2015, précitée.

²⁰³⁵ Article 144 del codice dei contratti pubblici, précitée.

candidats et les soumissionnaires »²⁰³⁶. Le texte final va à l'encontre de la proposition de la commission, laquelle n'admettait le recours à la négociation qu'à titre exceptionnel, souhaitant aligner le régime procédural concessif sur celui des marchés publics²⁰³⁷. Cependant, la négociation dans le cadre des concessions ne doit pas être comprise comme libre au sens de la détermination de ses conditions, mais plutôt comme libre dans le cadre du recours au procédé. En effet, les modalités de la négociation doivent être précisées par le pouvoir adjudicateur et le principe de la confidentialité des offres doit être respecté²⁰³⁸. La transposition de la directive permettra ainsi aux concessions de bénéficier d'un régime plus souple que celui des marchés publics, dans la mesure où le recours à la négociation est libre. Cependant, le procédé devra être encadré dans certaines limites afin de garantir le respect des principes de la commande publique. Le respect de l'égalité de traitement entre les candidats implique notamment que le délai octroyé pour formuler une nouvelle offre soit le même pour tous, et que la négociation porte sur le même objet, défini préalablement dans les documents de consultation préalable à la mise en concurrence.

Dans ces différents contrats, l'administration ne peut pas faire évoluer la nature des besoins qui sont les siens à partir du moment où la procédure est lancée. L'objet du contrat, les critères de sélection des candidatures et des offres et les conditions d'exécution, ne peuvent plus être négociés après l'ouverture de la procédure de mise en concurrence. Si tel était le cas, l'administration procéderait à la modification des documents de consultation sur la base desquels sont générées les offres concurrentielles²⁰³⁹. Le contrat serait donc susceptible d'être sanctionné par le juge administratif²⁰⁴⁰. L'administration peut en revanche négocier le prix, les délais, les garanties de bonne exécution, etc. La directive 2014/24/UE va dans le même sens. Elle indique en effet que les pouvoirs adjudicateurs doivent mentionner d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché. Ces dernières ne peuvent être modifiées au cours de négociations. Par ailleurs, les critères

²⁰³⁶ Article 37 § 6 de la directive 2014/23/UE, précitée.

²⁰³⁷ Commission européenne, *Proposition de directive*, 20/12/2011, article 35 § 5.

²⁰³⁸ Article 37 §5 de la directive 2014/23/UE, précitée.

²⁰³⁹ Article 66 du code des marchés publics.

²⁰⁴⁰ CAA, Marseille, 27/06/2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre c/ Préfet des Bouches-du-Rhône, Contrats et marchés publics*, 2003, n° 28, note OLIVIER (F.) ; TA Rennes, 01/03/2007, *Société industrielle du Ponant*, CP-ACCP, 2007, n°72, p.18.

d'attribution et leur pondération doivent demeurer inchangés tout au long de la négociation, « *afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques* »²⁰⁴¹.

La dernière hypothèse concerne les cas précis où la négociation permet cette fois de moduler les attentes du pouvoir adjudicateur. C'est principalement le cas du dialogue compétitif²⁰⁴². Son objet est de permettre à l'administration de définir les moyens les mieux à même de répondre à ses besoins, avec les protagonistes capables non seulement de les identifier précisément, mais aussi de proposer une offre pour les solutionner. Cette procédure est ouverte, en France comme en Italie, lorsque le marché est considéré comme complexe, c'est-à-dire que le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir seul son besoin, que ce soit d'un point de vue technique ou par rapport à des considérations d'ordre juridique et/ou financier²⁰⁴³. Le dialogue compétitif est le fruit d'un compromis. La directive 2004/18/CE précisait ainsi dans son considérant n° 31 que le dialogue compétitif s'analysait comme une « *une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat de tous les aspects du marché* ». Le dialogue est conduit par le pouvoir adjudicateur sur la base d'un programme fonctionnel, moins contraignant qu'un cahier des charges et se bornant à décrire les exigences du pouvoir adjudicateur. Les candidats, sur la base de ce programme, formulent des propositions. Il ne peut y avoir de *cherry picking*, c'est-à-dire d'utilisation des idées des autres. La procédure est confidentielle, sauf si les parties concernées y consentent autrement. Les propositions seront ensuite négociées avec l'administration. Le pouvoir adjudicateur peut diviser le dialogue en plusieurs phases. À l'issue de cette étape, seront retenus les candidats ayant fait les propositions les plus intéressantes. Après la phase de dialogue, s'ouvre ensuite la phase de sélection, basée sur les offres initiales des différents soumissionnaires, offres pouvant faire l'objet de précisions, de clarifications et de compléments, sans toutefois avoir pour effet de modifier ses éléments fondamentaux. À la suite de la

²⁰⁴¹ Considérant n°45 de la directive 2014/24/UE, précitée.

²⁰⁴² Article 67 du code des marchés publics de 2006 et articolo 58 del codice dei contratti pubblici, précités.

²⁰⁴³ Articles 58 del codice dei contratti pubblici et article 36 du codes des marchés publics de 2006.

réception des offres finales, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Toutefois, en matière de partenariat public-privé, l'intérêt de la négociation porte moins sur la difficulté de déterminer des solutions que le pouvoir adjudicateur est incapable d'imaginer seul, que de discuter avec les soumissionnaires du contenu du contrat, que ce soit sur des questions relatives à la qualité de la prestation, au niveau de rémunération ou encore aux garanties d'exécution que la candidat potentiel s'engage à accepter. La nouvelle « *procédure concurrentielle avec négociation* »²⁰⁴⁴ participe alors, selon nous, également de cette catégorie. L'évolution du droit dérivé de la commande publique ne traduit pas seulement une modification d'ordre sémantique. Cette nouvelle procédure vient remplacer celle dénommée auparavant « *procédure négociée avec publication d'un avis de marché* »²⁰⁴⁵. Les conditions de recours sont beaucoup plus souples que celles prévues dans l'ancienne directive. En effet, la négociation pouvait être lancée auparavant selon quatre conditions alternatives. Il fallait que les offres reçues par le pouvoir adjudicateur aient été jugées irrégulières ou inacceptables²⁰⁴⁶. Le recours à la négociation était également permis de manière exceptionnelle pour la réalisation de travaux, la prestation de services ou la délivrance de fournitures dont la nature ne permettait pas la fixation préalable et globale des prix. Elle était encore susceptible d'être utilisée pour des prestations intellectuelles ou financières ne pouvant être établies de façon suffisamment précise par un appel d'offre. Enfin, la négociation était possible pour des contrats passés dans le domaine de la recherche et n'ayant pas de finalité commerciale immédiate.

Désormais, la directive aligne les conditions de recours de la procédure concurrentielle avec négociation sur celles du dialogue compétitif²⁰⁴⁷. Est possible le recours à ces deux procédures dans deux situations. La première réitère la condition de réception offres irrégulières ou inacceptables. La seconde est en revanche beaucoup plus large. Elle correspond à quatre critères alternatifs pour les contrats portant sur des travaux, des fournitures et/ou des services. Ces critères sont :

²⁰⁴⁴ Article 29 de la directive 2014/24/UE, précitée.

²⁰⁴⁵ Article 30 de la directive 2004/18/UE, précitée.

²⁰⁴⁶ LINDITCH (F.), « Maitriser la déclaration d'infructuosité : la distinction entre les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées », *JCP A*, 2006, n°38, p. 1164.

²⁰⁴⁷ Article 26 §4 de la directive 2014/24/UE.

- Les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles.
- Les besoins du pouvoir adjudicateur portent sur de la conception ou des solutions innovantes.
- L'existence de circonstances particulières liées à la nature du besoin à satisfaire, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent.
- Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante²⁰⁴⁸.

Selon nous, cette nouvelle rédaction n'enferme plus exclusivement le pouvoir adjudicateur dans la justification de circonstances exceptionnelles. Au contraire, elle s'apparente à l'ouverture de la négociation pour des conditions spéciales. L'adéquation avec les instruments juridiques du partenariat public-privé est alors manifeste, qu'il s'agisse *della finanza di progetto*, du contrat de disponibilité, de la *locazione finanziaria*, ou encore du marché de partenariat du droit français. À ce titre, nous devons nous interroger sur l'extension de la procédure concurrentielle avec négociation à l'ensemble des partenariats public-privé, au détriment de la procédure du dialogue compétitif, qui reste pour l'instant privilégiée.

B) L'intérêt du recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour l'ensemble des P.P.P.

La procédure de passation la plus adaptée aux instruments juridiques du partenariat public-privé doit réaliser la synthèse la plus efficace entre la négociation et la mise en concurrence. À ce titre, le dialogue compétitif et la procédure concurrentielle avec négociation apparaissent les mieux à même de concilier ces deux objectifs. En droit français, le contrat de partenariat pouvait être à l'origine utilisé dans le cadre de deux procédures distinctes²⁰⁴⁹ : une procédure de « dialogue » applicable en fonction de la complexité du projet et une procédure

²⁰⁴⁸ C'est-à-dire en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'annexe VII, points 2 à 5 de la directive 2014/274/UE.

²⁰⁴⁹ Article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17/06/2004, précitée.

d'appel d'offre applicable exclusivement aux partenariats urgents²⁰⁵⁰. En 2008, a été ajouté la possibilité de recourir aux procédures négociées²⁰⁵¹. Cependant, l'utilisation de ce mécanisme est restée très théorique²⁰⁵². La procédure privilégiée reste pour l'instant celle du dialogue compétitif²⁰⁵³.

La procédure du dialogue compétitif pourra concerner en France, à l'instar de ce que prévoit le droit italien depuis l'avènement du code des contrats publics de 2006, l'ensemble des instruments juridiques du partenariat public-privé relevant de la catégorie des marchés publics. Le marché de partenariat, dispositif d'unification des formules précédentes entrant dans cette catégorie, pourra logiquement être passé sous l'égide d'un dialogue compétitif. En ce qui concerne les concessions, une entrave demeure. Ces dernières bénéficient d'une procédure qui leur est propre²⁰⁵⁴, allégée par rapport aux marchés publics²⁰⁵⁵, et ne prévoyant pas le recours à ce mécanisme particulier. La distinction des régimes procéduraux n'empêche cependant pas que le processus de négociation s'applique aux différentes catégories. Par ailleurs, cette distinction est évidemment tributaire des transpositions futures. Elle ouvre cependant clairement des possibilités d'aligner le régime de la négociation des instruments du P.P.P. au sein d'un cadre commun. Il n'est pas exclu que la transposition des directives européennes génère, par l'augmentation des contraintes sur la passation des concessions et l'assouplissement des conditions de recours à la négociation dans le cadre des marchés publics, l'unification des procédures dans le cadre d'un futur code de la commande publique²⁰⁵⁶.

²⁰⁵⁰ Décret n°2004-1145 du 27/10/2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats, J.O..R.F du 29/10/2004, p. 18260.

²⁰⁵¹ Loi n° 2008-735 du 28/07/2008 relative aux contrats de partenariat, précitée, V. BRENET (F.) et MELLERAY (F.), « La loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat : une étape décisive du plan de stimulation du partenariat public-privé », *RJEP*, 2008, n°658, p.3.

²⁰⁵² LEPRON (F.), « Quelle place pour le dialogue et la négociation dans l'achat public », *Le Moniteur Contrats publics*, 2010, n°100, p. 59.

²⁰⁵³ TENAILLEAU (F.), « L'influence des directives sur les partenariats public-privé », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p. 48.

²⁰⁵⁴ Titre II de la directive 2014/23/UE, précitée.

²⁰⁵⁵ ECKERT (G.), « Les procédures allégées des concessions », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p. 35.

²⁰⁵⁶ RICHER (L.), « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA*, 2007, p. 2225.

Pourtant, les directives permettent le recours à la procédure concurrentielle avec négociation dans les mêmes conditions que pour le dialogue compétitif. Cet alignement du recours aux deux procédures traduira selon nous une perte d'intérêt pour l'une d'entre elles. Nous émettons l'hypothèse que ce sera le dialogue compétitif qui pâtira de cet état. En effet, la distinction entre les deux mécanismes procède aujourd'hui d'une ligne de démarcation assez floue. Le dialogue compétitif a pour objet d'aider la personne publique à identifier et à définir ses besoins. La directive le rappelle expressément dans son exposé des motifs²⁰⁵⁷. La procédure concurrentielle avec négociation suppose quant à elle que les besoins soit déjà définis par le pouvoir adjudicateur. La directive dispose en effet que « *les pouvoirs adjudicateurs définissent l'objet du marché en fournissant une description de leurs besoins et des caractéristiques requises des fournitures, travaux ou services faisant l'objet du marché* »²⁰⁵⁸. Cependant, les conditions de recours à la procédure, plus particulièrement celles relatives aux circonstances de la complexité du besoin à satisfaire, de la conception innovante ou de la difficulté dans l'établissement des spécifications techniques, interrogent sur la portée réelle de la limite énoncée précédemment. De plus, la directive emploie le terme « description » sans préciser le degré de précision de cette dernière. Elle énonce en outre que seules les exigences minimales et les critères d'attributions contenus dans l'avis de mise en concurrence ne pourront faire l'objet des négociations²⁰⁵⁹. Pour l'ensemble de ces raisons, nous pouvons tout à fait subodorer que la négociation porte sur des moyens de résolution différents de ceux imaginés par le pouvoir adjudicateur. L'administration pourrait justifier du recours à la procédure concurrentielle avec négociation par sa difficulté à définir son besoin, ce dernier étant trop complexe pour être matérialisé efficacement. Elle se contenterait alors de le décrire sommairement, c'est-à-dire en fonction « *d'exigences minimales* ». La négociation pourrait alors s'établir de façon large.

²⁰⁵⁷ Considérant 42 de la directive 2014/24/UE : « *Cette procédure s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique* ».

²⁰⁵⁸ Article 29 §1 de la directive 2014/24/UE.

²⁰⁵⁹ *Ibid*, §3 al.2 de l'article 29.

La mise en œuvre du dialogue compétitif étant plus contraignante, il est aisé d'imaginer que la procédure concurrentielle jouisse dans un avenir proche d'un intérêt supérieur dans le cadre de la passation d'un partenariat public-privé. Sa proximité avec la négociation dans le cadre des concessions plaide également pour un alignement des procédures. Dans son principe, la négociation a changé de statut. De procédure exceptionnelle elle est devenue une procédure spéciale. Son utilisation n'est plus bornée à des cas limitativement énumérés mais peut s'appliquer à l'ensemble des contrats dans le cadre de conditions particulières. Avec la règle de l'évaluation, la règle de la négociation permet donc de structurer *ex ante* les instruments juridiques du partenariat public-privé. Il nous faut maintenant établir ce qui garantit *ex post* le recours à cet instrument par rapport aux autres modes d'externalisation de l'action publique.

Section 2 : Des règles garantissant *ex post* l'externalisation par voie de P.P.P.

L'*ex post* suppose l'existence d'instruments de régulation postérieurs à l'avènement d'un phénomène. À l'inverse de l'*ex ante* qui relève de « *la volonté normative, l'ex post relève de la réaction* »²⁰⁶⁰. La notion de partenariat public-privé procède de la volonté du secteur public d'externaliser sur le long terme une activité relevant de son champ de compétence. Une fois que les règles *ex ante* ont permis cette externalisation, il faut qu'il existe des mécanismes autonomes²⁰⁶¹ permettant de la légitimer, de justifier son recours, de garantir l'effectivité du choix confier à un opérateur extérieur une mission de longue durée dans l'intérêt public. Dans cette hypothèse, deux règles se dégagent selon nous, celle de l'efficacité du partenariat (§1) et de la solidarité entre les partenaires (§2).

§1) La règle d'efficacité du partenariat

La notion relève plus du discours économique que du discours juridique. Globalement, elle renvoie à l'idée selon laquelle l'utilisation d'un procédé ou d'une technique est efficace si elle permet d'obtenir la plus grande quantité en termes de production par rapport à une ressource donnée. L'efficacité se distingue ainsi de l'efficacé, qui amène à produire d'une chose l'effet attendu²⁰⁶², peu importe le caractère optimal du processus de production. À ce titre, nous devons nous interroger sur la portée normative de la notion en droit de la commande publique

²⁰⁶⁰ FRISON-ROCHE (M-A.), *op. cit.*, p. 35.

²⁰⁶¹ Selon le Professeur FRISON-ROCHE, l'*ex post* « autonome » se différencie de l'*ex post* « intendant » dont la tâche est de garantir l'effectivité des règles *ex ante*. L'*ex post* autonome ne renvoie pas ainsi à la notion d'engagement mais à celle de responsabilité qui légitime les actions librement entreprises. C'est pourquoi *ex ante* et *ex post* ne doivent pas être conçus comme exclusifs l'un de l'autre mais plutôt comme complémentaires. V. FRISON-ROCHE (M-A.), *Ibid.*

²⁰⁶² V. *Le Grand Robert*, *op. cit.*, entrée « efficace ».

(A), avant d'entrevoir son application aux instruments juridiques du partenariat public-privé (B).

A) La portée normative de l'efficience en droit de la commande publique

L'efficience ne peut être appréhendée sans entrevoir la problématique de « l'affection des ressources du point de vue du bien être collectif »²⁰⁶³. Elle est une notion économique liée à l'idée générale « de meilleur usage des moyens »²⁰⁶⁴, « d'utilisation optimale des facteurs de production »²⁰⁶⁵. En droit de la commande publique, l'efficience ne souffre à l'heure actuelle d'aucune reconnaissance explicite. Les directives européennes n'y font pas allusion, pas plus que le et les différents textes français et italiens que nous regrouperons, par commodité de langage, sous le terme de droit de la commande publique dans les deux pays de notre étude.

Toutefois, le *codice dei contratti pubblici* y fait référence implicitement. Il mentionne que *l'economicità, l'efficacia* et la *tempestività* sont des principes du droit de la commande publique²⁰⁶⁶. L'adjonction de ces trois principes conditionne selon nous le respect de l'efficience. Le principe d'*economicità* pourrait être traduit comme la recherche du meilleur coût, du meilleur prix²⁰⁶⁷. Il a été introduit en droit italien pour l'ensemble de l'action publique par la loi de 1990 sur les procédures administratives²⁰⁶⁸. Il a été transposé en 2006 dans le code des contrats publics. Adossé au principe d'efficacité, qui lui aussi a été consacrée par la loi de 1990, il

²⁰⁶³ GUERRIEN (B.), *Dictionnaire d'analyse économique*, Paris, La découverte, 3^{ème} éd., 2002, entrée « Efficience ».

²⁰⁶⁴ SILEM (A.), et ALBERTINI (J-M.), *Lexique d'économie*, Paris, Dalloz, 2006, entrée « Efficience du marché ».

²⁰⁶⁵ HERARDI (S.) (dir.), *Lexique d'économie*, Paris, Dalloz, 2000, entrée « Efficience ».

²⁰⁶⁶ Articolo 2 del codice dei contratti pubblici : « L'attribuzione et l'esecuzione des ouvrages et travaux publics, services et fournitures, au sens du présent code, doit garantir la qualité des prestations et se dérouler dans le respect des principes d'efficacité, d' "economicità", de rapidité [...], l'attribuzione doit aussi respecter les principes de libre concurrence, d'égalité de traitement, de non discrimination, de transparence, de proportionnalité. »

²⁰⁶⁷ RUGGERI (G.), *Codice dei contratti pubblici : Commento al D.lvo 12 aprile 2016, n°163*, Giuffrè Editore, 2007, p.27.

²⁰⁶⁸ Articolo 1 della legge n°241 del 07/08/1990, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, G.U n° 192 del 18/08/1990.

conditionne le fait que le pouvoir adjudicateur poursuit, par la voie contractuelle, l'objectif qu'il s'est fixé en utilisant de façon optimale les ressources disponibles.

À ces deux principes s'ajoute celui de *tempestività*, issu du code civil²⁰⁶⁹. Il implique, lorsque l'administration contracte pour répondre à un besoin déterminé, qu'elle agisse rapidement afin d'éviter une aggravation du principe de bon fonctionnement qu'elle doit respecter dans les domaines relevant de sa compétence. La conjonction de ces trois principes matérialise selon nous la règle de l'efficacité. Le juge administratif ne les conçoit pas séparément. Ils forment un tout indivisible traduisant de façon générale « *l'orientation de l'action administrative* »²⁰⁷⁰. Ainsi, ils sont liés à l'efficacité puisqu'ils synthétisent la capacité de l'administration, lorsqu'elle externalise par voie de contrat public, d'utiliser au meilleur prix l'instrument le plus efficace possible et dans un délai optimal, ceci afin de satisfaire le besoin qui est le sien est donc de pourvoir à l'intérêt général.

En ce sens, ils peuvent être rattachés à un principe constitutionnel. Ils participent directement du principe de *buon andamento* (bon fonctionnement) de l'article 97 de la constitution. La Cour constitutionnelle italienne le conçoit de cette manière²⁰⁷¹. Par ce biais, la règle d'efficacité en droit de la commande publique italienne dispose d'une base constitutionnelle. Ils peuvent également être rattachés au principe de *ragionevolezza*, sorte de pendant du principe de proportionnalité du droit communautaire, qui impose à l'Administration d'utiliser la procédure la mieux adaptée à la finalité de son action²⁰⁷². C'est du code des contrats publics lui-même et de la constitution que nous pouvons déduire l'existence d'une règle d'efficacité. La formule s'inscrit du reste dans l'évolution du droit de la commande publique, passant de l'adjudication, c'est-à-dire du « moins disant », à l'offre économique la plus avantageuse, donc au « mieux disant »²⁰⁷³. En outre la démarche « coût du

²⁰⁶⁹ Articolo 1883 del codice civile.

²⁰⁷⁰ C.S, Sez ; V, *Sentenza n°3841 del 11/07/2008*.

²⁰⁷¹ Corte Cost. *Sentenza n°60, 1991, cons.8, confirmé par Corte Cost, Sentenze n°29 del 1995 et n° 470 del 1997*.

²⁰⁷² CARTABIA (M.), *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portugaise et espagnole, p. 7.

²⁰⁷³ Sur cette idée V. KALFLÈCHE (G.), *des marchés publics à la commande publique, op. cit.*, p. 592 et s.

cycle de vie »²⁰⁷⁴, liée à l'intégration d'objectifs de développement durable en droit de la commande publique²⁰⁷⁵, peut également être considérée comme efficiente.

Le droit français s'analyse d'une manière analogue. Le code des marchés publics de 2006 dispose que les principes fondamentaux du droit de la commande publique ont pour objectif « *d'assurer l'efficacité et la bonne utilisation des deniers publics* ». L'expression figurait déjà dans le code de 2001²⁰⁷⁶. Elle a ensuite été reprise par le juge constitutionnel en 2001²⁰⁷⁷, puis dans les versions successives des codes jusqu'à l'ordonnance de 2015 relative aux marchés publics. Alors que le droit italien affirme ces principes, le droit français les place comme des objectifs garantis par le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Dans sa décision de 2003, le Conseil constitutionnel donnait comme fondement constitutionnel aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (D.D.H.C) de 1789. Il les élève, avec le bon usage des deniers publics, au rang d'exigences de valeur constitutionnelle²⁰⁷⁸. Il réitéra cette analyse dans sa décision de 2008²⁰⁷⁹, en apportant toutefois de notables précisions.

En effet, le bon usage des deniers publics découle des articles 14 et 15 de la DDHC. Dans cette acception, la combinaison de l'efficacité et de la préservation des deniers publics traduit l'idée selon laquelle « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* » et que « *tout les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leur représentant, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi,..* ». Comme le relève le Professeur KALFLÈCHE, c'est donc le contenu de la bonne gestion qui est précisé, « *il ne suffit pas de ne pas gaspiller l'argent public, il faut le gérer au*

²⁰⁷⁴ COSSALTER (P.), « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p. 45.

²⁰⁷⁵ WILINSKI (F.), « L'intégration du développement durable en droit de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2011, n°12, p.6.

²⁰⁷⁶ Article 1^{er} décret n° 2001-210 du 07/03/2001 portant code des marchés publics, J.O.R.F n°57 du 08/03/2001, p. 37003.

²⁰⁷⁷ C.C, n°2001-452 DC du 06/12/2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*.

²⁰⁷⁸ C.C n° 2003-473 DC du 26/06/2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, considérant 10 et 18, précitée.

²⁰⁷⁹ C.C, n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, considérant 9, précitée.

mieux »²⁰⁸⁰. Dans cette acception, la notion de contribution publique s'interprète de façon large, l'argent public pouvant également provenir de redevances perçues sur l'utilisateur. Les partenariats public-privé se doivent ainsi d'être efficaces. Ils doivent être choisis dans cette optique. L'évaluation préalable doit démontrer, en France comme en Italie, que le bilan économique-financier est plus favorable que celui des autres contrats de commande publique. La motivation de l'acheteur public est donc essentiellement tournée vers cette règle, notamment dans son aspect économique et financier. Par ailleurs, elle peut aussi être appliquée à d'autres aspects du P.P.P., en combinant toujours les deux facettes de l'efficacité et du bon usage de l'argent public.

B) L'application de la règle d'efficacité aux instruments juridiques du partenariat public-privé

Transposée à notre objet, nous proposons l'assertion selon laquelle les instruments juridiques du partenariat public-privé sont efficaces s'ils aboutissent à la résolution complète, grâce à une procédure efficace, du besoin formulé par l'administration, en optimisant l'utilisation des ressources nécessaires à sa satisfaction, c'est-à-dire en utilisant au mieux l'argent public. Dès lors, la détermination des besoins de l'administration et la sélection du partenaire, notamment par le biais des règles *ex ante* d'évaluation et de négociation, participent au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse²⁰⁸¹. Elles garantissent que le P.P.P. soit plus efficace que les autres contrats de la commande publique. Cependant, les partenariats publics s'exécutant sur le long terme, les personnes publiques doivent pouvoir être en mesure de s'assurer que ces règles soient respectées. C'est au travers de la conjonction de différents exemples, non exhaustifs, que nous traiterons de l'application de l'efficacité à ces instruments spéciaux du droit de la commande publique, dans l'optique de garantir l'exécution optimale du service public.

²⁰⁸⁰ KALFLÈCHE (G.), *op. cit.*, p. 594.

²⁰⁸¹ KALFLÈCHE (G.), *op. cit.*, p. 597.

- Le pouvoir de surveillance- L'administration dispose naturellement du pouvoir de modifier unilatéralement le contrat. Néanmoins cette hypothèse est assez faiblement utilisée dans le cadre de contrats de longue durée nécessitant de très lourds investissements. Aussi, c'est dans le cadre de la surveillance de son partenaire qu'apparaît le moyen d'éviter, autant que faire se peut, le risque de modifications ultérieures préjudiciables aux deux parties. Le pouvoir de surveillance du partenaire public sur son partenaire privé constitue alors un moyen de s'assurer, notamment lorsque une mission de service public est déléguée, du respect constant des principes fondamentaux du service public. Cependant, la surveillance ne doit pas s'assimiler à un contrôle poussé. Dans cette hypothèse, nous nous retrouverions soit dans l'idée du pouvoir de direction dont l'administration dispose dans le cadre des marchés publics, soit dans celle d'un rapport hiérarchique incompatible avec l'idée même de partenariat. Dans le premier cas, cette idée irait à l'encontre du transfert de la maîtrise d'ouvrage inhérent aux instruments du partenariat. Dans le second, le rapport hiérarchique irait à l'encontre du principe de la délégation contractuelle puisqu'il ferait prédominer « *la puissance sur le consensualisme* »²⁰⁸². Or, « *la recherche de l'efficience économique de tels échanges requiert des formes d'organisation « hybrides » préservant l'autonomie des parties* »²⁰⁸³.

Les opérations de partenariat public-privé se tournent plus vers la surveillance que vers le contrôle. Dans cette acception, les pouvoirs de l'administration permettent de vérifier le respect des principes d'égalité, de continuité, de mutabilité, de bon fonctionnement et d'impartialité dans l'exécution du service. L'idée de surveillance renvoie à une certaine autonomie de gestion du partenaire. Cependant cette gestion autonome doit s'inscrire dans le cadre des principes et des règles qui s'imposent *in fine* à la nature publique de l'activité externalisée. Le droit français prévoit par exemple la remise de rapports annuels établis par le titulaire du contrat²⁰⁸⁴. Ce rapport sert de base aux vérifications effectuées par le pouvoir adjudicateur sur l'exécution du contrat. L'article 120 du code des contrats publics prévoit des tests (*collaudo*) à chaque phase d'exécution du contrat. Les modalités de vérification sont déterminées contractuellement. Le non

²⁰⁸² COSSALTER (P.), *op. cit.*, p. 328.

²⁰⁸³ MULLER (E.), *op. cit.*, p. 582.

²⁰⁸⁴ Article L-1411-3 du C.G.C.T, L 1524-5 du C.G.C.T et article 88 de l'ordonnance 2015-899 relative aux marchés publics, précités.

respect des objectifs performantiels assignés au cocontractant peut entraîner une baisse de sa rémunération. Ces objectifs devraient être étendus à l'ensemble des mécanismes du partenariat public-privé.

La question du niveau d'information susceptible d'être donnée à la personne publique mérite d'être posée. En effet, l'efficacité de la surveillance peut être remise en cause par une asymétrie d'information au désavantage de l'Administration. En Italie, le code des contrats publics prévoit la possibilité d'externaliser à un opérateur indépendant les phases de contrôle²⁰⁸⁵, répondant ainsi aux problèmes structurels liés au processus d'externalisation par une nouvelle externalisation. La mise en place d'un P.P.P.I, comme nous l'évoquions précédemment, pourrait être une solution tout aussi intéressante. Les dispositions de l'article L-1524-5 du code général des collectivités territoriales sur l'administration des S.E.M. locales permettent ce type de mécanisme.

- La transparence, notamment des renégociations- Le principe de transparence est lié au concept d'efficience. En effet, il puise également sa source dans l'article 14 de la DDHC²⁰⁸⁶. De plus, la transparence des procédures, corollaire de l'égalité de traitement et de la liberté d'accès à la commande publique, assure l'impartialité de l'Administration. En rendant accessible la procédure, il est permis de vérifier que la personne publique a bien choisi l'offre économiquement la plus avantageuse. La transparence participe ainsi au choix le plus efficient possible du partenaire de l'administration²⁰⁸⁷. Pourtant, alors que le droit italien reconnaît la transparence de façon générale²⁰⁸⁸, le droit français la limite aux procédures. En matière de partenariat public-privé, l'exécution du contrat devrait être également transparente. Le principe d'efficacité serait alors renforcé²⁰⁸⁹. Les directives ne prévoient pas cette modalité d'application. Nous avons cependant pu voir que ce type spécifique d'instrument, de très longue durée, suscitait souvent des renégociations, le contrat étant par nature incomplet²⁰⁹⁰. Or, les taux de renégociations des contrats de

²⁰⁸⁵ Articolo 120 § 2 bis del codice dei contratti pubblici, précité.

²⁰⁸⁶ C.C, n° 2003-473 DC du 26/06/2003, précitée.

²⁰⁸⁷ V. notamment l'article 56 de l'ordonnance 2051-899, précitée.

²⁰⁸⁸ Articolo 2 del codice dei contratti pubblici. Elle s'exerce néanmoins dans le cadre du respect des procédures prévues par le code. La confidentialité des offres dans le cadre de la procédure du dialogue compétitif doit par exemple être préservée.

²⁰⁸⁹ SAUSSIÉ (S.) et TIROLE (J.), Renforcer l'efficacité de la commande publique, *op. cit.*, §4.

²⁰⁹⁰ V. *Supra*, p. 413.

commande publique dans certains secteurs varient de 40 à 90 % dans les pays de l'O.C.D.E²⁰⁹¹. Il apparaît alors utile de rendre transparent l'ensemble du processus au profit du contribuable ou des usagers qui les financent. Ces mesures contribueraient grandement à la logique de performance qui est à la base de la commande publique. À ce titre, les textes de transposition offrent une opportunité intéressante. En effet, les directives autorisent les modifications ultérieures aux contrats sans recourir à une nouvelle procédure pour un montant de 10 % de la valeur pour les services et fournitures et 15 % pour les travaux. De la même manière, les modifications non substantielles ou celles prévues dans le contrat par des options claires ne sont pas susceptibles de faire appel à une nouvelle procédure. De manière générale, les renégociations de contrats sont donc facilitées à la lecture des différentes dispositions des directives en matière de modification contractuelle²⁰⁹².

Elles sont nécessitées par les circonstances à chaque fois qu'un pouvoir adjudicateur diligent n'a pu les prévoir initialement²⁰⁹³. Le champ des possibles est donc assez large. Il serait alors plus efficient de rendre public les renégociations afin de limiter notamment les phénomènes de renégociations opportunistes. Jean TIROLLE et Stéphane SAUSSIÉ propose de créer une procédure de « *référé-avenant* »²⁰⁹⁴. Elle permettrait à tous les tiers intéressés de demander l'annulation d'une modification au contrat pour non respect des règles légales. Elle serait liée à la publication d'un avis d'avenant systématique sur un support spécifique permettant aux tiers et aux candidats évincés d'avoir connaissance de son existence.

- L'innovation- Les directives de 2014 consacrent une nouvelle procédure dénommée « *partenariat d'innovation* »²⁰⁹⁵. Elle a pour but des opérations de partenariat liées à la recherche, notamment à travers la promotion du développement durable, c'est-à-dire dans les domaines de l'écologie et du social. La directive énonce dans son exposé des motifs que « *les pouvoirs publics devraient faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation* ». À ce

²⁰⁹¹ ATHIAS (L.) et NUNEZ (A.), « Winner's Curse in Toll Road Concessions », *Economics Letters*, 2008, n°101, p.172.

²⁰⁹² V. Article 72 de la directive 2014/24/UE et article 43 de la directive 2014/23/UE

²⁰⁹³ *Ibid.* §1) c) i) dir. 2014/24/UE

²⁰⁹⁴ SAUSSIÉ (S.) et TIROLE (J.), *op. cit.*, §27.

²⁰⁹⁵ Article 31 de la directive 2014/24/UE et 49 de la directive 2014/25/UE, précitées.

titre, le développement de services et de travaux innovants permet « *l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics* » et « *aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu'à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux* »²⁰⁹⁶. On retrouve dans cet énoncé la définition de la règle d'efficience dans la commande publique, à travers notamment ses deux volets : l'efficacité et l'utilisation optimale de l'argent public. Le contrat est donc spécifiquement dédié à l'innovation. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent le mettre en place avec un ou plusieurs partenaires. Il est obligatoirement structuré en phases successives, le pouvoir adjudicateur pouvant résilier le partenariat à l'issue de chaque phase. Cette dernière notion renvoie à la détermination ou plutôt l'identification des prestations. En effet, s'agissant de création, d'innovation, il faut être au préalable capable de définir l'obligation du prestataire au regard de critères performantiels. De plus, il faut savoir déterminer la valeur de ces prestations et la rémunération qu'elles impliquent pour l'opérateur économique qui les assure²⁰⁹⁷.

La procédure de passation est similaire à celle de la procédure concurrentielle avec négociation. Pourtant les directives ne qualifient pas l'instrument et la procédure créés. Le partenariat d'innovation apparaît ainsi à la fois « *comme une procédure de passation spécifique* » mais aussi comme « *un marché particulier* »²⁰⁹⁸. Il vise en effet à pallier les difficultés inhérentes aux marchés de recherches et développement dans lesquelles une nouvelle mise en concurrence devait être effectuée à l'issue de la phase de recherche. Désormais les différentes phases s'analysent comme un ensemble cohérent. Aux termes de chacune d'elle, le pouvoir adjudicateur peut ainsi décider de réduire le nombre de partenaires. La transposition du mécanisme a eu lieu en France avant la publication de l'ordonnance relative aux marchés publics, en septembre 2014²⁰⁹⁹. Elle a permis d'inscrire au code trois nouveaux articles, dans la sous section consacrée aux *autres procédures* du droit des marchés publics²¹⁰⁰. Leur abrogation par l'ordonnance précitée conduira certainement à l'ajout du mécanisme à la procédure concurrentielle avec négociation

²⁰⁹⁶ Considérant 47 de la directive 2014/24/UE et considérant et 57 de la directive 2014/25/UE.

²⁰⁹⁷ V. POURCEL (É.), « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°4, étude 5.

²⁰⁹⁸ *Ibid.* § 25.

²⁰⁹⁹ Décret n°2014-1097 du 26/09/2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, J.O.R.F n°0225 du 28/09/2014, p. 15782.

²¹⁰⁰ Article 70-1, 70-2 et 70-3 du code des marchés publics de 2006.

ou au dialogue compétitif lorsque les décrets d'application seront publiés. En Italie, le mécanisme n'a pour l'instant fait l'objet d'aucune mesure de transposition.

- L'intégration du développement durable- L'efficacité ne pourrait être pleine et entière sans la prise en considération d'objectifs liés au développement durable. En effet, l'efficacité suppose la volonté d'atteindre un optimum environnemental mais aussi de préserver un équilibre entre la poursuite d'intérêt économique et le respect d'objectifs sociaux. C'est à travers ses deux facettes que la notion de développement durable permet de rendre plus efficient le partenariat public-privé. Elle peut se matérialiser dans la démarche « coût du cycle de vie » des produits et l'obligation de sous-traitance. La lecture combinée des articles 67 et 68 de la directive apporte une certaine évolution²¹⁰¹. Désormais, les spécifications techniques devront être établies dans l'optique de durabilité de la prestation. À cet effet, les critères de performances liés au cycle de vie des travaux, services et fournitures seront possibles. Ces critères qualitatifs appellent alors à une évolution puisque la notion de coût pourra être utilisée au même titre que celle de prix. Ainsi l'offre économiquement la plus avantageuse sera analysée à travers soit le meilleur prix, soit une « *approche coût/efficacité telle que le coût du cycle de vie* »²¹⁰². Dès lors, l'offre économiquement la plus avantageuse pourra tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, évalué sur la base de critères qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux.

La démarche cycle de vie se définit comme l'ensemble des coûts pertinents durant « *la vie d'un produit d'un service ou d'un ouvrage* »²¹⁰³, c'est-à-dire de manière non exhaustive, les coûts d'acquisition d'utilisation (consommation d'énergie, etc.), les frais de maintenance, de collecte, de recyclage, les externalités environnementales positives ou négatives, etc. Par ailleurs, la dimension sociale doit également être intégrée dans le cadre de l'attribution de ces contrats spécifiques de longue durée. Dans cette hypothèse, l'acheteur public doit effectuer du « *sourcing* » (ou identification en français), c'est-à-dire identifier les candidats ayant un profil respectant certaines normes sociales internationales (interdiction du travail des enfants par exemple). Dans une autre mesure, le domaine de la sous-traitance doit

²¹⁰¹ COSSALTER (P.), « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p.44.

²¹⁰² Considérant 92 et article 67 de la directive 2014/24/UE, précitée.

²¹⁰³ Article 68 de la directive 2014/24/UE.

servir à la fois de levier de transparence mais aussi être vecteur d'intégrations des objectifs sociaux du développement durable²¹⁰⁴. L'Administration doit être capable d'obtenir toutes les informations « *sur l'identité des personnes présentes sur les chantiers de construction, sur la nature des travaux réalisés pour leur compte ou sur les entreprises qui fournissent des services* »²¹⁰⁵. Par ailleurs, les objectifs sociaux peuvent également se matérialiser dans l'obligation de sous-traiter une part de l'exécution du contrat. Ainsi les dispositions relatives au marché de partenariat du droit français prévoient que le titulaire du contrat soit assujéti à cette obligation, faisant d'ailleurs partie des critères d'attributions du contrat²¹⁰⁶. En revanche, l'ordonnance a supprimé les objectifs de performance en matière de développement durable²¹⁰⁷, seule demeure l'obligation de prendre en compte parmi les critères d'attribution la part que le candidat s'engage à confier à des PME ou des artisans²¹⁰⁸.

Au moyen de cette présentation rapide de différentes idées permettant de rendre les P.P.P. plus efficaces, puisque c'est sur cette unique considération qu'ils doivent être choisis par rapport aux contrats de la commande publique, nous mesurons encore la spécificité de l'instrument. Elle peut être également recherchée dans le cadre de l'adaptation de mécanismes de solidarité entre les partenaires.

§2) La règle de solidarité entre les partenaires

Nous évoquons précédemment l'idée selon laquelle le procédé de l'économie mixte permettrait de réduire les asymétries d'informations entre les partenaires par la nécessaire solidarité qu'il faisait naître entre eux. Cette idée de solidarité trouve son origine dans un courant doctrinal très intéressant : celui du solidarisme contractuel (A). Nous postulons que l'utilisation de cette théorie en droit des partenariats public-privé aurait des effets bénéfiques (B).

²¹⁰⁴ DEVILLERS (P.), « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 10.

²¹⁰⁵ *Ibid*, considérant 105.

²¹⁰⁶ Article 87 de la directive 2015-899, précitée.

²¹⁰⁷ Article L-1414-9 CGCT

²¹⁰⁸ Article 87 de l'ordonnance 2015-899, *op. cit.*

A) La théorie du solidarisme contractuel

Les personnes morales de droit public et de droit privé, lorsqu'elles contractent, sont-elles libres et égales en droit des contrats de commande publique ? À cette question, l'application de la théorie de l'autonomie de la volonté permet de répondre de façon implacable. L'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics, etc., disposent de la personnalité juridique et peuvent donc se lier contractuellement. Dans ce cas, le contrat ferait figure de « loi » entre les parties. Cette conception est évidemment critiquable dans son application au droit administratif, plus particulièrement au droit des contrats administratifs²¹⁰⁹. La doctrine solidariste s'inscrit dans une logique opposée. Les parties à un contrat seraient « *de facto inégales* »²¹¹⁰. Dès lors, le solidarisme contractuel implique que les cocontractants prennent en charges les intérêts de l'autre en vue de la satisfaction du but commun pour lequel ils sont entrés en relation contractuelle²¹¹¹. Cette prise en considération de l'autre s'effectue en sacrifiant quelque peu ses propres intérêts.

Dans cette acception, le contrat repose sur un nouvel équilibre. Dans le cadre de la théorie de l'autonomie de la volonté, le contrat ne peut être que juste. Il est en effet le résultat de « *négociations libres entre égaux* » et se matérialise ainsi comme cristallisant « *un point d'équilibre [entre] des intérêts antagonistes* »²¹¹². Le courant solidariste objecte que la liberté et l'égalité sont des mythes. À l'époque de la révolution industrielle, la paupérisation croissante des classes ouvrières obligea en effet certains juristes à constater que beaucoup de contrats s'analysaient de façon

²¹⁰⁹ NICINSKI (S.), « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in, *Contrats publics : mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presse de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 45. RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 24 et s., SAUNIER (S.), « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA*, 2007, p. 609.

²¹¹⁰ CÉDRAS (J.), « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in, C. Cass, *Rapport annuel*, 2003, p.186.

²¹¹¹ JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in, *Le contrat au début du XXIème siècle, études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J, 2001, p.441, MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in, *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, PUF, 1999, p. 603. ; MAZEAUD (D.), « solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in, GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 57.

²¹¹² CÉDRAS (J.), op. cit., p. 187.

différentes²¹¹³. Ils étaient bien souvent des contrats d'adhésion, rédigés par la partie la plus puissante à son bénéfice exclusif. Cette critique de l'autonomisme contractuel entre deux personnes inégales s'appuyait sur des études des différents mécanismes (contrat de travail, d'habitation, d'assurance, etc.) ne pouvant être difficilement contredites²¹¹⁴. De cette idée découlera une sociologie solidariste du rapport contractuel, inspirée par la pensée de DURKEIM²¹¹⁵ et s'inscrivant dans le mouvement de spécialisation juridique. Il n'existerait ainsi pas un droit des contrats mais des droits contrats, en fonction de situations factuelles différentes. Dans la mesure où nous postulons pour la classification des partenariats public-privé comme des instruments spéciaux du droit de la commande publique, nous souhaiterions transposée cette idée à leur application.

Le doyen DUGUIT abordait cette théorie de façon radicale. Selon lui, l'homme est par nature un être social²¹¹⁶. Son état naturel ne peut donc être la liberté mais l'interdépendance²¹¹⁷. Il a donc une dette envers la société, et les droits subjectifs des individus doivent être réduits à leur fonction sociale minimale²¹¹⁸. DEMOGUE analyse le mécanisme contractuel de façon semblable. Dans sa pensée, les contrats doivent former « *une sorte de microcosme [...], une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun [...]. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer une certaine union* »²¹¹⁹. Ainsi les parties doivent s'entraider, leurs intérêts personnels passant en quelque sorte après l'intérêt de leur projet commun. Pour le Professeur JAMIN, le propre de la théorie solidariste est de s'appliquer avant tout aux relations contractuelles de dépendance, aux contrats d'assujettissement, faisant en quelque sorte de l'un le sujet de l'autre²¹²⁰.

²¹¹³ BIZEUR (F.), *L'information du salarié*, thèse Lille 2, 2013, p. 52.

²¹¹⁴ *Ibid.*, p. 53.

²¹¹⁵ V. notamment DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004.

²¹¹⁶ DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1920, p.18.

²¹¹⁷ CÉDRAS (J.), *Ibid.*

²¹¹⁸ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Brocard, 3^{ème} éd., tome 1, 1927 p. 316 à 325 et surtout p. 380 : « *Le contrat est une création du droit romain passée dans le droit civil moderne et répondant à un système juridique essentiellement subjectiviste et individualiste* ».

²¹¹⁹ JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *op. cit.*, p. 441.

²¹²⁰ JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *op. cit.*, p. 448.

La solidarité contractuelle n'est donc pas une fin en soi. Elle correspond plus au moyen d'aboutir à la « *justice contractuelle* »²¹²¹, c'est-à-dire à l'existence d'obligations permettant aux partenaires de s'entraider et de coopérer afin que leurs intérêts respectifs convergent dans la réalisation de l'objet du contrat. À cet effet, la solidarité n'étant pas naturelle, elle doit être imposée. L'intérêt du contrat réside ainsi dans le projet nécessitant la coopération des deux partenaires contractuels. Si « *le but immédiat est égoïste* » comme l'affirme le Professeur HAUSER, il n'en demeure pas moins qu'il « *ne faut pas renoncer à construire sans cesse des mécanismes correcteurs de façon à ce que l'addition des buts immédiats ait une inspiration plus élevée* »²¹²². Cette vision semble particulièrement bien adaptée à la problématique des partenariats publics-privé où l'intérêt de l'Administration d'obtenir une prestation globale sans recourir à l'emprunt direct, et l'intérêt de son partenaire de réaliser des profits sur le long terme doit s'équilibrer dans la recherche du but ultime pour lequel le contrat a été passé : l'exécution *in fine*, d'une mission de service public au profit des citoyens.

Les mots du Professeur JAMIN s'adaptent alors parfaitement à notre étude. « *L'objectif du solidarisme contractuel n'est peut-être pas de céder à cet utilitarisme ambiant qui envahit la doctrine contemporaine en lui faisant oublier que le contrat, à l'image du don, est tout autant l'expression d'un lien social qu'il sert à mettre en scène que le support technique des échanges économiques* »²¹²³. Ceux du Professeur MAZEAUD les confirment : « *Le solidarisme contractuel consiste essentiellement, à mes yeux, en une exigence de civisme contractuel qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et par le respect de l'intérêt légitime de son cocontractant. Cette éthique contractuelle s'exprime concrètement, entre autres par les idées d'altruisme, de décence, de cohérence, de proportionnalité et de coopération, et elle exclut l'égoïsme, l'indifférence, la désinvolture et le cynisme* »²¹²⁴. L'apport de cette doctrine est donc d'encourager une forme « *d'empathie contractuelle* »²¹²⁵, c'est-à-dire justifie l'élaboration de mécanismes

²¹²¹ BIZEUR (F.), *op. cit.*, p. 53.

²¹²² HAUSER (J.), « le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ? », *in*, GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.), *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 193.

²¹²³ JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *op. cit.*, p. 441.

²¹²⁴ MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, p. 622.

²¹²⁵ BIZEUR (F.), *op. cit.*, p. 57.

contractuels qui seraient, de part leur grande variabilité, structurés en prenant en compte la situation spécifique de chaque partenaire. En effet, les contrats de longue durée sont nécessairement incomplets. Ils ne peuvent prévoir toutes les situations à venir. Le solidarisme contractuel permet alors de « traduire le donné social avant de déterminer le contenu obligationnel de l'acte juridique »²¹²⁶.

En doctrine, les auteurs « autonomistes » réfutent la théorie du solidarisme en invoquant l'exigence de sécurité juridique²¹²⁷, le solidarisme allant à l'encontre de la force obligatoire du contrat en permettant notamment le rééquilibrage des intérêts antagonistes par la renégociation²¹²⁸. De plus, le Doyen CARBONNIER évoquait la théorie comme emprunte de naïveté, d'angélisme, voire même d'une certaine forme de romantisme lorsqu'il s'étonna « qu'à une époque où le mariage s'est peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage »²¹²⁹. Pourtant la critique de l'insécurité peut elle aussi être discréditée. C'est notamment la position du Professeur CHAZAL qui s'interroge sur la portée de cette notion dans le processus contractuel entre deux parties inégales. « De quelle sécurité parle-t-on ? Est-ce au sens où l'entendait Ripert, dans certains de ses écrits ? Alors la sécurité est synonyme d'intangibilité de conventions. Mais dans ce cas, n'est ce pas la sécurité de quelques-uns qui est assurée, privilégiée ? Ceux dont la position sociale, la situation professionnelle ou la puissance économique leur permettent de faire prévaloir exclusivement leurs propres intérêts, au détriment de ceux de leur partenaire. Dans les relations contractuelles inégalitaires, cette sécurité là est, en réalité, la sécurité des économiquement puissants construite sur l'insécurité des économiquement faibles »²¹³⁰.

À ces différentes positions, il est possible selon nous de choisir une voie médiane, adaptée au sujet de notre étude. En effet, la nécessité qui conduit à la passation d'un partenariat public-privé dans les ordres juridiques français et italien

²¹²⁶ BIZEUR (F.), *op. cit.*, p. 58.

²¹²⁷ V. notamment, CÉDRAS (J.), « l'obligation de négocier », R.T.D. comm., 185, p. 264 ; LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in, *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, PUF, 1999, p. 656.

²¹²⁸ *Ibid.*

²¹²⁹ CARBONNIER (J.), *Droit civil, les obligations*, Paris, PUF, § n°114.

²¹³⁰ CHAZAL (J-P), « les nouveaux devoirs du contractant. Est-on allé trop loin ? », in, *La nouvelle crise du contrat*, Actes de colloques, Centre René Demogue, Université de Lille 2, Dalloz, 2003, p. 125.

est et demeurera l'accomplissement d'une mission de service public, que ce dernier soit ou non dévolu au partenaire privé. Dans cette acception, le solidarisme s'analyse comme un moyen et non une fin. Il est en définitive utile dans une optique de régulation vers l'intérêt général des rapports économiques. Son influence est difficile à mesurer dans le cadre des P.P.P. Pourtant, certains mécanismes peuvent selon nous être appréhendés à l'aune de cette théorie. Les appliquer aux instruments juridiques du partenariat public-privé garantit que la somme des intérêts particuliers aboutisse à l'opération envisagée, et *in fine* à légitimer l'externalisation d'une activité publique.

B) Les effets du solidarisme dans l'exécution des partenariats public-privé

L'objectif de solidarité entre partenaires sert avant tout à garantir un ordre public économique de protection propre à la logique de ces instruments. Si nul ne peut se départir de sa culture juridique originelle, alors les droits français et italien de la commande convergent vers la satisfaction des besoins d'intérêts généraux. Dans ce cadre, la garantie ultime doit avant tout être tournée vers l'exécution d'une mission de service public au profit des administrés. Dès lors, la solidarité se manifeste dans plusieurs mécanismes contractuels propres aux P.P.P.

Le premier d'entre eux se matérialise dans l'obligation d'information entre partenaires. En effet, comme nous l'évoquions précédemment, le pouvoir de surveillance de l'administration ne peut être efficace que dans la mesure où elle dispose d'une information optimale sur l'activité de son partenaire. L'information doit également porter sur la structure dédiée à la réalisation du projet. En effet, l'Administration doit être en mesure de connaître l'évolution capitalistique de la société de projet créée pour l'exécution du partenariat²¹³¹. Elle doit également pouvoir être informée de l'évolution du financement levé sur les marchés internationaux, notamment des opérations de refinancement susceptibles de générer des profits importants. À titre d'exemple, l'affaire de la prison de *Fazakerley* au

²¹³¹ MOREL (J-B.), « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », *Contrats et marchés publics*, 2013, n°11, étude 9.

Royaume-Uni ²¹³² est assez frappante. Le contrat, passé sous l'égide de programme PFI, avait été financé à un taux variable prenant notamment en compte le risque élevé de construction. Lorsque l'ouvrage fut livré, et le risque purgé, une renégociation du financement eut lieu entre la société de projet et ses créanciers. Elle aboutit à l'application d'un taux fixe au projet, nettement plus avantageux pour la société. Or, les clauses du contrat concernant la rémunération du partenaire privé de l'administration ne prévoyait aucunement ce type de mécanisme. La personne publique, quelque soit le taux applicable, devait payer à son prestataire les sommes dues en fonction des modalités prévues. Grâce à ce refinancement, le bénéfice net du partenaire privé sur les 26 années du contrat aurait quasiment doublé, avoisinant les 25 pourcent²¹³³. On est loin dans cette hypothèse des notions d'altruisme, de cohérence et de proportionnalité évoquées par le Professeur MAZEAUD à propos du contrat, et plus proche de l'indifférence et du cynisme. L'Administration n'a pas pu (ou su) prévoir les clauses allant dans son intérêt, grand bien lui fasse, elle pourra le prévoir dans ses futurs contrats. Cependant, si l'avantage de recourir à l'externalisation par voie de P.P.P., notamment pour des raisons d'efficacité économique, cède face au profit des bénéficiaires du partenaire privé, ce n'est pas seulement l'intérêt de la personne publique qui en pâtit, mais également l'argent public.

Ce cas de figure est sans doute à l'origine de la clause de modification du plan de financement prévue notamment par la M.A.P.P.P. dans son clausier type²¹³⁴. Aux termes de cette dernière « *le partenaire doit porter à la connaissance de la personne publique tout projet de refinancement qui n'a pas été initialement prévu [...], la personne publique se réserve la possibilité de faire auditer le modèle financier, par un expert indépendant, aux frais du partenaire. La personne publique a la faculté d'approuver ou de s'opposer à tout projet [...] Dans l'hypothèse où le refinancement envisagé est accepté [...] le partenaire et la personne publique partagent les éventuels bénéfices résultant du refinancement. X% des gains reviendront à la personne publique...* ». Il serait de bon augure selon nous que ce

²¹³² N.A.O, *The refinancing of the Fazakerley PFI prison contract*, H.C 584, Session 1999-2000, 29/06/2000, p. 8 à 21.

²¹³³ *Ibid.*

²¹³⁴ M.A.P.P.P., « *Contrat de partenariat, Clausier type* », *op. cit.*, p. 43.

mécanisme fasse partie des clauses obligatoires de tout partenariat public-privé²¹³⁵. Les futurs codes de la commande publique en France et en Italie, prévus pour l'année 2016, pourraient par exemple le rendre obligatoire pour chaque P.P.P.

Le devoir d'information ne s'arrête évidemment pas aux modalités de fonctionnement. Il est également indispensable dans le cadre de l'exécution de la mission du partenaire, surtout lorsque les contrats emportent dévolution d'une mission de service public. Dans ce cadre, deux types de mesures s'appliquent. La première est à l'initiative du cocontractant privé. C'est notamment le cas des divers communications et rapports imposés au cocontractant de l'administration²¹³⁶. Ces derniers doivent ainsi rendre-compte pêle-mêle du compte annuel de l'exploitation, de l'ensemble des éléments de calcul utilisés pour déterminer les charges imputés, des variations du patrimoine immobilier, de la situation des autres biens nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, des engagements financiers liés au contrat, de l'inventaire des biens désignés en tant que bien de retour et de reprise, de l'analyse de la qualité du service délégué et des propositions du délégataire pour une meilleure satisfaction des usagers ainsi que d'un compte-rendu technique et financier comportant l'ensemble des informations relatives au montant de la redevance perçue sur l'utilisateur, lorsque cette dernière est bien évidemment prévue au contrat²¹³⁷. Dans la mesure où les missions de service public peuvent aujourd'hui être assurées dans le cadre de marchés publics de longue durée, ces différents éléments devraient être fusionnés dans une disposition commune à l'ensemble des partenariats public-privé.

Le second type de mesure est à l'initiative de l'administration. En effet, c'est la personne publique qui engagera à son profit la vérification de la bonne exécution du contrat. Les modalités du contrôle sont obligatoirement prévues dans le contrat. Il peut s'agir de l'appréciation de la bonne conduite des travaux, de la constatation que les investissements ont été réalisés conformément aux stipulations du contrat²¹³⁸, des vérifications liées à la réception de l'ouvrage, etc. De façon plus générale, le

²¹³⁵ L'article L-1414-12 du C.G.C.T, abrogé par l'ordonnance du 23/07/2015 ne prévoit en effet qu'une obligation de distinction entre les coûts d'investissements et de fonctionnement, sans évoquer le partage des recettes tirés de la modulation des taux lors d'opération de refinancement.

²¹³⁶ Article L-1411-3 du C.G.C.T et L- 1414-14 du C.G.C.T

²¹³⁷ V. article R.1411-7 du C.G.C.T et R.1414-8 du C.G.C.T

²¹³⁸ Article L-313-29-1 du code monétaire et financier.

cocontractant doit être tenu de communiquer à la personne publique « *toutes informations utiles* »²¹³⁹ à cette dernière afin qu'elle puisse s'assurer de la bonne exécution du contrat.

Par ailleurs, la solidarité peut se manifester dans l'application de mécanismes de garanties en faveur du partenaire privé. C'est notamment le cas des garanties financières de la personne publique sur les fonds levés par la société partenaire pour réaliser le projet. Compte tenu de la grande ampleur des capitaux privés qu'ils mobilisent, les partenariats public-privé requièrent un haut niveau de sécurité juridique²¹⁴⁰. La question de l'indemnisation du partenaire en cas de fin anticipée du contrat est alors essentielle dans la mise en jeu des mécanismes de solidarité. La couverture de la dette bancaire de la société ne peut intervenir qu'à partir de la réception de l'ouvrage ou de l'équipement par la personne publique. Le code monétaire et financier prévoit en effet que le mécanisme de cession-acceptation des créances est subordonné à la mise à disposition de l'ouvrage construit. Or, c'est à cette période que le risque contentieux est le plus élevé et que parallèlement, la société de projet a besoin de tirer sur la dette bancaire, puisque « *les fonds propres éventuellement investis par les actionnaires sont [le plus souvent] mobilisés en début de projet* »²¹⁴¹. La conjonction de ces deux phénomènes pourrait entraîner une certaine frilosité du secteur bancaire pour investir dans ces projets. La solution envisagée est alors celle des controversés « *accords autonomes* »²¹⁴². Ces contrats ont généralement pour objet de transférer sur la personne publique l'intégralité du risque contentieux pesant sur le P.P.P. En d'autres termes, l'accord autonome permet d'assurer la disponibilité du financement bancaire, même en cas de fragilisation du P.P.P. par un recours²¹⁴³. Les évolutions du droit de la commande publique, notamment *via* la multiplication des acteurs susceptibles d'effectuer des recours, ont conduit à ce que les personnes publiques concluent avec les établissements bancaires finançant le projet des contrats dont l'objet est de garantir

²¹³⁹ CE, Ass., n°342788, 21/12/2012, *Commune de Douai*, *op. cit.*

²¹⁴⁰ BRACONNIER (S.), « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », *AJDA*, 2015, p. 1795.

²¹⁴¹ *Ibid.*

²¹⁴² BRACONNIER (S.), « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public privé », *AJDA* 2013 p. 529 ; ROBERT (L.), « L'accord autonome, nouveau symbole des dérivés des contrats de partenariat ? », *JCPA* n° 48, 01/12/2014, p. 2337.

²¹⁴³ DJEMAOUN (A.) et LAVIOLE (L.), « L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer les contrats de partenariat », *BJCP* 2012, p. 319.

la continuité du financement. Cette possibilité s'effectue en cas de recours des tiers et d'annulation ou de déclaration ou de constatation de nullité du contrat par le juge.

L'exposition aux recours contentieux est en effet susceptible d'entraîner la frilosité des prêteurs, dans la mesure où la logique du financement de projet ne porte pas sur l'acteur du projet mais sur la « *bancabilité de l'opération* »²¹⁴⁴. Dès lors, le partenaire ne peut transférer la créance qu'il détient sur la personne publique aux organismes prêteurs et garantir son projet tant que la construction n'est pas terminée. Dans cette mesure, c'est lui qui endossait le risque contentieux²¹⁴⁵. Les banques prenaient donc l'habitude d'attendre la prescription des actions contentieuses avant d'autoriser les crédits, entraînant ainsi de sérieuses difficultés de financement pour le contrat. L'intérêt de l'accord autonome est alors aisément perceptible. Il permet de garantir que la personne publique règlera quoiqu'il advienne l'intégralité des frais engagés en cas d'annulation du contrat. Cependant, dans le cadre de l'évolution des rapports entre l'administration et son cocontractant, ce mécanisme témoigne de l'incroyable coopération dont font preuve les entités publiques et privés, et l'ingéniosité des procédés qu'elles utilisent pour mener à bien leur projet commun. La complexité financière et technique est tellement grande qu'elle oblige à travailler ensemble, de façon solidaire, quasi-fusionnelle, dans le cadre de la relation spécifique au partenariat public-privé.

Ce type de mécanisme semble être au cœur de l'ordonnance 2015-899, laquelle dispose en son article 89 qu' « *en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat [...]. Cette prise en compte des frais financiers est subordonnée à la mention, dans les annexes du marché de partenariat, des clauses liant le titulaire aux établissements bancaires.* ». De plus, l'alinéa 2 de ce même article prévoit que ce type de clause est divisible des autres stipulations du contrat. Ainsi, cette dernière pourra s'appliquer même si le reste du contrat disparaît. L'ordonnance opère donc, pour reprendre les termes du Professeur BRACONNIER²¹⁴⁶, à une véritable

²¹⁴⁴ CUCHE (P.), « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *DA*, n° 12, 12/2004, étude n° 22.

²¹⁴⁵ BRACONNIER (S.), « Sécuriser le financement des PPP en sécurisant les « accords autonomes ? », *RDI* 2012, p. 529.

²¹⁴⁶ *Ibid.*

sanctuarisation du mécanisme de garantie financière au profit du titulaire du partenariat.

En conclusion, la solidarité entre les partenaires implique l'exigence de bonne foi²¹⁴⁷ et de loyauté²¹⁴⁸ dans l'exécution du contrat. En Italie, ils dérivent de l'application du principe de *correttezza* (principe de loyauté) consacré à l'article 2 du code. Dans cette acception, le recours à l'instrument, son exécution et la relation entre les cocontractants ne doit pas dériver du but ultime pour lequel le contrat est mis en œuvre : la satisfaction de l'intérêt général. On retourne alors au fondement même du droit de la commande publique, en France comme en Italie : permettre à l'Administration de mener à bien la mission qui est la sienne.

²¹⁴⁷ C.S, Sez. V, Sentenza n°6316 del 18/12/2008 ; T.A.R Sardegna, Sez. I, Sentenza n°51 del 25/01/2011; T.A.R Roma, Sez. II, Sentenza n°5621 del 02/04/2010.

²¹⁴⁸ CE Ass., n°304802, *Commune de Béziers*, Rec. p. 117, *AJDA*, 2010, p. 142, Chron. LIEBER (S.-J.) et BOTTEGHI (D.), *D.*, 2011, p. 472, Obs. AMRANI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.), *RDI*, 2010, p. 265, Obs. NOGUELLOU (R.), *RFDA* 2010, p. 506, Concl. GLASER (E.) et p. 519 note POUYAUD (D.), *JCP A*, 2010, 2072, note LINDITCH (F.), *Contrats et marchés publics*, 2010, comm. 123, note REES (D.), *JCP* 2010, p. 365, Chron PLESSIX (B.).

CONCLUSION DU SECOND TITRE

La mise en œuvre d'un ordre harmonieux, c'est-à-dire structurant des règles communes qui seraient applicables à des instruments différents, apparaît comme la meilleure solution possible pour encadrer le phénomène P.P.P. dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

La matérialisation de la notion dans les ordres juridiques internes répond à un processus complexe, propre à chaque État, et ne peut ainsi faire l'objet d'une application homogène. Les exemples du droit français et du droit italien témoignent d'une forme de syncrétisme juridique. Les systèmes juridiques empruntent les solutions jugées comme étant les plus conciliables avec leur propre logique, plutôt que d'ériger un processus complètement nouveau. La mise en œuvre des nouveaux instruments apparaît en effet comme relativement cohérente.

Le droit français le plus récent s'est tourné vers la catégorie du marché public pour résorber dans un premier temps le désordre qui l'affectait. La logique de l'ordonnance du 23 juillet 2015 peut alors être résumée dans les termes de continuité et d'unification. Le droit italien devrait logiquement procéder de manière inverse et unifier les catégories existantes autour du procédé concessif, plus particulièrement les concessions de construction et de gestion avec application du mécanisme *della finanza di progetto*. L'avenir nous dira si cette hypothèse se réalise.

Néanmoins, à l'éclectisme des catégories juridiques doit répondre la formulation d'un corps de règles communes. La spécialisation des instruments juridiques du partenariat public-privé, par rapport au droit commun de la commande publique, doit être liée à la détermination de règles et principes de même nature, déclinables à chaque instrument. Les directives "commande publique" de 2014 fournissent un cadre juridique satisfaisant pour la constitution de ces règles. L'évaluation, la négociation, l'efficacité et la solidarité constituent alors les lignes directrices de tout partenariat public-privé. Dans cette acception, le renouvellement du sous-système "droit de la commande publique" s'effectue de façon ordonnée.

CONCLUSION GÉNÉRALE



2149

²¹⁴⁹ MANTEGNA (A.), *Assomption de la Vierge en présence des Apôtres*, Fresque de la Chapelle Ovetari, Eglise des érémitiques de Padoue, 1453-1457.

Nous avons introduit cette étude par l'œuvre de Van EYCK, intitulée "*Les époux Arnolfini*" dont le message caché traduisait que nul ne peut totalement abandonner sa culture d'origine. Nous avons effectué la transition entre les deux parties de la thèse par l'œuvre de Van LOO, le portrait allégorique de Louis XV, dans laquelle le désordre apparent peut laisser place à un ordre, à condition de trouver le moyen permettant de le décrypter. Nous concluons ce travail avec l'œuvre d'Andrea MANTEGNA²¹⁵⁰. Elle permet, un peu comme l'autopoïèse, de refermer la thèse sur elle-même.

MANTEGNA reçoit commande en 1448 d'une importante famille de la ville de Padoue, les OVETARI, pour la décoration de la chapelle du même nom. Il commencera les travaux à l'âge de dix-sept ans et les termina neuf ans plus tard. Après réception de son œuvre, Capodilista OVETARI, veuve du commanditaire, lui intente un procès. Pourtant, l'artiste reprend avec talent les codes de la Renaissance. L'œuvre est emprunte d'un certain réalisme antique, les personnages sont drapés, les décors sont monumentaux, les couleurs employées sont vives, etc. En regardant de façon précise la fresque, l'on s'aperçoit néanmoins que seulement huit des douze apôtres entourent Marie. C'est le détachement du peintre par rapport au récit relaté dans le nouveau testament qui suscite le courroux de la famille OVETARI. Deux experts de l'époque, les peintres Giovanni STORLATO et Pietro MILANO sont alors appelés pour soutenir la défense du prodige de Padoue. Ce dernier justifiait son choix de façon rationnelle. Il n'avait en aucun cas voulu s'écarter de l'histoire biblique. Pour de simples raisons pratiques, de cadre architectural, il ne pouvait représenter que huit des douze personnages mentionnés par la Bible. Les deux experts confirmèrent les explications de MANTEGNA. L'ajout de quatre apôtres aurait ruiné la perspective pour la simple raison que l'espace manquait. L'état de l'art à l'époque ne permettait pas au peintre, sur le pan de mur où il devait faire figurer la fresque, de respecter à la lettre l'histoire qu'il devait immortaliser. Son œuvre ne fut donc pas considérée comme blasphématoire par le tribunal, des raisons pratiques justifiant une entorse au texte sacré.

²¹⁵⁰ MANCA (J.), *Andrea Mantegna et la Renaissance italienne*, Parstone international, 2012, p. 28.

L'histoire de cette fresque peut, d'une certaine manière, être transposée aux instruments juridiques du partenariat public-privé. Dans la préface d'un ouvrage du Professeur MARKESINIS, Guy CANIVET énonçait que « *le rapprochement des systèmes de droit se heurte à l'incommensurabilité des cultures juridiques* »²¹⁵¹. Cependant, ce constat peut être nuancé par la nécessité de faire coïncider les systèmes en eux. Ces derniers doivent alors évoluer, et à l'instar du peintre qui se détourna quelque peu du mythe officiel pour faire entrer son œuvre dans les limites imposées par le cadre matériel du décor, les systèmes juridiques évoluent en se délaissant quelque peu de leurs propres mythes. Ils ne les abandonnent pas, mais les modifient un peu afin qu'ils puissent se matérialiser dans la réalité pratique.

Les évolutions françaises et italiennes des droits de la commande publique, induites par la notion de partenariat public-privé, s'inscrivent dans cette logique. En effet, ces instruments rendent compte d'une triple évolution. Tout d'abord, les contrats ne peuvent plus être définis en fonction de l'origine de leur rémunération. Les P.P.P. peuvent à la fois être payés par un prix versé par l'acheteur mais aussi sur les recettes d'exploitation de l'infrastructure. Ensuite, la seconde évolution s'apparente à leur objet. Les instruments juridiques sont à la fois des actes d'achats et/ou des actes de délégation. Enfin, les P.P.P. témoignent de la nouvelle attractivité de la notion de travaux au détriment de celle de service. La seconde devient l'accessoire de la première. Le but de ces contrats est en effet de permettre la livraison d'un ouvrage ou d'un équipement qui, *in fine*, sera au bénéfice public.

Dans la famille juridique « romane », l'Italie est le pays qui a choisi de modifier le plus son régime concessif pour permettre de matérialiser ces nouveaux éléments. Ainsi, le programme de la « *Finanza di progetto* » a appliqué les techniques financières issues de la *PFI* britannique aux concessions de travaux. Le droit français a choisi une logique opposée, d'abord en créant les contrats de partenariat, et une multitude de montages contractuels complexes assimilables à des marchés publics au sens du droit l'Union, puis en unifiant ces différents instruments dans un marché public spécial : le marché de partenariat. Cet instrument, marché public global à paiement public fractionné, peut également porter sur la dévolution d'une mission de service public.

²¹⁵¹ Préface de Guy Canivet, in MARKESINIS (B.), *Juges et universitaires face au droit comparé, Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz, Paris, 2006.

Les concessions italiennes se spécifient également par rapport au modèle classique. Le prix n'est plus limité comme c'était le cas auparavant à 50 % de la valeur des travaux, le concessionnaire peut donc être rémunéré majoritairement par un prix et plus sur les résultats de l'exploitation. La limite de la durée inférieure ou égale à trente années a également été abolie, au profit d'une limite liée à l'amortissement des investissements réalisés. Cependant, l'évolution la plus considérable concerne la définition même de la concession de travaux. Cette dernière peut porter sur des ouvrages destinés à l'utilisation directe de l'Administration, lorsqu'ils représentent une utilité fonctionnelle pour la gestion des services publics.

Le droit français s'est donc départi de son lien traditionnel entre l'acte de délégation et le modèle concessif, consacrant un « marché public de service public » par le biais du marché de partenariat. Le droit italien a de son côté délaissé le lien historique entre la fourniture directe, en lieu et place de l'Administration, d'une prestation d'intérêt général au profit des administrés, que seule pouvait revêtir la concession. Il a en effet consacré les concessions de travaux au profit des personnes publiques.

Ces différentes évolutions s'intègrent, de façon plus générale, dans le cadre global du droit de l'Union européenne, lequel est plus préoccupé par le respect des procédures permettant de garantir la concurrence libre et non faussée, que par les différentes définitions catégorielles. Les nouvelles directives alignent en effet l'objet des concessions et des marchés. Le critère de distinction entre les deux catégories ne s'opère désormais qu'en fonction de la notion de risque, dont nous avons pu voir qu'elle constituait un instrument pragmatique qui avait été utilisé par chaque ordre en fonction de ses propres aspirations. Le droit de la commande publique évolue, et cette évolution, à l'aune des instruments juridiques du partenariat public-privé, nous rappelle la formule de BERGSON, que nous citons en introduction :

*« Il n'existe pas de chose faite, mais seulement de choses qui se font, pas d'états qui se maintiennent, mais seulement des états qui changent [...]. Toute réalité est donc tendance si l'on convient d'appeler tendance un changement de direction à l'état naissant »*²¹⁵².

²¹⁵² BERGSON (H.), *La pensée et le mouvant*, PUF, 5ème éd., 1996, p.211

BIBLIOGRAPHIE

I. Langue Française*

§ 1. Ouvrages généraux

AKPLOGAN (P.), *L'enseignement de l'église catholique sur l'usure et le prêt à intérêt*, Paris, l'Harmattan, 2010 .

ARISTOTE, *Catégories de l'interprétation, Organon I et II*, Paris, librairie Philosophique J.VRIN, 2008.

BADIE (B.), *Culture et politique*, vol. 1, Collection Politique comparée, Paris, Economica, 1993.

BELLATI (G.) (Dir.), *Un paysage choisi, mélanges de linguistique française offerts à Leo SCHENA*, l'Harmattan Italia, 2007.

BERSTEIN (S.) et MILZA (P.), *L'Italie contemporaine : du Risorgimento à la chute du fascisme*, Paris, Armand Colin, 1995.

BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, 2012.

BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1943.

BOTTA (C.), *Histoire d'Italie*, de 1789 à 1814, Ed. Duffart, Paris, 1824.

BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, Presse universitaire du Septentrion, 1998.

BOURGEOIS (L.) et CROISSET (A.), *Essai d'une philosophie de la solidarité : conférences et discussions*, Paris, Lib. Félix Alcan, 1902

BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M.-Ch.), LASSALE (J.-P.), *Finances publiques*, 9e éd., Paris, LGDJ, 2008

BRACONNIER (S.), *Précis du droit des marchés publics*, 4^{ème} éd., Paris, Éditions du

* Afin d'éviter une subdivision superficielle, nous avons intégré les quelques ouvrages et articles rédigés en langue anglaise dans cette partie.

Moniteur, 2012.

CASSESE (S.), *La construction du droit administratif : France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000.

CASSESE (S.), *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Tome 1 et 2, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001.

CHÉROT (J-Y.), *Droit public économique*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 2007.

CHEVALIER (J.), ALEAUX (J.) et PIETTRE (B.), *Désordre*, Paris, PUF, 1998.

CLAVERO (B.), *La grâce du don*, Paris, Albin-Michel., 1995.

CHAVANCE (B.), *L'économie institutionnelle*, Paris, La Découverte, 2007

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2014.

CONSTANTINESCO (L-J.), *Traité de droit comparé*, tome I,II et III, Paris, L.G.D.J, 1972,1974 et 1983.

CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2eme édition, Paris, 2000.

DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2002 .

DEBBASCH (C.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, 1 vol. Paris: Economica, 2007.

DE LAUBADÈRE (A.), *Traité de droit administratif. L'administration de l'économie*, Vol. 4, Paris, 3^{ème} éd., LGDJ, 1977.

DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, 2e éd. (deux vol.), Paris, LGDJ, 1983-1984.

DELCAMP (A.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2002.

DIENNE (E.), *Histoire du dessèchement des lacs et marais de France avant 1789*, Paris, Champion, 1891

DELVOLVÉ (P.), *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998.

- DUGUIT (L.), *Le pragmatisme juridique*, Ed. la mémoire du droit, Paris, 2008.
- DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, Ed. La mémoire du droit, Paris, 2000.
- DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Ed. la mémoire du droit, Paris, 1999.
- DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, P.U.F, 6^{ème} éd., 2004.
- DUREAU (G.), GUILLAUME (H.), et SILVENT (F.), *Gestion publique : l'État et la performance*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002.
- EISENMAN (C.), *Écrits de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2013.
- FAGNIEZ (G.), *L'économie sociale de la France sous Henri IV*, Paris, Hachette, 1897.
- FROMONT (M.), *Droits administratif des États européens*, PUF, 2006.
- GÉMAR (J-C) et KASIRER (N.) (dir.), *Jurilinguistique : entre langue et droits*, Montréal, Ed. Thémis, 2005, p.261.
- GIDDENS (A.), BLAIR (T.), *La troisième voie. Le renouveau de la social-démocratie*, Paris, Seuil, 2002.
- GIDE (C.), *Histoire des doctrines économiques depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, Paris, 6eme éd., Sirey, 1944.
- GONOD (P.), MELLERAY (F.) ET YOLKA (P.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011.
- GOUNOT (E.), *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, éd. ROUSSEAU, 1912.
- GROS (M.), *Droit administratif : l'angle jurisprudentiel*, Paris, l'Harmattan, 5^{ème} éd., 2014.
- GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004.
- GUERRIEN (B.), *Dictionnaire d'analyse économique*, Paris, La découverte, 3^{ème} éd., 2002
- GUIBENTIF (P.) et ARNAUD (A-J.), *Niklas Luhmann : observateur du droit*, LGDJ, 1995.

- GUIBENTIF (P.), *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu : une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, 2010.
- HAURIOU (M.), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome 3, Paris, Sirey, 1929.
- HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2002
- HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010.
- HERARDI (S.) (dir.), *Lexique d'économie*, Paris, Dalloz, 2000.
- JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif, le fonctionnement des services publics*, Tome 3, Paris, Dalloz, 2011.
- LACHAUME (J-F) (dir.), *Droit des services publics*, Paris, Lexis-Nexis, 2012.
- LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F, 3eme éd., 2010, p. 506.
- LAMBERT (E.), *Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Edouard LAMBERT*, Auvermann, 1973.
- LANOE (A.), *Code des maîtres de poste, des entrepreneurs de diligences et de roulage, et des voitures en général par terre et par eau*, Roret, Paris, 1827.
- LINOTTE (D.), MESTRE (J-L) et ROMI (R.), *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 2004.
- LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2007.
- LONG (M.), WEIL (P.) et BRAIBANT (G.), *Les grands arrêts de la juridiction administrative*, XX^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015.
- LUHMANN (N.), *Politique et complexité: les contributions de la théorie générale des systèmes*, Ed. du cerf, Paris, 1999.
- MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008.
- MARCOU (G.) et MODERNE (F.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'union européenne*, Paris, l'harmattan, 2001.

- MARCOU (G.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralismes et convergences*, Paris, l'Harmattan, 1995.
- MELLERAY (F.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- MIROT (L.), *Études Lucquoises*, Paris, éditions Daupley-Gouverneur, 1930.
- MICHALET (C-A), *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, Paris, La découverte, 2004.
- MORIN (E.), *La méthode*, tome II, Paris, éd. Seuil, 1986.
- NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2009.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1^{ère} ed., Paris, 1988.
- OST. (F), *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- SOURIOUX (J-L), *Par le droit, au-delà du droit*, Paris, LexisNexis, 2011.
- ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975.
- RIVERO (J.), *Cours de droit administratif comparé*, Paris, le cours du droit, 1956-1957. ROQUEFORT-FLAMERICOURT (J-B), *Glossaire de la langue Romane*, éd. Chasseriau et Hécart, Paris, 1808.
- ROUSSEAU (J-J), *Du contrat social*, Paris, éd. Seuil, 1977.
- SACCO (R.), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.
- SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901.
- SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^{ème} éd, 2009.
- SILEM (A.), et ALBERTINI (J-M.), *Lexique d'économie*, Paris, Dalloz, 2006.
- SOREL (G.), *Réflexions sur la violence*, éd. Labor, 2006.
- TEUBNER (G.), *Le droit, un système autopoïétique*, traduit de l'Allemand par Gaby

MAIER et Nathalie BOUCQUEY, Paris, PUF, 1993.

TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, L.G.D.J, 1994.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 90, in, MULLER (E.), *Op. Cit*, p. 55.

WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, Paris, Dalloz, 2007.

WILLIAMSON (O.), *Les institutions de l'économie*, Paris, Inter Editions, 1994.

WITTMAN (D.), *Economic foundations of Law and organisation*, CAMBRIDGE University Press, p.194.

§2. Monographies spécialisées, thèses et mélanges

AMILHAT (M.), *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

AUBY (J-F.), *la délégation de service public*, Paris, PUF, 1995.

AUBY (J-B) et BRACONNIER (S.), *S.P.I.C : questions actuelles*, Paris, LGDJ, 2003.

BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, 2001.

BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ, Tome 206, 1999.

BEZANÇON Xavier, *2000 ans d'histoire du partenariat public privé*, Paris, Presse nationale de l'école des ponts et chaussée, 2004.

BRAMERET (S.), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, LGDJ, 2012.

BRACONNIER (S.), *Précis du droit des marchés publics*, Paris, Éditions du Moniteur, 2007.

BRECHON-MOULENES (C.), *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Sirey, 1992.

BRENET (F.), *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse, Poitiers, 2002.

BRENET (F.) et MELLERAY (F.), *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2005.

BIZEUR (F.), *L'information du salarié*, thèse Lille 2, 2013.

CATTEAU (D.), *La LOLF et la modernisation de la gestion publique : la performance, fondement d'un droit public financier rénové*, Paris, Dalloz, 2007.

CHAPELLE (A.), HÜBNER (G.) et PETERS (J.-P.), *Le risque opérationnel : implications de l'Accord de Bâle pour le secteur financier*, Bruxelles, Larcier, 2005.

CLUZEL (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, Vol.52, 2006.

COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, Paris, LGDJ, 2005.

COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 2000, 614 p.

DEGOS (J.) et PRAT (C.), *Le Canal du Midi au 17^e siècle : Lacunes comptables et innovations financières*, 2010, Université Bordeaux IV.

DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tome I II et III, LGDJ, 1956.

DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVE (P.), *Traité des contrats administratifs*, 2^{ème} éd., 2 vol., LGDJ, 1984.

DUFAU (J.), *Droits des travaux publics*, Paris, PUF, 1998.

DUREAU (G.), GUILLAUME (H.), et SILVENT (F.), *Gestion publique : l'État et la performance*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002.

- EULER (N.), *La notion de risque en droit public*, Thèse, Faculté de droit de Grenoble, 1999, p.8.
- FORTI (V.), *La titrisation des créances en droit comparé*, Coll. Des thèses, Paris, 2012.
- GUETTIER (Ch.), *Droit des contrats administratifs*, PUF (coll. Thémis), 2011.
- GUERARD (S.) (dir.), *Regards croisés sur l'économie mixte, Approche pluridisciplinaire droit public droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006.
- GUIBAL (M.), *Contrats publics : mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presse de la faculté de droit de Montpellier, 2006.
- GUILLAUME (H.), DUREAU (G.) et SILVENT (F.), *Gestion publique : l'Etat et la performance*, Presse de sciences po et Dalloz, Paris, 2002.
- HOEPPFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, 2009.
- INDJESSILOGLOU (N.), *L'apport de l'analyse systémique dans le domaine juridique*, Thèse, Paris II, 1980.
- JÈZE (G.), *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, LGDJ, 1936.
- JÈZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, t. 4-6 : *Théorie générale des contrats de l'administration*, Paris, LGDJ, 1934-36
- KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique- L'évolution du droit des marchés publics*, Paris II, 2005.
- KIRAT (T.), *Economie et droit du contrat administratif*, La Documentation française, 2005.
- KOUEVI (A-G.), *Le droit des interventions économiques des collectivités locales*, Paris, LGDJ, 2003.

LANNEAU (R.), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, Paris L.G.D.J, Paris, 2010.

LEVAIN (L.) et PEYRET (P.), « les marchés de REM/CREM et l'interdiction du paiement différé », *CP-ACCP*, n°126, 2012, p.44.

LICHÈRE (F.), *Les contrats administratifs entre personnes privées*, Thèse, Montpellier, 1998.

LICHÈRE (F.), *Droit des contrats publics*, Dalloz, coll. Mémentos, 2005.

LIGNIÈRES (P.), *Partenariats publics privés*, LITEC, 2^{ème} éd., 2005.

LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1997.

LINDITCH (F.), *Le droit des marchés publics*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2015.

LLORENS (F.), *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, Paris, LGDJ, 1981

LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.) (dir.), *Code des marchés publics commenté*, Paris, Litec, 2008.

LOMBARD (F.), *La cause dans le contrat administratif*, thèse, Paris (éd.), Dalloz, 2008.

MADIOT (Y.), *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, L.G.D.J, 1971.

MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, coll. Nouv. Bibl. des thèses, 2010.

MEKKI (M.), *Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J, 2004.

MULLER (E.), *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Paris, L.G.D.J, 2011.

NOGELLOU (R.), *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 2004.

NOGUELLOU (R.) et STELKENS (U.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

ORIANNE (P.), *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961.

PÉQUIGNOT (G.), *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pédone, 1945.

PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 2003, 878 p.

PICARD (A.), *Traité des chemins de fer*, Paris, J.ROTHSCILD, 1887.

PRUD'HOMME (R.) et TERNY (G.) (dir.), *Le financement des équipements publics de demain*, Paris Economica, 1986.

TARBÉ de VAUXCLAIRS (J-B), *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes, considérés dans leur rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence*, Paris, CARILIAN-GOEURY, 1835.

RIALS (S.), *Le juge administratif et la technique du standard*, Bibliothèque de droit public, 1980.

RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd., L.G.D.J, 2012.

RICHER (L.), *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concession en droit communautaire*, LGDJ, 2009.

RICHER (L.), *À propos des contrats des personnes publiques*, mélanges en l'honneur du Professeur Laurent RICHER, Paris, 2013, LGDJ.

RICHER (L.), *La concession en débat*, Paris, LGDJ, 2014.

ROUBAN (L.), *Le General Accounting Office, recherché sur l'évaluation des politiques publiques aux États-Unis*, Thèse, Paris I, 1983.

SYMCHOWICZ (N.), *Partenariat public-privé et montages contractuels complexes*, Ed. Le Moniteur, 3e édition, 2012.

TERNEYRE (Ph.), *La responsabilité contractuelle des personnes publiques*, thèse dactyl., Pau, 1983.

UBAUD-BERGERON (M.), *La mutabilité du contrat administratif*, Thèse, Montpellier, 2004.

VAGUE (P-M.), *L'avenir des services publics passe t'il par les entreprises privées*, Thèse, Paris IV, 2011.

VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

WALINE (J.), *Gouverner, administrer, juger*, Liber amicorum, Jean WALINE, Paris, Dalloz, 2002.

YOLKA (Ph.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, thèse, Paris (éd.), LGDJ, 1999.

§3. Articles

ALLIOT (M.), « L'acculturation juridique », in POIRIER (J.), *Ethnologie générale*, Paris, 1968, p.1180.

AMSELEK (P.), « ontologie du droit et logique déontique », *RDP*, 1992, p 1005.

APELBAUM (R.), « Le P.P.P. et le développement du droit public Français à l'étranger », *AJDA*, 2004, p. 1754.

ATHIAS (L.), « Responsabilité politique et design contractuel des Partenariats Public Privé », *Revue économique*, Presse de Science Po, 04/2009, n°60, p.1011

ATHIAS (C.) et LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Recueil Dalloz Sirey*, 1977, 35^e cahier, p 41.

AUBY (J-B), « Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public », *RFDA*, 1997, n° spécial, p.3.

AUBY (J-B.), « l'internationalisation du droit des contrats publics », *DA*, août 2003, p. 5

AUBY (J-B.), « La bataille de San Romano. Réflexions sur l'évolution récente du droit administratif », *AJDA* 2001, n° 114, p. 912.

AUBY (J-B.), « Le droit administratif français vu du droit comparé », *AJDA* 2013, p. 407.

AUBY (J-M.), « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements de l'électricité et du gaz dans la loi du 8/04/1946 », *CJEG*, 1949, p.2.

BAILLEUL (D.), « vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en société », *RJEP/CJEG*, 2006, n°629, p.105.

BASLÉ (M.), « méta évaluation des politiques publiques et qualité des évaluations », *RFAP*, 2013, n° 148, p.1017.

BASLE (M.), KEMOS (A.), « Service universel versus service public dans le cadre de l'Union européenne », *Science de la Société*, Presse universitaire du Mirail, n°42, 1996, p.98.

BENSAID (J.) et MARTY (F.), « pertinence et limites des partenariats public-privé : une analyse économique », *Prisme*, n°27, 11/2013, p.41.

BERGÈRE (F.), « PPP et comptabilisation des engagements », *Revue du trésor*, 06/2007, numéro spécial, p.255.

BERNARD (E.), « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE*, 2009, n°3, p. 148.

BERNARD (E.), « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE*, 2009, n°3, p. 148.

BEZANÇON (X.), « Typologie, contenu et droit comparé des contrats publics », *Revue du marché unique*, 1999, n°3, p. 11.

BEZANÇON (X.), « Les propositions privées de concessions : l'exemple italien », *ACCP*, 2002, n°11, p. 53.

BEZANCON (X.) et BRÉVILLE (A.), « Quel montage contractuel en partenariat

public privé », *Le moniteur*, 15/10/2004, n° 5264.

BEZANÇON (X.), « Le PPP, véritable instrument de la relance économique ? », *CP-ACCP*, 2009, n° 89, p. 34.

BIGOT (G.), « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, p. 527.

BIEHL (D.), « Equipements collectifs, développement économique, croissance et plein emploi », in PRUD'HOMME (R.) et TERNY (G.) (dir.), *Le financement des équipements publics de demain*, Paris Economica, 1986, p. 83.

BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE*, 2001, n°3, p.339.

BRACONNIER (S.), « un contrat en péril, le marché d'entreprise et de travaux publics », *RFDA*, 1999, p. 1172.

BRACONNIER (S.), « Les contrats de Private Finance Initiative. Réflexions sur la dynamique contractuelle dans les partenariats public-privé », *BJCP* 2002, n° 22, p. 177.

BRACONNIER (S.), « L'apparition des contrats de partenariats dans le champ de la commande publique », *JCP G*, 25/11/2004, n° 48.I.181.

BRACONNIER (S.), « Les contrats de Private Finance initiative : réflexions sur la dynamique contractuelle dans les partenariats public-privés », *BJCP*, mai 2002, n°22, p 174.

BRACONNIER (S.), « Les BEA et AOT constitutives de droits réels », *JCPA*, n°51, 19/12/2011, p. 2395.

BRACONNIER (S.), « Sécuriser le financement des PPP en sécurisant les « accords autonomes ? », *RDI* 2012, p. 529.

BRACONNIER (S.), « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », *AJDA*, 2013, p. 529

BRACONNIER (S.), « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 832.

BRACONNIER (S.), « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », *AJDA*, 2015, p. 1795.

BRACONNIER (S.), « Le futur régime des partenariats public-privé : rupture et clarifications », *RDP*, 01/05/2015, n°3, p. 595.

BRACQ (S.), « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *RTDE*, 2004, p. 33.

BRAMERET (S.), « La société d'économie mixte contrat : partenariat public privé à la française ? » *JCP A*, n°49, 02/12/2013, p.2347.

BRAMERET (S.), « La Sem à opération unique, Frankenstein juridique ? », *RLCT*, 10/2014, n°105, p. 2782

BRENET (F.), « Les contrats administratifs », in. *Traité de droit administratif*, vol.2, Paris, DALLOZ, 2011, p.218.

BRENET (F.), « les nouvelles bases du droit des marchés publics », *AJDA*, 2015, p.1783.

BRENET (F.) et MELLERAY (F.), « La loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat : une étape décisive du plan de stimulation du partenariat public-privé », *RJEP*, 2008, n°658, p.3.

BREVILLE (A.) et BEZANÇON (X.), « Quel montage contractuel en partenariat public-privé ? Etude comparée des différentes formes contractuelles, y compris le nouveau contrat de partenariat », *Le moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 15/10/2004, n° 5264, cahier détaché n° 2.

BRISSON (J-F.), « l'adaptation des contrats administratifs au besoin d'investissement immobilier sur le domaine public », *AJDA* 2005, n° 11, p. 591.

CAILLOSSE Jacques, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, n° 3, p 195.

CAMOUS (D.-A.), « Le juge administratif m'a tuer - Bilan de 10 ans de jurisprudences relatives à l'évaluation préalable des contrats de partenariat », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°7, étude 8.

CÉDRAS (J.), « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in, C. Cass, *Rapport annuel*, 2003, p.186.

CLAMOUR (G.), « L'évaluation préalable extrinsèque des partenariats public-privé de l'État », *Contrats et marchés publics*, 2012, n°11, comm. 300.

CHATAIGNER (G.), « La Direction du Budget et les P.P.P. », *Revue du trésor*, 06/2007, p.268.

CHAUVIÈRE (M.), « Esquisse d'une sociologie critique de la nouvelle norme d'Évaluation », *RFAP*, 2013, n°148, p. 953.

CHENOT (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État » *EDCE* 1950, p.77.

CHENOT (B.), « l'existentialisme et le droit », *Revue Française de science politique*, 1959, p.60.

CHEVALLIER (J.), « Les droits du consommateur usager de services publics », *D. Droit social*, 1975, p.75.

CHEVALLIER (J.), « L'idéologie du droit administratif français », in *Variations autour de l'intérêt général*, vol. 2, Paris, PUF, 1979, p. 5.

CLAMOUR (G.), « Marchés passés par les concessionnaires de travaux publics », *CP-ACCP*, 2010, n° 101.

CLAMOUR (G.), « la création des sociétés d'économie mixte à opération unique », *Contrats et Marchés publics*, n° 8-9, 2014, comm 214.

CLAMOUR (G.), « les marchés exclus », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier n°3.

COASE (R.), « The problem of social cost, *Journal of law and Economics* », vol.3, 1960, p.1.

COASE (R.), « The nature of the firme », *Economica*, 1937 ; (version Française : « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, 1987, V.2, p.133.

COSSALTER (P.), « sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *RFDA*, 2002, p. 938.

COSSALTER (P.), « Les concessions à durée endogène », *DA*, 2006, n°5, p.4.

COSSALTER (P.), « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA* 2009, p. 1882.

COSSALTER (P.), « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p. 45.

COSTA (D.), « Regard sur les évolutions du droit administratif italien. A propos du Traité de droit administratif, dirigé par Sabino Cassese », *AJDA* 2004, p. 2031.

COUTU (M.), « Contrat et autoréférence en droit suivant Gunther TEUBNER : une méprise constructive ? », *RIEJ*, 1998, p.40.

CUCHE (P.), « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *DA*, n°12, 12/2004, étude n° 22.

DELACOUR (E.), « Les sources des marchés public et des délégations de service public », *LPA*, 02/02/2000, n° spécial, p. 4.

DELCROS (X.) et PEYRICAL (J.-M.), « Le financement privé des équipements collectifs : un développement inéluctable à encadrer », *AJDA* 1994, numéro spécial, p. 71.

DE LA ROSA (S.), « Enjeux et négociation de la directive n°2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession », *JCP A*, 2014, n°18, p.2136

DELELIS (P.), « Contrat de partenariat et exploitation du service public », *AJDA*, 2010, p. 2244.

DELVOLVÉ (P.), « Les contradictions dans l'identification de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 675.

DELVOLVÉ (P.), « Marchés publics: les critères des contrats-maison », *RDUE*, 2002, p.55

DELVOLVÉ (P.), « Sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmation et infléchissements », *BJCP*, 2002, p.418.

DELVOLVÉ (P.), « Le partenariat public privé et les principes de la commande publique », *RDI*, n°6, 2003, p.481.

DELVOLVÉ (P.), « De nouveaux contrats publics : les contrats globaux », *RFDA*, 2004, p.1079.

DENOIX de SAINT MARC (R.), « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970.

DEVILLERS (P.), « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 10.

DJEMAOUN (A.) et LAVIOLE (L.), « L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer les contrats de partenariat », *BJCP* 2012, p. 319.

DOUENCE (J.C), « Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération », *RFDA* 1999, p. 1134

DOUENCE (J.C), « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », in *Mélanges Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, p.519.

DOUENCE (J.-C.) et TERNEYRE (P.), « Marchés publics et délégation de services public : nouvelles modifications législative », *RFDA*, 1995, p.971.

DOUENCE (J.-C), « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », *Dalloz Collectivités territoriales*, 2008, Fasc. n° 61130.

DRAGO (R.), « Paradoxe sur les contrats administratifs », in. *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Paris, 1979, Répertoire du notariat Defrénois, p 151.

DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.), « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », *Lamy coll. Terr.*, 2012, n°75, p.69.

DREYFUS (J.D), « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, p.1529.

ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et marchés publics*, 10/2010, n° 10, étude 9, p.7.

ECKERT (G.), « de la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCP A*, 2014, n°21, p.2160

ECKERT (G.), « les procédures allégées des concessions », *Contrats et Marchés publics*, 2014, n°6, p.35.

ECKERT (G.), « Le périmètre des marchés de partenariat », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 11.

- ESPUGLAS (P.), « Le service universel », *DA*, n° 12, 2002, p.6.
- FATÔME (E.), « Le nouveau cadre légal », *AJDA* 1996, p.579.
- FATÔME (E.), « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA*, 2007, p. 959.
- FATÔME (E.) et TERNEYRE (P.), « Actualité du domaine public : la loi du 25 juillet 1994 », *AJDA* 1994, p.780.
- FATÔME (É.) et TERNEYRE (Ph.), « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », *AJDA* 1997, p. 138.
- FATÔME (E.) et RICHER (L.), « Contrat de partenariat immobilier ; réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages », *ACCP*, 2004, n° 36, p. 24.
- FRÉMEAUX (S.) et NOËL (C.), « Qu'est ce qu'une juste rémunération ? ce que nous enseigne la conception du juste salaire de Thomas d'Aquin », *Management et Avenir*, 2011, n°48, p.76.
- FRISON-ROCHE (M-A.), « Le droit des deux mondialisations », *Archives de la philosophie du droit*, 2003, Tome 47, p. 17.
- FRISON-ROCHE (M-A.), « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *in, Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presse de Science Po, 2006, p.33
- GAUDEMET (Y.), « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français, *in*, Nonagesimo anno, Mélanges en hommage à Jean GAUDEMET », Paris, P.U.F, 1999, p. 613
- GAUDEMET (Y.), « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP* 2004, n° 36, p. 331.
- GAUDEMET (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratif : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, p. 313.
- GAUDEMET (Y.), « Libres propos sur le droit des contrats administratifs », *RGEP-CJEG*, n°605, 01/2014,, p.1.

GEFFROY (A.), « Les Grands Travaux publics en Italie - Le dessèchement du lac Fucin », *Revue des deux mondes*, 1877, tome 23, p.805.

GUENAIRE (M.), « Le service public au cœur du modèle de développement français », *JCP A*, 2005, p. 1209

GUILLOT (P.), « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *Dalloz*, 2005. Chronique. 319.

HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », *cahier de la nouvelle journée*, Paris, 1925, n°23, p. 10.

HAURIOU (M.), « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Publication du centre de philosophie politique et juridique, 1986 (réimp 1926), p.136 et 137.

HOEPPFNER (H.), « L'avenir compromis des partenariats publics-privés institutionnalisés. À propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'État n° 383264 du 1er décembre 2009 », *Contrats et Marchés publics*, 2010, étude 11.

HOEPPFNER (H.), « Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière. À propos de l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État du 21 juin 2011 », *Contrats et Marchés publics*, n° 10, Octobre 2012, étude 7.

HOEPPFNER (H.), « La délégation de service public : une notion condamnée ? », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2014, n°98, p. 45.

HOEPPFNER (H.), « La nouvelle directive concession, sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Europe*, n°6, 06/2014, étude 5.

HOEPPFNER (H.), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, 2014, n°6, p. 67.

HOEPPFNER (H.), « Marchés et contrats mixtes », *Contrats et marchés publics*, n°10, 2015, dossier 5.

IANNELLO (C.), « l'idée de service public et les paradoxes du processus de

privatisation en Italie », *AJDA*, n°39, 2012, p.2151. JARRAY (G-L.), « Le socialisme municipal en Italie », *Annales des sciences politiques*, Paris, 1904, p.303.

IOSSA (E.), MARTIMONT (D.) et POUYET (J.), « Partenariats public-privé : quelques réflexions », *Revue économique*, 2008, n°59, p.437.

JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in, *Le contrat au début du XXIème siècle, études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J, 2001, p.441

JESTIN (G.) « Le financement des grands équipements collectifs », *RFFP* 1988, n° 22, p. 141.

KALFÈCHE (G.), « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA*, 2007, p.2420.

KALFLECHE (G.), « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? » *Contrats et marchés publics*, n°6, juin 2014, p.18.

KARPENSCHIF (M.), « Qu'est ce qu'une compensation d'obligations de service public ? », *LPA*, 30/03/2004, n°64, p.4.

KARPENSCHIF (M.), « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *Contrats et Marchés publics*, 2014, n°6, p.21.

KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTDE*, 1996, p. 217.

KOVAR (J-P.), « La nouvelle définition des droits exclusifs ou spéciaux au sens de la directive secteurs », *Contrats et Marchés publics*, 2008, n°3, étude 3.

LANNEAU (R.), « Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics », *LGDJ*, Paris, 2010.

LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), « Le droit dérivé de la LOLF », *AJDA*, 2006, p.536.

LAZZARO (T.), « Le contrôle des marchés publics en Italie », *RFFP*, 2008, n° 101, p. 107.

LEFOULON (J.), « Les formalités en matière de sanctions dans le contrat administratif », *AJDA*, 1974, p. 565.

LEGRAND (P.), «The Impossibility of Legal Transplants», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 4, 1997, p. 111.

LEGRAND (P.), « Issues in the Translatability of Law », *in* (S.) BERGMANN and WOODS (M.), *Nation, Language and the Ethics of Translation*, Princeton, 2005, p. 30.

LEMASSON (F.) « L'exemple du financement des lycées et le METP », *Revue d'économie financière*, 1995, p.213.

LEPRON (F.), « Quelle place pour le dialogue et la négociation dans l'achat public », *Le Moniteur Contrats publics*, 2010, n°100, p. 59.

LEQUIEN (M.) et CUCHE (P.), « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipement public », *DA*, 2004, Chr. n° 22

LHUMANN (N.), « clôture et couplage », *in*, ARNAUD (A-J) et GUIBENTIF (P.), *Niklas Luhmann : observateur du droit*, Paris, L.G.D.J, 1995

LHUMANN (N.), « La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit », *Droit et société*, n°47,2001, p.15

LICHÈRE (F.), « Les contrats de partenariats, fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ? » *RDP* 2004, n°6, pp. 1547-1568.

LICHÈRE (F.), « L'appel d'offres au fil des codes » *CP-ACCP*, n° 67, 2007, p. 32.

LIGNIÈRES (P.), « L'évaluation préalable des contrats de partenariat », *DA* 2004, n°10, p. 46.

LIGNIERES (P.), « La frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat », *DA*, 2005. p 7.

LIGNÈRES (P.), « L'impact de l'allocation des risques dans les PPP sur la dette publique : éléments de réflexion », *Revue du trésor*, 06/2007, p.291, numéro spécial.

LINDITCH (F.), « Droit administratif, l'éternel retour : L'illustration des marchés publics », *Revue administrative*, 2002, n°328, p.358.

LINDITCH (F.), « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel », *JCP A*, n° 41, 2003, p. 1293.

LINDITCH (F.), « Et si le Conseil constitutionnel avait vu juste ? », *JCP A* n° 14, 2004, p. 449.

LINDITCH (F.), « Les partenariats public-privé, vecteurs d'externalisation et de déconsolidation ? Quelques interrogations de nature financière », *Droit et ville*, n° 60/2005, p. 229.

LINDITCH (F.), « L'ordonnance relative aux contrats de concession de travaux publics, nouvel instrument de la commande publique », *JCP A*, n°37, 07/09/2009, p. 2214.

LINDITCH (F.), « Décret relatif aux concessions de travaux publics, Les dispositions applicables aux collectivités locales », *Contrats et Marchés publics*, 2010 comm. 201.

LINDITCH (F.), « Contribution à la distinction des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat », *JCP A* n°51, 19/12/2011, p.2394.

LINDITCH (F.), « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », *RFDA*, 2014, p.403.

LINDITCH (F.), « De la SEM Contrat » à la SEM à opération unique », *CMP* n°2, 2014, alerte 10.

LINDITCH (F.), « Les marchés mixtes », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p. 40.

LINDITCH (F.), « Allotissement et marchés globaux », *Contrats et marchés publics*, 2015, n°10, dossier 6.

LINOTTE (D.) CANTIER (B.), « Le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *AJDA*, 2000, p.863.

LOMBARD (F.), « La codification du critère de distinction marché/concession : le critère du risque opérationnel », *JCP A*, 2014, n°18, p.2137.

LOMBARD (M.), « Les conséquences juridiques du passage de l'État propriétaire à l'État actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence », *RFAP*, 2007, n°124, p. 172.

LONG (M.), « Service public et réalités économiques du XIX^{ème} siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, p. 1161.

LLORENS (F.), « Unité et pluralité des délégations de service public », *Contrats et marchés publics*, 2003, n° 5, p.9.

LLORENS (F.), « La typologie des contrats de la commande publique résistera t'elle à la réforme des directives marchés publics ? », *Contrats et marchés publics*, 2013, n° 10, repère n° 9.

LLORENS (F.), « La théorie des biens de retour après l'arrêt commune de Douai », *RJEP* 2013, n°709, étude n° 9.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et Marchés publics*, 2003, Repères n° 7, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « La commission européenne « explique » la notion de droits spéciaux ou exclusifs », *Contrats et Marchés publics*, 2006, n°6, repère 4.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « La SEM à opération unique ou l'avènement du PPPI à la française », *CMP* n°1, 2014, repère 1.

LUCIANI (M.), « L'anti souverain : mutation de la société internationale et décision économique nationale », *Recueil des cours de l'Académie de droit constitutionnel*, 2001, Vol. XI, p. 131.

MAJORANA (A.), « La municipalisation des services publics en Italie », *Revue socialiste*, Paris, mars-avril 1903, p.333.

MARCOU (G.), « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », *RFDA*, 2006 p. 84.

MARGAIRAZ (M.), DARD (O.), « Le service public, l'économie, la République : Revue d'histoire moderne et contemporaine », n° 52-3, juillet-septembre. 2005, p. 7.

MARTY (F.), « L'évolution des conditions de financement des contrats de PPP », *EPPP DP* N°. 2013-03, Chaire Economie des Partenariats Public-Privé, Institut d'Administration des Entreprises, Novembre 2013, p.7.

MARTY (F.) et VOISIN (A.), « La comptabilisation des contrats de Private Finance Initiative au Royaume-Uni », *Cahier de recherche du GIREF*, n°2, mars 2009.

MARTOR (B.) et DEGENNE (V.), « L'évaluation préalable des P.P.P. : un passage obligé pour la réussite du partenariat », *Cahier du droit de l'entreprise*, 2006, n°4, p.21.

MAZOUZ (B.), « Les aspects pratiques des partenariats public-privé : de la rhétorique néolibérale...aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP », *RFAP*, n° 130, 2009.

MÉNÉMÉNIS (A.), « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *AJDA*, 2004, p.1737.

MELLERAY (F.), « Le marché d'entreprise et de travaux publics, un nouveau Lazare juridique ? » *AJDA* 2003, p.1260 .

MELLERAY (F.), « Contrat de partenariat et encadrement constitutionnel et communautaire », *Droit et Ville* n° 60, 2005, p. 47.

MILLARD (E.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n°30, p.381.

MOREAU (D.), « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA*, 2003, p. 1418.

MULLER (É.), « Les modifications apportées au régime des marchés de partenariat », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 12.

NICINSKI (S.), « La place des contrats de partenariat au sein des contrats publics », *Revue du Trésor*, 04/2007, p.237.

NIOCHE (J-P), « L'évaluation des politiques publiques et la gestion en France, un rendez-vous manqué ? », *Revue française de gestion*, 2014, n°245, p. 71.

NOGUELLOU (R.), « *Les consommateurs et les services publics* » Association Henry Capitant, Journée Parisienne du 12/06/2007, *Le Consommateur*, www.henricapitant.org

NOGUELLOU (R.), *Le BEH de l'hôpital sud francilien*, DA n°3, 03/2015, alerte 18.

NOGUELLOU (R.), « Le nouveau champ d'application du droit des marchés

publics », *AJDA*, 2015, p.1789.

OLIVIER (F.), « Le partenariat public-privé en pratiques... nouvelles ! Ou lecture guidée et essai de synthèse. 2^e partie : le contrat de partenariat », *Contrat et Marchés publiques*. 2005. Etude 3.

ORIOU (J-S) et PERRITAZ (M.), « Pour une gestion du service public par le titulaire d'un contrat de partenariat », *AJCT*, 2012, p.90.

PARIENTE (A.), « La démarche de performance issue de la LOLF : quelles perspectives ? », *RDP* 2006, p. 38.

PERALDI-LENEUF, « Le consommateur-citoyen et la mutation des obligations de service public », in, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Documentation Française, 1996, p. 373

PEYRICAL (J-M), « le marché d'entreprise de travaux publics : une nouvelle atteinte au droit des services publics locaux », *LPA* n°28, 7/03/1994, p. 7.

POMMER (S.), « Public Private Partnership », in TZYLOUS (M.), CARANTA (R.), *EU Public Contract Law : Public Procurement and beyond*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.285.

REYNAUD (T.), « Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public », *BJCP* 2010, n° 70, p. 166.

RICHER (L.), « Le socialisme municipal a t'il existé ? » *Revue historique de droit français et étranger*, 1984, p.205.

RICHER (L.), « quelles réformes pour légaliser le M.E.T.P », *RGCT*, 2002, p.150.

RICHER (L.), « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA*, 2007, p. 2225.

RICHER (L.), « Partenariat public-privé et privatisation », *Pouvoirs locaux*, n° 74, 2007, p. 92.

RICHER (C.), SOULE (B.) et DURAND (C.), « L'approche économique de la gestion déléguée en question », *Revue Française de gestion*, 05/2009, n°195, p.43.

RIVERO (J.), « Apologie pour « les faiseurs de système », *Dalloz*, 1951, p.109.

RODRIGUES (S.), « les subventions aux entreprises de service public ne sont plus nécessairement des aides d'État », *AJDA*, 2003, p. 1739.

ROLIN (F.), « les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house », *AJDA*, 2005, p.898.

ROUQUETTE (R.), « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », *AJDA*, 1995, p. 483.

SANDULLI (A.), « La tradition nationale du droit administratif en Italie », *RFDA*, 2012, p. 773.

SAUNIER (S.), « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA*, 2007, p.609.

SAUSSIER (S.) et TIROLLE (J.), « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Notes du conseil d'analyse économique, 03/2015, n°22, p.1.

SEKFALI (Z.), « Droits des financements structurés », *Revue Banques*, 2004, p. 536.

SYMCHOWICZ Nil, « Paradoxes sur les contrats de partenariats », *Contrats et marchés publics*, 2004, p. 8.

TEUBNER (G.), « "Et Dieu rit..." Indétermination, autoréférence et paradoxe en droit », *Archives de philosophie du droit*, 1989, n° 34, p. 269.

TEUBNER (G.), « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau », *Droit et Société*, 2001, n°47, p.79.

TESSIER Alain, « La refonte des directives communautaires sur la coordination des procédures de passation des marchés publics », 2003, *BJCP*, n° 27, p 90.

TERNEYRE (Ph.), « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, numéro spé. p. 45.

TERNEYRE (P.), « Les nouveaux contrats de partenariat et la typologie des instruments du partenariat public-privé », *RDI*, 2003, p.520.

TERNEYRE (P.), « La notion de marché public : rupture ou continuité ? », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p. 12.

TROPER (M.), « système juridique et Etat », *Archives de la philosophie du droit*,

1986, p.29.

TRUCHET (D.), « nouvelles récentes d'un illustre vieillard, label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p.427.

UBAUD-BERGERON (M.), « La négociation », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, p.31.

UBAUD-BERGERON (M.), « Le champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°10, dossier 2.

VIDELIN (J-C.), « Le droit public économique et les crises économiques : approche historique », *RFDA* 2010, p. 727.

VIDELIN (J-C), « Partenariat public-privé : histoire d'un équilibre incertain », *JCP A*, n°51, 19/12/2011, p. 2393.

VILLEY (M.), « Philosophie du droit, définitions et fins du droit », Dalloz, n°112, 1975, p. 196.

WALLINE Jean, « L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants », *RDP*, 1951, p.5.

WILLIAMSON (O.), "Transaction-cost economics: the governance of contractual relations", *Journal of Law and Economics*, 10/1979, p. 233.

WILLIAMSON (O.), "the firm as a nexus of treaties", *Journal of economic Literature*, 1991, Vol. 29, n°3, p. 1202.

YOLKA (P.), « Établissement publics de santé et bail emphytéotique administratif », *JCPA*, 2004, n°22, p. 744.

YVRANDE-BILLON (A.), « Concurrence et délégation de services publics, quelques enseignements de la théorie des coûts de transaction », *Revue française d'économie* n° 3, 2006, p. 97.

ZIMMER (W.), « remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *Contrats et marchés publics*, 2015, n°10, dossier n°4.

ZWEIGERT (K.), « Méthodologie du droit comparé », in, *Mélanges Maury*, Librairie Dalloz Sirey, 1960.

§5. Notes et conclusions

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), Concl. sur CE, 25/02/1994, *SOFAP-Marignan Immobilier*, RFDA 1994, p. 510.

BERGEAL (C.), Concl. sur CE, Sect., 08/11/2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, RFDA 2001, p. 112.

BERGEAL (C.), Concl. sur CE, 08/02/1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat*, AJDA 1999, p. 364.

BERGEAL (C.), Concl. sur CE, 07/04/1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, AJDA, 1999, p. 517.

BERGEAL (C.), Concl. sur CE, 30/06/1999, *Département de l'Orne et Société Gespace France*, BJCP 1999, p. 602.

BERGEAL (C.), Concl. sur CE, 30/06/1999, *SMITOM*, AJDA, 1999, p.714.

BLUM (L.), Concl. sur CE 11/03/1910, *Ministre des travaux publics contre Compagnie générale française des tramways*, Rec. p 216.

BLUM (L.), Concl. sur CE, 31/07/1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, D. 1916, III, p. 35

BOITEAU (Cl.), note sous CE, Sect., 22/02/2007, *APREI*, RFDA 2007, p. 803.

BOULOUIS (N.), Concl. sur CE, 23/07/2010, *M. Lenoir et Syndicat national des entreprises de second oeuvre du bâtiment*, BJCP 2010, p. 360.

BRAIBANT (G.), Concl. sur CE, 29/04/1970, *Unipain*, AJDA, 1970, p. 430.

BRACONNIER (S.), note sous CE, 08/02/1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat*, RFDA 1999, p. 1172.

CLAMOUR (G.), CE, 05/10/2007, *Sté UGC-CINÉ-CITÉ*, RLC n° 14, 2008, p. 998.

COLOMER (R.-J.), Concl. sur CJCE, 15/10/2009, *Acoset SpA*, BJCP 2009, p. 43.

DACOSTA (B.), Concl. sur CE, 23/12/2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, *BJCP* 2009, p. 103.

DACOSTA (B.), Concl. sur CE Ass., 21/12/2012, *Commune de Douai*, *AJDA*, 2013, p.457.

ECKERT (G.), note sous CE, 05/06/2009, *Société Avenance Enseignement et Santé*, *Contrats et Marchés publics*, 2009, comm. n° 236.

ECKERT (G.), note sous CE, 06/04/2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *Contrats et Marchés publics*, 2007, n° 6, comm. n° 191.

ECKERT (G.), note sous CE, 05/10/2007, *Sté UGC-CINÉ-CITÉ.*, *Contrats et Marchés publics*, 2007, n°10, comm. n° 308.

ECKERT (G.), note sous CE, 13/10/2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, *Contrats et Marchés publics*, 2005, n°10, comm. n° 306.

ECKERT (G.), note sous CE, 29/10/2004, *Sueur e. a.*, *Contrats et Marchés publics*. 2004, n°10, comm. n° 249.

FATÔME (É.), MOREAU (J.), Note sous CE, 06/05/1985, *Association Eurolat Crédit foncier de France*, *AJDA* 1985, p. 620.

GAZIER (F.), Concl. sur CE 07/07/1950, *Dehaene*, *RDP*, 1950, p.691.

GENEVOIS (B.), Concl. sur CE, 06/05/1985, *Association Eurolat Crédit foncier de France*, *RFDA* 1986, p. 26.

HAURIOU (M.), « note sous CE, 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon c/ Ville d'Angoulême* », *S.* 1904.III.81.

HAURIOU (M.), note sous CE, n°59928, 30/03/1916 *Compagnie générale d'éclairage Bordeaux*, *Sirey*, 1916.III.17

HAURIOU (M.), « note sous *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, *S.*, 1902.3.17.

LAURENT, Concl. sur CE, 16/11/1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *D.* 1956, p. 759.

LA PERGOLA (A.), Concl. sur CJCE, 10/11/1998, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, *BJCP* 1999, p. 155.

LASVIGNE (S.), Concl. sur CE, 01/04/1994, *Commune de Menton*, RDP 1994, p.1825.

LEGER (P.) Concl. sur CJCE, 24/07/2003, *Altmark Trans GmbH*, JCP A n° 38, 2003, p. 1200.

LINDITCH (F.), Note sous CE, Sect., 06/04/ 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, JCP A, n° 21, mai 2007, p. 21.

LLORENS (F.), Note sous CJCE, 12/07/2001, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi*, *Contrats et Marchés publics*, 2001, n°8, comm. n° 154.

LLORENS (F.), Note sous CJCE, 07/12/2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress c/ Telekom Austria AG*, *Contrats et Marchés publics*, 2001, n° 2, p. 24.

ROMIEU (J.), Concl. sous CE 20/01/1905, *Compagnie départementale des eaux*, Rec. p. 55.

RICHER (L.), Note sous CE, 07/11/2008, *Département de la Vendée*, AJDA, 2008, p. 2454.

RICHER (L.), Note sous CE, 30/06/1999, *Département de l'Orne et Société Gespace France*, CJEG 1999, p. 434.

ROLIN (F.), note sous CE, Ass., 04/11/ 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, RDC 2005, p. 485.

TERNEYRE (Ph.), Note sous CC, n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, BJCP 2008, p. 310.

TERNEYRE (Ph.), Note sous CE, 15/04/1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, AJDA 1996, p. 806.

WAHL (N.), Concl sur CJCE Aff. C-213/13 du 15/11/2014, *Impresa Pizzarotti*, BJCP, 2015, p.98.

ZIMMER (W.), note sous CE, Avis n°383668 du 16/03/2010, *Contrats et marchés publics*, n°11.

ZIMMER (W.), Note sous CJCE, 19/06/2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, *Contrats et marchés publics*, 2008, comm. 186.

ZIMMER (W.), note sous CJCE, 17/07/2008, *République italienne, Contrats et Marchés publics*, 2008, comm. n° 183.

§6. Études, rapports, communications, etc.

Caisse des dépôts, *Partenariats public-privé et collectivités territoriales*, Paris, la documentation française, 2002.

Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE n° 59, 2008.

Conseil d'État, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE n° 53, 2002.

Conseil d'État, rapport public 1993 : EDCE, n°45, 1994.

Conseil Scientifique de l'évaluation, *L'évaluation : de l'expertise à la responsabilité*, Paris, La documentation Française, 1991.

Commission des communautés européennes, *Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés*, JOUE, 2008, C-91.

Commission des communautés européennes, *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, COM (2004) 374 final.

Commission des communautés Européennes, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaires des marchés et des concessions*, 30/04/2004, COM (2004), 327 final.

Commission des communautés européennes, *Guidelines for successful public-private partnership*, 03/2003.

Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM(2003) 270 final, Bruxelles, 21/05/2003.

Commission des communautés européenne, *Évaluer les programmes socio-économiques, glossaire de 300 concepts et termes techniques*, Vol. 6, 1999

Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire, 12/04/2000, JOCE n°121.

COSSALTER (P.) et Du MARAIS (B.), *La private finance initiative*, I.G.D, mars 2001.

Cour des comptes, *Rapport public annuel*, La documentation française, février 2015.

Cour des comptes, *rapport public 2014, Les partenariats public-privé du plan Hôpital 2007 : une procédure mal maîtrisée*, La documentation Française, 2014.

Cour des comptes, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport public particulier, décembre 2003, Paris, Éditions des journaux officiels, 2003.

Cour des comptes, *Rapport au président de la république*, Paris, La documentation française, 1999.

ESTACHE (A.) et SAUSSIÉ (S.), « Public-Private Partnership and efficiency : A short Assessment », CESifo DICE Report, n°3/2014.

EUROSTAT, Décision 2004-18, *Le traitement comptable des partenariats public-privé*. Communiqué de Presse du 11/02/2004.

HM Treasury, *Standardization of PFI Contracts. Version 4 (SoPC4)*, mars 2007.

IFRIC 12, 03/03/2005, *Service Concession Arrangements- determining the Accounting model*.

MAPPP, Clausier type, contrat de partenariat, Fidal, 2011.

MAPPP, « La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 et ses dispositions relatives aux contrats de partenariat », fiche technique n° MAPPP/09-05.

Rapport ARTHUIS fait au nom de la commission des finances sur la prise en compte de la dette publique dans les comptabilités nationales, n° 374, 31/003/2010.

Rapport BÉTEILLE fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi n°211 relatif aux contrats de partenariat, 26/03/2008, n°239.

Rapport BRUX (J.), PIRON (V.), SAUSSIÉ (S.), « une analyse économique des partenariats publics-privé », I.G.D, 06/2011, p.15.

Rapport du groupe des banques et organismes financiers membres de l'I.G.D,
Le financement des PPP en France, Institut de la Gestion Déléguée, Octobre 2006.

Rapport GOASGUEN *fait au nom de la commission des lois de l'assemblée nationale relatif aux contrats de partenariat*, 18/06/2008, n°967.

Rapport LEBRUN, *Aspect économique et comptable des investissements dans les P.P.P.*, I.G.D, 06/2011, p.21.

Rapport LIENEMANN n°159 *fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire*, 06/12/2011.

Rapport SAUSSIÉ, *mode de gestion et efficacité, Une analyse néo-institutionnelle*, pour le Ministère de l'Écologie et du développement durable, ATOM, 05/2004

Rapport JUVIN *sur la résolution législative sur la proposition de directive concession*, IMCO, 2011/0437, 05/07/2012.

Rapport SUEUR (J-P) et PORTELLI *fait au nom de la commissions des lois sur les partenariats public-privé*, n° 773, 16/07/2014.

§7. Législation

Union européenne

DIRECTIVE Européenne n°71-305 du 26 juillet 1971, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, J.O.C.E du 16/08/1971 p.5.

DIRECTIVE 92/50/CEE, 18/06/1992, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services*, J.O.C.E L-209, p.1.

DIRECTIVE 92/13/CE du 25/02/1992 *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant*

dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications,
J.O.C.E n° L 76 du 23/03/1992.

DIRECTIVE n° 93/37/CEE du 14/01/1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, JOCE L-199 du 9/8/1993, p. 54.

DIRECTIVE 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15/12/1997, concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *JOCE* L 15, du 21 janvier 1998, p. 14.

DIRECTIVE 2002/22/CE 07/03/2002, « service universel » *JOCE* L 108 du 24 avril 2002, p. 51.

RÈGLEMENT (CE) n° 2195/2002 du 05/11/2002 *relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV)*, J.O.C.E n° L 340 du 16/12/2002.

DIRECTIVE n° n°2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, J.O.U.E n° L 134/1 du 30/04/2004.

DIRECTIVE n°2004/18/CE du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, J.O.U.E n° L 134/1 du 30/04/2004.

DIRECTIVE 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE du 14/08/2009*, J.O.U.E n° L 211, p. 55.

RÈGLEMENT UE n°360/2012 du 25/04/2012 *relatif à l'application des articles 107 et 108 du T.F.U.E aux aides « de minimis » accordées à des entreprises fournissant des S.I.E.G*, J.O.U.E n° L 114/8 du 26/04/2012.

DIRECTIVE 2007/66/CE du 11/12/2007 *modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de*

recours en matière de passation des marchés publics, J.O.C.E, n° L 335/31 du 20/12/2007.

DIRECTIVE 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26/02/2014 *sur l'attribution de contrats de concession*, J.O.U.E n° L-94 du 28/03/2014.

DIRECTIVE 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26/02/2014 *sur la passation des marchés publics*, J.O.U.E n° L-94 du 28/03/2014.

DIRECTIVE 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26/02/2014 *relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, J.O.U.E n° L-94 du 28/03/2014.

France

Édit royal n° 133 *pour le dessèchement des marais, portant commission à cet effet à un étranger*, in, ISAMBERT (F-A.), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Tome XV, p. 212.

Décret des 18 et 29 décembre 1790, in, DUVERGIER (J-B), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, Paris, éd. du Louvre, 1824, p. 402.

Loi du 6 frimaire de l'an VI (26/11/1798) *relative au régime des bacs sur les fleuves, rivières et canaux navigables*

Édit royal de Saint-Germain-en-Laye, octobre 1666, in, Archives du Canal du Midi, V.N.F Toulouse, p. 3.

Ordonnance du 04/12/1836 *portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 36, p. 487.

D.L du 05/11/1926, *Loi de décentralisation et déconcentration administrative*, J.O.R.F, 07/11/1923, p.11894.

D.L du 28/12/1926, *Loi relative aux régies municipales réglementant les entreprises*

exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière, J.O.R.F, 31/12/1926, p. 13742.

Décret n°55-579 du 20/05/1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique, J.O.R.F du 21/05/1955, p. 5073.

Loi n°78-753 du 17/07/1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif et fiscal, J.O.R.F du 18/07/1978, p. 2851.

Loi n° 83-597 du 07/07/1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, J.O.R.F du 08/07/1983, p.2099

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JORF du 13/08/1985, p.7914 .

Loi n° 88-13 du 05/01/1988, d'amélioration de la décentralisation, J.O.R.F 08/01/1988, p. 208.

Loi n° 91-3 du 03/01/1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, J.O.R.F n°4 du 5/01/1991 p. 236.

Loi n°92-683 du 22/07/1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, J.O.R.F n°169 du 23/12/1992 p.9864.

Décret n° 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public, J.O.R.F n°72 du 26/03/1993, p. 4773.

Loi n° 93-122 du 29/01/1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, J.O.R.F du 30/01/1993, p. 1588.

Loi n°94-631 du 25/07/1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, J.O.R.F n° 171 du 26/07/1994, p. 10749.

Loi n° 95- 127 du 08/02/1995, relative aux marchés publics et délégations de service public, J.O.R.F du 09/02/1995, p. 2186.

Loi organique n°2001-692 du 01/08/2001 relative aux lois de finances, J.O.R.F

n°177 du 02/08/2001, p.12480.

Décret n°2001-923 du 08/10/2001 *approuvant la convention de concession passée entre l'Etat et la Compagnie EIFFAGE du viaduc de Millau*, J.O.R.F n°235 du 10/10/2001, p. 15923

Loi n° 2001-1168 du 11/12/2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, J.O.R.F n° 288 du 12/12/2001, p. 19703.

Loi n° 2002-1 du 02/01/2002 *relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales*, J.O.R.F du 03/01/2002, p. 121.

Loi n° 2002-1094, 29/08/2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, J.O.R.F n°202 du 30/08/2002.

Loi n° 2002-1138, 09/09/2002, *loi d'orientation et de programmation pour la justice*, J.O.R.F n° 211 du 10/09/2002.

Loi n° 2003-73 du 27/01/2003 *relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008*, J.O.R.F n°24 du 29/01/2003.

Loi n° 2003-239 du 18/03/2003 *sur la sécurité intérieure*, J.O.R.F n°66 du 19/03/2003.

Ordonnance n°2003-850 du 04/09/2003 *portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation*, J.O.R.F. n° 206 du 06/09/2003, ratifiée par la loi n° 2004-806 du 9/08/2004, J.O.R.F du 11/08/2004.

Loi n° 2003-1119 du 26/11/2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, J.O.R.F n° 274 du 27/11/2003.

Ordonnance n° 2004-559 du 17/10/2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O.R.F n°141 du 19/06/2004 p. 10994.

Décret n°2004-1145 du 27/10/2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats*, J.O..R.F du 29/10/2004, p. 18260.

Loi n° 2008-735 du 28/07/2008 *relative aux contrats de partenariat*, JORF n°0175 du 29/07/2008, p.12144.

Loi n°2009-179 du 17/02/2009 *pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, J.O.R.F n° 41 du 18/02/ 2009, p.2841.

Décret n° 2009-243 du 02/03/2009 *relatif à la procédure de passation et à certaines modalités d'exécution des contrats de partenariat passés par l'Etat et ses établissements publics ainsi que les personnes mentionnées aux articles 19 et 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004*, J.O.R.F n°53 du 4/03/2009.

Ordonnance n° 2009-864 du 15/07/2009 *relative aux contrats de concession de travaux publics*, J.O.R.F du 16/07/2009, p. 11853.

Décret n° 2010-406 du 26/04/2010 *relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique*, J.O.R.F n°99 du 28/04/2010, p. 7686.

Loi n° 2010-559 du 28/05/2010 *pour le développement des sociétés publiques locales*, J.O.R.F n°122 du 29/05/2010, p. 9697.

Arrêtés du 16/12/2010 *relatif à l'instruction budgétaire et comptable M 14 applicables aux communes et aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif*, J.O.R.F n° 297 du 23/12/2010 p. 2256.

Loi n°2011-267 du 14/03/2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, J.O.R.F n°62 du 15/03/2011, p. 4582.

Loi n° 2011-617 du 01/06/2011 *relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016*, J.O.R.F n° 0128 du 02/06/2011 p. 9553.

Décret n°2011-709 du 21/06/2011, *modifiant le décret n°2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*, J.O.R.F n°0144 du 23/06/2011, p. 10690.

Décret n° 2011-2065 du 30/12/2011 *relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs*, J.O.R.F n° 0303 du 31/12/2011 p. 23003.

Décret n° 2012-1093 du 27/09/2012 *complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics*, JORF n°0227 du 29/09/2012, p. 15356.

Décret n°2012-1246 du 07/11/2012 *relatif à la gestion budgétaire et comptable publique*, J.O.R.F n° 262 du 10/11/2012, p.17713.

Loi n° 2013-1278 du 29/12/2013 *de finances pour 2014*, J.O.R.F n° 303 du 30/12/2013, p. 21829 .

Loi n° 2014-744 du 01/07/2014 *permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique*, JORF n°151 du 02/07/2014.

Loi n°2014-1653 du 29/12/2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, J.O.R.F n°0301 du 30/12/2014, p. 22786.

Ordonnance n° 2015-899 du 23/07/2015 *relative aux marchés publics*, J.O.R.F n°0169 du 24/07/2015, p.12602.

II. Langue italienne

§1. Ouvrages généraux

DE VALLES (A.), *I servizi pubblici*, in ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, parte I, Milano, 1930.

BOBBIO (N.), *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, G.Giappichelli, 1960.

CASSESE (S.), *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 1995.

CASSESE (S.), *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971.

CASSESE (S.), *Il mondo nuovo del diritto : Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, 2008

CASSESE (S.), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2000, 83 ss.;

CASSESE (S.), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Vol. 2, 2^{ème} èd., Milano, Giuffrè, 2003.

CERULLI IRELLI (V.), *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000.

- COCCO (G.), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, GIUFFRÈ, Milano, 2010.
- CROUCH (C.), *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- CHIEPPA (R.), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré Editore, Milano, 2011.
- D'ALBERTI Marco, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.
- GIANNINI (M-S), *Lezioni di diritto amministrativo, I, L'amministrazione pubblica e la sua attività*, Giuffré, Milano, 1950.
- MIELE (G.), *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931
- MIELE (G.), *Scritti giuridici*, Milano, Giuffré, 1987.
- MOLINA (B.), *Ideologia del credito fra tre et quattrocento : atti del convegno internazionale, Modena, 2001*, Centro studi sui lombardia sul credito nel Medioevo.
- GIANNINI (M-S), *Diritto pubblico dell economia*, Il Mulino, 3^{ème} edition, 1989.
- PERFETTI (L-R.), *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi, Padova, 2001*.
- DE FALCO (V.), *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, 2003, Padova.
- MANNORI (L.), *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- NAPOLITANO (G.), *Servizi pubblici e rapporto di utenza*, Giuffré, Milano, 2001.
- ORLANDO (V-E), *Primo trattato complete di diritto amministrativo italiano*, Milano, Giuffré, Società Editrice Libreria, 1920.
- PELINO (S.), *Nuovo Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, 2011.
- POTOTSCHNIG (U.), *I pubblici servizi*, Padoue, CEDAM, 1964.
- RANELLETTI (O.), *Principi di diritto amministrativo, Vol. I, introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Piero Ed., 1912
- SACCO (R.), *Introduzione al diritto comparato*, IV ed., Turin, G. Giappichelli Editore, 1990.
- SUMNER MAINE (H.), *Diritto antico*, Milano, 1998, Giuffrè editore.

ZANOBINI (G.), *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in, *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffr , Milano, 1955.

§2. Monographies spécialisées, thèses et mémoires

BENEDETTI (A.), *I contratti della pubblica amministrazione tra specialit  e diritto comune*, Torino, 1999

BIAGETTI (V.), *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, Giappichelli, 2007.

CASTENASI (S.), *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*,

CARTEI (G.), *Il servizio universale*, Milano, Giuffr , 2002 .

CARTEI (G.), *Responsabilit  e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

CARTEI (G-F.) e RICCHI (M.) (a cura di), *Finanza di progetto temi e prospettive approfondimenti sistematici ed interdisciplinari*, Editoriale scientifica, 2010.

CAROLI-CASAVOLA (H.), *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffr , 2012.

CASSARINO (S.), *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, Giuffr , 1962, p.148.

CASSESE (S.), *Aspetti della storia delle istituzioni*, in *Lo sviluppo economico in Italia*, Torino, Einaudi, 1960.

CAVALLO PERIN Roberto, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Turin, Giappichelli Editore, 1998.

CHIEFFI (L.) (dir.), *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2003.

CHIEFFI (L.), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identit  e prospettive di ripresa*, Giappichelli, Torino, 2009.

CHIRULLI (P.), *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova,

2005

CHITI (M.), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 511 p.

CIANFLONE (A.) e GIOVANNINI (G.), *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffré, 2012.

D'ALBERTI Marco, *Le concessioni dei servizi pubblici*, Roma, Coll. Materiali CISPEL, 1998.

De PAOLIS (M.), *Le controversie sui contratti pubblici : In sede stragiudiziale e nel processo civile, amministrativo, penale e contabile*, CEDAM, 2010.

DIPACE (R.), *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

DRAETTA (U.) (a cura di), *Il project financing, Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997.

FALCON (G.), *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffré, 1984.

FALZONE, (G.), *I beni del «patrimonio indisponibile»*, Milano, Giuffré, 1957.

FRANCHINI (C.), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, Torino, UTET, 2007.

FERRARO (V.), *I partenariati pubblico-privato nella prospettiva del diritto europeo*, Academy of European public law series, London, 2010.

GALLO (M.), *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936.

GAMBERINI (A.), *Appunti per le lezioni del corso di diritto degli appalti dei servizi e dei contratti pubblici*, Milano, Giuffré Editore, 2013.

GUERRIERI (A.), *Scelta e ruolo del socio privato nelle società miste*, Università degli studi di Perugia, corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza, Perugia, 2011.

LAMBERTI (C.), *L'accordo bonario nel codice degli appalti.*, in *Urbanistica e appalti*, 2008 fasc. 4, p. 417.

La ROCCA (P.), *La costruzione e la gestione di opere pubbliche in regime di concessione*, Rimini, Maggioli, 1993.

MAMELI (B.), *Servizio pubblico e concessione, L'influenza del mercato sui regimi*

protezionistici e regolamentari, Milano, Giuffré Editore, 1998.

MIELE (G.), *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.

MIGALE (L.), *I servizi pubblici : esternalizzazione, contratti e controllo*, Turin, Giappichelli, 2004.

MORBIDELLI (G.), *Finanza di progetto*, Torino, Giappichelli, 2004, p.27.

NAPOLITANO (G.), *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffré Editore, 2003.

SANTORO (P.), *Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, 2003.

PALLOTINO (M.), *Costruzione di opere pubbliche*, in, *Digesto IV ed.*, Torino, Utet, 1989.

PELLIZER (F.), *Le concessioni di opera pubblica*, Padova, CEDAM, 1990.

PELINO (S.), *Nuovo Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, 2011.

PERICU (G.), a cura di, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 1995.

ROVERSI MONACO (F.) dir., *La concessione dei servizi pubblici*, Università di Bologna, Rimini, 1988.

RUGGERI (G.), *Codice dei contratti pubblici : Commento al D.lvo 12 aprile 2016, n°163*, Giuffré Editore, 2007.

SAITTA (F.), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, CEDAM, 2008.

SANDULLI (M. A), NICTOLIS (R.) et GAROFOLI (R.) (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffré Editore, 2008.

SANNINO M., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, Utet, 2008.

TOMMASI (R.), *il nuovo diritto privato della pubblica amministrazione*, Torino, 2004.

VACCA (A.) et SOLUSTRI (C.), *Il project financing per le opere pubbliche*, S.E, Roma, 2003.

VILLATA (R.), *I Contratti pubblici di lavori, Servizi e Forniture*, CEDAM, 2014.

VIGORITA (V.), *l'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959.

§3. Articles, études et rapports

AMATO (G.), « Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia », *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, p.645.

AMBROSETTI (G.), « Servizio idrico integrato : forme di gestione », *Enti pubblici*, juillet 1999, n°7, p. 393..

BALDI (M.), « Principio generale della gara e scelta del socio privato », *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 9 p. 1135 .

BAGELLA (M.), « note sulla produzione ed il finanziamento dei beni semipubblici : finanza di progetto e partenariato pubblico e privato come strumenti di politica economica », *Ec.Dir.Terz.*, 2005, p. 353.

BARDUSCO (A.), « Servizi locali e libertà di mercato», *Riv. It. Dir. Pub. Comm.*, 1194, p.34.

BARONE (A.), « L'affidamento diretto dei servizi pubblici a società miste in una recentissima pronuncia del consiglio di stato », in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, fasc. 2 p. 389.

CAIA (G.), « Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale : scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio », *N.S.*, 1995, p. 1089.

CAMMELLI (M.), « Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale », in *Le forme associative fra enti territoriali*, a cura di VANDELLI (L.), Milano, Giuffrè, 1992, p. 503.

CAPACCI (S.), « Il requisito del "controllo analogo" nella gestione dei servizi pubblici locali. Aspetti interpretativi del vincolo di subordinazione », in *Appalti e contratti*, 2007 fasc. 8-9, p. 81.

CAROLI-CASAVOLA (H.), « Local public Services in Italy », in, PERALDI (F.) (dir.), *Les sociétés publiques locales au deux ans de la loi du 28/05/2010*, L'harmattan, Paris, 2014, p. 165.

CARRINO (A.), « Conclusioni », in, CHIEFFI L (dir.), *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2003, XXX

CASSESE (S.), « La trasformazione dei servizi pubblici in italia », *Economia pubblica*, 1996, p.5.

CASSESE (S.), « Auf der gefahrhenvollen Strasse des öffentlichen rechths ». La rivoluzione scientifica di Vitorrio Emanuele Orlando», in *materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 305.

CARBONE (P.), « La revisione dei prezzi nei contratti di servizi e fornituree l'adeguamento monetario degli appalti di lavori », *Rivista trimestrale degli appalti*, 2013, n°1, p.66.

CARTEI (G-F.) e RICCHI (M.) (a cura di), *finanza di progetto temi e prospettive approfondimenti sistematici ed interdisciplinari*, Editoriale scientifica, 2010.

CATTANEO (S.), « (voce) Servizi pubblici », in “*Enc. dir. 1990, vol XLII, 355 ss.*;

CERRITELLI (M.), « Il Leasing immobiliare pubblico in costruendo nel terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti Pubblici », *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2009, p. 243.

CHITI (M.), « I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra pubblico e diritto comune », in CHITI (M.), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009.

CIRIELLO (P.), « (voce) Servizi pubblici » in “ *Enc. giur. Treccani*”, 1992, vol XXVIII, 1 ss.

CLARIZIA (A.), « Il privato inquina : gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica », *Giust. Amm.*, 2005.

CORSI (C.), « La concessioni di lavori e di servizi », in *il Partenariato pubblico-privato*, a cura di CHITI (M.), Editoriale scientifica 2009, p.11.

CORI (R.), « La concessione di servizi », *Giust amm.it*, n°6, 2007.

CORI (R.), « la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità e il Partenariato Pubblico Privato », U.T.F.P *pub.*, 05/08.

CORI (R.) et GIORGIANTONIO (C.), « Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato : un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia », *BANCA d'Italia : Eurosystema*, n° 82, décembre 2010.

CORTE DEI CONTI, Sez. Riunite, 24/05/2013, « Rapporto 2013 sul coordinamento della finanza pubblica. »

CORTE DEI CONTI, 28/01/2005, n° 08/2005/G, *indagine sullo stato di attenuazione della legge-obiettivo in materia di infrastrutture ed insediamenti strategici*, Relazione allegata alla delibera n°08/2005/G.

COSTANTINO (P.), DE MARIA (P.), « Appalti e società miste: affidamento diretto solo con la prima gara », *Appalti e Contratti*, 2009, fasc. 4 pag. 67.

CROUCH (C.), « Postdemocrazia », *Laterza*, Roma-Bari, 2003, p.109.

DE LUCA (A-M.), « In tema di competenze legislative in materia di attività contrattuale della pubblica amministrazione », Nota a C. Cost. 14 dicembre 2007, n. 431; C. Cost. 23 novembre 2007, n. 401, *Il Foro italiano*, 2008, fasc. 6 pag. 1786.

DE NICTOLIS (R.), « Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte », *in Urbanistica e appalti*, 2006, fasc. 9 pag. 1003 - 1019.

DE NICTOLIS (R.), « Le novità normative in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture », *in Urbanistica e appalti*, 2007 fasc. 9, p. 1061.

DELLA CANANEA (G.), « Continuités et changement dans la discipline des services publics en Italie, » *in Vers un service public européen*, Paris, ASPE (Collection TEPSA), 1996, pp. 163-196.

DI GASPARE (G.), « Esternalizzazione, societizzazioni e privatizzazioni : un approccio teorico », *Amministrazione In Cammino*, 2006.

DI LIETO (G.-M.), « Opere pubbliche, opere private di pubblica utilità: il regime giuridico delle opere di edilizia residenziale pubblica », *Giust. Amm. It.*, 2005.

FERRAGINA (F.) et BENCINI (F.), « Project financing e valutazione finanziaria di

- un progetto di sviluppo », *Contabilità finanza e controllo*, 2007, n°7, p.612.
- FERRARI (G-F.), Il punto nazionale sull'in house providing, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007 fasc. 3, p. 1377.
- FERRARO (V.), « le principali implicazioni della giurisprudenza comunitaria in materia di in house per la disciplina nazionale delle forme istituzionale di partenariato pubblico-privato », in CHITI (M.), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, p. 2557.
- FERRARO (G.), « Società miste: ambito di applicazione e modalità di scelta del socio », *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 2 pag. 185 - 188.
- FIDONE (G.), « Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità. », in *Il Foro amministrativo*, 2007 fasc. 12, p. 3971
- FORTI (U.), « natura giuridica delle concessioni amministrative », *Giur. It.*, 1900, IV, p.129.
- GALLIA (R.), « Il contratto di disponibilità, », *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, XXVII, 2013, n°3, p.441.
- GIGLIONI (F.), « Osservazioni sulla evoluzione della nozione di “ servizio pubblico” », in *“Foro amm.*, 1998, p. 2265.
- GOISIS (F.), « concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi », *IUS Publicum*, 06/2011, p. 2
- GRECO (G.), « Appalti di lavori affidati da SpA in mano pubblica », *Riv. It. Dir. Pubb. Comm.*, 1995, p. 1062
- GRECO (G.), « Gli appalti pubblici di servizi », *Riv. It. Dir. Pub. Comm.*, 1995, p.1299.
- IANNELLO (C.), « L'indipendenza delle autorità di regolazione tra diritto interno e comunitario », in, CHIEFFI (L.), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Giappichelli, Torino, 2009, p.213.
- IANNELLO (C.), « Dallo Stato erogatore all'impresa privata, ossia dai diritti di cittadinanza ai diritti individuali del cliente », *RDPI*, 11/2012, www.federalismi.it

- LEOPAZZA (A.), « Sulle società miste per la gestione dei servizi degli enti locali », *Gurisprudenza Commentata*, 1998, p.68.
- LIROSI (A.), « I limiti ed I divieti all attività “extra moenia” delle società miste nella gestione dei servizi pubblici locali », *in*, *giustizia amministrativa*, 2004, n°11.
- LUCIANI (M.), « L’antisovrano e la crisi delle costituzioni », *Rivista di diritto Costituzionale*, 1996, n°1, p.125.
- MARCHIANO (G.), « L’analisi economica del diritto e la finanza di progetto : un metodo alternativo di analisi », *Rapporto per Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, 2011.
- MASERA (S.), «Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria», *Urbanistica e appalti*, 2008 fasc. 5, p. 581.
- MERUSI (F.), « La finanza di progetto: alcune riflessioni », *studi e note di economia*, n°1, 1998, p.7.
- MERUSI (F.), « (voce) Servizio pubblico », *in* “*Noviss. dig. It.*”, 1970, vol. XVII, p. 215.
- MIELE (G.), « La distinzione fra ente pubblico e privato », *in*, *Riv. Dir. Comm.*, 1942, p.426.
- ORLANDO (V.E.), « i criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico », *Arch. giur. Serafini*, Vol. XLII, Pisa, 1889.
- OTTAVIANO (V.), « Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali », *Rivista delle società*, 1999, p.253.
- PALLIGGIANO (G.), « L’evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali », 26/06/2009, <http://www.giustiziaamministrativa.it>.
- PALLOTINO (M.), «Costruzione di opere pubbliche», *in*, *Digesto IV ed.*, Torino, Utet, 1989.
- PERFETTI (L-R.), « Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell’interesse pubblico ed equità », *Riv. It. Dir. Pubbl.com*, 2000, p.293.
- PETRUCCI (A.), «La codificazione del diritto civile negli stati italiani preunitari ed

il codice civile italiano del 1865», in, *Roman Law and modern civil law*. The annals of the institute of Roman Law, Tome 1, 2000, p.226.

RANELLETTI (O.), «Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative», in *Giur. it.*, 1894, IV, c, p. 7.

RAMAJOLI (M.), « Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario», in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di PERICU (G.), Milano, Giuffrè, 1995, p.322.

REMOTTI (R.), « La valutazione della pubblica amministrazione : il ruolo della contrattazione decentrata in una prospettiva europea », *ADAPT*, 2009, n°97, p. 2.

RICCHI (M.), « La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo », in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 12 p. 1375.

RIGHI (L.), «La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica et appalti di servizi, », *Riv. It. Dir. Pubb. Comm*, 1996, p.347.

RINALDI (B.), « Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica », in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2007, fasc. 6 p. 1892 - 1901.

ROMANO (S.), «*Lo Stato modern e la sua crisi*», in, ROMANO (S.), *rivista di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, p. 23, (à l'origine dans : riv di. dir. pub. 1910, p.87.)

ROEHRSSSEN (G.), « Considerazioni sui sistemi di finanziamento per la costruzione delle opere pubbliche », *Rassegna dei lavori pubblici*, 1963, p.15.

ROMANO (A.), « Profili della concessione di pubblici servizi », *Dir. Amm.*, 1994, p.491.

RUSSO (T. V.), «Le vicende negoziali nella finanza di progetto», in *Rassegna di diritto civile*, 2008 fasc. 2, p.418 .

SPINELLI (D.) et QUARTA (L.), « Appalti pubblici europei : la comunicazione interpretativa della commissione in tema di concessioni », *Riv. It. Dir. Pub. Comm*, 2000, p 565.

STANGHELLINI (S.), « Valutazione economica del progetto, gestione dei progetto urbani e infrastrutturale attraverso il P.P.P.», *Urbanistica e appalti*, 2013, Fasc. 5, p. 68

U.T.F.P, « Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato : un'analisi delle convenzioni di project financing in italia », Décembre 2010, www.utfp.it/docs/pubblicazioni.

VALLANIA (E.), « Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretiva della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche », in *Rivista trimestriale degli appalti*, 2000, p. 841.

VIRGILO (R.), Finanza di progetto per la realizzazione dei lavori pubblici, in, *finanza di progetto*, a cura di MORBIDELLI (G.), Torino, Giappichelli, 2004, p.27.

§4. Législation

Legge n° 2248 del 20/03/1865 *sulle opere pubbliche*.

R.D.L n° 1447 9 Maggio 1912, *Approvazione del testo unico delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobiline*. G.U 1912.

R.D.L. del 28/08/1924 n° 1396, *Modificazioni al Regio Decreto del 08/02/1923 n° 422, sulla esecuzione di opere pubbliche*.

R.D n°2578 del 15/10/1925, *Approvazione del testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie*, G.U, 1925.

Legge n°1137 del 24/06/1929, *Disposizioni sulle concessioni di opere pubbliche*, G.U 12/07/1929, N° 161.

Legge n°141, 07/03/1938, *Converzione del regio decreto legge n°375, 12/03/1938, Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*, G.U., 16/03/1936, n° 63.

Legge n. 584 du 08/08/1977, *Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunita' economica europea*, G. U del 26/8/1977 n°232.

Legge n° 142 del 08/06/1990, *Ordinamento delle autonomie locali*. GU n° 135 del 12/06/1990, S.O. n° 42.

Legge n°241 del 07/08/1990, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, G.U n°192 del 18/08/1990.

Legge n° 498 del 23/12/1992, *Interventi urgenti in materia di finanza pubblica*. GU n° 304 del 29/12/1992.

Legge n° 109 del 11/02/1994, *Legge quadro in materia di lavori pubblici.*, GU n° 41 du 19/2/1994, S.O n° 29 .

Legge n°415 del 18/11/1998, *Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici*, G.U n° 284 del 4/12/1998, S.O n°199.

D.L n°267 du 18/08/2000, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, G.U n°227 del 28/09/2000, S.O. n°162.

Legge n°443 du 21/12/2001, *Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attivita' produttive.*, GURI n° 229, 27/12/2001, Suppl. ord. n°279.

Legge n° 166 del 01/08/2002, *Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*, G.U n° 181 del 03/8/2002, S.O n°158.

D.lgs, n°190 del 20/08/2002, *Attuazione della legge n°443 del 21/12/2001, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, G.U n° 199 del 26/8/2002 – S.O n° 174.

D.L n° 201del 11/09/2002, *Misure urgenti per razionalizzare l'Amministrazione della giustizia*, G.U n°219 del 18/9/2002.

Legge n°62 del 18/04/2005, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunita' europee*, G.U n° 96 del 27/4/2005 - Suppl. Ordinario n° 76.

D.Lgs., n° 163, 12/03/2006, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, G.U n° 100 del 02/05/2006, S.O n°107.

Legge n° 296 del 27/12/2006, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, G.U n° 299 del 27/12/2006 – S.O. n° 244.

D.lgs n°113 del 31/08/2007, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*. G.U n.176 del 31/7/2007 – S.O n° 173

D.Lgs. n° 152 del 11/09/2008, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, G.U n°231 del 02/10/2008, S.O n°227.

Legge n°31, 28/02/2008, *Converzione in legge, con modificazioni, del decreto-legge del 31/12/2007, n°248, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria*, G.U, n°51 del 29/02/2008, S.O, n°47.

D.L. n° 135 del 25/09/2009, *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, G.U n°223 del 25/09/2009.

Legge n°196 del 31/12/2009, *legge di contabilità e finanza pubblica*, G.U n°303 del 31/12/2009, S.O n°245.

D.P.R n°207del 05/10/2010, *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, GU n° 288 del 10/12/2010 – S.O n°270.

D.L n° 201 del 06/12/2011, *convertito con modificazioni dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214*, G.U n° 284 del 6/12/2011, S. O n° 251.

Legge n° 443 del 21/12/2001, *Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive*, G.U, n°299 del 27/12/2001, S.O n°279.

D.Lgs n° 1 del 24/01/2012, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertit dans la loi n° 27 du 24/06/2012, G.U. 24/03/2012, n. 71, S.O. n°153.

D.L n°90 del 24/06/2014, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, G.U n°144 del 24/06/2014.

D.L n°133 del 12/09/2014, *misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*, G .U n°212 del 12/09/2014.

III. Jurisprudences utilisées dans le cadre de la thèse

§1. France

TA Lille, 02/07/1998, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais c/ Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*.

TA Toulouse, 13/04/2000, *Levy c/ commune de Toulouse*.

T.A Marseille, n° 0004215 du 20/12/2002, *Préfet des Bouches-du-Rhône*.

TA Rennes, 01/03/2007, *Société industrielle du Ponant*.

TA Paris, ordonnance du 24/11/2008, *Société Protim.*, n° 0817554

T.A Montpellier, 26/02/2010, n°0803471, *Dillenschneider*.

CAA, Marseille, 27/06/2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre c/ Préfet des Bouches-du-Rhône*.

CAA Lyon, 02/01/2014, n° 12LY02827, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne et Bouesnard*.

CAA Bordeaux, 6/02/2014, n°13BX01407, *Centre hospitalier d'Angoulême*.

CE, 03/07/1850, *Pairel*, Rec. p. 644.

CE, 26/01/1850, *Cartier et autres*, Rec. p. 91.

CE, 24/06/1866, *Deslandes*, Rec. p. 575.

CE, 08/02/1878, *Pasquet*, Rec. p. 128.

CE, 29/11/1889, *Funnagalli*, Rec. p.1096.

CE, 20/11/1891, *Lefebvre*, Rec. p.685.

CE, 03/05/1895, *Monlaü contre département de la Corse*, Rec. p.377.

CE, 10/01/1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. p. 5.

CE 06/02/1903, *Terrier*, Rec. p 94.

CE, 26/01/1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains*, Rec. p. 91

CE, 29/01/1909, *Compagnie des messageries maritimes*, Rec. p. 120.

CE, 04/03/1910, *Thérond*, Rec. p.193.

CE, 08/07/1910, *Commune de Lardy*, Rec. p. 568.

CE 03/02/1911, *Commune de Mesle sur Sarthe*, Rec. p. 137.

CE, 30/03/1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p.125.

CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, Rec. p.573.

CE, 30/05/1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583.

CE, sect., 22/11/1935, *Chouards et autres*, Rec. p. 1080.

CE Ass., 13/05/1938, *Caisse primaire Aide et protection*, Rec. p.417.

CE, sect., 7/05//1939, *Société Samson et Spitzner*, Rec. p. 480.

CE 11/07/1941, *Sieurs Grenouiller c/ commune de Balaruc-les-Bains*, Rec. p. 124.

CE 26/07/1947, *Département du Tarn*, Rec. p 353.

CE, 15/05/1953, *Commune de Nogent-sur-Marne*, Rec. p. 235.

CE Sect., 03/01/1956, *Commune de Tursac*, Rec. p. 5.

CE, Ass., 16/11/1956, *Union syndicale des industries aéronautiques* Rec. p. 434.

CE, 13/01/1961, *Magnier*, Rec., p. 33.

CE, 28/06/1963, *Narcy*, Rec., p. 401.

CE, 11/12/1963, *Ville de Colombes*, Rec. p. 612.

CE, 22/01/1965, *Société des établissements Aubrun*, Rec. p. 50.

CE, 13/12/1968, *Ministre des affaires sociales contre Milcent*.

CE, 29/04/1970, *Unipain*, Rec., p. 280.

CE, 26/11/1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et récupération (SIMA)*, Rec. p. 723.

CE 21/02/1975, *Consorts Nougardède*, Rec. p. 150.

CE, 02/02/1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. p. 33.

CE, 06/05/1985, n° 41589, *Association Eurolat Crédit foncier de France*, Rec. p.141.

CE, 05/02/1986, *SA Sogam*, inédit.

CE, 09/04/1987, *Commune d'Elancourt*, Rec. p. 152.

CE, 19/04/1989, n° 41524, *Société des transports urbains d'Angers*, Tab. Rec.

CE sect., 22/08/1990, *Ville de Melun*, Rec. p. 220.

CE, Sect., 08/02/1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne*, Rec., p. 41.

CE, 01/04/1994, *Commune de Menton*, Rec., p. 176.

CE, 25/02/1994, n° 144641 et 145406, *SOFAP Marignan immobilier*, Rec. p. 94.

CE, 08/06/1994,, *Société Codiam*, Rec. p.294.

CE, avis n° 356 101 du 16/06/1994, *EDCE 1994*, p. 367.

CE avis n° 356960 du 31/01/1995, *EDCE*, n° 47, 1996, p. 407.

CE, 18/10/1995, *Commune de Brive-la-Gaillarde*, Rec. p 356.

CE, 15/04/1996, *Préfet des bouches du Rhône contre commune de Lambesc*, Rec. p.274.

CE, 10/07/1996, *Coise*, Tab. Rec.

CE, section intérieure, avis n°340.609 du 07/10/1996.

CE Sect., 03/11/1997, *Société Million et Marais*, Rec. p. 406.

CE, 08/02/1999, *Commune de la Ciotat*, Rec. p. 19.

CE n°186085, 12/03/1999, *Société Stella Maillot-Orée du bois*, Tab. Rec

CE, 07/04/1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, Rec. p. 878.

CE, 30/06/1999, *Département de l'Orne et Société Gespace*, Rec., p. 227

CE, 30/06/1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères*, Rec. p.230.

CE, avis du 8 juin 2000, n° 364803.

CE 15/06/2001, n° 223482, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable (s.i.a.e.p.) de Saint-Martin de Ré*, Rec. p.265.

CE, n° 212943, 26/02/2003, *Société protectrice des animaux*, Tab. Rec.

CE, n° 233360, 28/04/2003, *Fédération nationale des géomètres experts*, Rec. p. 623.

CE, Ass., 01/11/2005, *société JC DECAUX*, Rec. p. 476

CE Ass, 31/05/2006, *ordre des avocats au barreau de paris*, Rec. p. 272.

CE 09/08/2006, *Compagnie générale des eaux*, Rec. p.448.

CE, sect., 21/02/2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, Rec. p.92.

CE, n° 264406 du 27/02/2006, *Compagnie Ryanair*, Rec. p. 95.

CE, 06/04/2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec. p. 155.

CE, 05/10/2007, *Sté UGC-Ciné-Cité*, Rec. p. 418.

CE, 07/11/2008, *Département de la Vendée*, Rec. p. 805.

CE, avis n°383264,01/12/2009, EDCE, 2010, Rec. p.353.

CE, 20/05/2009, *Commune de Fort-de-France*, req. n° 311379.

CE, 10/06/2009, *Port autonome de Marseille*, Rec. p.890.

CE, 11/08/2009, *Communauté urbaine de Nantes Métropole*, req. n°319949.

CE, 05/06/2009, *Société Avenance Enseignement et Santé*, req. n° 298641.

CE, 23/12/2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, req. n° 328827.

CE, 08/02/2010, *Commune de Chartres*, n° 323158, Tab. Rec.

CE, 03/03/2010, *Département de la Corrèze*, Tab. Rec.

CE, 18/06/2010, n° 336120, *Communauté urbaine de Strasbourg*, Tab. Rec.

CE, 23/07/2010,, *M. Jean-Pierre Lenoir et Syndicat national des entreprises du second œuvre du bâtiment*, req n° 326544.

CE, 24/11/2010,, *Commune de Ramatuelle*, Rec. p 451.

CE Sect., 03/12/2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, Rec. p.472.

CE, avis n° 385183, sect. travaux publics, 21/06/2011.

CE, 13/01/2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Point-à-Pitre*, Tab. Rec.

CE, Ass., 21/12/ 2012, *Commune de Douai*, Rec. p. 477.

CE, 6/12/2013, *Société KEOLIS Caen*, req. n° 370074.

CE, 07/03/2014, *CHU-Hôpitaux de Rouen*, n° 372897, inédit.

CE, 30/07/2014, *Commune de Biarritz*, Tab. Rec.

T.C, 08/02/1873, *Blanco*, Rec. p 61

TC, 24/05/1876, *De Chargère*, Rec. p.497.

TC, 22/01/1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 91

TC, 28/03/1955, *EFFIMIEFF*, Rec. p. 617.

TC, n° 02432, 12/01/1987, *Cie des Eaux et de l'Ozone c/ S.A. Établissements Vetillard*, Rec. p. 442.

TC, 21/05/2007, *Société CODIAM*, n°3609, inédit.

CC, n°73-51 DC du 27/12/1973, *Taxation d'office*, Rec. p25.

CC, n° 79-105 DC du 25/07/1979, *Continuité du service public de la radio et de la Télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33.

CC, n° 92-316 DC du 20/01/1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec. p. 14.

C.C, n°2001-452 DC du 06/12/2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à*

caractère économique et financier, Rec. p. 156.

C.C, 29/08/2002, n°2002-461 DC, *loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p 198.

CC, n° 2003-473 DC du 26/06/2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p.382.

C.C n° 2004- 506 DC du 02/12/2004, *Loi de simplification du droit*, Rec., p. 211.

C.C n° 2008-567 DC du 24/07/2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, Rec. p.341.

CC, n°2012-651 DC, 22/03/2012, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines*.

§2. Italie

TAR PIEMONTE, Sez. II, Sentenza n°464 del 30/01/2007.

TAR Piemonte, sez.I, Sentenza n° 2931 del 21/11/2008.

Cass. It, Rome, 17/05/1899; G.A, 1889.III.69.

Cass. It. 17/05/1899, G.A, 1899.III.69.

Cass. It. 12/01/1910, Riv. dir. comm. 1910, p. 248.

Cass. It, Sentenza n° 2065 del 27/09/1915, *Foro it.*, 1915, I, p. 1379.

CS, Sez n°1, Sentenza n°373 del 06/03/1956.

Cass. It., Sentenza n°2965, del 03/11/1960.

Cass. It, Sentenza n°477, del 16/02/1966.

Cass. It, Sentenza n° 11038 del 18/10/1991.

Cass. It. Sentenza n° 12166 del 10 /12/1993.

Cass. It., Sentenza n °4989 del 06/05/1995.

C.S, Ad. Gen., Sentenza n°90 del 16/05/1996.

C.S, IV Sez., Sentenza n°631 del 04/10/1999

C.S, Sect. VI, Sentenza n° 4675 del 06/09/2000.

Cass. it. Sentenza n° 14901 del 17/11/2000.

C.S, Sez. VI, Sentenza n° 6838, 19/12/2000

C.S, Sect V., Sentenza n° 2294 del 30/04/2002.

C.S, Sez V., Sentenza n° 2297, del

Cass. It., Sentenza n°17295 del 14/11/2003.

C.S, Sez. V, Sentenza n° 8090 del 16/12/2004.

C.S, Sez. V, Sentenza n° 8090. del 16/12/2004.

C.S, Sez. VI, Sentenza n°1418 del 23/03/2007.

TAR Milano, Sez. I, Sentenza n° 6137 del 19/10/2007.

C.S, Sez.V, Sentenza n°36, del 15/01/2008.

C.S. sez.V, Sentenza n ° 899 del 04/03/2008

C.S, Sez.V, Sentenza n°1600 del 14/04/2008.

CS, Ad. Gen., Sentenza n° 1 del 03/03/2008.

C.S, sez. V, Sentenza n° 824 del 13/02/2009.

C.S, Sez. V, Sentenza n°7108, del 24/09/2010.

C.S, Sez. V, Sentenza n° 8040 del 15/11/2010.

C.S, sez V., Sentenza n°591 del 26/01/2011.

C.S, Sect. V, Sentenza n°2012, del 01/04/2011.

Cass. it, Sentenza n° 10068 del 09/05/2011

C.S, Sez. VI, Sentenza n° 202 del 05/4/2012.

C.S, Ad. Plen, Sentenza n°1, 28/12/2012.

Corte Cost., Sentenza n°60, 1991

Corte Cost., Sentenza n°262 del 1997.

Corte Cost, Sentenza n° 470 del 1997.

§3. Union européenne

TPICE, T-106/95, 26/02/1997, *fédération française des sociétés d'assurances*, Rec. pII-229.

CJCE, Aff. C-10/77, 14/07/1977, *Bavaria Fluggesellschaft contre euroncontrol*, Rec. p. 1517.

CJCE, Aff. 41/83, 20/03/1985, *British Telecom*, Rec. I-3, p.873.

CJCE, Aff. C-239/85, 02/12/1986, *Commission contre Belgique*, Rec. p. 3645.

CJCE, Aff. C-3/88, 5/12/1989, *Commission c/ Italie*, Rec. p. I-4035.

CJCE Aff. C-41/90, 23/04/1991, *Höfner*, Rec., p. I-1979.

CJCE Aff. C-159 et C-160/91, 17/02/1993, *Poucet et Pistre*, Rec., p. I-664.

CJCE, 19/05/1993, *Paul Corbeau*, Aff. C-320/91, Rec. I, p. 2533.

CJCE, Aff. C-364/92, 19/01/1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, Rec., p. I-43.

CJCE, Aff. C-311/92, 19/04/1994, *Gestion hotelera Internacional*, Rec. 1994, p. I-1329.

CJCE,, Aff. C-272/91, 26/04/1994, *Commission contre Italie*, Rec. p I-1409

CJCE, Aff. C-393/92, 27/04/ 1994, *Commune d'Almelo*, Rec., p. I-3449.

CJCE, Aff. C-39/94, 11/07/1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) c/ la poste*, Rec. 1996, p. I-03547.

CJCE, Aff. C-360/96, 10/11/1998,, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding BV*, Rec. I-6821.

CJCE, Aff. C-251/97, 05/10/1999, *Commission contre France*, Rec.1999, Rec p. I-6656.

CJCE Aff. C-107/1998, 18/11/1999, *Teckal SRL*, point 50, Rec. p. I-8121.

CJCE, Aff. C-94/99, 07/12/2000, *ARGE Gewässerschutz*, Rec.p. I-11066.

CJCE, Aff. C-180/98, 12/09/2000, *Pavel Pavlov*, Rec., p. I-6451.

CJCE, Aff. C-324/1998, 07/12/2000, *Telaustria et Telefonadress*, Rec. p. I-10745.

CJCE, Aff. C-379/98, 13/03/01, *Preussen Elektra A.G*, Rec. 2001, p. I-2159.

CJCE, Aff. C-399/98, 12/07/2001, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi*, Rec. p.I- 5409.

CJCE, Aff. C-53/00, 22/11/2001, *Ferring SA et Agence centrale des organismes de sécurité sociale*, Rec. I-9067.

CJCE, Aff. C-280/00, 24/07/2003, *Altmark Trans GmbH*, Rec., I-7747.

CJCE, 10/04/2003, Aff. C-20/01, 10/04/2003, *Commission contre Allemagne*, Rec. 2003, p. I-3609

CJCE, Aff. C-26/03, 11/01/2005, *Stadt Halle*, Rec. p. I-1.

CJCE, Aff. C-458/03, 13/10/2005, *Parking Brixen GmbH*, Rec. p. I-8612.

CJCE, Aff. C-340/04, 11/05/2006 *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei*, Rec., p. I-14137.

CJCE, Aff. C-220/05, 18/01/2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, Rec. p. I-385.

CJCE, Aff. C-382/05, 18/07/2007, *Commission c/ Italie*, Rec. P. I-6659.

CJCE, Aff. C-356/07, 21/02/2008, *Commission contre Italie*, pt.49, Rec., p. I-619

CJUE, Aff. C-437/07 du 13/11/2008, *Commission c/ Italie*, Rec. I-.6657.

CJCE Aff. C-454/0619/06/2008, *presstext Nachrichtenagentur*, Rec. p. I-4401.

CJCE, Aff. C-206/08, 10/09/2009, *Eurawasser*, Rec. p. I-8377.

CJCE, Aff. C-196/08, 15/10/2009, *Acoset SpA c/ Conférenza Sindaci*, Rec. p. I-9913.

CJCE, Aff. C-480/06, 09/06/2009, *Commission contre Allemagne*, Rec. 2009, p. I-4747.

CJCE aff. C-536/07, 29/10/2009, *Commission c/ Allemagne*, Rec. p. I-10355.

CJUE, Aff. C-451/08, 25/03/2010, *Helmut Müller GmbH c/ Bundesanstalt für immobilienaufgabe*.

CJUE, Aff. C-274/09, 10/03/2011, "*Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*", Rec., p. I-6657.

CJUE, Aff. C-348/10, 10/11/2011, *Norma-A SIA, Dekom SIA contre latgales planosanas regions*, Rec. I-10983.

CJUE, Aff. C-559/312 P, 03/04/2014, *France c/ Commission*, non encore publié au Recueil.

CJUE, Aff. C-213/13, 10/07/2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*, non encore publié au Recueil.

INDEX

Les chiffres correspondent à la numérotation des pages

A

Affermage, 53, 68, 130, 197, 297.

Adaptation (droit au fait), 316, 331, 375.

Aide d'Etat, 324, 358, 470.

Allotissement, 424, 439, 449.

Analyse économique, 363, 408.

Actes d'achats, 16, 214, 224, 259, 291.

Acte de délégation, 16, 211, 291, 529.

A.O.T-L.O.A., 166, 176, 200, 257, 445.

Appel d'offres, 173, 288, 308.

Autopoïèse, 249, 310.

Autonomie de la volonté, 184, 513.

B

Banalisation (statut), 341, 352, 373.

Bail emphytéotique

- Administratif, 206, 253, 282, 360, 406.

- Hospitalier, 207, 394.

Best Value for Money, 37, 84, 170.

Bilan (partenariat), 131, 172, 224.

C

Cahier des charges, 47, 112, 234, 263, 302, 332, 511.

Clôture opérationnelle (Système), 248, 265, 308, 314.

Commande publique
- Droit commun, 129, 170, 218, 407, 487, 523.

- Dérogatoire, 423, 218, 386.

- Principes fondamentaux, 51, 267, 373, 450, 480, 494.

- *Summa divisio*, 13, 154, 185, 211, 303, 424.

Complexité, 13, 107, 112, 131, 171, 202, 213, 258, 266, 367, 415.

Comptabilisation (des P.P.P.), 377, 381, 383.

Conception réalisation, 228, 241, 275.

Concession
- D'aménagement, 191.
- Di lavori, 79, 166.

- De service, 63, 71, 77, 196, 264, 270, 300, 384,460,473.

- De seule construction, 57, 80, 120, 132, 134, 158.

- Di servizi, 77.80,164,195,330,35.

- De travaux, 117, 130, 158, 174, 189, 286, 296, 464, 501, 531.

- De travaux publics, 68, 70, 71, 73, 79, 81, 158, 166, 194, 297, 330.

- À paiement public, 70, 426, 447, 458, 462, 471, 479..

Concurrence

-Droit, 69, 103, 104, 119, 133, 135, 139, 142, 166, 182, 292, 364, 350, 385, 463, 455, 471..

-Conjoncturelle, 165.

-Processuelle, 167.

Conflits systémiques, 265, 273.

Construction globale, 189, 194, 195.

Contrat,

- Administratif, 41, 126, 157, 393, 400, 414..

- De partenariat, 35, 127, 156, 166, 179, 185, 224, 260, 273, 283, 302, 317, 380, 394, 452..

- Incomplet, 384, 413.

Contratti

- pubblici, 23, 39, 47, 114, 132, 229

- Di disponibilità, 209, 221, 232, 257, 283..

Coûts de transaction, 409.

Crédit-bail, 206, 208, 215, 218, 282, 446.

D

Déconsolidation, 381.

Dialogue compétitif, 173, 176, 203, 496, 500, 511.

Délégation de service public (D.S.P), 74, 118, 129, 157, 193, 272, 282, 301, 359, 393, 406.

Directive,

- Marché, 298, 305, 357, 375.

- Concession, 134, 196, 237, 299, 307, 371.

- Secteurs spéciaux, 357, 440.

Domaine public

- Définition, 56, 256, 257. .

- Droits réels, 11, 206, 253, 317, 344 .

Durée (contrat), 15, 80, 123, 213, 404.

Droit spécial, 384, 430, 435.

E

Économie mixte 89, 138, 142, 146, 471, 477.

Efficience, 97, 10, 158, 364, 381, 404, 502.

Évaluation, 179, 223, 348, 482.

Externalisation, 5, 9, 85, 213, 502.

F

Financement

-De projet, 132, 158, 180, 216, 284.

-*Corporate*, 203.

Finanza di progetto, 35, 131, 159, 164, 177

Formant, 23, 24, 39, 43.

Fusio personae, 107.

G

Gara

- *Unica*, 177.

- *Doppia*, 178.

General Contractor, 131.

Gérance, 68, 126, 195.

H

Hypothèque, 206, 253

Hypercycle, 250.

I

Imprévision, 107, 269, 422.

In house, 137, 148, 155, 355, 367, 390.

Institution, 5, 18, 85, 136, 471.

Intuitu personae, 102, 263, 399.

L

Leasing, 166, 180, 278, 487.

Locazione finanziaria, 164, 200, 208, 22, 232, 264, 278, 283, 378, 396, 406, 497..

L.O.L.F, 98, 387.

M

M.A.P.P.P., 109, 469, 517.

Maîtrise d'ouvrage, 131, 175, 204, 224, 289, 395, 488..

Marché de partenariat, 188, 235, 274, 283, 323, 341, 426, 440.

Marché public

- De travaux, 122, 217, 229, 286, 293, 390, 425, 442.

- De service, 78, 196, 305, 331, 431, 459, 530.

Munus publico, 150.

M.E.T.P, 70, 116, 122, 185, 226.

N

Neutralité, 297, 349, 365.

Négociation, 45, 177, 258, 307, 409, 491.

New public

managment, 10, 37, 96, 308.

O

Ouvrage public, 48, 71, 102, 116, 124, 160, 200, 262, 295, 304, 442

-Froid, 208, 278, 284, 390

-Tiède, 208, 232.

-Chaud, 231.

P

Paiement fractionné, 132, 208, 212, 225.

Partenariat

Innovation, 168, 402, 508

Patrimonialisation (des pouvoirs), 333.

Péage virtuel, 238, 278, 459.

Performance, 38, 84, 96, 159, 201, 234, 274, 308, 342, 394.

Private Finance Initiative (PFI), 10, 35, 233, 294, 412, 517, 529..

Privatisation, 95, 144, 319, 372.

Progettazione, 204, 233, 396.

Périphérique (fonction), 160, 213.

R

Redevance, 55, 71, 116, 206, 226, 343, 380, 426..

Re-entry, 288.

Régie intéressée, 68, 126, 195, 297..

Régulation, 5, 62, 371.

Risque

- D'exploitation, 69, 83, 155, 209, 243, 278, 308, 431, 465..
- De construction, 209, 244, 278.

S

Souverain (anti), 337.

Service public,

- Conception objective et subjective, 61.
- Vision fonctionnelle et matérielle, 67.

S.I.G / S.I.E.G, 324,

Service universel, 326.

Société de projet, 398, 487, 534.

Société publique

- Capital public majoritaire, 144 .
- Capital public minoritaire, 145.
- Capital intégralement public, 147.

Solidarité, 511.

Spécial (droit), 429.

Spécial Purpose vehicule, 203.

Sous traitance, 112, 510.

T

Transparence, 69, 137, 141, 22, 267, 285, 346, 367, 391, 482, 507.

Titrisation, 192, 289, 490.

Travaux publics, 49, 107, 114, 134, 291.

Typologie, 182.

U

Urgence, 131, 171, 279, 317, 432, 455.

Unità tecnica finanza di progetto (U.T.F.P), 161, 382, 487.

V

Valeur actuelle nette (V.A.N), 230.

Vente en l'état futur d'achèvement (V.E.F.A), 219.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE DU DÉSORDRE AU SYSTÈME	32
TITRE PREMIER : ENQUÊTE SUR UN NON SENS : LA MULTIPLICITÉ DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ EN FRANCE ET EN ITALIE.....	35
CHAPITRE 1 : LE PROCESSUS D'HYBRIDATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN FRANCE ET EN ITALIE	37
Section 1 : La similitude des causes ayant permis l'émergence des P.P.P. en France et en Italie.....	39
§1) Les « formants » des droits français et italiens de la commande publique : des analogies entre les notions de <i>contratti pubblici</i> et de contrats administratifs	39
A) Les approches théoriques de la doctrine administrativiste française et italienne sur la notion de contrat.....	39
B) L'influence pratique de la notion de travaux publics dans l'élaboration de régimes juridiques spécifiques	49
§2) La collaboration avec le secteur privé comme solution aux problèmes liés à l'accroissement des services publics.....	59
A) Des différentes acceptions de la notion de service public en France et en Italie	59
B) Les modèles contractuels de type concessif : forme historique du P.P.P.	68
1) La définition du modèle concessif français liée au critère matériel du service public et des méthodes de rémunération.....	68
2) La construction des modèles concessifs italiens liée au critère fonctionnel de la prestation	75
α. La concession de service public	77
β. Les concessions de travaux publics.....	79
Section 2 : La transplantation du critère de la performance à la gestion publique.....	84
§1) L'influence de certaines doctrines économiques sur les modes de gestion déléguée du service public.....	85

A) L'influence du socialisme municipal : la genèse des formes « institutionnalisées » du P.P.P.....	85
B) L'influence de la doctrine du New Public Management : la justification de la performance par le recours au procédé contractuel .	96
1) La légitimité de l'action publique performante	97
2) Le modèle de l'entreprise transposée à la gestion publique	100
§2) L'évolution des rapports entre les personnes publiques et leurs cocontractants.....	102
A) De l'adversaire au collaborateur : la justification de l'intuitu personae	102
B) Du collaborateur au partenaire : Vers une fusio-personae	107
 CHAPITRE 2 :	
L'ÉCLATEMENT DES CATÉGORIES NOTIONNELLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE	
AUTOUR DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ.....	114
Section 1 : L'inadéquation entre les catégories notionnelles et la réalité pratique des instruments juridiques du P.P.P.....	115
§1) La problématique liée aux différences de définition entre les catégories internes et européennes	115
A) La création de montages contractuels complexes, palliatifs nécessaires aux problèmes de définition des modèles concessifs	115
1) Le marché d'entreprise de travaux publics du droit français.....	116
2) La concessione di sola costruzione du droit italien.....	120
3) La condamnation de ces différents modèles	124
B) La « résurrection » des modèles condamnés	127
1) La mise en place en droit français du contrat de partenariat.....	127
2) La discipline <i>della finanza di progetto</i> en droit italien	131
§2) La distinction problématique entre partenariats public-privé institutionnalisés et partenariats public privé conventionnels.....	136
A) Le recours systématique au contrat	137
1) La contradiction intrinsèque entre le recours à l'économie mixte pour la gestion des activités publiques et la mise en concurrence formalisée	138
2) La dissolution de la gestion mixte dans les contrats de commande publique	142
B) L'inapplicabilité du critère de la relation « in house ».....	148
Section 2 : Le morcellement des différents instruments juridiques du P.P.P. au sein des droits français et italien	154
§1) La porosité de la frontière entre les différents contrats de commande publique.....	154

A) La distinction délicate entre les P.P.P. relevant des marchés publics et les P.P.P. relevant des concessions.....	155
B) L'émission des instruments juridiques du P.P.P.....	162
§2) Des instruments juridiques concurrencés	165
A) Une concurrence conjoncturelle.....	165
B) La concurrence processuelle entre les différents instruments du P.P.P.	167
1) Les différentes procédures françaises pour la passation des instruments juridiques du P.P.P.....	168
2) Les procédures italiennes pour la passation des différents instruments juridiques du P.P.P.....	176
CONCLUSION DU PREMIER TITRE.....	180
TITRE SECOND :	
EN QUÊTE DE SENS :	
LE RENOUVELLEMENT SYSTÉMIQUE DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE	181
CHAPITRE 1 :	
TYPOLOGIE DES P.P.P. EN FRANCE ET EN ITALIE	182
Section 1 : Aspects fonctionnels des P.P.P.....	185
§ 1) Les prestations à destination des usagers de l'administration	186
A) Les prestations globales de construction.....	187
B) Les prestations de gestion exclusive.....	195
§2) Les prestations à destination directe de l'administration.....	199
A) Des prestations de construction complexes.....	200
B) Des prestations « supports » d'une mission de service	205
Section 2 : Aspects structurels des P.P.P.....	211
§1) Des actes d'achats d'équipements publics à paiement fractionné	212
A) L'externalisation de fonctions périphériques sur une longue durée.....	213
1) Des prestations ne se limitant pas à des travaux de construction.....	213
2) Le transfert de la maîtrise d'ouvrage	218
B) Une rémunération fractionnée indispensable au préfinancement de la prestation	225
§2) Des actes de dévolution d'une mission de service public avec possibilité de paiement public	235
A) La remise en cause d'une distinction fondée sur le critère matériel de l'objet du contrat.....	236
1) La faiblesse d'une distinction reposant sur l'objet « service public ».....	236
2) La faiblesse d'une distinction reposant sur la dichotomie travaux/service	239

B) Le développement de la notion de risque comme élément distinctif 241

CHAPITRE 2 :

LES P.P.P. : ILLUSTRATION DU CARACTÈRE AUTOPOÏÉTIQUE DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....245

Section 1 : Le caractère hypercyclique du droit de la commande publique .250

§ 1) La structuration du système : la permanence du contenu des contrats de commande publique251

A) Les contrats de mise en valeur du domaine avec possibilité de prélèvement de ressources252

B) Les contrats d'achat de prestations de travaux et/ou de service258

C) Les contrats de construction et de gestion d'équipement publics au service de la collectivité261

§2) La résolution des conflits intersystémiques265

A) La résolution juridictionnelle266

1) L'intégration par le juge français de la notion de risque d'exploitation à la rémunération substantiellement assurée sur les résultats d'exploitation267

2) L'adaptation par le juge italien de la notion de risque en fonction du destinataire de la prestation275

B) La résolution législative282

Section 2 : Le partenariat public privé, *re-entry* du droit de la commande publique.....288

§1) Les partenariats public-privé ou la restructuration du couple travaux/service290

A) L'attractivité de la notion de travaux291

B) Le caractère accessoire de la notion de service297

§2) Les partenariats public-privé ou l'alignement matériel des marchés et des concessions302

A) Des instruments juridiques ne pouvant plus être différenciés en fonction de leur objet.....303

B) Des instruments ne répondant pas aux mêmes contraintes306

CONCLUSION DU SECOND TITRE310

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 311

SECONDE PARTIE
DU SYSTÈME À L'ORDRE 313

TITRE PREMIER :

LA RECHERCHE DIFFICILE D'UN ORDRE HOMOGENÈNE315

CHAPITRE 1 :

LE P.P.P. OU LE CARACTÈRE MYTHIQUE DE L'ADAPTATION DU
DROIT AU FAIT316

Section 1 : Fondement et effets du mythe.....318

§1) La disparition du monopole de l'État pour l'accomplissement
d'activités d'intérêt public.....319

A) De la privatisation du secteur public à la publicisation du secteur
privé ?320

B) Le lien entre les évolutions de la notion de service public et les
contrats portant sa dévolution.....324

§2) La perte de légitimité de « l'État administratif »332

A) De l'autoritarisme administratif à la patrimonialisation individuelle
des pouvoirs.....333

B) Du contribuable à l'usager, de l'usager au consommateur.....343

Section 2 : L'apparente neutralité du droit de l'Union européenne
à l'égard des modes de gestion du service public349

§1) La compatibilité difficile du principe de neutralité avec le droit de la
concurrence351

A) Les conséquences liées à l'extension du nombre d'activités
soumise à la concurrence.....352

1) La banalisation des structures de gestion des services.....352

2) Les particularités du régime des droits spéciaux ou exclusifs ...356

B) L'application du régime « d'aide d'État ».....358

§2) La remise en cause de la neutralité par les directives « commande
publique ».....365

A) Le caractère restreint des régimes d'exclusion au profit des
relations entre entités dans le secteur public367

B) L'évolution du rôle d'acheteur public dans le cadre de la régulation
du « marché » des S.I.E.G371

CHAPITRE 2 :

LE DÉVELOPPEMENT PROBLÉMATIQUE D'UN MODÈLE UNIQUE DE
P.P.P.....375

Section 1 : Une application difficilement compatible par rapport à la
spécificité des structures juridiques nationales376

§1) La comptabilisation des instruments juridiques du partenariat public-
privé.....377

A) L'adéquation entre le traitement comptable de l'instrument et sa catégorisation en droit de la commande publique	377
B) Le contrôle des juridictions financières sur les différents instruments	384
1) Le contrôle de la Cour et des Chambres régionales des comptes	384
2) Le contrôle della Corte dei conti.....	387
§2) L'exécution des partenariats public-privé.....	390
A) Les différences française et italienne en matière de garanties d'exécution	391
1) Le contrôle de l'administration.....	391
2) La sanction de l'inexécution : Le pouvoir de résiliation pour faute	396
B) La question du traitement de l'aléa contractuel.....	398
1) L'adaptabilité de l'objet.....	399
2) La mutabilité de la durée.....	403
Section 2 : Une application inconciliable avec les particularités du droit de la commande publique	406
§1) Analyse économique du droit des P.P.P.	407
A) Apports de l'analyse.....	407
1) La théorie des coûts de transactions.....	408
2) La théorie du contrat incomplet	412
B) Limites de l'analyse.....	414
1) Le recours à des instruments différenciés en fonction des types d'échanges dont ils sont le support.....	415
2) Le lien entre le type de contrat et le destinataire de la prestation	419
§2) Le caractère dérogatoire des instruments juridiques les plus emblématique du P.P.P.	422
A) Le maintien de la distinction marché public/concession par l'analyse économique du risque opérationnel	423
B) L'irruption d'un droit spécial de la commande publique	428
CONCLUSION DU PREMIER TITRE.....	435
TITRE 2	
LA SOLUTION MANIFESTE D'UN ORDRE HARMONIEUX	436
CHAPITRE 1 :	
DES CATÉGORIES ÉCLECTIQUES.....	438
Section 1 : La formation d'un droit spécial des marchés publics	438
§1) Le marché de partenariat du droit français	440
A) L'unification des différentes formules du P.P.P. relevant des marchés publics	440
B) La modulation des missions du partenaire	444

§2) La spécificité de l'instrument	448
A) La spécificité de son contenu	448
1) La dérogation au principe d'allotissement et à la maîtrise d'ouvrage publique.....	448
2) L'adéquation entre la durée du contrat et l'amortissement de l'investissement : fonction du caractère spécial de la rémunération du partenaire	451
B) La spécificité des conditions de recours	454
Section 2 : Les concessions d'ouvrages publics à paiement public.....	457
§1) La compatibilité entre la notion de risque opérationnel et le caractère public de la rémunération.....	458
A) Le renouvellement de la théorie du péage virtuel	459
B) La concrétisation de la notion de rémunération à rentabilité limitée	467
§2) La possibilité d'institutionnaliser la concession	470
A) La mise en concurrence du capital des sociétés d'économie mixte : origine d'une véritable collaboration public-privé ?	470
B) La réduction des problèmes d'information du cocontractant public par la mise en place d'une société d'économie mixte	476
CHAPITRE 2 :	
... RASSEMBLÉES AUTOUR DE RÈGLES COMMUNES.....	479
Section 1 : Des règles structurant <i>ex ante</i> les partenariats public-privé	480
§ 1) La règle d'évaluation de l'instrument.....	481
A) Définition de la notion.....	481
1) La consistance de la notion d'évaluation	481
2) La portée normative de l'évaluation en droit de la commande publique	483
B) Mise en œuvre de l'évaluation dans le cadre des partenariats public-privé.....	485
1) L'évaluation intrinsèque	486
2) L'évaluation extrinsèque.....	489
§ 2) La règle de la négociation	491
A) L'adéquation manifeste entre la spécificité du P.P.P. et le caractère dérogatoire de la négociation en droit de la commande publique.	491
B) L'intérêt du recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour l'ensemble des P.P.P.	497
Section 2 : Des règles garantissant <i>ex post</i> l'externalisation par voie de P.P.P.	501
§1) La règle d'efficacité du partenariat	501
A) La portée normative de l'efficacité en droit de la commande publique	502

B) L'application de la règle d'efficience aux instruments juridiques du partenariat public-privé	505
§2) La règle de solidarité entre les partenaires.....	511
A) La théorie du solidarisme contractuel	512
B) Les effets du solidarisme dans l'exécution des partenariats public-privé.....	516
CONCLUSION DU SECOND TITRE	522
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 523
 BIBLIOGRAPHIE	 530
I. Langue Française.....	530
§ 1. Ouvrages généraux	530
§2. Monographies spécialisées, thèses et mélanges	535
§3. Articles.....	540
§5. Notes et conclusions	557
§6. Études, rapports, communications, etc.	560
§7. Législation	562
- Union européenne.....	562
- France	564
II. Langue italienne	568
§1. Ouvrages généraux	568
§2. Monographies spécialisées, thèses et mémoires.....	570
§3. Articles, études et rapports	573
§4. Législation	579
III. Jurisprudences utilisées dans le cadre de la thèse	582
§1. France	582
§2. Italie	587
§3. Union européenne.....	589
 INDEX	 592

L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à l'aune du P.P.P.

Résumé

Expression globalisante des moyens d'action du secteur privé au service du secteur public, le partenariat public-privé pourrait être appréhendé comme révélant l'effritement des catégories notionnelles des contrats de commande publique. Cependant, le partenariat public-privé n'a pas remis en cause l'unité de la matière. Au contraire, les instruments juridiques du P.P.P. la renforce. Cette analyse se vérifie aussi bien en France qu'en Italie et cette étude se propose d'analyser la signification juridique du phénomène dans ces deux pays. Les évolutions induites par la notion s'inscrivent dans cette logique. La démarche comparatiste utilisée permet alors de comprendre les tenants et les aboutissants de cette évolution et s'inscrit dès lors comme une contribution à la théorie générale des contrats publics.

Mots-clefs : Droit comparé, droit des contrats administratifs, droit de la commande publique, droit administratif italien, partenariat public-privé, private finance initiative, contrats de partenariat, marchés de partenariat, concession, délégation de service public, AOT-BEA, contratti pubblici, finanza di progetto.

L'evoluzione del diritto dei contratti pubblici in Francia e in Italia alla luce del P.P.P.

Riassunto

Espressione globalizzata dei mezzi d'azione del settore privato al servizio del settore pubblico, il partenariato pubblico-privato potrebbe essere visto come rivela la dislocazione delle categorie del diritto dei contratti pubblici. Tuttavia, il partenariato pubblico-privato essa non pregiudica sull'unità della disciplina. Invece, gli strumenti giuridici del P.P.P. la rafforza. Questa analisi è confermata in Francia e in Italia ed lo studio permette di analizzare l'importanza giuridica del fenomeno in i due paesi. L'approccio comparativo utilizzato permette di capire questa evoluzione e può essere percepitocome un contributo alla teoria giuridica dei contratti pubblici.

Keywords : Diritto comparato, diritto dei contratti amministrativo, partenariati pubblico-privato, contratti di concessione, Contratti Pubblici, Finanza di Progetto.

The Evolution of Public Procurement Contracts in France and in Italia in the light of P.P.P.

Abstract

Holistic expression as a means of action by the private sector to further the public sector, the public-private partnership could be perceived as revealing the erosion of the notional categories of public procurement contracts. However, the public-private partnership has not called into question the subject unity. In fact, on the contrary, the legal instruments of the PPP strengtghen it. This analysis can be verified in France as well as in Italy and the present study offers to analyse the legal signification of the phenomenon in both countries. The development induced by this notion confirms this trend. The comparative approach enables to understand the whys and wherfores of the development and forms part of the general theory of public contracts.

Keywords : Comparative Law, Public Utilities, Public Procurement Contracts, Public-Private Partnership, Project Financing.

C.R.D.P, Université Lille Nord de France, 1 place déliot, 59 000, Lille.

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edoctore74.univ-lille2.fr>*

Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>*