L'utilisation des contrats globaux de la commande publique par les collectivités territoriales de taille moyenne : le cas de la ville de Lourdes

Patrick Picard

▶ **To cite this version:**

Patrick Picard. L'utilisation des contrats globaux de la commande publique par les collectivités territoriales de taille moyenne : le cas de la ville de Lourdes. Droit. UPPA PDP, 2015. Français. NNT : . tel-02572056

HAL Id: tel-02572056

https://univ-pau.hal.science/tel-02572056

Submitted on 13 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR

FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE GESTION
ECOLE DOCTORALE 481 SCIENCES SOCIALES ET HUMANITES

Thèse de doctorat en droit public

L'UTILISATION DES CONTRATS GLOBAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE PAR LES COLLECTIVITES TERRITORIALES DE TAILLE MOYENNE

LE CAS DE LA VILLE DE LOURDES

Présentée et soutenue publiquement par

Patrick PICARD

Sous la direction de

Monsieur le Professeur Philippe TERNEYRE

Membres du jury

Monsieur Jacques ARRIGHI DE CASANOVA

Conseiller d'Etat, Président adjoint de la Section du Contentieux
Rapporteur

Monsieur Jean-Pierre MAUBLANC

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux
Rapporteur

Monsieur Jean GOURDOU

Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Monsieur Philippe TERNEYRE

Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur de la recherche

A Pau, le lundi 22 juin 2015

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement Monsieur le Professeur TERNEYRE pour avoir accepté de diriger mes travaux et m'avoir ainsi permis de me lancer dans cette « aventure ». Je le remercie également pour sa disponibilité durant ces années, pour son écoute, son soutien et ses précieux conseils.

Je souhaite également remercier la ville de LOURDES pour son partenariat sans lequel ce projet n'aurait pu être possible ainsi que l'ensemble de son personnel avec lequel j'ai eu le privilège de travailler.

Un grand merci à mes amis qui ont su m'apporter leur soutien, leur patience et leurs encouragements tout au long de cette période.

Je tiens à exprimer toute ma gratitude à mon père pour son soutien sans faille et ses encouragements pendant toutes ces années et particulièrement durant mon parcours universitaire.

« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

Table des abréviations

AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
AJCT	Actualité Juridique des Collectivités Territoriales
ANAP	Agence Nationale d'Appui à la Performance
Al.	Alinéa
AOT	Autorisation d'Occupation Temporaire du domaine public
AOTL	Autorisation d'Occupation Temporaire Locale du domaine public
ARS	Agence Régionale de Santé
Art.	Article
BEA	Bail Emphytéotique Administratif
BEAH	Bail Emphytéotique Administratif Hospitalier
BJCL	Bulletin Juridique des Collectivités Locales
BJCP	Bulletin Juridique des Contrats Publics
CAA	Cour Administrative d'Appel
Cass.	Cour de Cassation
CE	Conseil d'Etat
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
CGPPP	Code Général de la Propriété des Personnes Publiques
CHSF	Centre Hospitalier Sud-Francilien
Circ.	Circulaire
CJEG	Cahiers Juridiques de l'Electricité du Gaz
CMF	Code Monétaire et Financier
CMP	Code des Marchés Publics
Concl.	Conclusions
Cons. const	Conseil Constitutionnel
Contrats et marchés publ.	Revue Contrats et Marchés publics
CP-ACCP	Contrat Publics – Actualité de la Commande Publique
CPE	Contrat de Performance Energétique
CREM	Conception Réalisation Entretien et Maintenance
CROAIF	Conseil régional de l'ordre des architectes d'Île-de-

	France
DAJ	Direction des Affaires Juridiques (Ministère de l'Economie)
DC	Décision de Conformité
Décr.	Décret
Dr. adm	Revue Droit Administratif
DSP	Délégation de Service Public
DUME	Document Unique du Marché Européen
FCTVA	Fonds de Compensation de la Taxe sur la Valeur Ajoutée
GAJA	Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
Gaz. cnes	La Gazette des Communes
Gaz. pal	La Gazette du Palais
IGD	Institut de la Gestion Déléguée
INSEE	Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques
J.-Cl	JurisClasseur
JCP A	JurisClasseur Périodique édition Administrative
JCP E	JurisClasseur Périodique édition Entreprises
JCP G	JurisClasseur Périodique édition Générale
JO	Journal Officiel de la République Française
JOAN	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
L.	Loi
LAPCIPP	Loi pour l'Accélération des Programmes de Construction et d'Investissement Public-Privé
LOA	Location avec Option d'Achat
LOPJ	Loi d'Orientation et de Programmation pour la Justice
LOPSI	Loi d'Orientation et de Programmation pour la Sécurité Intérieure
LPA	Les Petites Affiches
MAPPP	Mission d'Appui aux Partenariats Public-Privé
METP	Marché d'Entreprise de Travaux Publics
MTPB	Moniteur Travaux Publics et Bâtiment
MP	Marché Public
MAP	Magazine de l'Achat Public

OCDE	Organisation du Coopération et de Développement Economiques
Ord.	Ordonnance
PME	Petites et Moyennes Entreprises
PPP	Partenariat Public-Privé
PFI	Private finance initiative
Préc.	Précité
RDI	Revue de Droit Immobilier
RDIA	Revue de Droit International des Affaires
RDP	Revue de Droit Public
REM	Réalisation Entretien Maintenance
RFAP	Revue Française d'Administration Publique
RFFP	Revue Française des Finances Publiques
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RLCT	Revue Lamy des Collectivités Territoriales
RTD. Civ	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD. Comm	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
SEM	Société d'Economie Mixte
SEMOP	Société d'Economie Mixte à Opération Unique
TA	Tribunal Administratif
TPE	Très Petite Entreprise
TVA	Taxe sur la Valeur Ajoutée
V.	Voir
VEFA	Vente en l'Etat Futur d'Achèvement
UE	Union Européenne
ZAC	Zone d'Aménagement Concertée

Sommaire

Première Partie - Etat des lieux des contrats globaux au sein des contrats de la commande publique

Chapitre 1 – Une construction empirique du concept de contrat global pour un résultat complexe

Chapitre 2 – La liberté contractuelle des collectivités territoriales à l'épreuve des contrats globaux de la commande publique

Deuxième Partie - Réalité de l'utilisation des contrats globaux au sein de la commande publique

Chapitre 1 – L'utilisation des contrats globaux à l'épreuve des retours d'expériences

Chapitre 2 – Le cas concret d'une expérimentation locale des contrats globaux : la ville de LOURDES

Chapitre 3 – Leçons à tirer de l'utilisation concrète des contrats globaux de la commande publique

Troisième Partie - Avenir des contrats globaux au sein des contrats de la commande publique

Chapitre 1 – La nécessité d'une réorganisation de la catégorie des contrats globaux

Chapitre 2 – Un contexte favorable à une refonte globale du droit de la commande publique

INTRODUCTION

Introduction

Selon le Vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé : « *pour ne pas sacrifier la légalité sur l'autel de la sécurité juridique et du pragmatisme, il est nécessaire de sensibiliser les acteurs de la commande publique au droit existant -qui, malgré sa technicité, répond à des principes simples et stables* »[1]. Cette volonté de pédagogie, qui se retrouve également dans le rapport public annuel du Conseil d'Etat pour 2008[2], se heurte cependant à l'évolution du droit des contrats publics qui a connu ces dernières années une « *transformation importante, pour ne pas dire une véritable mutation* »[3]. En effet, aux traditionnels marchés publics et concessions de travaux et de service public se sont ajoutés de nouveaux outils contractuels dont l'originalité n'avait d'égale que la complexité. Dès lors s'interroger sur « *la place du contrat global dans la commande publique* » ainsi que sur ses « *avantages comparatifs et bons usages* »[4] permet d'envisager une réflexion à la fois pratique et de portée théorique sur l'utilisation des contrats globaux de la commande par une collectivité territoriale de taille moyenne à travers le cas de l'une d'entre elles : la ville de Lourdes[5].

Les collectivités territoriales, en se référant à la Constitution de 1958, sont identifiées de manière très classique comme les communes, les départements et les régions[6].

Cette première définition permet d'établir une première hiérarchisation entre les différentes catégories de collectivités locales[7] du point de vue de leur importance à plusieurs titres. Ainsi une région a très logiquement un territoire, une population et des compétences[8] plus importants qu'un département, le même principe s'appliquant entre ce dernier et une commune.

---

[1] Exposé introductif de Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État à l'occasion de la quatrième édition des Entretiens du Palais-Royal : « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public … Que choisir et comment choisir ? », Paris, 16 déc. 2008.

[2] Rapport public annuel pour 2008 du Conseil d'Etat concernant également la matière des contrats publics : « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », La Documentation française, 2008.

[3] N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes – Analyse et aide à la décision*, Le Moniteur, coll. Essentiels experts, 2ème éd., 2010.

[4] « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », in Entretiens du Palais Royal « Marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat… Comment choisir, quel bon usage faire de ces différentes catégories de contrats ? », LPA, 27 août 2010, n° 171, p. 9.

[5] La présente thèse est une thèse CIFRE, co-financée par l'Etat et la ville de Lourdes, cette dernière ayant envisagé de recourir à un contrat de partenariat pour le réaménagement d'équipements collectifs.

[6] Art. 72. Al 1er de la Constitution de 1958.

[7] La Constitution ne consacre que le terme « collectivités territoriales », cependant le terme « collectivité locale » en étant un synonyme, il y sera fait référence également.

[8] La clause générale de compétence ne limite pas l'action de chaque collectivité puisque, selon l'article L. 2121-29 du CGCT la commune « *règle par ses délibérations les affaires* » la concernant, le même principe est posé aux articles L. 3211-1 et L. 4221-1, du même Code, respectivement pour les départements et les régions.

Introduction

Déterminer ce qu'est une collectivité territoriale de taille moyenne semble être chose moins aisée. Notre réflexion portant sur l'utilisation des contrats globaux par des collectivités territoriales de taille moyenne prend pour illustration le cas de la ville de Lourdes. Pour autant, si nous retenons les études menées par l'INSEE, la population moyenne des communes en France est de 1700 habitants. Les 27 400 communes de moins de 1000 habitants représentent 15% de la population nationale, il en est également ainsi pour les trente neuf communes de plus de 100 000 habitants[9]. Dans ce segment intermédiaire entre les petites (moins de 1000 habitants) et les grandes communes (plus de 100 000 habitants), 886 communes qui comptent entre 10 000 et 100 000 habitants regroupent presque 22 millions de personnes soit un tiers de la population nationale, ainsi la population moyenne de cette catégorie est d'environs 24 000 habitants. Cette analyse statistique élève donc la ville de Lourdes, qui comptabilise 15 502 habitants, au rang de petite commune de taille moyenne[10] malgré sa classification en tant que « *station de tourisme* »[11].

Ainsi, l'utilisation d'un contrat global de la commande publique n'est pas limitée par la taille ou la compétence de la collectivité souhaitant y avoir recours. Se pose alors une première difficulté qui est de savoir ce qu'est un contrat global. Cette catégorie n'est en réalité pas unifiée et comprend une multitude de formules contractuelles ne permettant pas, à ce qui pourrait être la famille des contrats globaux, d'avoir une grande lisibilité. Un contrat global se situe *de facto* entre les marchés publics et les délégations de service public. Ces premiers sont les outils juridiques les plus classiques de la commande publique puisqu'ils supposent, sur la base de la loi sur maîtrise d'ouvrage publique[12] et du Code des marchés publics[13], une identification préalable des besoins, une séparation entre la fonction de maître d'ouvrage et d'entrepreneur ainsi que le principe d'allotissement. *A contrario*, les délégations de service public permettent de réaliser une véritable externalisation de la gestion du service public ainsi que de la réalisation d'un ouvrage servant de support, ceci comprenant nécessairement le transfert de la maîtrise d'ouvrage au profit du cocontractant privé. La solution des contrats globaux propose une solution intermédiaire puisqu'ils offrent la possibilité de confier une

[9] « La population légale des communes », http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1217#inter2

[10] Des collectivités voisines, comme la ville de Tarbes (préfecture du département des Hautes-Pyrénées, environ 42 000 habitants) et de Pau (préfecture des Pyrénées-Atlantiques, 78 000 habitants environ) seraient alors respectivement une commune moyenne de taille moyenne et une grande commune de taille moyenne.

[11] Ministère de l'Economie, de l' industrie et du numérique, Décret du 15 octobre 2014 portant *classement de la commune de Lourdes (Hautes-Pyrénées) comme station de tourisme*, NOR : EINI1417956D

[12] L. n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JO du 13 juillet 1985, p. 7914.

[13] Décr. n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, JO n°179 du 4 août 2006, p. 11627, texte n° 20.

mission étendue au cocontractant privé ainsi qu'un type de rémunération particulier. A la différence des catégories de marchés existants, le contrat global ne permet pas d'envisager seulement la fourniture d'un service, la réalisation d'un ouvrage ou l'achat de fournitures mais c'est tout à la fois sans que la personne publique ait à financer en amont la réalisation.

La notion de contrat global renvoie nécessairement au concept de montage complexe[14]. pour autant les critères permettant de les identifier, du moins de les isoler du reste des contrats que nous qualifierons de classiques de la commande publique, relèvent tout d'abord de la multiplicité de contrats qu'ils peuvent regrouper ou de la multiplicité d'objets qu'ils comprennent[15]. Ainsi un contrat, pour être global doit rassembler différentes formules contractuelles indivisibles ou être un seul contrat comprenant plusieurs prestations superposées et donc plusieurs objets. L'ensemble de formules contractuelles indivisibles correspond à ce que le Professeur Franck Moderne qualifiait « *d'ensemble contractuel* », y voyant un ensemble d'objets contractuels unifiés en vue de la poursuite d'un seul et même objectif, puisque des formules contractuelles complexes qui comprennent plusieurs contrats indissociables ne sont que « *les contrats formant un ensemble contractuel* [qui] *concourent à une même opération économique mais qui n'ont pas à proprement parler de même objet* »[16]. La notion de globalité est intimement liée, dans ce contexte, à la notion de complexité. Ainsi la doctrine s'accorde à définir un contrat global comme un contrat comprenant plusieurs opérations (de travaux, fournitures ou services) dont la complexité se manifeste par « *l'addition de plusieurs actes juridiques connus pour la réalisation d'une seule et même activité matérielle* » ou quand « *la complexité du marché ou de la convention dont il s'agit résulte de la confusion en son sein de deux ou plusieurs types d'activités matérielles distinctes* »[17] voire par « *la réalisation, par le biais d'un même contrat, de plusieurs sortes de prestations (travaux, fournitures, services), soit la réalisation au moyen de plusieurs conventions juxtaposées « non détachables » de droit public et/ou de droit privé, d'une prestation unique ou complexe* »[18]. Le régime juridique des contrats globaux n'est à l'heure actuelle pas encore unifiée tant par les textes que la jurisprudence, ainsi leur identification est

---

[14]V. notam., P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA 1994, p. 43 ; L. Rapp, « Les marchés et les conventions complexes », AJDA 1996, p. 616 ; P. Delvolvé, « Les contrats globaux », AJDA 2004, p. 1079 ; F. Llornes, « La typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n°5, mai 2005, étude 7 ; N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes,* Le Moniteur, 2009 ;

[15] A ce sujet, V. L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Lamy Droit Public des Affaires*, éd. Lamy, 2015.

[16] F. Moderne, « La sous-traitance des marchés publics, Dalloz, 1995, p.1, n° 13.

[17] L. Rapp, « Les marchés et les conventions complexes », AJDA 1996,

[18] P. Terneyre, « Montages contractuels complexes », préc.

réalisée par une partie de la doctrine au regard d'une certaine pratique et de décisions du juge. L'exemple des concessions permet de démontrer que la qualification de contrat global/complexe est de nature à évoluer. Ainsi la concession a été intégrée à cette catégorie en prenant en compte « *sa durée* » et « *la complexité de son mécanisme* »[19]. Cette formule contractuelle a cependant connu une clarification en lien direct avec la définition textuelle de son régime. La qualification textuelle de certains contrats, qui présentent pourtant des caractéristiques de contrats globaux, engendre l'exclusion de cette catégorie puisque leur régime, les conditions de passations et d'exécution sont clairement définies. Paradoxalement, cette logique permet d'intégrer des contrats à l'apparence simple tels qu'un bail emphytéotique administratif (BEA) associé à une convention d'exploitation non détachable par exemple.

Au delà de la multiplicité d'objets ou de contrats, un contrat global s'identifie également par sa durée. L'originalité de la formule contractuelle réside aussi, au delà de l'opportunité de réaliser une opération par le prisme d'un seul contrat, dans son mode de financement ainsi que dans sa durée. La grande majorité des contrats globaux ne reposent pas sur le paiement d'un prix par un usager mais bien par la personne publique. Ainsi le préfinancement privé, qu'il soit intégral ou partiel, et le paiement d'un prix, par une collectivité, différé dans le temps constituent à la fois leur originalité ainsi qu'une exception dans le paysage contractuel français. Dès lors, leur durée sera nécessairement plus importante que celle d'un marché public traditionnel en raison des volumes financiers, en général très élevés, concernés et de l'étalement de leur paiement dans le temps (*a fortiori* si une délégation de service public est intégrée dans le contrat).

Ces types de contrats ont également la particularité d'avoir pour origine la pratique, ce que certains auteurs qualifient d'*ingénierie contractuelle*[20], ainsi qu'une très nette influence, pour ne pas dire source, du droit privé. Ces techniques contractuelles ont été peu à peu utilisées par les personnes publiques afin de permettre le financement d'ouvrages destinés en général à servir de socle à un service public dont la gestion aura été déléguée également. Le Conseil d'Etat rappellera à ce sujet l'impossibilité, au regard de l'état du droit de l'époque,

[19] CE 22 nov. 1935, *Sieur Chouard Lévy et autres*, req. n° 29399, 31867, 31878 et 32493

[20] V. N. Symchowitz, ouvrage préc.

pour la SNCF de recourir au crédit-bail afin de financer la réalisation d'infrastructures pour le TGV sud-est[21].

Cependant, un contrat peut être considéré comme global sans être très complexe ans son élaboration et son exécution. A l'inverse un contrat relativement complexe peut ne pas être considéré comme un contrat global. Ainsi le contrat de concession présente objectivement une complexité : mêlant plusieurs objets contractuels différents (notamment lorsqu'il s'agit d'une concession de travaux et de service public) et offrant la possibilité de charger le concessionnaire d'assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux, la maîtrise d'œuvre, la construction, leur financement ainsi que la gestion du service public.

Ainsi un contrat global est qualifié comme tel en raison de l'identification de critères précédemment exposés. L'assemblage de différents objets au sein d'un même contrat permet d'en faire nettement ressortir l'aspect global tandis que l'assemblage de différents contrats qui ne peuvent être dissociés en raison de leur objectif pourrait permettre de les frapper du sigle de montage contractuel complexe. Afin de ne pas jeter le trouble à une notion étant suffisamment floue, ces deux appellations peuvent aisément concerner le même principe, là encore sous réserve de la composition d'un contrat global unique ou du lien entre différents instruments contractuels indissociables.

Ces différentes caractéristiques se retrouvent dans ce qui est à l'heure actuelle le contrat global par excellence : le contrat de partenariat public-privé issu de l'ordonnance n°2004-559[22] du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Défini comme un « *contrat administratif* »[23] par lequel une personne publique confie à un tiers « *pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, 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* ». Le cocontractant privé peut également se voir confier « *tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la*

[21] CE., 30 mars 1989, avis n° 345332.

[22] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JO n°141,19 juin 2004, p. 10994, texte n° 2.

[23] Le contrat de PPP est donc un contrat administratif par détermination de la loi bien que sa qualification ait été incertaine bien que la jurisprudence l'a rapidement comme un marché public. V. CE, 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, req. n° 271119, 271357 et 271362. Le projet d'ordonnance de transposition des directives communautaires de 2014 le qualifiera expressément de marché public (cf. infra).

personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée », il « *assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser* » et sa rémunération est assurée « *par la personne publique pendant toute la durée du contrat* »[24]. La particularité de cet instrument contractuel réside également dans l'obligation qu'ont les personnes publiques, Etat comme collectivités locales, de procéder à une évaluation préalable dont l'objectif est de préciser « *les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat* »[25].

L'émergence des contrats globaux trouve un certain nombre d'explications techniques. La première est l'affirmation de la liberté contractuelle des collectivités territoriales liée directement à la décentralisation lancée dès 1982[26]. Ce principe de liberté contractuelle demeure protégé par procuration par la libre administration des collectivités territoriales (ce dernier principe se retrouve énoncé à l'article 72 alinéa 3 de la Constitution : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* »). Le juge constitutionnel considère que « *le législateur a imposé sans justification appropriée une contrainte excessive qui est de nature à porter atteinte à la libre administration des collectivités locales* »[27]. Dès lors les personnes publiques, collectivités locales en particulier, ont eu l'opportunité de mettre en pratique certaines techniques contractuelles issues du droit privé ou dérogeant au droit commun de la commande publique symbolisé par deux instruments que sont les marchés publics issus de la loi de 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique et ses relations avec la maîtrise d'œuvre privé (dite loi MOP)[28] et sur les traditionnelles concessions. La seconde moitié du 20ème siècle a été marquée par le lancement de grands projets d'infrastructures, qui ont nécessité d'avoir recours à des formules contractuelles complexes que le juge aura parfois considérées comme illégales[29].

---

[24] La définition est commune bien que la lettre de l'ordonnance du 17 juin 2004 concerne l'Etat et ses établissements publics (art. 1er) alors que le contrat de PPP des collectivités territoriales est visé aux articles L. 1414-1 à L. 1414-16 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

[25] Pour l'Etat : Ord. n° 2004-559 préc., Art. 2 ; Pour les collectivités territoriales : CGCT, art. L. 1414-2.

[26] L'acte I de la décentralisation étant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JO du 3 mars 1982, p. 730.

[27] Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, consid. n° 43.

[28] L. n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JO., 13 juill. 1985 p. 7914.

[29] Ce qui a été le cas pour les marchés d'entreprises de travaux public (METP), V. CE, 8 févr. 1999, n°150931, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de la Ciotat*, req. n°169336 et 169545, Rec. CE 1999, p. 19, AJDA 1999, p. 364, concl Bergeal C, note Chabanol, RFDA 1999, p.1172, note S. Braconnier. CE, 8 févr. 1999, *Département de l'Orne, Sté Gespace France*, Rec.

Introduction

Les contrats globaux représentent une sorte de troisième voie, une catégorie intermédiaire entre les marchés publics et les concessions. La principale raison de leur apparition progressive résulte des carences des deux principaux types d'instruments contractuels précités, en particulier concernant la réalisation d'infrastructures de grands projets dont les coûts étaient très importants. Le premier exemple de ce phénomène s'est manifesté à travers les concessions autoroutières. En effet, la réalisation d'ouvrages d'arts de grande ampleur et complexes tels que, par exemple, des routes à plusieurs voies, des ponts, tunnels[30] nécessitait la mobilisation de financements représentant des montants allant bien au delà de la capacité des personnes publiques. Ainsi le financement privé de tels projets a été rendu possible par le recours au schéma de la concession privée. Car si « l' usage des ouvrages d'art est en principe gratuit »[31], la loi du 12 juillet 1979[32] a ouvert la possibilité d'un financement privé « *lorsque l'utilité, les dimensions, le coût d'un ouvrage d'art appartenant à la voirie nationale, départementale ou communale ainsi que le service rendu aux usagers le justifient, un péage pour son usage en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées soit à la construction, soit, lorsque ces missions font l'objet d'une convention de délégation de service public, à la construction, à l'exploitation et à l'entretien ou à l'exploitation et à l'entretien de l'ouvrage d'art et de ses voies d'accès ou de dégagement* »[33]. Ainsi une personne publique a la possibilité de concéder la réalisation et l'exploitation d'un ouvrage à un concessionnaire privé sur une longue période (qui est fonction de la durée nécessaire à l'amortissement de l'investissement), ce dernier assurant dans un premier temps le financement et l'exploitation à ses risques et périls avec une tarification fixée en amont par la personne publique.

Le même principe se retrouve à l'échelle de la construction de nouvelles lignes de chemins de fer. De la même manière que pour la voirie autoroutière, la SNCF n'a pu faire face aux montants exorbitants nécessaires à la réalisation de nouvelles lignes de TGV. Cet établissement public a donc tenté d'élaborer, non sans mal, des montages complexes afin de tenter d'associer au financement d'autres personnes publiques ou privées. Le premier essai en

---

CE 1999, p.227, BJCP 2000, n°7, p. 602, concl Bergeal C., obs Schwartz R., CJEG déc. 1999, p. 434, note Richer L., RFDA. 1999, p.1172, note Braconnier S.

[30] V. Notam., Y. Gaudemet, « Les concessions d'ouvrages d'art routiers : quelques observations », in Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 229 et s.

[31] Code de la voirie routière, art. L. 153-1 al. 1er.

[32] L. n°79-591 du 12 juillet 1979 relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, JO du 13 juillet 1979, p. 1822.

[33] Code de la voirie routière, art. L. 153-1 al. 2.

la matière s'illustre par la ligne TGV Sud-Est pour laquelle il avait été envisagé un recours au crédit-bail de la loi du 2 juillet 1966[34]. Par ce biais, la SNCF devait acquérir des terrains servant d'assiette à la construction des ouvrages et autorisait ensuite l'entreprise privée à l'occuper durant la durée du contrat. Cette opération devant se réaliser à travers une société de financement qui avait la propriété des ouvrages, les mettant ainsi à la disposition de la SNCF contre le paiement d'une redevance, et déléguait la maîtrise d'ouvrage de l'exécution des travaux à la SNCF. Cette pratique ne sera cependant pas validée par le juge administratif, considérant que « *les infrastructures du «TGV Sud-Est» qui seront des biens immobiliers affectés à ce service public et aménagés spécialement à cette fin, feront ainsi partie du domaine public de l'Etat et ne pourront, par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit. Leur financement ne peut donc, en l'état actuel du droit, être assuré selon la technique de crédit bail qui implique que les biens ainsi financés demeurent, jusqu'au terme du contrat, dans le patrimoine de l'organisme de crédit* »[35]. S'est ensuite posée la question, toujours dans le cadre de la réalisation de nouvelles lignes de TGV, de savoir si la SNCF pouvait faire construire ces lignes par une société d'économie mixte et si elle pouvait utiliser la concession pour ce faire[36]. La section des travaux publics du Conseil d'Etat ne pourra que constater et donc relever que, là encore, que l'état du droit ne permettait pas à la SNCF de procéder à la concession de lignes de TGV[37].

---

[34] L. n°66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, JO 3 juillet 1966 p. 5652.

[35] CE., 30 mars 1989, avis n° 345332, préc. ; Cette position du juge étant fonction de l'état du droit en vigueur lors de l'émission de cet avis, le Conseil d'Etat y précisera néanmoins que « *si le Gouvernement considérait que le financement par crédit-bail de la construction du « TGV Sud-Est » présente des avantages justifiant qu'il y soit recouru la passation des contrats correspondants devrait être précédée par l'intervention d'une disposition législative spécifique. Ce texte devrait autoriser, par dérogation aux principes régissant le réseau ferré national, l'application pour le financement de catégories d'infrastructures qu'il déterminerait, de la loi du 2 juillet 1966. Il devrait également assortir cette autorisation des précautions propres à garantir la pérennité de l'affectation des biens en cause et à assurer le respect de la mission de la SNCF* ».

[36] Le Ministre de l'équipement et des transports ayant posé plusieurs questions au juge administratif, à savoir : « 1°) s'il serait possible que la SNCF utilise l'article 65 de son cahier des charges pour confier la réalisation de ces lignes nouvelles à une société d'économie mixte ; 2°) si la SNCF pourrait avoir recours à la concession dans les conditions suivantes : a) la SNCF, autorité concédante, chargerait une société d'économie mixte dont le capital serait pour une part importante détenu par des collectivités publiques ou des opérateurs sous contrôle public, de réaliser les infrastructures ferroviaires et de les exploiter pendant la durée de la concession ; b) le concessionnaire chargerait la SNCF, par un contrat de prestations de service, de l'exploitation technique et commerciale de ces lignes ; la SNCF percevrait, pour le compte du concessionnaire, le prix du transport complet, mais en conserverait la part correspondant aux frais d'exploitation ; c) le concessionnaire pourrait bénéficier de garanties visant à encadrer les risques encourus ; 3°) à quelles conditions et grâce à quelles modifications législatives ou réglementaires un tel système de concession pourrait être mis en œuvre » ; V. CE., 2 juillet 1992, avis n° 351619.

[37] CE., 2 juillet 1992, avis n° 351619 préc., V. notam. : « *II - S'agissant du recours au procédé de l'affermage prévu par l'article 65 du cahier des charges de la SNCF. Aux termes de l'alinéa 1er de l'article 65 du cahier des charges de la SNCF « La SNCF peut, lorsqu'elle l'estime nécessaire, affermer une ligne ou une section de ligne du réseau ferré national ou passer convention pour charger un autre exploitant qu'elle-même d'exploiter une de ces lignes où sections de lignes. » Il résulte de ces dispositions qu'elles ont pour seul objet d'autoriser la SNCF à confier à une autre personne l'exploitation de lignes du réseau ferré national déjà construites. Elles ne sauraient donc être utilement invoquées pour autoriser la SNCF à charger quelque société que ce soit de réaliser de nouvelles lignes de TGV* » et « *III - S'agissant du recours au procédé de la*

Ces deux exemples ne sont que la manifestation des difficultés rencontrées par les collectivités publiques souhaitant construire des ouvrages de grande ampleur avec un financement adéquat. Face à des instruments contractuels traditionnels manifestement insuffisants, de nombreuses tentatives de mettre en pratique des techniques contractuelles complexes issues du droit privé ou d'influence étrangère ont vu le jour.

Le premier exemple de ces tentatives reste historiquement le Marché d'Entreprise de Travaux Publics (METP). Ce contrat est né de l'impossibilité de pouvoir conclure une concession en l'absence d'usager payant. Dès lors les personnes publiques ont imaginé un mécanisme permettant de conclure un contrat dont le régime sera plus ou moins proche de la concession dans son fonctionnement et du marché public concernant la rémunération du cocontractant. Ils ne constituent que des concessions dans lesquelles le concessionnaire est directement rémunéré par la collectivité en l'absence de l'identification d'usagers directs (en cela, l'exemple de l'enlèvement des déchets ménagers est un bonne comparaison en ce qu'il peut être financé directement par la collectivité qui perçoit la taxe d'enlèvement des ordures

---

concession. 1) Un établissement public tel que la SNCF ne saurait transférer à une autre personne des éléments essentiels de la mission qui lui a été confiée, sans y avoir été préalablement autorisé par une loi et sans qu'aient été réglées par celles-ci les conséquences résultant de ce transfert sur les missions dont il conserve la charge. Aux termes de l'article 18 de la loi susvisée du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, la SNCF « a pour objet d'exploiter, d'aménager et de développer, selon les principes du service public, le réseau ferré national ». Il résulte de ces dispositions : - que la construction comme l'exploitation de lignes nouvelles de TGV constituent des éléments essentiels de la mission de développer et d'exploiter le réseau ferré national, confiée à la SNCF par les dispositions précitées de l'article 18 de la loi d'orientation des transports intérieurs ; - que ce texte législatif ne peut être regardé comme ayant autorisé, même implicitement, la SNCF à accorder des concessions de lignes de chemin de fer appartenant au réseau ferré national ; qu'au contraire la rédaction de son article 20 relatif au régime des biens immobiliers affectés au service public du transport ferroviaire exclut une telle interprétation, dans la mesure où les dispositions de cet article sont inadaptées à des biens immobiliers concédés, et s'abstiennent de définir les règles applicables à cette catégorie de biens. Il résulte de ce qui précède que la SNCF ne saurait accorder légalement la concession de lignes nouvelles de TGV sans y avoir été expressément autorisée par un texte législatif, et sans que ce texte apporte à la loi d'orientation des transports intérieurs les modifications nécessaires à la mise en oeuvre d'un tel mode d'exécution du service public. 2) Encore conviendrait-il qu'un texte législatif ayant un tel objet soit conçu de telle sorte qu'il ne dénature ni la mission de la SNCF, ni les relations contractuelles caractéristiques du contrat de concession, qui sont la condition d'une exécution satisfaisante du service public. A cet égard, il apparaît que la concession à une personne autre que la SNCF tout à la fois de la construction et de l'exploitation de lignes nouvelles de TGV est très difficilement conciliable avec l'exercice par la SNCF de sa mission d'exploitation de l'ensemble du réseau ferré national. Pour assurer malgré tout cette conciliation, et alors que le concessionnaire est normalement seul responsable des rapports avec les usagers du service public, le système imaginé par le Gouvernement est obligé de prévoir que le concessionnaire devrait restituer immédiatement au concédant, par des contrats de prestation de service, l'exploitation technique et commerciale des lignes concédées, ainsi d'ailleurs que diverses responsabilités relatives à la construction de ces mêmes lignes. Mais on doit constater qu'une telle construction présenterait deux séries d'inconvénients : - d'une part, la concession serait pratiquement vidée de sa substance, au risque de voir, en cas de contentieux, les juridictions compétentes requalifier de manière plus réaliste le montage en cause ; - d'autre part, la répartition claire et traditionnelle des compétences et des responsabilités entre concédant et concessionnaire se trouverait détruite, au profit d'un système conventionnel complexe et opaque, qui mettrait en péril la sécurité juridique due aux usagers du service public aussi bien qu'aux tiers. Au stade actuel des réflexions du Gouvernement, le Conseil d'Etat n'a pas trouvé dans le dossier de réponse à ces objections, et n'a pas été mis à même d'apprécier selon quels critères s'effectuerait le partage des responsabilités entre la SNCF et le concessionnaire. Il semble, en définitive, que le Gouvernement pourrait rechercher des solutions plus simples au problème posé, en étudiant un aménagement adéquat du contrat de plan Etat - SNCF et en organisant le seul portage financier des investissements considérés par une structure juridique sui generis, distincte de la SNCF ».

ménagères[38] ou directement par les usagers à travers le paiement d'une redevance pour leur l'enlèvement[39]). Ces contrats seront cependant déclarés illégaux par le Conseil d'Etat car, étant qualifiés de marchés publics, ils ne respectent pas le principe de l'interdiction de paiement différé imposé par le Code des marchés publics[40]

Face au développement d'une ingénierie contractuelle, le législateur a repris la main et s'en est suivi une succession de textes portant à la fois sur l'occupation du domaine public des collectivités territoriales (avec la création des BEA)[41] et de l'Etat (avènement des AOT)[42] à la fin des années quatre-vingt et au début des années quatre-vingt-dix. La loi du 22 juin 1987[43] avait cependant déjà ouvert la voie au recours aux contrats globaux (permettant de confier à un cocontractant à la fois la conception, la construction et l'aménagement d'un ouvrage) tout en l'ayant limité dans un premier temps au secteur des prisons. Les lois adoptées à partir de l'année 2002 vont marquer un tournant puisque le législateur va véritablement encourager le développement des contrats globaux. Tout d'abord les lois du 29 août 2002[44] et du 9 septembre 2002[45] vont permettre de confier à des cocontractants des contrats globaux pour certains besoins (des contrats ne confiant pas la maîtrise d'ouvrage et le financement mais qui dérogent au principe de séparation des fonctions de maître d'œuvre et d'entrepreneur, et d'autres contrats constituant des AOT avec option d'achat (AOT-LOA) avec lesquels une personne publique peut également confier la maîtrise d'ouvrage et le financement). Une extension va être réalisée par les lois des 27 janvier[46] et 18 mars 2003[47] aux secteurs de la défense et d'autres domaines de la sécurité intérieure. Le secteur hospitalier ne sera pas ignoré

---

[38] Code général des Impôts, art. L. 1520-I : « *Les communes qui assurent au moins la collecte des déchets des ménages peuvent instituer une taxe destinée à pourvoir aux dépenses du service dans la mesure où celles-ci ne sont pas couvertes par des recettes ordinaires n'ayant pas le caractère fiscal* ».

[39] CGCT, art. L. 2333-76 al. 1er : « *Les communes, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes qui bénéficient de la compétence prévue à l'article L. 2224-13 peuvent instituer une redevance d'enlèvement des ordures ménagères calculée en fonction du service rendu dès lors qu'ils assurent au moins la collecte des déchets des ménages* ».

[40] Code des marchés publics, art. 96 : « *Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé* ».

[41] L. n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, JO., 6 janv. 1988, p. 208.

[42] L. no 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JO n°171, 26 juill. 1994, p.10749.

[43] L. n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, JO du 23 juin 1987 p. 6775.

[44] L. n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, JO 30 août 2002, p. 14398, texte n° 1.

[45] L. n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, JO, 10 septembre 2002, p. 14934, texte n° 1.

[46] L. n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008, JO du 29 janvier 2003, p. 1744, texte n° 1, NOR: DEFX0200133L.

[47] L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JO n°66 du 19 mars 2003, p. 4761, texte n° 1, NOR: INTX0200145L.

puisque l'ordonnance du 4 septembre 2003[48] prise sur la base de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003[49] va introduire le droit pour les personnes publiques de contracter des baux emphytéotiques administratifs dans le domaine hospitalier (BEAH).

Le tournant majeur va cependant être opéré avec l'ordonnance du 17 juin 2004[50] et l'avènement des contrat de partenariat public-privé qui va être le dernier élément majeur permettant de fixer un cadre général des contrats globaux, bien que quelques modifications seront apportées par la loi du 28 juillet 2008[51]. La création des contrats de Réalisation-Exploitation-Maintenance et de Conception- Réalisation-Exploitation-Maintenance (REM-CREM) avec le décret du 25 août 2011[52] sera le dernier épisode de cette série d'évolutions. Des évolutions presque tout-azimut qui vont être tempérées voire connaître une remise en ordre à l'occasion de la transposition des directives communautaires adoptées en 2014[53] ainsi que par la loi de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019[54].

Le constat des insuffisances des contrats franco-français[55] et les évolutions successives décrites précédemment ont été renforcés également par l'influence internationale, anglo-saxonne en particulier. Les contrats de Private finance initiative (PFI) anglais et le lease américain vont servir de modèle sans pour autant être intégrés en tant que tel dans l'ordre juridique national. Le PFI, créé par le Gouvernement anglais en 1992[56], n'est d'ailleurs pas un contrat mais une logique globale de partenariat public-privé qui s'appuie sur différents contrats dont le plus célèbre est le « Build Operate Transfer » (BOT) puisqu'il permet de confier à une société de projet à la fois la construction et l'exploitation d'un ouvrage qui sera rétrocédé au terme du contrat. Le libéralisme britannique ne pouvait évidemment pas être retranscrit en tant que tel en droit français, pour autant ils ont très nettement inspiré le

---

[48] Ord. n° 2003-850 du 4 septembre 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, JO n°206, 6 sept. 2003, p. 15391, texte n° 26.

[49] L. n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JO n°152 du 3 juillet 2003, p. 11192, texte n° 2, NOR: FPPX0300014L.

[50] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JO n°141, 19 juin 2004, p. 10994, texte n° 2.

[51] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JO n°0175, 29 juillet 2008, p. 12144, texte n° 1.

[52] Décr. n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, JO n°0197, 26 août 2011 p. 14453.

[53] Le projet d'ordonnance de transposition dite ordonnance relative aux marchés publics est encore en cours d'élaboration.

[54] L. n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, JO n°0301 du 30 décembre 2014, p. 22786, texte n° 1.

[55] L'échec du METP reste, avant l'avènement des contrats de PPP, le meilleur exemple des limites imposées par le cadre juridique français de la fin des années quatre-vingt dix.

[56] L. Richer, « Contrats et Best value for money », CP-ACCP, n° 2, juillet-août 2001, p. 64 ; X. Bezançon, « Le Private Finance Infrastructure au Royaume-Uni », CP-ACCP, n° 3, septembre 2001, p. 48 ; S. Braconnier, « Les contrats de Private Finance Initiative – Réflexions sur la dynamique contractuelle dans les partenariats public-privé », BJCP n° 22, p. 174.

législateur français dès l'élaboration des lois de 2002 jusqu'à l'ordonnance du 17 juin 2004. De la même manière, le « lease », technique de préfinancement par laquelle une personne publique (qui aura la propriété juridique de l'ouvrage) loue un équipement à un organisme qui conserve la propriété économique, l'opération trouvant sa rentabilité dans un jeu de contrats dont les bénéfices fiscaux réduisent le coût de l'investissement initial[57].

Ces influences internationales ainsi que le besoin de pouvoir donner aux collectivités publiques ont induit une réception très partielle de ces mécanismes mais totale de leur esprit libéral. L'évolution du droit français en la matière qui a démarré au début des années 2000 a fait naître une succession de contrats qui, en plus de leur pratique parfois hasardeuse et risquée, aujourd'hui génèrent une situation de flou dans un environnement juridique aussi large que peu lisible pour les personnes publiques. La nouveauté et la technicité particulière qu'ils impliquent, ainsi que le constat de difficultés grandissantes à gérer leur exécution, sont autant d'éléments qui poussent à s'interroger à la fois sur la clarté de l'éventail contractuel existant ainsi que sur la pertinence du recours à ces contrats globaux. Le cas de la ville de Lourdes, ainsi que l'observation du recours à des contrats voisins, permettra d'illustrer les contraintes existantes en la matière tout en laissant de côté l'approche institutionnelle du partenariat public-privé.

L'analyse de cette réalité de terrain alliée à une approche conceptuelle de cette problématique permet de procéder à un certain nombre de constats dans une période marquée par une forte actualité en la matière. La réforme du contrat de PPP opérée par la loi du 28 juillet 2008, la naissance des contrats de CREM-REM en 2011, l'adoption des directives européennes lors de l'année de 2014 et le travail de transposition en cours au niveau national s'inscrivent dans une logique ambitieuse et nécessaire de réforme du droit commun de la commande publique. La liberté contractuelle dont bénéficient les collectivités territoriales implique donc de mener une réflexion sur la capacité à faire le bon choix de contrat dans un océan contractuel dans lequel, pour l'instant, il peut leur être difficile de naviguer. Il est donc naturellement question de savoir si les contrats globaux sont bien adaptés aux projets des collectivités publiques, notamment des collectivités territoriales de taille moyenne. Si ces contrats sont suffisants pour leur permettre de ne pas être enfermées dans un engagement contractuel trop contraignant pour le service public et surtout si « *avec cette palette*

[57] V. S. Nicinski, « Lease américain, équipements publics et droit administratif », AJDA 2001, p. 538.

d'instruments contractuels, dont les limites ne sont pas clairement définies et dont la diversité laisse perplexe, [disposent t'elles] *d'une boîte à outils efficace* »[58] ?

Il semble alors assez naturel de se poser la question de savoir si l'utilisation de contrats globaux de la commande publique, de contrats de PPP en particulier, par une collectivité territoriale de taille moyenne pour la réalisation d'opérations contractuelles complexes est pertinente ?

Ce travail d'analyse et de réflexion ne saurait cependant être complet et efficace sans procéder au préalable à un véritable état des lieux des contrats globaux de la commande publique (partie 1). La réalité de la pratique, tant sur le plan national qu'à l'échelle locale, notamment à partir de l'expérience d'une collectivité locale de taille moyenne telle que Lourdes, permettra ensuite de mieux appréhender la réalité de ce que peut être l'expérimentation d'une formule contractuelle spécifique qu'est le contrat de partenariat public-privé (partie 2). Les contrats globaux connaissent actuellement une importante mutation, nous verrons comment cela nous permet d'aborder la question de la réforme de l'ensemble du droit de la commande publique (partie 3).

[58] A. Ménéménis, propos introductifs in « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », in Entretiens du Palais Royal « Marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat… Comment choisir, quel bon usage faire de ces différentes catégories de contrats ? », LPA, 27 août 2010, n° 171, p. 9.

PREMIERE PARTIE

ETAT DES LIEUX DES CONTRATS GLOBAUX AU SEIN DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Première partie

Le droit de la commande publique est, encore aujourd'hui, une notion complexe possédant de multiples facettes[59]. Ce domaine reste marqué par l'existence d'une concurrence entre les outils contractuels qui sont à la disposition de la personne publique.

Face à des besoins nombreux et divers, qui nécessitent l'intervention de prestations plus larges et complexes que ce que permettent de faire les traditionnels marchés publics, la catégorie des « contrats globaux de la commande publique » revêt un intérêt certain à l'heure actuelle. Précisons qu'à l'endroit des « contrats globaux », nous entendons regrouper l'ensemble des montages contractuels complexes, marchés publics globaux, contrats partenariats public-privé qui, par la multitude d'objets qu'ils comprennent, quel que soit le mode de rémunération, peuvent être regroupés sous ce terme générique. Par ces contrats, est recherchée une solution intermédiaire entre la maîtrise d'ouvrage publique assurée traditionnellement par la personne publique et une gestion déléguée du type délégation de service public.

Face à la nécessité de l'intervention des partenaires privés dans la réalisation d'ouvrages nécessaires au service public, la pratique contractuelle, appelée le plus souvent « l'ingénierie contractuelle », va permettre aux acteurs en place d'adapter des outils contractuels manifestement dépassés. Cette construction empirique de la notion de contrat global (chapitre 1) va rapidement être reçue en droit positif, ce qui ne permettra néanmoins pas d'aboutir un éventail clair et intelligible. Au delà de cette étude, certes théorique mais nécessaire à la compréhension de ce qu'est, aujourd'hui, la réalité de la situation des contrats globaux au sein de la commande publique, nous constaterons également que ce phénomène rencontre un succès certain et ce, tant du point de vue de l'action du législateur que de l'utilisation par les personnes publiques. En effet, une logique libérale est en train de pénétrer le milieu de la commande publique, brisant la dualité classique entre collectivité publique commandant une prestation et le cocontractant privé se limitant à être un simple exécutant. Les relations entre ces acteurs restent, certes, contractuelles mais deviennent de plus en plus « partenariales » en ce que le partenaire privé se trouve bien plus impliqué dans le projet du fait de sa présence dans sa conception, voire dans la définition du besoin de la personne publique, jusqu'à sa réalisation et son entretien durant une période relativement longue par exemple.

[59] Les entretiens du Palais-Royal : Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir ? 16 décembre 2008, à l'Ecole Nationale d'Administration, 2 av de l'Observatoire, 75006 Paris

La place des contrats globaux dans l'arsenal contractuel, l'importance des logiques financières et économiques, le bon usage des nouveaux contrats… De telles questions nous amènent, fort logiquement, à nous demander si la personne publique dispose aujourd'hui d'une « *palette d'outils efficaces* »[60] en la matière pour répondre à ses besoins, à un moment où le procédé contractuel a pris une très grande importance[61].

Dans ce contexte, où le nombre de techniques contractuelles complexes, ne cesse de croître, le manque de lisibilité pour les personnes publiques et, par voie de conséquence, le choix du bon outil contractuel, peut être une difficulté, a fortiori si elles-mêmes n'arrivent pas à définir quelle peut être la meilleure voie à suivre pour la réalisation d'un équipement précis. Le recours aux contrats globaux a, certes, été élargi ces dernières années, pour autant les collectivités publiques, en particulier territoriales, sont elles armées pour affronter cet arsenal contractuel et y trouver leur compte ? A un moment de l'évolution du droit, où la liberté contractuelle des collectivités territoriales ne fait plus, juridiquement, de doute, la réalité de la pratique est-elle en totale conformité avec cette liberté théorique ? Cette « mise à l'épreuve » de la liberté contractuelle des personnes publiques à la complexité, relative ou non, du recours aux contrats globaux. Qu'il faille se féliciter des opportunités offertes par ces outils contractuels, il ne faut cependant pas négliger ce que leur particularisme peut avoir pour conséquences. En effet, le large choix dont bénéficient les collectivités territoriales, par les nombreuses réformes opérées en matière de droit de la commande publique, est une chose qui doit théoriquement renforcer cette liberté contractuelle. Pour autant la spécificité des contrats globaux présente paradoxalement le risque de produire des effets inverses (chapitre 2).

[60] Table ronde préc.

[61] Voir le rapport public pour 2008 du Conseil d'Etat : « Le contrat mode d'action publique et de production des normes », La Documentation française, 2008.

Chapitre 1 – Une construction empirique du concept de contrat global pour un résultat complexe

Le phénomène du procédé contractuel dans l'action de l'Administration n'est pas, loin s'en faut, une nouveauté[62]. La catégorie des contrats globaux de la commande publique revêt un certain intérêt dans un contexte où la personne publique doit, plus que jamais, assumer un certain nombre de missions tout en externalisant de plus en plus l'exécution de ses interventions[63]. A côté des techniques contractuelles classiques, sont venues s'ajouter des outils nouveaux faisant office de curiosité dans le paysage contractuel classique.

Le droit public des contrats a été bouleversé ces vingt dernières années, en particulier par un mouvement d'ingénierie contractuelle des acteurs et des diverses interventions jurisprudentielles et les législatives. Ces tentatives d'adaptation du droit à la modernisation de l'action publique ont trouvé écho, depuis une dizaine d'années, auprès du législateur qui, pensant rattraper le temps perdu, s'est lancé dans un travail législatif forcené afin de mettre en place un éventail de techniques contractuelles complexes plus en adéquation avec les nouvelles exigences économiques et techniques notamment.

Afin d'appréhender cette notion de contrat global de la commande publique, il est nécessaire, *a priori*, de procéder un état des lieux ainsi qu'à un rappel de l'apparition progressive des contrats globaux au sein de la commande publique (section 1). Les évolutions que connaît le domaine des contrats administratifs vont être particulièrement symbolisée par l'apparition de ces contrats globaux, par l'appréhension qu'en ont eu tant la doctrine que les acteurs publics. Cela se manifeste, notamment et en particulier, par la spécificité de certains contrats globaux (section 2). L'analyse des raisons ainsi que des besoins de cette véritable mutation du droit des contrats publics doit également amener à examiner les incertitudes qui pèsent sur la sécurité juridique de ces contrats, en raison, par exemple, des évolutions perpétuelles de l'état du droit (section 3).

---

[62] V. Conseil d'Etat, Rapport public annuel, 2008, préc.

[63] R. Denoix-de-Saint Marc, « L'administration contractuelle », AJDA 2003, p.971 ; L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA 2003, p. 973.

Section 1 – L'origine des marchés globaux

La question peut paraître simple lorsqu'elle est énoncée, il s'avère que les réponses à apporter sont complexes. La typologie des contrats de droit public en France est une chose difficile à réaliser puisque chaque contrat administratif créé l'est, la plupart du temps, pour palier des défauts ou inconvénients générés par son prédécesseur. Il en va ainsi pour l'origine à propos des contrats globaux de la commande publique. Pour en cerner l'intérêt, il convient de faire un bref rappel des contrats de droit commun qui existent (paragraphe 1), avant de rappeler l'origine historique des contrats globaux (paragraphe 2) afin de mettre en avant les causes du phénomène (paragraphe 3) pour répondre à une première question : « *Comment en est on venu à créer des contrats globaux ?* »[64].

Paragraphe 1. Les insuffisances des contrats de droit commun

Les contrats administratifs n'ont pas toujours un objet identique et ne sont pour autant pas interchangeables. Traditionnellement, l'Administration n'avait comme seul choix que l'exécution d'un service ou de travaux en régie directe ou par le biais de la délégation de service public. Les deux principaux outils, dans cette catégorie de « contrats administratifs de droit commun » que sont les marchés publics et les délégations de service public, ont montré leurs limites à un moment où l'importance de l'action publique n'avait plus vocation à diminuer. Les contrats globaux apparaissant comme dérogatoires du « droit commun de la commande publique », poser les bases des caractéristiques de chaque catégorie envisagée permettra, par la suite, de traiter la question avec plus de clarté.

Jusqu'au début des années 1980, la réalisation de projets menés par les personnes publiques passait généralement par l'utilisation de deux procédés contractuels que sont les marchés publics (I) et les concessions de travaux et de service public (II). De manière générale il sera question, dans les développements suivants, de dresser une liste et de procéder à une analyse tant du contexte dans lequel ces contrats sont nés que de l'impact que cela a eu sur le droit de la commande publique. D'autant que les contrats dont peuvent disposer les

[64] F. Lichère in Les entretiens du Palais Royal : « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir ? » 16 déc 2008 ; préc.

collectivités publiques peuvent concerner des domaines spécifiques, l'objet du contrat ne va pas fatalement déterminer son appartenance à une catégorie juridique précise[65].

I. Les marchés publics

Les contrats globaux apparaissent comme dérogatoires du « droit commun de la commande publique », ils le sont notamment au regard des marchés publics qui constituent la principale référence en matière de commande publique en France. Selon l'article 1er du Code des marchés publics, les marchés publics sont « *les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». Ces contrats[66] ressemblent, par leur objet, aux contrats qui peuvent être conclus entre des particuliers puisque, par leur biais, une personne publique paie la réalisation de travaux, achète des fournitures ou des services[67]. Les marchés publics[68] ne sont utilisables que lorsque la personne publique est en mesure de définir seule ses besoins en amont. La 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, dite loi MOP[69], suppose également une séparation des missions et des fonctions, notamment de maître d'œuvre et d'entrepreneur. De la même façon, le décret de 2006[70] portant Code des marchés publics pose comme principe l'allotissement des achats afin de diversifier et amplifier la concurrence sur plusieurs lots du marché.

Bien que la notion de marché public soit la plus anciennement encadrée[71], puisque un décret du 10 Brumaire an XIV prévoyait déjà que les travaux à réaliser dans les hospices et établissements de charité devaient être « donnés à l'adjudication ». Cette règle fut étendue aux communes par le décret du 17 juillet 1806[72]. Depuis l'état du droit a nécessairement évolué et

---

[65] V. J.-F. Sestier, « Multiplicité d'objets et de supports des contrats publics, C.P-A.C.C.P., n°73, janv. 2008, p. 24.

[66] V. Art 1 et art 2 Code des marchés publics, DALLOZ, 6ème éd., 2013.

[67] V. notamment F. Linditch, *Le droit des marchés publics* , Dalloz, 5e éd., 2009 ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8e éd., 2012.

[68] V. notamment S. Braconnier, *Précis du droit des marchés publics*, éd. du Moniteur, 4ème éd., 2012; F. Linditch, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, 5ème ed. 2009.

[69] L. n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JO., 13 juill. 1985 p. 7914.

[70] Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics.

[71] V. A. Christophe et P. Auger, *Traité théorique et pratique des travaux publics* , 1889-1890, n°329.

[72] J.-B. Sirey, « Jurisprudence du Conseil d'Etat – Epoque de l'institution de la Commission du contentieux jusqu'à la fin de septembre 1818 », tome IV, imprimerie De Renaudière.

le droit communautaire[73] est venu semer le trouble dans une classification qui semblait immuable[74].

Les marchés publics ne sont finalement qu'un procédé par lequel la personne publique se contente de définir ses besoins afin de réaliser des achats. Contexte dans lequel les intervenants privés sont limités à un rôle de simple exécutant consistant à fournir une réalisation de travaux, un bien ou un service en contrepartie du paiement d'un prix. L'objet des marchés publics est donc limité à une opération « simple » par opposition aux multitudes d'opérations intégrées à un seul et même contrat global passé par l'Administration.

Ce premier procédé correspond à un mode de gestion retenue, c'est-à-dire que la collectivité va exploiter à ses risques le service en se limitant à passer des contrats avec des tiers pour assurer son fonctionnement. Le choix des fournisseurs se faisant au terme d'une procédure de sélection par une mise en concurrence dans un souci de bonne utilisation des deniers publics. Les opérations sont ici relativement simples puisque se limitant à un paiement pour la réalisation de travaux, à l'achat de fournitures ou de services.

Les délégations de service public[75] vont, a contrario, permettre à la personne publique d'externaliser intégralement la gestion d'un service public ainsi que la construction de l'ouvrage pouvant servir de support à la gestion de ce service. Dans ce cas de figure, le délégataire exercera alors la maîtrise d'ouvrage.

II. Les conventions de délégation de service public

Cette technique contractuelle est très ancienne et sa dénomination va finalement être consacrée par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi *SAPIN* »[76]. Elle regroupe en effet quatre « sous-types » de contrats que sont les concessions de travaux publics sans service public[77] ainsi que les concessions de travaux et de service public (ex : ponts à péage,

---

[73] Dir. 88/295 du 18 mars 1988 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE ; Dir. 89/440 portant sur les marchés publics de travaux ; Dir. 92/50 portant sur les marchés publics de services ; Dir. 2004/18 et Dir. 2004/17.

[74] V. Décr n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics ; Décr n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics ; Décr n°2006-179du 4 août 2006 portant Code des marchés publics.

[75] L. n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JO., n°25, 30 janv. 1993, p. 1588.

[76] L. n° 93-122 du 29 janvier 1993, préc.

[77] Ce type de contrat reste exceptionnel, par ex : concession de force hydraulique ; V. CE 22 juin 1928, S. 1928, 3, 113 concl. Josse ; V. Avis CE 28 septembre 1995, EDCE, n°47, p. 402.

distribution d'eau), les concessions de service public (ex : transport de voyageurs), l'affermage et la régie intéressée.

Avant 1993, les contrats de la commande publique se répartissaient en deux grandes catégories, d'une part les marchés publics et, d'autre part, les concessions et contrats voisins. Ainsi les différents « sous-types » de contrats précédemment évoqués se sont retrouvés réunis dans la catégorie des délégations de service public sans pour autant que le législateur vienne en définir le contenu. Ce ne sera que quelques années plus tard que la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite « *MURCEF* »[78] apportera une définition à la DSP en disposant que : « *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 pou 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 bien nécessaires au service* »[79].

Au delà de la simple externalisation d'un service public, la délégation de service public se distingue également du marché public par différents critères dont notamment celui de la rémunération et de l'objet[80]. Effectivement le délégataire, la différence du titulaire d'un marché public, va se rémunérer sur l'exploitation du service public et en aucun cas sur un prix payé par la personne publique qui couvrirait une partie substantielle de la prestation afin de ne pas être assimilé à un marché public de service public. De plus, l'opération externalisée ne peut qu'être une mission de service publique relevant traditionnellement de la compétence de la personne publique. Ceci est la définition la plus classique telle qu'énoncée par le commissaire du gouvernement Chardenet dans la décision du Conseil d'Etat du 30 mars 1916 dite l'affaire du *Gaz de Bordeaux*[81].

Les marchés publics et les conventions de délégation de service public montrent, chacun de leur côté, un intérêt certain selon que la personne publique souhaite externaliser ou non la réalisation d'une opération. Les contrats globaux apparaissent alors comme une troisième voie avec une intervention publique qui ne serait plus aussi forte que dans le cadre de la passation de marchés publics tout en conservant une maîtrise qui ne serait pas aussi

---

[78] L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JO., n°288, 12 déc. 2001, p. 19703, texte n° 1 ; modifiant l'article 38 de la loi n°93-122 préc, et l'article L. 1411-1 du CGCT.

[79] Loi MURCEF, art. 3 préc.

[80] J.-F. Auby, « La délégation de service public : premier bilan et perspectives, RDP 1996. 1905 ; J.-B. Auby et C. Maugüe, Les contrats de délégation de service public, JCP 1994, I, 3743.

[81] CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* , RDP 1916, 213 ; GAJA, p.189.

marginale que sous l'empire des conventions de délégation de service public. Les choses étaient donc « relativement » simples puisque, sauf exceptions, la pratique du droit public des affaires se limitait à ces deux grands contrats[82].

Mais ces deux outils contractuels vont connaître de nombreuses vagues de déstabilisation comme en témoignent l'évolution du droit communautaire et son impact sur la notion même de marché public ainsi que la mutation qu'a connu la concession pour se fondre dans la notion de délégation de service public. Cette complexification va être accélérée par l'apparition successive, dans les années 1980, de nouvelles techniques contractuelles, qualifiées dans un premier temps de « *montages contractuels complexes* »[83]. Face à la nécessité d'affronter des contraintes nouvelles, des solutions devaient être trouvées. C'est ainsi que beaucoup de contrats sont nés, dans un premier temps de la pratique avant d'être repris par le droit positif afin de permettre aux personnes publiques de relever les défis liés aux contraintes nées de l'inadaptation des formules contractuelles existantes.

Paragraphe 2. L'émergence successive des contrats globaux

Par contrats globaux sont qualifiées « *les techniques contractuelles extérieures à celles du droit administratif classique destinées à permettre la réalisation et/ou l'exploitation d'équipements publics* »[84]. C'est ainsi que vont apparaître, notamment grâce à l'ingénierie contractuelle puis parfois à l'action législative, les Marchés d'entreprise de travaux publics (METP) (I), les conventions d'occupation du domaine public (II), les contrats globaux de l'article 10 du Code des marchés publics (III), les partenariats dits « sectoriels » (IV), les contrats de partenariat public-privé (CPPP) (V) et les contrats dits CREM-REM (VI). Les développements suivant n'auront pas pour but de définir en profondeur le régime juridique et les conditions d'utilisation, notamment, de ces contrats. Leur présentation générale ayant pour but de permettre ensuite de mettre pleinement en exergue leurs particularités au sein des contrats de la commande publique.

---

[82] V. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983.

[83] N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes, Analyse et aide à la décision*, éd Le Moniteur, 2ème éd., 2010.

[84] N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc, p. 14.

I. Les marchés d'entreprise de travaux publics

Ce contrat a été une première tentative issue de la pratique. En effet ils devaient permettre que des prestations, normalement effectuées par le biais d'une concession, soient réalisées pour le compte des personnes publiques, par un financement privé, moyennant un prix payé par ces dernières faute de pouvoir répercuter la rémunération sur une redevance récupérée auprès de l'usager du service. C'est ce que le Conseil d'Etat a reconnu très tôt en précisant que ce contrat « *qui prévoyait au profit de la société non le versement de redevances par les usagers, mais une rémunération forfaitaire à la charge de la ville, ne constituait pas un contrat de concession de service public mais un marché d'entreprise de travaux publics* »[85]. Cette reconnaissance jurisprudentielle des METP va, néanmoins, être très vite mise à mal par la pratique, le juge jetant un doute sérieux sur la qualification juridique du contrat, y voyant soit un METP[86] soit un marché public[87]. Le Conseil d'Etat viendra mettre un terme à ces hésitations en précisant que bien que la commune intention des parties définisse le contrat comme un METP, le marché en cause devait être soumis au Code des marchés publics[88].

Cette technique contractuelle n'a pas permis de gagner en simplicité puisque tant la doctrine que la jurisprudence ont reconnu l'existence d'une subdivision, distinguant les « vrais METP » des « faux METP ». Les « vrais METP » étaient les contrats par lesquels une personne publique confiait, au cocontractant privé, la réalisation et l'exploitation d'un ouvrage et donc la gestion d'un service public. Les « faux METP » devaient permettre à la collectivité publique de confier la réalisation d'un ouvrage à un partenaire privé ainsi que son entretien et sa maintenance. Il n'y avait donc pas, dans ce second cas de figure, d'exploitation d'un service public dont l'ouvrage devait être le support mais bien d'une exploitation simplement technique.

Les deux « catégories » de METP seront enterrées par la jurisprudence à la fin des années 1990. Dans des arrêts devenus célèbres[89], le Conseil d'Etat met fin à la pratique des

---

[85] CE, 11 déc. 1963, *Ville de Colombes*, Rec. CE 1963, p.612.

[86] CE, 26 juill. 1985, *Sté Lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, Rec. CE 1985, p. 246, RFD adm. 1986, p. 231 concl Dandelot.

[87] CE, 14 oct. 1988, *SA Socea-Balancy-SOBEA*, req. n°68583.

[88] CE, 14 oct. 1997, *Sté Sotracer*, Rec. CE tables 1997, P.925, Dr.adm. 1997, comm. N°46., RD imm. 1998, p.241, note Llorens F. et Terneyre Ph.

[89] CE, 8 févr. 1999, n°150931, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de la Ciotat*, req. n°169336 et 169545, Rec. CE 1999, p. 19, AJDA 1999, p. 364, concl Bergeal C, note Chabanol, RFDA 1999, p.1172, note S. Braconnier. CE, 8 févr. 1999, *Département de l'Orne, Sté Gespace France*, Rec. CE 1999, p.227, BJCP 2000, n°7, p. 602, concl Bergeal C., obs Schwartz R., CJEG déc. 1999, p. 434, note Richer L., RFDA. 1999, p.1172, note Braconnier S.

METP. Tant des « vrais » puisque l'étalement dans le temps de la rémunération du cocontractant méconnaissait les articles 175 et 350 de l'ancien Code des marchés publics qui interdisaient (tant pour l'Etat que pour les Collectivités locales) les clauses de paiement différé[90] ; que des « faux » puisque le contrat ne comportait pas la gestion d'un service public[91] et que ses clauses n'avaient aucune incidence sur l'application de l'ancien Code des marchés publics[92].

Les METP auront été une première tentative de montage complexe, mélangeant le régime des marchés publics traditionnels et l'objet des concessions puis des délégations de service public. Le Code des marchés publics interdit maintenant la pratique du paiement différé[93], ce qui constitue, après un premier mouvement jurisprudentiel, un enterrement textuel des METP. Pour autant, le juge constitutionnel admettra par la suite que « *aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, l'aménagement, la maintenance et l'entretien d'un ouvrage public* »[94], laissant ainsi la porte ouverte à de futurs changements éventuels.

L'évolution du droit positif a pu laisser entrevoir une renaissance des METP, notamment par le biais des baux emphytéotiques administratifs, des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels, des baux emphytéotiques hospitaliers ainsi des contrats de partenariat public-privé. Ces contrats se rapprochent effectivement tous de la notion traditionnelle du METP, pour autant ce dernier reste prohibé puisque ne disposant pas de base légale. Cette technique restera une première tentative manquée, jetant un premier trouble dans la catégorie des contrats globaux naissante ainsi que dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui aura contribué à leur identification avant de reconnaître leur illégalité.

L'intervention du législateur va permettre de contourner la difficulté issue de l'interdiction de paiement différé. Ce qui montre d'ores et déjà la voie suivie par l'évolution des montages contractuels complexes : créés certes pour permettre à l'Administration de mener à bien ses projets tout en écartant, à chaque fois, les difficultés des montages précédents. Ainsi les baux emphytéotiques administratifs et les autorisations d'occupation

[90] CE, 8 févr. 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de la Ciotat*, préc.

[91] CE, 8 févr. 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de la Ciotat*, préc

[92] CE, 14 oct. 1988, *SA SOCEA BALANCY SOBEA*, req. n° 68583

[93] Art 96, Code des marchés publics, éd 2006 « *Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé* ».

[94] Cons. const., déc. n° 2002-460 DC, *loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, 22 août 2002, JO, 30 août 2002, p. 14411

temporaire du domaine public constitutives de droits réels vont permettre aux personnes publiques de disposer de nouvelles marges de manœuvre.

II. Les conventions complexes d'occupation du domaine public

Différentes techniques inspirées du droit privé permettent aux personnes publiques d'assurer le financement externalisé de certains ouvrages. C'est ainsi que le crédit-bail immobilier[95] (A), le bail emphytéotique administratif (BEA) (B)[96] issu de la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988[97] et l'autorisation d'occupation temporaire (AOT) (C) du domaine public constitutive de droits réels[98] vont permettre à l'Administration de se servir de techniques de financement traditionnellement privées.

A. Le financement privé par le crédit-bail immobilier avec option d'achat

Issu de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966[99], le contrat de crédit-bail constitue une technique de financement comprenant à la fois une opération de location et de crédit. Codifié à l' alinéa 2 de l'article 313-7 du Code monétaire et financier, cette formule contractuelle comprend les « *opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire* »[100]. Ainsi l'ouvrage réalisé par un cocontractant privé est ensuite loué par un intermédiaire financier à la personne publique, à charge pour elle de mettre à

---

[95] Créé par la loi n°66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, JO 3 juillet 1966 p. 5652.

[96] CGCT., Art. L. 1311-2-al 1er: « *Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence* ». V. également articles suivant.

[97] L. n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, JO., 6 janv. 1988, p. 208. Son article 13-I précisant que « *Les biens du domaine public des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont inaliénables et imprescriptibles. L'occupation ou l'utilisation par des personnes privées des dépendances immobilières de ce domaine ne confère pas à ces dernières de droit réel* ».

[98] L. n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JO n°171, 26 juill. 1994, p.10749.

[99] L. n°66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, préc.

[100] CMF., L. 313-7, al. 2.

disposition une partie de son domaine sur lequel le bien sera construit, qui peut, à la fin du contrat de location, l'acquérir ou non. Cette technique permet donc de différer le financement d'un ouvrage pour la personne publique. Malgré les opportunités ouvertes par ce principe, les règles de la domanialité publique ont considérablement restreint les possibilités d'y avoir recours. Ainsi, la qualification de biens de retour des ouvrages réalisés, par le biais de cette technique contractuelle, rend théoriquement impossible toute appropriation privée. Cette position de principe ne tardera pas à être confirmée par le juge administratif, vidant d'une certaine manière le contrat de crédit-bail immobilier avec option d'achat de sa substance[101]. La question du transfert de la propriété des biens ayant déjà été tranchée par le même juge, par un avis et non une décision, dans un cas particulier mettant en cause le principe de l'inaliénabilité du domaine public : la construction du TGV Sud-Est. En effet, dans cet avis, le Conseil d'Etat observe que des « *biens immobiliers affectés à ce service public et aménagés spécialement à cette fin, feront ainsi partie du domaine public de l'Etat et ne pourront, par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit* »[102].

Bien que le contrat de crédit-bail immobilier avec option d'achat originel ait perdu de son intérêt du fait de la grande difficulté, ainsi que des hypothèses rares dans lesquelles il pourrait objectivement et légalement être utilisé, des possibilités ont été offertes tant par la loi que par la pratique. Ainsi le crédit-bail *Sofergie*[103], né de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur[104] par son article 30[105], autorise

---

[101] CE. Ass., *Commune de Douai*, 21 déc. 2012, req. n° 342788 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « L'apport de l'arrêt Commune de Douai au droit de la domanialité publique », Contrats et marchés publ., n° 2, fév. 2013.

[102] CE. avis, *TGV Sud-Est*, 30 mars 1989, n° 345332 : « *En vertu des principes généraux relatifs à l'organisation du service public ferroviaire, confirmés par les articles 18 et 20 (1er alinéa) de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, les infrastructures du «TGV Sud-Est» qui seront des biens immobiliers affectés à ce service public et aménagés spécialement à cette fin, feront ainsi partie du domaine public de l'Etat et ne pourront, par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit. Leur financement ne peut donc, en l'état actuel du droit, être assuré selon la technique de crédit bail qui implique que les biens ainsi financés demeurent, jusqu'au terme du contrat, dans le patrimoine de l'organisme de crédit. Dès lors, si le Gouvernement considérait que le financement par crédit bail de la construction du «TGV Sud-Est» présente des avantages justifiant qu'il y soit recouru la passation des contrats correspondants devrait être précédée par l'intervention d'une disposition législative spécifique. Ce texte devrait autoriser, par dérogation aux principes régissant le réseau ferré national, l'application, pour le financement des catégories d'infrastructures qu'il déterminerait, de la loi du 2 juillet 1966. Il devrait également assortir cette autorisation des précautions propres à garantir la pérennité de l'affectation des biens en cause et à assurer le respect de la mission de la SNCF, telle qu'elle est définie au 1er alinéa de l'article 18 de la loi du 30 décembre 1982* ».

[103] A ce sujet, V. L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Lamy droit public des affaires*, 2013 ; N. Symchowitz, préc. ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, préc.

[104] L. n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, JO du 16 juill. 1980, p. 1783.

[105] L. n° 80-531 préc., art. 30, al 1 : « *Jusqu'au 31 décembre 1982, le ministre du budget et le ministre de l'économie sont autorisés à donner, par arrêté conjoint, leur agrément à des sociétés ayant pour objet exclusif de financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier ou sous forme de location simple, des installations ou des matériels destinés à économiser l'énergie, à développer les sources d'énergie de remplacement des hydrocarbures ou à promouvoir les utilisations de charbon* ».

dans les cas cités, le recours à cette formule contractuelle. L'utilisation se verra également largement étendue par la loi de finances pour 1987[106] au profit des sociétés *Sofergie*[107]. Bien que cela semble être circonscrit, les possibilités offertes sont devenues très nombreuses, notamment en raison de l'ouverture à cette technique contractuelle faite par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 pour la réalisation d'équipements dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé[108].

C'est ainsi que les deux principales techniques ont été assimilées à la formule du crédit-bail en raison de l'opportunité d'ajouter à un bail emphytéotique administratif ou une autorisation temporaire d'occupation (tant des collectivités locales que de l'Etat) une convention de location en retour des biens réalisés. Cela pouvant faire de ces deux techniques un crédit bail immobilier indirect puisqu'elles offrent la possibilité d'occuper le domaine des personnes publiques.

B. Le bail emphytéotique administratif

Technique contractuelle issue de l'article 13[109] de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988[110], ce contrat permet au cocontractant privé, preneur du bail, de construire, sur une propriété publique appartenant à une collectivité territoriale, des ouvrages qui vont être laissés à sa disposition moyennant le versement d'un loyer. Des droits réels sont conférés au preneur et à la fin du bail, l'ouvrage devient la propriété de la collectivité. Cette location ayant la même durée que l'emphytéote, le paiement d'un loyer au cocontractant privé équivaut bien à un remboursement dans le temps de l'investissement réalisé. La personne publique deviendra propriétaire du bien à l'issue du contrat en contrepartie du fait que le preneur aura eu la possibilité de l'hypothéquer durant son exécution. Après les difficultés liées à la domanialité

---

[106] L. n°86-1317 du 30 décembre 1986 de finances pour 1987, JO du 31 déc. 1986 p. 15820.

[107] L. n° 86-1317, préc., art. 87-II : « *Les sociétés visées au même article 30 de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 précitée sont autorisées à financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier ou de location, les ouvrages et équipements utilisés par des collectivités territoriales, leurs établissements publics, leurs groupements et leurs concessionnaires, pour une activité dont les recettes sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée en application des dispositions des articles 256, 256 B et 260 A du code général des impôts. Les dispositions du paragraphe II du même article 30 ne sont pas applicables aux opérations financées dans les conditions prévues au présent article* ».

[108] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, art. 44 : « *Le premier alinéa du I de l'article 30 de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur est complété par une phrase ainsi rédigée : « Ces financements peuvent être mis en œuvre dans le cadre des contrats de partenariat régis par les dispositions de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. »* ».

[109] Codifié à l'article L. 1311-2 al. 1er du CGCT : « *Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence* ».

[110] L. n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, JO du 6 janv. 1988, p. 208.

publique[111], le BEA va considérablement accroître les droits de l'occupant et ainsi permettre un développement des infrastructures publiques qui n'aurait pu être possible dans le cadre d'un financement purement public. Le principe de mise à disposition d'une partie du domaine public d'une collectivité locale au profit d'un cocontractant privé[112], devant procéder à la construction d'un ouvrage pour lui louer et qui en deviendra propriétaire à la fin du contrat, était initialement prévu au seul profit d'un cocontractant privé. Le recours au BEA ne devant être ouvert qu'aux collectivités territoriales dans le cadre de la satisfaction d'une mission d'intérêt général ou à l'Etat pour la réalisation, notamment de logements sociaux[113]. Ce type de contrat peut donc être utilisé en vue de la réalisation d'une opération immobilière classique, sous réserve qu'elle s'inscrive dans une démarche d'intérêt général local ou de l'intérêt de l'Etat depuis la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002[114] dite loi LOPSI. Pour autant, en y associant une convention non détachable, cette formule contractuelle peut également servir de base à une personne publique pour confier l'exécution d'un service public (le plus souvent en lien direct avec l'ouvrage réalisé).

Ce nouvel outil va connaître un certain succès auprès des collectivités territoriales en premier lieu, à un point tel que les contrats de partenariat public-privé, jugés parfois trop complexes à appréhender, souffriront un temps de la concurrence de ce modèle bien établi et apparaissant plus simple, notamment dans le cadre de la jurisprudence dite *SOFAP-Marignan*[115]. En effet, dans cette affaire, le Conseil d'Etat a considéré que « *dans l'opération ainsi entreprise, la ville de Lille n'assurera pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne jouera ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage ; que par suite l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne présente pas, même si une partie des ouvrages répond aux besoins de la ville de Lille, le caractère d'une opération de travaux publics ; que c'est par suite à tort que le tribunal administratif s'est, pour annuler la délibération autorisant la passation du bail, fondé sur ce que ladite opération*

---

[111] J.-B. Auby, « Le bail emphytéotique sur le domaine public », CJEG, oct. 1990, hors-série, p. 67 ; E. Fatôme et P. Terneyre, « Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », CJEG, 1994, p. 569 ; P. Terneyre et B. Noyer, « Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de la valorisation du domaine public des collectivités locales », LPA, juill. 1996, n° 83/84.

[112] La mise à disposition du domaine privé pouvant faire l'objet d'un bail emphytéotique de droit privé classique.

[113] Possibilité introduite 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°0041, 18 fév. 2009, p. 2841, texte n° 1

[114] L. n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, JO 30 août 2002, p. 14398, texte n° 1.

[115] CE, sect., 25 février 1994, *SA SOFAP-Marignan immobilier*, req. n°144641 et 145406, RFDA. 1994, p.510, concl. Arrighi de Casanova, CJEG nov. 1994, p.569 ets., note Fatôme E. et Terneyre Ph ; D.1994, p.536, note Lombard M.

constituait en réalité un marché de travaux publics et ne pouvait être réalisée sur le fondement de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 »[116]. Il en ressort que la passation d'un BEA ne tombe pas sous le coup des obligations de publicité et de mise en concurrence traditionnelles (à moins que les conditions posées par le juge ne soient pas satisfaites et engendrent logiquement une requalification en marché public de travaux). Pour autant, la longue durée d'un tel engagement pousse les collectivités publiques à une nécessaire prudence et à des consultations équivalentes, bien que plus souples *de facto*, à ces principes propres aux marchés publics.

Dans le même sens, la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994[117] va permettre à l'Etat[118] d'autoriser la constitution de droits réels sur le domaine public, apparaissant comme le pendant du BEA pour ce dernier. Le principe du BEA, comme de l'AOT d'ailleurs, va ensuite être repris de manière plus spécialisée dès le début des années 2000, notamment en matière hospitalière et pénitentiaire, constituant les partenariats public-privé sectoriels comme nous le verrons dans les prochains développements.

C. L'autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels

L'AOT est un mécanisme initialement créé pour l'Etat et ses établissements publics afin de recourir à un instrument ayant la souplesse du BEA, qui demeurait réservé aux collectivités territoriales. Cette technique contractuelle va permettre à une personne privée d'occuper temporairement le domaine public tout en ayant des droits importants qui lui permettent de financer des ouvrages publics qui deviendront la propriété de l'Etat (dans un premier temps) lorsque l'autorisation prendra fin[119]. Ces montages pouvant également recevoir la dénomination d'autorisation d'occupation temporaire comprenant location avec option d'achat (AOT-LOA), mécanisme qui n'est pas si éloigné du crédit-bail[120]. L'objectif est de permettre un développement de l'investissement de la part des acteurs privés tout en renforçant leurs droits. Notamment en leur permettant de bénéficier d'un crédit pour la réalisation d'un ouvrage par l'hypothèque grâce à l'assurance d'une stabilité des relations

---

[116] CE, sect., 25 février 1994, préc., consid. n° 6.

[117] L. n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public., JORF n°171 du 26 juillet 1994 page 10749.

[118] Art L. 2122-6 et s,. Code général de la propriété des personnes publiques.

[119] CGPPP, Art L. 2122-6 et s.

[120] L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, éd. 2013, p.1742 et s

contractuelles. Ainsi l'article L. 2122-6 du CGPPP précise que « *le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre. Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans le présent paragraphe, les prérogatives et obligations du propriétaire. Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans* ». Ainsi, cela permet, là encore, à l'Etat de valoriser son domaine public tout en laissant un cocontractant privé assurer l'investissement principal. L'occupant se voit alors reconnaître l'ensemble des prérogatives du propriétaire durant l'exécution du contrat, devant le détruire à son terme à moins qu'il en soit contractuellement convenu autrement[121]. De plus l'octroi d'une telle autorisation d'occupation temporaire reste circonscrite à un certain nombre de conditions. L'article L. 2122-8 du CGPPP précisant que « *Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée. Les créanciers chirographaires autres que ceux dont la créance est née de l'exécution des travaux mentionnés à l'alinéa précédent ne peuvent pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée sur les droits et biens mentionnés au présent article. Les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation délivrés en application des articles L. 2122-6 et L. 2122-10, quels qu'en soient les circonstances et le motif* ».

Le législateur va apprécier le potentiel de ce mécanisme puisqu'il consacre un montage permettant l'attribution d'une AOT à un opérateur privé afin de réaliser un

[121] CGPPP, art. L. 2122-9 : « *A l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition. Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'Etat, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques. Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée. Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. Les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité. Deux mois au moins avant la notification d'un retrait pour inexécution des clauses et conditions de l'autorisation, les créanciers régulièrement inscrits sont informés des intentions de l'autorité compétente à toutes fins utiles, et notamment pour être mis en mesure de proposer la substitution d'un tiers au permissionnaire défaillant ou de s'y substituer eux-mêmes* ».

équipement qui sera mis à la disposition de l'Etat[122]. L'AOT va même être « transposée » à l'échelon local grâce à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006[123], créant ce qui peut être appelé l'AOT Locale (AOTL). Cette dernière se différenciant du BEA sur un point essentiel en ce qu'elle peut être consentie sur une dépendance de la voirie[124].

L'article 10 du Code des marchés publics de 2001 a également ouvert la possibilité au pouvoir adjudicateur de recourir à un contrat global, permettant ainsi de déroger au principe d'allotissement des marchés publics.

III. Le contrat global de l'article 10 du Code des marchés publics

L'état du droit des contrats publics continue d'avoir comme principe le non allotissement des prestations ainsi que le non cumul des missions de conception et de construction/réalisation. C'est ce que l'article 10-alinéa 1er du CMP affirme que « *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés* », ce principe devant garantir une mise en compétition loyale entre les entreprises, notamment les PME. Mais comme tout principe, exception peut être faite à cette restriction, ce que précise l'alinéa 2 dudit article 10 du CMP : « *Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* ».

Cet article 10 du CMP[125] autorise le pouvoir adjudicateur à avoir recours à un marché global quand il apparaît que l'allotissement apparaît difficile à réaliser. L'utilisation d'un tel processus est donc conditionnée par des motifs :

---

[122] L. n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, JO 30 août 2002, p. 14398, texte n° 1.

[123] Ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JO n°95, 22 avril 2006, p. 6024, texte n° 21.

[124] CGCT, art. L. 1311-5 à L. 1311-7.

[125] CMP, Art. 10: « *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est*

- **techniques** lorsqu'il faut maintenir une certaine cohérence des prestations ou quand la personne publique n'est pas en mesure d'assurer elle-même les missions d'organisation, de coordination et de pilotage de l'opération ;

- **économiques**, notamment lorsque l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ;

- **financiers**, quand il apparaît que l'allotissement serait susceptible d'alourdir de manière significative le coût de la prestation[126].

Ce processus reste néanmoins une exception à la règle dans le Code des marchés publics dont l'encadrement reste strict bien qu'il suffise qu'une seule des conditions mentionnées soit remplie afin que la personne publique puisse conclure un contrat global.

Cela n'empêche pas, pour autant, de décomposer la prestation en postes distincts tout en restant dans une démarche différente de l'allotissement, permettant ainsi la conclusion d'un contrat unique[127]. La satisfaction de l'une ou plusieurs des conditions posées par l'article 10 doit néanmoins être prouvée par la personne publique. Le juge se limite, dans son contrôle, au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation[128]. Pour autant les conditions de recours demeurent restrictives et le juge conserve une grande vigilance sur ce point[129]. Cet outil contractuel s'insère bien dans la catégorie des contrats globaux bien qu'il se singularise par le fait qu'il ne comporte pas d'étalement dans le temps du paiement de l'opération réalisée.

La catégorie des contrats globaux connaît une pluralité de formes, la création des contrats de partenariat public-privé par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[130], et leur modification par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[131], va apporter de nouvelles solutions

---

toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction ».

[126] CE 11 août 2009, *Communauté urbaine de Nantes métropole*, req. n° 319949

[127] CE 30 juin 2004, *OPHLM Nantes-Habitat*, req. n° 261472

[128] CE 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, req. n °333737

[129] CE 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, req. n° 311379 ; CE 9 déc. 2009, *Département de l'Eure*, req. n° 328803, CE 27 oct. 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, req. 350935 ; CE 11 août 2009, *Communauté urbaine de Nantes métropole*, préc. ; CE, 23 juil 2010, *Région Réunion* , req. n° 338367.

[130] Ord. n°2004-559,17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat.

[131] L. n°2008-735, 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

contractuelles, pour autant cela ne viendra régler la question de la simplicité et de l'intelligibilité pouvant exister au sein de cette « famille ».

IV. Les contrats de partenariat « sectoriels »

Les contrats de partenariat public-privé *stricto sensu*[132] n'ont pas été les premiers à pouvoir confier à un cocontractant de multiples missions telles que, notamment, la conception, le financement, l'entretien d'équipements publics ou encore la gestion d'un service public. Dans des domaines qui ne permettaient pas d'avoir recours à la concession, du fait de l'absence d'usagers payants, le législateur a pris le relai de l'ingénierie contractuelle afin de pouvoir autoriser l'utilisation de mécanismes similaires à ceux que la jurisprudence avait interdits[133]. Au delà de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987[134] qui a permis à l'Etat de confier à un cocontractant des missions portant sur la « *conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires* »[135], trois textes sont intervenus afin de pouvoir élargir à la fois les missions ainsi que le champ d'application de ce principe de mission globale. Toutefois les domaines resteront circonscrits à certains secteurs que sont la sécurité intérieure (police et la gendarmerie), la justice et le domaine hospitalier.

Le premier épisode de cette trilogie législative va concerner le domaine de la sécurité intérieure, ainsi la loi n° 2002-1094 du 22 août 2002[136] va offrir la possibilité de conclure des marchés portant sur « *la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationales* »(1)[137], des baux emphytéotiques administratifs sur le domaine public des collectivités territoriales pour des besoins liés à la police, à la gendarmerie et à la justice (2) ainsi que des autorisations d'occupation temporaire sur le domaine public de l'Etat (3) toujours au profit de ces secteurs régaliens[138].

---

[132] A savoir, les contrats de partenariat public-privé issus de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

[133] V. S. Braconnier, Partenariats public-privé, J. Cl. Contrats et marchés publ., fasc. n° 646, p. 16 et s.

[134] L. n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, JO du 23 juin 1987, p. 6775.

[135] L. n° 87-432 préc., art. 2.

[136] L. n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, JO du 30 août 2002 p. 14398, texte n° 1, dite loi LOPSI ; V. notam., N.Symchowitz, L. Rapp et P. Terneyre, *Lamy droit public des affaires*, 2015 ; P. Delvolvé, « Les contrats globaux », RFDA 2004, p. 1079 ; P Lignières, « Un PFI à la française : les nouveaux PPP dans la sécurité et la justice », Dr. adm. 2002, prat. 11 ; P. Delvolvé, « Sécurité intérieure, justice, défense : les « conventions de bail » sur le domaine public », BJCP 2004, n° 34, p. 166.

[137] L. n° 2002-1094 préc., art. 3.

[138] La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure va étendre la conclusion de certains de ces contrats au profit des besoins liés au Ministère de la Défense.

Le législateur a ainsi consacré des formules contractuelles nées de la pratique, officialisant d'une certaine façon les marchés d'entreprise de travaux publics sans les nommer de la sorte et malgré leur condamnation par la jurisprudence[139]. En permettant la conclusion d'un contrat portant sur la conception, la réalisation et l'aménagement (par la loi du 22 juin 1987) d'établissements pénitentiaires, des missions qui ont été élargies par la loi du 9 septembre 2002 tout en laissant hors du champ contractuel des missions liées aux prérogatives de puissance publique telles que la direction et la surveillance de l'établissement, le législateur a reconnu et consacré implicitement de véritables « *METP pénitentiaires* »[140]. Il en ira de même concernant les contrats permettant des missions globales identiques au profit des besoins de la police, de la gendarmerie ainsi que des immeubles des sapeurs-pompiers de Paris[141] et ceux des armées et du Ministère de la Défense[142]. Cette extension ne se limite pas à une mission globale qui ne concernerait que la réalisation d'immeubles, en effet les lois LOPJ et LOPSI vont également permettre de procéder à la même démarche globale concernant la « *mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur* »[143] et la loi n° 2003-1119 relative à la maîtrise de l'immigration étendra la possibilité de conclure un contrat global portant sur « *une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente* »[144]. Là encore, ces dernières évolutions permettent aisément de qualifier ces contrats de « *METP sécuritaires ou militaires* »[145].

L'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003[146], prise en application de la loi de simplification du droit n° 2003-591 du 2 juillet 2003[147], va offrir la possibilité aux établissements publics de santé ainsi qu'aux structures de coopération sanitaire de conclure un contrat global ainsi que, et essentiellement, un bail emphytéotique administratif avec option

---

[139] Cf supra.

[140] P. Delvolvé, AJDA 2004, préc.

[141] L. n° 2003-239 préc., art. 119.

[142] L. n° 2002-1094 préc., art. 3-I.

[143] L. n° 2003-239 préc., art. 118.

[144] L. n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136, texte n° 1, art. 52.

[145] P. Delvolvé, préc.

[146] Ord. n° 2003-850 du 4 septembre 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, JO n°206 du 6 septembre 2003, p. 15391, texte n° 26.

[147] L. n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JO n° 152 du 3 juillet 2003 p. 11192, texte n° 2.

d'achat (dit bail emphytéotique hospitalier)[148]. Ainsi ces structures hospitalières peuvent conclure un tel bail pour « *en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public dont ils sont chargés ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif* »[149]. Cette possibilité de conclure un BEA pour des besoins particuliers ne s'est pas vu circonscrite au secteur hospitalier puisque la loi « LOPSI » du 29 août 2002 a également prévu, initialement, que de tels BEA puissent être conclus pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales.

L'apparition progressive de ces procédés contractuels (qui n'étaient pour autant pas des contrats de PPP en tant que tels), dérogatoires et permissifs au regard de la position prise par la jurisprudence administrative dans son arrêt SOFAP-MARIGNAN, n'a été qu'une première étape avant l'apparition du contrat de partenariat public-privé *stricto sensu* qui a généralisé le procédé d'un tel contrat global.

V. Le contrat de partenariat public-privé

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, introduisant l'article L. 1414-1 dans le Code général des collectivités territoriales[150], semble être l'aboutissement d'un ensemble de constructions, nées parfois de l'ingénierie contractuelle, parfois de l'action législative, destiné à offrir la possibilité à l'Administration de conclure des contrats globaux avec des cocontractants privés, afin de leur confier une mission globale comprenant la conception, le financement, la construction et l'entretien d'équipements, moyennant une rémunération qui serait étalée dans le temps. Cette ordonnance organise un large système bien qu'elle ne fasse qu'homologuer ou prolonger des solutions préexistantes

[148] Les différents textes intervenus en la matière se retrouvent codifiés aux articles L. 6148-1 – L. 6148-8 du Code de la santé publique.

[149] CSP., Art. L. 6148-2.

[150] L. 1414-1-I CGCT : « *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, 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. Toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.* ».

tout en s'inspirant également d'instruments venus de l'étranger tels que la « *Private finance initiative* »[151].

Les contrats de partenariat public-privé semblent alors combler l'ensemble des espaces vides, laissés jusqu'à présent tant par le législateur que par la pratique, afin d'organiser de façon claire le recours à des formules dérogatoires de la commande publique. Cela était sans compter sur l'œil méfiant que peut avoir le juge, constitutionnel notamment, à l'endroit de ces contrats naissant. Le Conseil constitutionnel avait déjà développé une jurisprudence très restrictive concernant les contrats de partenariat, notamment dans le cadre du contrôle des lois LOPSI[152], LOPJ[153] ainsi que de la loi de simplification du droit autorisant le Gouvernement à créer le contrat de partenariat par voie d'ordonnance[154] et, enfin, de la loi de ratification de l'ordonnance n° 2004- 559 du 17 juin 2004[155] créant les contrats de partenariat public privé.

La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 permettra néanmoins aux contrats de partenariat public-privé d'arriver à un stade de maturité en ayant supprimé certains obstacles initiaux à leur recours bien que le juge constitutionnel qui, face à la généralisation des contrats globaux, veille au respect des motifs d'intérêt général. L'éventail des contrats va atteindre un stade de diversité et de spécificité qui ne va pas faciliter l'intelligibilité de la catégorie, tant des contrats globaux que des contrats publics de façon générale. Le maintien des PPP « *sectoriels* »[156] sera en effet l'illustration de cette complexification maintenue[157], ici pour contrer le motif d'intérêt général retenu par le Conseil constitutionnel afin d'autoriser le recours à des formules contractuelles ignorant la séparation des missions qui sont le « *droit commun de la commande publique* »[158].

Au final, le contrat de partenariat est un contrat qui doit obligatoirement confier une mission globale à un cocontractant privé. Cette mission devant avoir pour objet la

---

[151] V. notam P. Cossalter et B. du Marais, *La Private finance initiative*, Institut de la gestion déléguée, 2001 ; S. Braconnier, « Les contrats de Private finance initiative », BJCP 2002, n° 2002, p.174 ; J.-M. Loncle, « La PFI anglaise », Rev. dr. aff. Int. 1999, p. 865 ; B. de Cazalet et J. Crothers, « Présentation des dispositions législatives types sur les projets d'infrastructures à financement privé », Complément du guide de la CNU – DCI, Rev. dr. aff. int. 2004, p33.

[152] L. n° 2002-1094 du 29 août 2002, préc ; V. déc. 2002-460 DC du 22 août 2002 ; P. Delvolvé, BJCP n°5, nov 2002, p. 418.

[153] L. n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ; V. déc. 2002-461 DC du 29 août 2002 ; V. BJCP n°5, nov 2002 préc.

[154] Cons. const., déc. n°2004-473 DC du 26 juin 2003, *loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.

[155] V. Cons. const., déc. 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *loi de simplification du* droit, BJCP n°39, mars 2005, p.125.

[156] Notamm. BEA de la loi LOPSI, BEAH de l'ordonnance du 4 septembre 2003 concernant les établissements publics de santé.

[157] Complexification liée au maintien de la superposition de contrats certes différents mais dont la similarité aurait pu permettre de les regrouper.

[158] Cons. const., n° 2002-460 DC du 22 août 2002, préc.

construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements nécessaires au service public. De plus le cocontractant doit assurer tout ou partie de leur financement. Certains auront même tendance à voir dans ces contrats la renaissance des « *vrais METP* »[159]. Il ne peut être nié que ces PPP semblent aujourd'hui être une véritable voie d'avenir pour toute opération jugée complexe par une collectivité publique, territoriale notamment. Mais le choix de l'utilisation de ce contrat ne permet pas « simplement » de lancer un processus qui va suivre un long fleuve tranquille. La complexité de l'opération, la complexité liée au croisement de plusieurs objets, voire de plusieurs contrats au sein même du contrat global sont autant d'éléments qui peuvent mettre à rude épreuve les services d'une collectivité territoriale de taille moyenne dont les services ne sont pas toujours « équipés » pour faire face à ce type d'opération.

L'arsenal contractuel, déjà brouillon, pointilleux pour certains[160], va être enrichi encore une fois par la loi de programmation relative à *la mise en place du Grenelle de l'environnement*[161] et les modifications apportées par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011[162], donnant naissance à un nouveau contrat global.

VI. Les marches publics de conception-réalisation-entretien-maintenance et de réalisation-entretien-maintenance

La succession des textes législatifs et réglementaires a conduit à une création successive d'outils contractuels, le premier mettant en avant le principe d'une recherche de performance énergétique dans la construction ou la transformation d'ouvrages appartenant à la personne publique : le contrat de performance énergétique (A). L'intervention du décret du 25 août 2011 va étendre le critère de la performance au delà de la seule thématique énergétique (B)[163].

---

[159] V. notamm. P. Delvolvé, « Les contrats globaux », RFDA. 2004, p.1079

[160] V. F. Lichère, in « Les entretiens du Palais-Royal, Table ronde sur La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », 16 déc. 2008, LPA, 27 août 2010, n°171, p. 9.

[161] L. n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JO n°0179, 5 août 2009 p. 13031.

[162] Décr. n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, JO n°0197, 26 août 2011 p. 14453.

[163] M.-A. Petiot et P. Terneyre, « Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques », AJDA 2012, p. 412 ; F. Tenailleau, « Contrats globaux de performance énergétique », Jcl. Contrats et marchés publics, fasc. n° 650.

A. Le contrat de performance énergétique

Avant la loi n° 2009- 967 du 3 août 2009[164] et le décret n° 2011-1000[165] du 25 août 2011, la loi MOP[166] permettait de déroger à la contrainte de non cumul des fonctions d'entreprise et de maître d'œuvre. Il était ainsi prévu que, dans certaines conditions, un pouvoir adjudicateur était en droit de confier une mission de portant à la fois sur la réalisation d'études et l'exécution des travaux si « *des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* »[167]. L' article 37 du Code des marchés publics, tel que modifié par le décret du 25 août 2011 est venu faire écho à cela en définissant le marché de conception-réalisation-entretien-maintenance et de réalisation-entretien-maintenance comme « *un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux* »[168]. Ce deuxième alinéa introduit par le décret précité, reprend la lettre du texte antérieur tout en précisant la substance des *« motifs d'ordre technique* », créant ainsi une seconde possibilité de recourir à ce type de marché. Ainsi « *les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un* ***niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique*** *ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* »[169].

Un nouveau contrat global a donc été crée par la loi du 3 août 2009, son article 5 prévoyant que « *le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de*

---

[164] L. n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JO n°0179, 5 août 2009 p. 13031.

[165] Décr. n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, préc.

[166] L. n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JO., 13 juill. 1985 p. 7914.

[167] Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, Art 18-I : « *Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code* ».

[168] CMP., art. 37, al. 2.

[169] CMP., art. 37, al. 2, préc.

réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement ». Il apparaît que ces contrats de performance énergétique reprennent les principes des contrats de partenariat public-privé. Ils devraient pouvoir en faire l'objet à la seule condition que le respect des conditions de recours posées par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 soient remplies. Ce décret d'août 2011 a également, et c'est en cela qu'il introduit une véritable nouveauté dans le Code des marchés publics, ouvert le recours à des marchés globaux réunissant soit réalisation, exploitation ou maintenance (REM) soit conception, réalisation et exploitation ou maintenance (CREM) dans le but de remplir des objectifs chiffrés de performance ne se limitant plus spécialement au domaine énergétique (tant en terme de performance énergétique que d'incidence écologique) mais pouvant concerner le niveau d'activité, la qualité de service.

B. Les marchés publics globaux de performance : CREM et REM

Le principe du contrat de performance énergétique a été posé par le Grenelle de l'environnement qui va apporter les précisions nécessaires[170] et la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, dite « *Grenelle II* »[171], étendre les possibilités de déroger à la traditionnelle obligation de maîtrise d'ouvrage publique[172] puisque rien de spécifique concernant le contenu de ces contrats n'avait été défini au niveau communautaire[173]. Le décret du 25 août 2011 va faire écho à ces dispositions législatives en insérant dans le Code des marchés publics l'article 73 autorisant le recours à des contrats globaux qui vont associer, nous l'avons dit, soit la réalisation, l'exploitation ou la maintenance (REM) soit la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance (CREM)[174]. Il est donc possible pour une personne publique, souhaitant déroger au principe de l'allotissement notamment, d'utiliser ces types de contrat

---

[170] V. L. n°2009-967, art. 5.

[171] L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, portant engagement national pour l'environnement, art. 74 : JO, 13 Juillet 2010, p. 12905.

[172] L. n°85-704, art 18 préc. : « *le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code* ».

[173] Dir. 2006/32/CE préc.

[174] Rép. min. n° 50729 : JOAN Q 12 août 2014, p. 6905 (Q. 25 févr. 2014, Mme Françoise Descamps-Crosnier) ; B. Roman-Séquense, « Contrats globaux de performance », Contrats et Marchés publics n° 11, Novembre 2014, comm. 318

tout en respectant scrupuleusement le fait qu'ils doivent comporter des « *engagements de performance mesurables* », ces derniers devant être l'un des critères de choix[175] . Ces marchés demeurent strictement encadrés car ils ne peuvent déroger à l'interdiction de paiement différé posée par l'article 96 du Code des marchés publics[176]. De la même manière ils ne dérogent ni au principe de la séparation de la rémunération des prestations de construction de celle des prestations d'exploitation ou de maintenance prévu à l'article 10, alinéa 3 du même Code. Comme le souligne le Professeur Braconnier[177], le mode de rémunération reste la seule innovation de ces deux types de contrats puisqu'elle doit être liée à la mesure des performances réalisées, elle ne peut qu'être évolutive et rappelle ainsi la rémunération des contrats de partenariat public-privé.

La mise en œuvre de ces contrats pourra néanmoins être limitée. En effet, il est tout à fait envisageable de prévoir un marché de CREM sur un ouvrage relevant de la loi MOP. L'article 73-II[178] du CMP apporte seulement une restriction puisque le marché de CREM ne peut porter que sur des bâtiments existants et ne concerner que des engagements de performance.

Faire le constat de l'existence d'un grand éventail de techniques contractuelles, notamment complexes, est une chose plus aisée que d'essayer d'en cerner les contours et de tenter d'y mettre un certain ordre. Avant de s'engager dans cette mission paraissant impossible, il apparaît nécessaire de s'intéresser aux causes de ce « phénomène ».

---

[175] V. G. Clamour, « Les contrats de performance énergétique, Contrats et marchés publics », Contrats et marchés publ., n°10, oct 2011, dossier 2 ; M.-A. Petiot et P. Terneyre, « Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques », préc.

[176] CMP, Art. 96 : « *Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé* ». Au risque de connaître le même sort que les marchés d'entreprise de travaux publics.

[177] S. Braconnier, *Précis de droit des marchés publics*, préc.

[178] CMP., Art. 73-II : « *Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la réalisation de prestations afin de 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et des engagements qui constituent son objet. Si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37* ».

Paragraphe 3. Les causes de l'émergence des contrats globaux de la commande publique

Nous l'avons déjà dit, jusqu'à une période récente se situant aux débuts des années 1980, la réalisation et la gestion d'ouvrages publics étaient réalisées grâce à deux techniques contractuelles bien établies que sont le marché public et la concession de travaux public (qui entreront plus tard dans la catégorie des DSP). L'évolution du droit positif montre aujourd'hui que la démarche n'est certes pas encore achevée mais qu'elle est née d'un besoin de trouver de nouvelles solutions face à des contraintes que l'Administration n'avait encore jamais eu à rencontrer. Elles se situent principalement autour de la recherche de nouvelles sources de financement (I), de la volonté de s'affranchir de la rigueur du droit public (II) ainsi que de l'apparition d'une pénurie foncière (III).

I. L'importance de la recherche de nouvelles sources de financement

Les collectivités publiques n'ont pas fléchi dans la création et l'entretien d'ouvrages, particulièrement s'agissant d'infrastructures liées directement à l'exercice d'une mission de service public. Néanmoins la volonté de développement a vite été contrariée par une réalité brutale qui n'est autre que le manque généralisé de capacités de financements propres. C'est ce que relèvera une partie de la doctrine en notant que « *la forte pression en faveur de la réalisation d'équipements publics n'a d'égale que la carence des fonds publics nécessaires. Les collectivités publiques se sont donc orientées, depuis quelques décennies, vers la collecte de fonds privés et l'élaboration de nombreux montages contractuels dits "complexes"* »[179]. Une telle analyse se suffirait presque à elle-même. Il apparaît en effet évident que la volonté des collectivités publiques est de trouver des nouvelles sources de financement à travers des moyens contractuels permettant de faire assumer au secteur privé cette charge, hors les cas de recours à l'emprunt. En effet, jusque là, les seules techniques contractuelles, à savoir les concessions, permettant de faire supporter au partenaire privé le financement de l'ouvrage supposaient également qu'elles comprennent la gestion déléguée d'un service public ou d'un aménagement notamment. Dès lors, dès que l'un de ces éléments n'était pas en cause, aucune formule contractuelle ne permettait qu'un acteur privé puisse financer un équipement public.

[179] S. Nicinski., « Lease américain, équipements publics et droit administratif », AJDA 2001, p. 538 ; voir également : G. Jestin, « Le financement des grands équipements collectifs », RFFP, 1988, n°22, p. 141 ; L. Rapp, « Les marchés et conventions complexes », AJDA, 1996, p.616 ; G. J. Guglielmi, *Le financement privé du développement local, in Financement et développement local*, PUF, CURAPPP, 1995, p. 35.

D'autres éléments ont été des catalyseurs de ce phénomène, la décentralisation notamment qui, par le transfert des compétences, a obligé les collectivités locales à assumer la réalisation d'ouvrages avec leurs fonds propres. Cela aura pu être le théâtre d'une course à l'équipement entre collectivités, ainsi que leurs représentants, désireux de gagner en prestige et en autonomie. De plus, ces transferts de compétences n'ont pas toujours été suivis des moyens, financiers en particulier, nécessaires pour les assumer. Les besoins en services et équipements n'ont pas été en diminuant, tout comme la nécessité de mettre aux normes certains ouvrages ou simplement de les moderniser. Ils ont également constitué tant d'éléments déterminants dans cette recherche de nouveaux moyens de financements dans une période d'une trentaine d'années où les évolutions technologiques ont dû venir renforcer certains types d'équipements (sportifs et culturels par exemple).

Il a été très justement souligné que le recours au financement privé par le biais contractuel apparaissait comme une solution apparemment adaptée, particulièrement car « *dans un montage complexe, ce qui est recherché, ce n'est pas seulement la construction d'un ouvrage, la fourniture d'un bien ou d'un service, mais c'est tout en même temps, très vite et si possible, sans décaissement immédiat de la part de la collectivité publique* »[180]. C'est dans cette logique que sont apparus les premiers METP et d'autres conventions devant permettre de confier la réalisation d'ouvrages sous maîtrise d'ouvrage privée et donc sous financement privé également. Certaines de ces formules auront connu un destin tragique, d'autres auront été reprises et fondues dans de nouvelles techniques contractuelles par la suite.

Le développement des contrats globaux, outre le fait de rechercher des moyens de palier au manque de financements propres des collectivités publiques, s'est également appuyé, par le biais de montages complexes, sur la volonté de s'affranchir de certaines règles du droit public vues comme trop lourdes, créant un certain recul de ce dernier.

II. L'évitement de certaines règles du droit public

Le phénomène de contractualisation de l'action publique[181], la décentralisation ainsi que d'autres raisons précédemment envisagées sont autant de raisons qui ont poussé les personnes publiques à chercher des moyens de s'émanciper de ce qui est considéré comme des lourdeurs et autres contraintes du droit public (du moins tenter de les éviter au maximum)

[180] P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA, 1994, numéro spécial, p.43.

[181] V. Rapport public du Conseil d'Etat, 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, préc.

telles que, pour ne se concentrer que sur les principales, les règles de la domanialité publique, les règles régissant la passation des contrats publics ainsi que l'obligation d'exercer la maîtrise d'ouvrage. Ce mouvement n'aurait sans doute jamais été possible sans une prise de conscience et l'affirmation des possibilités offertes par la liberté contractuelle, toujours plus importante, des personnes publiques[182], et des collectivités territoriales notamment à la faveur, indirectement, de l'article 72[183] de la Constitution. Certains auteurs y verront des « *pratiques déviantes de l'achat public* »[184] ayant « *pour but de s'affranchir des règles du Code des marchés publics* »[185].

Le développement de ces contrats fait apparaître une « *ambiance de droit privé* »[186], ambiance dans laquelle se sont développées les formules contractuelles complexes, faisant des collectivités publiques de véritables acteurs économiques dans une tendance d'égale concurrence vis-à-vis de l'initiative privée en particulier[187]. Cette logique libérale, voire partenariale, va être un terreau fertile pour les partenariats public-privé où l'acteur privé ne va plus être seulement là pour répondre aux besoins de la personne publique en tant que simple exécutant mais pour également jouer un rôle d'aide à la décision par ses conseils techniques, juridiques parfois, et surtout financiers.

S'affranchir d'une réglementation, vue comme lourde, du droit public va mettre en avant certaines questions de domanialité publique notamment. En effet, le recours à des sources de financements extérieures conduit nécessairement à la mise en place de garanties, de sûretés à l'égard du partenaire privé. Cela semble aller sans dire, particulièrement dans le cas classique de réalisations d'ouvrages dans un cadre strictement privé, il n'en va pas de même lorsque le domaine public est en cause et le principe général du droit qu'est l'insaisissabilité des biens publics[188] qui constitue, selon certains auteurs, « *la pièce maîtresse*

---

[182] P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA, 1994, numéro spécial, préc ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8ème éd., LGDJ, 2012.

[183] Constitution du 4 octobre 1958, article 72, al. 2 et 3 : « *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon. Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

[184] F. Linditch, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, coll. « connaissance du droit », éd. 2009.

[185] C. Prebissy-Schnall, *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, 2002.

[186] P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA, 1994, préc.

[187] CE, Avis, 8 nov. 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, AJDA 2000, p.1066 ; BJCP, 2001, n°15 p.111, concl. Bergeal ; S. Nicinski, « Les établissements publics en quête d'identité sur le marché concurrentiel », CP-ACCP, n°5, nov 2001, p.7 ; D. Vienne et P. El-Fadl, « Collectivités publiques : de l'interventionnisme à la concurrence », CP-ACCP, n°3, sept. 2001, p.7 ; Y. Laidie, « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », Dr.adm., avr. 2001, p.4.

[188] Cass. 9 juillet 1951, *Société nationale des entreprises de presse*, D., 1952, p.141 ; Civ., 21 déc. 1987, BRGM, Bull civ., I, n°348, p.249, CJEG, 1988, p.107, note Richer, RFDA, 1988, p.771, concl. Charbonnier.

du régime de la propriété publique »[189], puisqu'il empêche la saisie des propriétés des collectivités publiques ainsi que la constitution d'hypothèques sur ce même ensemble. Malgré cela, des techniques contractuelles complexes emportent constitution de droits réels au profit des partenaires privés des collectivités publiques et ouvrent donc la voie à la mise en place de telles sûretés. Cela correspondant à ce que nous pouvons qualifier être un « *emprunt au droit privé pour atteindre la finalité idéologique de renforcement des droits des investisseurs privés* » aux dépens, peut être, du domaine public[190].

Les difficultés foncières rencontrées par les personnes publiques ces dernières années les ont également poussées à rechercher des formules contractuelles leur permettant de palier à ces contraintes, empruntant beaucoup au droit de l'immobilier.

III. Une pénurie foncière propice au développement des contrats globaux

Le recours aux formules contractuelles complexes s'explique également par un manque de foncier disponible. L'emprunt réalisé au droit immobilier permet de faire supporter l'acquisition des surfaces disponibles par le partenaire privé, permettant ainsi de contourner, une fois de plus, la rigidité et parfois le coût de procédures telles que l'expropriation ou la préemption. Dans le cadre d'une étude plus approfondie des contrats de partenariat public-privé dans les développements suivants, nous verrons que ce facteur foncier, bien qu'il paraisse accessoire, a été largement pris en compte lors de l'élaboration de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Le climat libéral qui plane dans la gestion des affaires publiques sous l'influence et le développement du droit « venu d'ailleurs » a brisé le mythe d'une Administration toute puissante en tant qu'acheteur face à un acteur privé limité au rôle de simple exécutant ou de fournisseur. Le rapprochement des parties se faisant dès le stade de la définition du besoin, par le biais de conseils, d'aide à la définition du besoin de la personne publique. Les relations ont dépassé le strict cadre contractuel pour devenir partenariales. De fait, le partenaire privé est bien plus impliqué, devenant un « co-acteur » de la réalisation d'équipements publics.

L'inventaire des contrats globaux qui sont aujourd'hui à la disposition des personnes publiques, des collectivités territoriales en particulier, n'est pas caractérisé par une grande

---

[189] P. Yolka, *La propriété publique*, LGDJ Thèses, 1997.

[190] V. B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Paris II, 2001, Tome II., p.766 ; V. également S. Clamens, « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des personnes publiques », AJDA 2000, p.767 ; E. Fatome, « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », AJDA 2003, p.21.

simplicité. L'appréhension et la pratique qui en sont faites sont à cette image. Cet état de fait étant encore plus important pour une collectivité territoriale de taille modeste qui souhaite en faire l'usage. S'il est logique qu'une certaine préparation soit nécessaire en amont de l'utilisation de tels contrats, ainsi qu'à la simple décision d'y avoir recours, la tâche n'est pour autant pas aisée tant cet arsenal contractuel est difficile à cerner.

Paragraphe 4. Un arsenal contractuel difficile à cerner

Nous l'avons dit, tenter d'appréhender l'arsenal des montages contractuels complexes, tout comme l'arsenal contractuel général, étant à la disposition des personnes publiques n'est pas une chose aisée. En effet, la notion de contrat global étant presque dépassée aujourd'hui par la complexité liée au choix du contrat lorsque les collectivités publiques souhaitent externaliser leur action par voie contractuelle. Ceci est essentiellement dû au fait que cette catégorie s'est développée de la manière la plus désordonnée qu'il soit et donnant à l'heure actuelle un résultat brouillon et peu intelligible (I). La difficulté d'approche demeure liée, outre le manque de cohérence dans leur élaboration et apparition, au fait que sont en cause, ici, des montages mêlant plusieurs objets contractuels (II).

I. Une complexité liée à la typologie actuelle des contrats administratifs français

« *Dresser le bilan et les perspectives des réformes intervenues dans le domaine du droit de la commande publique dont le périmètre est si difficile à cerner est un pari audacieux !* »[191], c'est avec optimisme que Jean ARTHUIS a lancé le colloque destiné à dresser le bilan et réfléchir aux perspectives du droit de la commande publique après quatre années de réformes[192]. Le droit de la commande publique est une notion jeune, encore mal définie et, malgré cela, d'ores et déjà destinée à évoluer. C'est dans ce contexte qu'il apparaît opportun de faire un premier état des lieux sur la question, amenant ainsi à traiter de son opacité, due à son apparition empirique, pour ne pas dire désordonnée (A), un phénomène qui ne sera pas réglé par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 (B).

[191] Discours de Jean ARTHUIS, Président de la commission des finances du Sénat, Ouverture du colloque « Quatre ans de réforme du droit de la commande publique – Bilan et perspectives », Contrats et marchés publics, mai 2005, p. 3.

[192] V. note 82

A. L'ingénierie contractuelle relayée par un foisonnement législatif

Que les personnes publiques aient été à la recherche de nouvelles techniques contractuelles permettant de s'affranchir des difficultés auxquelles elles étaient confrontées, dans le souci de mener à bien la réalisation des ouvrages nécessaires au service public est une bonne chose. Malheureusement lorsque cela se fait de manière empirique voire expérimentale, cela aboutit à une accumulation de techniques contractuelles qui se superposent, parfois s'entrecroisent. Ce peu de lisibilité voire d'intelligibilité de ce système est un problème actuel qui a néanmoins le mérite de mettre en exergue le fait que l'évolution de ce phénomène naissant que l'on appelle « droit de la commande publique » est loin d'être achevée et qu'il sera nécessaire qu'elle passe, nécessairement, par un procédé de codification afin de trouver une solution pour ce qu'il conviendrait d'appeler le « mille-feuilles contractuel ». Car c'est effectivement dans la confusion de la pratique contractuelle que les contrats globaux ont fait leur apparition. Ils n'étaient à l'époque, qu'une réponse de circonstances à des règles apparaissant alors comme des contraintes. L'ingénierie contractuelle ne pouvait nécessairement pas aboutir à une démarche ordonnée. Le droit écrit prendra la relève par la suite afin de créer des montages contractuels pouvant, et surtout devant, répondre aux contraintes rencontrées par les collectivités publiques sans pour autant arriver à atteindre ce but de clarté, d'organisation pour ne pas dire de cohérence. De cette démarche brouillonne pourra être retenu un point positif néanmoins. En effet, la multiplication des formules contractuelles globales aura eu la faculté de révéler la grande inadaptation des formules contractuelles traditionnelles[193].

Ainsi, le mouvement s'est enclenché avec la loi n°80-531 autorisant les collectivités territoriales de recourir au crédit-bail immobilier[194] puis la loi n°88-13 du 15 janvier 1988[195] leur a ouvert les portes de la réalisation d'ouvrages sous maîtrise d'ouvrage privée et donc par un financement privé. Ce fut ensuite au tour de l'Etat et de ses établissements publics de s'être vu équipé d'un instrument similaire aux BEA des collectivités locales avec l'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels (AOT), lui permettant ainsi de détourner

[193] Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », BJCP n°36, p. 331.

[194] L. n°80-531, 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur. V. N. Symchowitz, Partenariats public-privé et montages contractuels complexes, préc.

[195] Préc.

la loi MOP[196]. Cette première étape aura permis à l'ingénierie contractuelle d'utiliser des textes législatifs de manière opportuniste puisqu'ils seront détournés objectif premier.

L'action législative visant spécifiquement les montages contractuels complexes ne démarre qu'en 2002[197] avec la loi LOPSI[198], par laquelle le législateur va homologuer des techniques pratiquées depuis plusieurs années. Cette loi va permettre à l'état de conclure des marchés dits « dérogatoires » qui ressemblent de très près aux contrats de partenariat. La loi du 3 septembre 2002[199] va ouvrir la même voie aux établissements publics pénitentiaires. Le désordre de l'apparition de ces contrats ne se limite pas seulement à l'urgence dans lesquels ils ont été créés, car les premiers décrets d'application n'interviendront que deux années plus tard. L'ordonnance du 4 septembre 2004[200] est venue étendre aux établissements publics de santé l'utilisation du BEA jusqu'au 31 décembre 2007. Il en ira de même pour les Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS), le champ d'application du BEA leur sera étendu jusqu'au 31 décembre 2010[201]. De façon toujours aussi claire, la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, en autorisant l'éligibilité au fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) si *« La collectivité territoriale ou l'établissement public, qui a passé un bail emphytéotique prévu à l'article L. 1311-2 d'un montant inférieur à un seuil fixé par décret et ayant donné lieu à une évaluation préalable dans les conditions prévues par l'article L. 1414-2 »*[202]. Cela mettant en avant la possibilité du paiement public dans le cadre du BEA.

Ce rapide point des interventions législatives réalisées avant l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat montre que le relai pris par l'action législative n'a pas eu pour effet de simplifier la situation des montages contractuels complexes et l'état du droit de manière générale. Bien que la création d'un nouveau contrat soit une opportunité de faciliter l'action publique, l'efficacité de telles réformes ne prennent un sens qu'avec une clarification progressive des catégories préexistantes.

---

[196] L. n°94-631 préc.

[197] V. Y. Gaudemet, préc.

[198] L. n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, JO 30 août 2002, p. 14398, texte n° 1.

[199] V. P. Delvolvé, « Sécurité intérieure, justice, défense : les « conventions de bail » sur le domaine public (décret du 6 janvier 2004) », BJCP, n°34, mai 2004, p. 166.

[200] Loi complétée par la loi n°2004-806 relative à la politique de santé publique pour tenir compte de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

[201] L. n°2005-1720, 30 déc. 2005, Loi de finances rectificative pour 2005, JO n°304, 31 décembre 2005 p. 20654, texte n° 2 ; V. CGCT., Art. L. 1311-4-1.

[202] CGCT., Art L. 1615-13.

B. L'ordonnance du 17 juin 2004 : entre espoirs déçus et évolution du droit de la commande publique

Cette ordonnance, en prévoyant la possibilité pour l'Etat et pour les collectivités territoriales d'avoir recours au partenariat public-privé, n'a pas saisi l'occasion de faire table rase du passé afin d'opérer une refonte des contrats globaux. La notion de contrat de partenariat sera elle même définie par cette ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, définition qui sera approfondie par la réforme réalisée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[203] puis par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009[204]. Le Conseil d'Etat relèvera lui-même que : « *Le droits des contrats publics a perdu de sa lisibilité au cours des quinze dernières années et il est devenu plus complexe.* […] *Le risque d'instabilité juridique qui en résulte est élevé et il faut s'attendre à ce que le droit administratif des contrats continue de subir des chocs importants durant plusieurs années.* » et recommandera au « *Gouvernement de changer de méthode et, pour introduire davantage de simplicité, de lisibilité et de sécurité dans notre droit des contrats, de remettre en chantier l'élaboration d'un Code de la commande publique* »[205].

L'évolution du droit des contrats publics ne peut être niée, il en va de même pour sa modernisation. Et pourtant le flou actuel régnant en la matière emporte l'obligation de mener une réflexion, d'ores et déjà en cours[206]. Ce phénomène est d'autant plus inquiétant lorsqu'est constaté le désarroi dont font preuve certaines collectivités face à ce « melting-pot » contractuel. L'ensemble des personnes publiques, les collectivités territoriales notamment, les moins importantes en particulier, pourraient se trouver véritablement désarmées face à un arsenal contractuel dont elles n'arrivent pas à cerner les contours et au sein duquel elles n'arriveraient pas à choisir le bon montage afin de réaliser leurs équipements.

La Haute juridiction administrative condamnait, du moins philosophiquement, ce « *millefeuille* »[207] contractuel, cela n'empêchera l'émergence des contrats de « CREM-REM »

---

[203] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JO n°0175, 29 juillet 2008, p. 12144, texte n° 1

[204] L. n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JO n°0041, 18 février 2009 page 2841.

[205] Rapport 2008 préc.

[206] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., 2007, étude n°4.

[207] A. Cabanes, « Une couche supplémentaire au millefeuille des contrats publics », CP-ACCP, juin 2004, n° 34, p. 68.

avec le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011, une nouvelle réforme du droit des contrats publics dont ne manqueront pas de s'amuser certains auteurs[208].

De véritables interrogations existent aujourd'hui sur la réalité de l'utilisation des contrats globaux de la commande publique. Les évolutions pratiques et législatives ont effectivement eu pour conséquence d'offrir un vaste choix aux personnes publiques. Pour autant, le paysage contractuel est-il suffisamment clair pour que le recours à ces techniques soit efficace, du moins pertinent. Il n'est pas question ici, de faire un exposé général et approfondi de l'ensemble des formules existantes[209] mais d'analyser les conditions dans lesquelles ces contrats ont émergé et de faire le constat de leur utilisation, notamment par les collectivités territoriales, en particulier de taille moyenne.

II. Une difficulté accrue par l'influence du droit communautaire

Les évolutions précédemment décrites ont jeté le trouble dans la catégorie des contrats publics qui semblait, jusque là, si bien établie : certains reflétant la logique d'un gestion retenue, d'autres la gestion déléguée. L'apparition de contrats spéciaux tels que les contrats globaux ne va que brouiller un peu plus les cartes, tant par leur multiplication que par leur manque de clarté du point de vue de leurs critères. Tout ceci dans un contexte dans lequel il était délicat d'établir une identification nette de certains contrats. La prise en compte de critères tel que l'objet, le risque supporté par l'Administration et la rémunération, pour ne s'arrêter qu'aux principaux, ne permettait pas toujours d'avoir une vision claire des choses[210]. L'arrivée désordonnée de montages mêlant tant d'éléments à la fois n'aura pas eu le mérite de mettre de l'ordre dans la grande famille des contrats publics.

Outre ce phénomène de « *dénaturation des techniques contractuelles usuelles des personnes publiques* »[211], l'apparition desdits contrats, mêlant pour certains marché public et

---

[208] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme permanente du droit des marchés publics : nouvel épisode », Contrats et Marchés publics, oct 2011, repère n°9.

[209] Pour une étude approfondie du panel de montages contractuels complexes existant, V. N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc. ; L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Droit public des affaires*, Lamy, 2013.

[210] Cela concerne notamment les difficultés d'identification de l'objet d'un contrat comme étant celui d'une DSP. V. notam, CE 15 avr. 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, RFDA 1996, p.715, concl. Chantepy, note TERNEYRE, CJEG, 1996, p.267, concl. Chantepy, note Savignat, AJDA 1996, p.806, chron. Chauvaux et Girardot, p.727 ; CE, 30 juin 1999, *SMITOM Centre-Ouest-Seint-et-Marnais*, AJDA 1999, p. 714, CE, 7 nov. 2008, *Département de la Vendée*, BJCP 2009, n°62, p.55, concl. Boulouis ; AJDA 2008, p.2454, note Richer, Contrats et marchés publics 2008, p.296, obs Eckert ; CJCE, 10 sept. 2009, *EUROWASSER*, af. C-206/08 ; CE 5 juin 2009, *Société Avenance*, BJCP 2009, n°66, p.393, concl. Dacosta.

[211] N. Symchowitz, préc.

concession, pour d'autres gestion déléguée et occupation du domaine public[212], va avoir le mérite de permettre aux collectivités publiques de dépasser certaines contraintes rencontrées au fur-et-à-mesure de cette expérimentation de la réalisation d'ouvrages sous financement privé. Pour gagner en simplicité, l'ingénierie contractuelle va très largement s'inspirer du droit privé et international[213], ce qui n'est pas très étonnant quand l'on constate l'inventivité dont a su faire preuve le droit des affaires, apparaissant comme un moyen efficace de contourner les lourdeurs bien connues du droit public, notamment dans le cadre de la commande publique. Pour autant, la difficulté liée à la réception, en droit public, de la pratique du droit privé montre bien que le premier a besoin d'une réforme en profondeur afin d'être (enfin ?) adapté à la vie actuelle des affaires.

Les contrats globaux de la commande publique se sont développés de façon importante ces dernières années pour des raisons le plus souvent aussi diverses que parfois paradoxales. Pour autant, l'avènement du contrat de partenariat public-privé ainsi que des contrats de performance va se révéler être très significatif dans l'évolution des contrats de la commande publique.

Section 2 – L'analyse de certains contrats globaux de la commande publique

La notion de contrat global recouvre un ensemble vaste et diversifié de techniques contractuelles. Pour autant, la consécration[214] récente d'une nouvelle catégorie a marqué un tournant dans l'action contractuelle de l'Administration. Les différents contrats globaux dont elle disposait jusque là ne permettant qu'une action dans un domaine particulier, notamment hospitalier ou pénitentiaire[215], ou une occupation temporaire du domaine public comprenant location avec option d'achat[216] par exemple. Les premiers autorisent le prestataire privé à concevoir et à construire l'ouvrage sans pour autant lui confier la maîtrise d'ouvrage et le financement, à l'inverse des seconds.

---

[212] Pour une étude approfondie de ce phénomène, V. N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc.

[213] V. Dossier « Les partenariats public-privé dans des secteurs clés », RFAP, n°130, 2009, p.233 et s.; S. Braconnier et J.-B. Morel, « Regards sur les partenariats public-privé internationaux », Contrats et marchés publ., mars 2007, p.6 et s.

[214] Catégorie nouvelle dans la législation bien que de nombreux auteurs considèrent, à juste titre, qu'il ne s'agit que d'une réapparition des fameux METP puisque les contrats de PPP ont eux aussi un caractère hybride à la frontière du marché public et de la délégation de service public.

[215] V. Lois des 29 août 2002 et 9 septembre 2002, préc.

[216] AOT-LOA, V. notam. Art L. 2122-15 CGPPP.

Le législateur est ensuite intervenu afin de permettre au gouvernement de créer, par voie d'ordonnance, un cadre général à cette catégorie de contrats globaux. Ainsi, l'ordonnance du 17 juin 2004[217], puis la loi du 28 juillet 2008[218] vont, tour à tour, créer cette catégorie de contrats de partenariat public-privé et élargir les possibilités d'y avoir recours sans pour autant régler la question de la grande diversité existante au sein de la catégorie des contrats globaux. Pour autant, cette nouvelle « sous catégorie » que constitue le contrat de partenariat public-privé va rapidement se faire une place de premier ordre dans le large panel existant, au point de devenir un cas très particulier (paragraphe 1).

Dans un contexte de mutation perpétuelle, un nouveau contrat va faire son apparition dans le cadre de la mise en œuvre du *Grenelle de l'environnement*. En effet l'article 5 de la loi du 3 août 2009[219] va permettre aux personnes publiques de recourir à ce contrat global dans un contexte d'amélioration de l'efficacité énergétique, notamment des bâtiments. Le décret du 25 août 2011[220] va prendre le relai en développant les possibilités de recours et en étendant la notion de performance notamment, de cela vont naître deux contrats « fils » que sont le contrat de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (REM) et le contrat de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (CREM)[221]. Ces marchés publics globaux sur performance, dernière catégorie arrivée sur le « marché des contrats globaux » vont participer à cette expansion du phénomène des contrats globaux (paragraphe 2). Pour aussi attrayants et modernes que soient les contrats de PPP et les marchés publics globaux sur performance, les récentes réformes opérées n'ont pas réglé le principal problème demeurant encore sur la question. En effet, nous ne pouvons que nous satisfaire du relai pris par le législateur dans un contexte qui nécessitait une « sécurisation » juridique du domaine.

Paragraphe 1. Le cas des contrats de partenariat public-privé

Le contrat de partenariat public-privé tel qu'issu de l'ordonnance du 17 juin 2004 et de la loi du 28 juillet 2008[222] constitue bien plus une catégorie générale de contrats globaux existants, pour autant il semble constituer, après avoir connu des débuts timides, un outil idéal a priori permettant à l'Etat ainsi qu'aux collectivités territoriales de répondre à leurs besoins

[217] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004 page 10994, préc.
[218] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat
[219] L. n°2009-967, préc.
[220] Décr. n°2011-1000, préc.
[221] V. Art 73 du CMP.
[222] Préc.

d'infrastructures tout en externalisant massivement la réalisation et le financement de l'opération. Le contrat de partenariat public-privé n'est, néanmoins, pas un phénomène découvert il y a bientôt une dizaine d'années et s'inscrit dans la continuité d'une réforme du droit des contrats publics qui semble d'ailleurs loin d'être terminée. Dans un contexte de crise économique notamment, le recours à ce type de contrat apparaît être un outil idéal particulièrement séduisant à l'heure actuelle (I). Pour autant ce type de contrat a semblé difficile à appréhender et a donc connu des débuts timides notamment auprès des collectivités locales, notamment à cause de son image de contrat d'Etat alliant à la fois grande envergure et complexité prétendument infinies (II).

I. Le contrat de partenariat public-privé, un outil séduisant *a priori*

Le contrat de partenariat public-privé issu de l'ordonnance du 17 juin 2004 et des textes postérieurs apparaît être une nouvelle solution aux problèmes précédemment exposés. Dès-lors leur apparition a consacré une nouvelle forme d'action voire une nouvelle logique dans les relations que vont avoir les personnes publiques avec, ce qu'il convient désormais d'appeler, leur partenaire privé (A). Cette nouvelle technique contractuelle nécessitera néanmoins que les acteurs publics aient un véritable temps d'adaptation face à ce nouveau phénomène dont la notion mérite d'être bien cernée afin d'être justement appréhendée (B).

A. Une solution face aux insuffisances des contrats classiques

L'historique des marchés globaux, notamment avec l'exemple des METP, a montré qu'il était nécessaire que la commande publique bénéficie d'un contrat global d'origine législative. L'arrivée des contrats de partenariat public-privé n'est donc pas une réelle surprise dans un contexte, nous l'avons dit, dans lequel est repensé le mode d'investissement des collectivités vis-à-vis de projets importants (1), *a fortiori* avec un nouveau contrat dont les apports sont remarquables (2).

1. Un avènement prévisible

Sans revenir sur les origines du contrat de partenariat[223], il nous faut néanmoins préciser que les besoins des personnes publiques auxquels ils doivent répondre ne sont pas nouveaux puisque les Marchés d'entreprise de travaux publics (METP) devaient déjà faire face à la double nécessité de confier une mission globalisée à un opérateur privé en vue de d'assurer, à la fois, la maîtrise d'ouvrage des travaux envisagés, leur préfinancement ainsi que leur entretien postérieur (sous forme de maintenance, entretien général et réparations).

Ce contrat de partenariat est donc le prolongement des METP ainsi que des partenariats public-privé sectoriels[224] (ces derniers reprenant également les bases des contrats de BEA et d'AOT créés dans les années 1980 et 1990[225]), ainsi l'esprit correspondant à la création, du moins à l'homologation de cette technique contractuelle, n'est pas nouveau[226].

En effet, jusqu'en 2004, les collectivités territoriales ne disposaient pas d'outil contractuel leur permettant de prévoir la conception, le financement, la réalisation, la maintenance et l'éventuelle gestion d'une mission de service public à un cocontractant privé en contrepartie d'une rémunération étalée dans le temps. Nous l'avons dit, certains mécanismes ont permis de faire l'expérience de missions et de contrats dits globaux sans que l'opération puisse avoir l'ampleur de ce contrat de partenariat public-privé. Il est ainsi possible de prendre en exemple le bail emphytéotique administratif et le fait que son objet soit limité à la construction et à la gestion d'un bâtiment. Certes ce BEA va être aménagé dans le domaine de la défense, de l'intérieur et de la justice sans pour autant que la logique de la mission globale puisse être poussée au bout.

L'ordonnance de 2004 ne fera qu' homologuer un principe bien connu du droit anglo-saxon, apparaissant tout d'abord aux Etats-Unis dans les années 1970 – 1980 et se développant notamment en Angleterre avec les *Private Finance Initiative* (PFI)[227] lancés en

---

[223] V. supra.

[224] L. n° 2002-1094 du 29 août 2002 portant orientation et programmation pour la sécurité intérieure; L. n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 portant orientation et programmation pour la justice ; L. n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration ; L. n° 2003-73 du 27 janv. 2003 de programmation pour la défense et l'ordonnance n° 2003-850 du 4 sept. 2003.

[225] L. n° 88-13 du 5 janv. 1988 portant la création du Bail emphytéotique administratif ; L. 94-631 du 25 juil. 1994 portant création des Autorisations d'occupation temporaire.

[226] V. L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, Lamy, éd. 2013 p1747 et s. ; P. Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI, 2003, p. 481.

[227] V. *Rapport Value of money assessment guide*, p.5, août 2004, www.hm-treasury.gov.uk/media /95C/76/95C76F05-BCDC-D4B3-5DFDC2502B56ADC.pdf

1992[228]. Malgré cela, cette technique pas ou peu expérimentée jusque là par le droit français, le triste épisode des METP nous le rappelant, c'est une nouveauté n'en étant pas vraiment une qui arrive avec cette ordonnance. Pour autant l'engouement et l'attente autour de ces contrats était forte tant du point de vue de leur substance que de leur logique.

2. Les apports du contrat de partenariat public-privé

Le contrat de partenariat public-privé a, quelque part, opéré un bouleversement du droit de la commande publique[229]. Leur arrivée a enflammé la doctrine qui ne s'est pas privée de largement commenter cette nouvelle technique contractuelle[230], allant jusqu'à étudier la légalité de l'ordonnance du 17 juin 2004[231]. Nous l'avons dit, le contrat de partenariat a été créé dans le but de s'affranchir des derniers « verrous » que pouvaient rencontrer les personnes publiques dans la réalisation de projets nécessitant de passer par la voie contractuelle[232]. Ainsi, le partenariat public-privé permet de réunir en un seul contrat des opérations qui devraient, par l'utilisation d'autres « voies », coexister les unes à côté des autres avec, certes, un lien tenant au but unique que représente l'ouvrage à réaliser par exemple, sans qu'existe pour autant une cohésion absolue dans la réalisation de l'opération du seul fait de la multiplicité de contrats superposés. Le fait qu'il permette de réunir plusieurs opérations complexes au sein d'un seul contrat global assure une véritable cohérence dans l'exécution du contrat, permettant ainsi d'éviter que des doublons puissent fragiliser la réalisation du projet. Néanmoins le contrat de partenariat public-privé n'est pas seulement un moyen de regrouper, voire de créer un noyau autour duquel vont simplement s'agréger voire graviter des « sous-contrats », un grand ensemble que les personnes publiques vont pouvoir

---

[228] Pour une approche plus approfondie de l'influence du droit anglo-saxon, V. D. Houtcieff, « L'influence du droit anglo-saxon sur le droit français des contrats », intervention dans le cadre du colloque célébrant les 30 ans de la faculté d'Amiens.

[229] P. Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI. 2003, préc. ; P. Delvolvé, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », RFDA., 2004, p.1709 ; Y. Gaudemet, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs (la réforme de la commande publique et le partenariat public privé) », CJEG., janv. 2004, p.1.

[230] F. Llorens et P. Soler-Couteau, « Le contrat de partenariat au service des collectivités territoriales », Contrats et marchés publ., mars 2006, p.1 ; N. Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., déc. 2004, p.8. V. dossier « Une nouvelle forme de contrat : le partenariat », CP-ACCP, sept. 2004, n°36 ; V. Colloque « Le contrat de partenariat », organisé par l'Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction de Toulouse (IEJUC), Droit et Ville, n°60, 2005, p. 9 ; J-F. Auby, « Le cas des contrats de partenariat : ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ? », RFDA, 2004, p 1095 ; N. de Saint-Pulgent et S. Lagumina, Le « contrat de partenariat » nouvel outil de gestion publique, Contrats et marchés publ., n°12, déc. 2004, entretien 1 ; A.Bréville, « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », A.J.D.A, 27 sept. 2004, p.1754 et s.

[231] D.Casas, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat était-elle légale ? », Concl. Sous CE, Ass., 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, RFDA 2004, p.1103 ; G. Eckert, « L'ordonnance du 17 juin 2004 n'est pas illégale », Contrats et marchés publ., n°12, déc. 2004, comm. 249.

[232] Notamment concernant la construction ou la rénovation d'infrastructures ainsi que la réalisation de grosses opérations similaires dans des secteurs particuliers, opérations pour lesquelles les personnes publiques externalisent de manière quasi-automatique.

créer de toute pièce afin de pouvoir gérer la réalisation d'un ouvrage par exemple avec efficacité et rentabilité. Il permet également de passer outre certaines contraintes imposées par d'autres modes de gestion contractuelle. En effet, nous l'avons dit, les METP ont été expérimentés[233] pour contourner ces mêmes contraintes, le partenariat public-privé tire tout son intérêt de la possibilité offerte à la personne publique de pouvoir pratiquer le « paiement différé » et déroge également à la loi MOP du 12 juillet 1985, notamment au principe posé de la séparation des opérations de maître d'oeuvre et d'entrepreneur.

L'avènement des contrats de partenariat public-privé aura bousculé le monde de la commande publique en en modifiant la pratique contractuelle mais également son état d'esprit, passant d'une logique de relation de « dominant à dominé » entre la personne publique et son cocontractant privé à une logique véritablement partenariale dans laquelle ce dernier n'est plus limité à la conception ou à la réalisation d'un projet mais bien à une co-participation dès la définition même des besoins de la personne publique jusqu'à la construction et le « service après vente » que peut constituer l'entretien ou la maintenance. Pour bien comprendre cela, il faut cependant s'arrêter sur la notion même de contrat de partenariat public-privé.

B. Le contrat de partenariat public-privé en droit français

Avant toute chose, il va de soi que nous arrêterons ici à la forme contractuelle du partenariat public-privé, la terminologie de « partenariat public-privé » pouvant regrouper plusieurs notions.

Les contrats de partenariat sont des contrats conclus par l'Etat (ou un de ses établissements publics)[234] ou par les collectivités territoriales (ou un de leurs établissements publics)[235] en vue de confier une mission globale à un tiers « *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* »[236] et dont le financement peut être assuré, en tout ou partie, par le cocontractant. Ce contrat est avant tout un moyen d'externaliser presque intégralement la réalisation d'un projet, le confiant à un

[233] Malgré leur courte existence et leur construction empirique et leur interdiction par le Conseil d'Etat.
[234] Art. 1er, ord. modifiée n°2004-559 du 17 juin 2004.
[235] Art. L. 1414-1 CGCT.
[236] Art 1er ord. 2004 préc.

partenaire unique qui va devoir assurer son financement, sa conception, sa réalisation, son entretien ou sa maintenance et, éventuellement, son exploitation technique ou commerciale.

Par conséquent ce contrat ne peut être que de longue durée puisqu'il implique une répartition des risques entre les partenaires et que le paiement est étalé dans le temps (ce dernier point constituant l'un des points essentiels de ce contrat). La définition de la notion se fonde sur donc sur plusieurs critères, néanmoins le point central reste constitué par la substance de la mission confiée au cocontractant, nous l'avons dit, elle doit être globale[237]. A ce titre le cocontractant est le maître d'ouvrage des travaux (à la différence d'un marché public de travaux où la personne publique reste maître d'ouvrage), il peut, par exemple, initier une expropriation dans le cadre de sa mission, bénéficier d'un titre d'occupation du domaine public. Pendant la durée du contrat, ce cocontractant reste propriétaire des ouvrages construits et la collectivité est tenue de lui verser un « loyer » en contrepartie de la mission globale réalisée. C'est donc un contrat spécifique car son objet est bien de confier une mission globale à un tiers qui vient apporter son aide à la personne publique sur une longue durée[238]. Le contrat de partenariat est composé d'un ensemble de prestations diverses qui comportent globalement :

- le financement total ou partiel d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;
- la construction ou la transformation d'ouvrages ou d'équipements existants ;
- l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion de ces derniers voire d'autres prestations de services.

Ce contrat porte sur une longue durée qui est déterminée en fonction de la période nécessaire à l'amortissement des investissements effectués ou des conditions de financements choisies : cette durée dépend donc du mode de financement des investissements (bien qu'elle soit limitée à quatre vingt dix neuf ans). La rémunération du cocontractant privé est réalisée par paiement d'un prix par la personne publique durant l'exécution du contrat et demeure liée à sa bonne exécution par l'entreprise (introduisant ainsi la recherche de la performance). De façon non négligeable, ce type de contrat permet un paiement étalé, dès lors le contrat de

[237] Bien que cette exigence de globalité ait été atténuée par la réforme des contrats de partenariat avec la loi du 28 juillet 2008. Pour une étude approfondie du régime du contrat de

[238] F.Lichère, B.Martor, G.Pedini et S.Thouvenot, *Pratique des partenariats public-privé : Choisir, évaluer, monter et suivre son PPP*, Lexinexis –Litec, 2ème éd., 2009.

partenariat permet d'alléger le budget de la personne publique et créé un effet de bénéfice qui offre une certaine souplesse dans le choix des investissements.

Les contrats de longue durée confiant à un cocontractant une prestation complexe n'est pas une notion totalement nouvelle. En effet, ce type de contrat fut introduit par Sully concernant la voirie et l'enlèvement des ordures ménagères dans Paris et fut généralisé par Colbert pour la construction des routes de France. Néanmoins, la distinction n'ayant jamais été faite entre les concessions à paiement public (nombreuses pour l'éclairage public et les chemins de fer notamment) et à paiement privé, le développement de ces contrats de partenariat a longtemps été bloqué par l'absence d'un cadre juridique clair dans un droit de la commande publique majoritairement marqué par la régie et ses étapes multiples (loi MOP[239], code des marchés publics[240]). L'intervention des personnes privées sur le terrain de la réalisation d'investissements nécessaires au service public avait déjà été prise en compte, par exemple, par les textes successifs ayant donné naissance à ce qui est communément appelé les « partenariats sectoriels ». À ce titre, le législateur est très vite arrivé à la conclusion qu'il était indispensable que l'Etat ainsi que les collectivités territoriales puissent disposer d'un outil général afin que ces derniers puissent bénéficier de prestations globales.

Suite à l'ordonnance du 17 juin 2004, il s'est malheureusement avéré que l'utilisation des contrats de partenariat ne rencontraient pas le succès escompté, les restrictions existantes pour l'utilisation de ces contrats décourageant les pouvoirs adjudicateurs. Il a donc fallu une nouvelle intervention législative avec la loi du 28 juillet 2008[241] dont l'objectif fut de véritablement simplifier certains points concernant l'utilisation du contrat de partenariat (bien que le projet d'instaurer une présomption d'urgence en fonction des domaines concernés fut déclaré inconstitutionnel lors de l'examen du texte par le Conseil constitutionnel[242]) comme par exemple :

- la possibilité pour le titulaire du contrat de percevoir les paiements de l'usager final pour le compte de la personne publique
- la possibilité pour plusieurs personnes publiques de contracter ensemble avec un titulaire de contrat

[239] L. n° 85-704, 12 juill 1985, modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée

[240] Créé par le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, modifié par le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 puis par le décret n° 2006-975 du 1er août 2006

[241] L. n°2008-735, 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat

[242] Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008

- la création d'un lien entre rémunération et performance.

Cette dernière réforme est d'ailleurs tout à fait intéressante car elle offre la possibilité, à l'heure de l'intercommunalité notamment, pour des communes de petite et moyenne tailles, de se regrouper afin de pouvoir mener à bien la réalisation de projets par le biais de ces contrats de partenariat public-privé.

Le premier objectif de l'ordonnance du 17 juin 2004 fut donc de nature juridique et économique puisqu'elle symbolise la volonté de doter les personnes publiques d'un outil efficace afin de faciliter la réalisation d'infrastructures, notamment, nécessaires à la bonne exécution des missions de service public incombant à chacune d'entre elles. Pour autant, avec les conditions de recours vont être relativement restrictives, du moins intimidantes, en particulier pour les collectivités territoriales. Ces dernières auront d'ailleurs, jusqu'à la réforme des contrats de partenariat de 2008, toujours tendance à utiliser un outil bien mieux connu et maîtrisé (et peut être plus simple ?) : le bail emphytéotique administratif[243]. Pour autant, il s'agissait avant tout de relancer le développement d'équipements publics dans une période de restriction budgétaire[244], au risque que ce que contrat soit considéré, non pas comme un outil novateur en ce qu'il redéfinit les rapports entre personne publique et cocontractant (désigné maintenant partenaire) privé. Il sera observé par la suite, qu'il faudra toutefois de nouvelles interventions législatives afin que cet outil arrive à prendre toute sa dimension et que les personnes publiques, tout autant que les partenaires privés, commencent à y avoir véritablement recours. En effet, le lancement des contrats de partenariat aura surtout été marqué par une véritable timidité des acteurs face à ce qu'ils considéraient être une tâche trop lourde à assumer. Ayant l'image d'un outil réservé probablement à une caste de grandes collectivités territoriales capables de mobiliser une partie de leur effectif afin de gérer spécifiquement le déroulement d'une telle opération[245]. Un sentiment qui aurait pu être avalisé par le fait que l'Etat s'est engouffré en premier dans l'utilisation de ces contrats pour, quelque part, montrer l'exemple. De plus les restrictions apportées par le Conseil constitutionnel de façon successive n'auront pas eu pour effet de rassurer les acteurs[246].

---

[243] V. Rapports d'activité de la Mission d'Appui aux partenariats public-privé (MAPPP), année 2006, années 2007 et 2009, http://www.economie.gouv.fr/ppp/rapports-d'activite

[244] Voir à ce sujet : MINEFI, Les contrats de partenariat – Principes et méthodes ; Circ., 29 nov. 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, JORF n°291, 15 déc. 2005, p. 19271 texte n° 16.

[245] Que l'on peut définir comme étant les Régions, les Départements et communes de 100 000 habitants et plus.

[246] V. notamment F.Lichère, « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : *bis repetita non placent* », RDP 2003 n°4, p.1163 et s ; P.Terneyre, « Contrats de partenariat : le Conseil constitutionnel persiste et signe », B.J.C.P n°60, 2008, p.310 et s.

II. Le partenariat public-privé, un contrat *a priori* réservé à l' Etat

Les contrats de partenariat ont connu une apparition progressive, nous l'avons dit. Leur arrivée était attendue et quasiment prévisible, pour autant leurs débuts ont laissé un goût amer. En effet, peu de collectivités territoriales ont usé de ce nouvel outil pour leurs opérations contractuelles complexes avant la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008, leur préférant des méthodes mieux connues et peut être moins effrayantes. Les contrats de partenariat public-privé, arrivés après l'expérience des partenariats public-privés dits « sectoriels », la pratique a mis en évidence le peu d'intérêt qu'ils inspiraient aux collectivités territoriales, ces dernières y voyant un contrat fait et ne pouvant être pratiqué que par l'Etat et ses établissements publics jugés plus qualifiés et capables probablement (A). La première partie de la vie des contrats de partenariat public-privé[247] ne sera pas extrêmement mouvementée, tant pour les raisons d'apparence évoquées que par une réelle difficulté posée par les barrières juridiques à son utilisation (B). Il sera alors nécessaire d'ouvrir un deuxième épisode à leur existence, ce que s'emploiera à faire la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008 (C). Cependant cela ne restera pas le dernier volet des évolutions qu'ils vont connaître puisque la loi de programmation des finances publiques du 29 décembre 2014 va indirectement mais rigoureusement encadrer le recours aux contrats de PPP (D) afin d'éviter les écueils constatés sur la première décennie de leur existence.

A. Les contrats de partenariat public-privé, un contrat évolutif

Le recours aux contrats de partenariat public-privé a été généralisé depuis la réforme issue de la loi du 28 juillet 2008, pour autant la pertinence de leur utilisation par des personnes publiques autres que l'Etat et ses établissements publics n'ont pas chose relevant de l'évidence depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 juin 2004, ce que la doctrine s'est empressée de mettre en avant, constatant, certes que ces nouveaux contrats proposaient des avancées non négligeables tout en étant encore perfectibles[248]. Effectivement, tant le contexte de l'arrivée de ces contrats ainsi que leur nature voire leur image ont donné le sentiment de véritables contrats créés pour l'Etat, dont la complexité, l'ampleur, la technicité etc.

[247] De leur naissance textuelle avec l'ordonnance du 17 juin 2004 jusqu'à l'adoption de la loi du 28 juillet 2008.

[248] A. Breville, « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », AJDA 2004, p. 1754 ; J-F. Brisson, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, les aspects domaniaux des contrats de partenariat », AJDA 2005, p. 591 ; A.Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », AJDA 2004, p. 1737 ; V. N. Symchowitz, préc., éd. Le Moniteur.

condamnaient fatalement ces contrats à n'être utilisés que par ce dernier. Les partenariats sectoriels en seront la première manifestation puisque ces contrats issus d'interventions législatives ouvriront le recours au « coup par coup » aux contrats de partenariat au profit de l'Etat dans des domaines relevant exclusivement et précisément de sa compétence[249]. Ainsi les textes vont se succéder afin, à la fois, d'apporter une sécurité juridique à des montages qui n'avaient (peut être ?) pas besoin d'une loi et surtout de permettre de rattraper un retard important de réalisation d'équipements publics[250].

Ainsi les textes se succèdent, le premier d'entre eux concernant la réalisation d'infrastructures en vue de répondre aux besoins de la police et de la gendarmerie[251] ainsi que de la justice. Ce texte précisant que « *l' Etat peut confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense* »[252]. Ce sentiment d'exclusivité n'apparaît pas comme une simple impression, les collectivités territoriales étant concernées par ce texte non en ce qu'elle leur permet de conclure de tels contrats mais bien pour leur offrir la possibilité d'apporter leur participation aux services de l'Etat. Certains articles du Code général des collectivités territoriales prévoyant également qu'un immeuble appartenant à une collectivité territoriale pouvait faire l'objet d'un bail emphytéotique administratif lorsqu'était en cause une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie[253]. La loi du 9 septembre 2002[254] d'orientation et de programmation pour la justice allant dans le même sens plus précisément pour la construction d'établissements pénitentiaires. L'ordonnance du 4 septembre 2003[255] va étendre le principe décrit précédemment aux établissements publics de santé, leur permettant ainsi, pour satisfaire à leurs besoins et par dérogation à la loi MOP, de conclure un contrat global ainsi qu'un bail emphytéotique avec option d'achat.

---

[249] P. Delvolvé, « Sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmations et infléchissements », BJDCP, 2002, p.418.

[250] Réalisation délicate jusque là, notamment en raison du fait que, face à de faibles capacités de mobilisation financière, la concession ne pouvait être envisagée en raison de l'absence d'usagers payant une redevance.

[251] Loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure dite « LOPSI », préc.

[252] Art 3. I, loi LOPSI préc.

[253] CGCT., Art. L1311-2 et L.1311-4-1, articles modifiés depuis, les dispositions en cause n'étant que temporaires et durant jusqu'à la fin de l'année 2007 ; V. notamment, Ord. n°2006-460 du 21 avril 2006, art. 3 JORF 22 avril 2006 en vigueur le 1er juillet 2006.

[254] Préc.

[255] Ord. n° 2003-850 du 4 septembre 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* ; V. Art L. 6148-1 à L. 6148-6 du Code de la santé publique.

Cette particularité va se retrouver jusque dans les modes de passation des contrats de partenariat sectoriels puisque les baux emphytéotiques pouvant être passés par les collectivités territoriales en vue de satisfaire ou de participer à la satisfaction des besoins des services régaliens de l'Etat concernés ne sont, à aucun moment, visés par une disposition procédurale particulière. Ce contrat se limitera alors à être un marché public au sens du droit communautaire, et en particulier de la directive 2004/18[256] dite « marchés publics », lorsque le contrat concerne un ouvrage commandé par un pouvoir adjudicateur.

La position du juge, constitutionnel comme administratif, sur les partenariats sectoriels ne va pas rassurer les acteurs, notamment locaux, et l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004 marquera certes un tournant mais va rester une occasion manquée en raison des difficultés d'approche existantes autour de ce nouvel outil, le reléguant au statut de « contrat d'Etat » puisque ce dernier sera quasiment le seul à en faire usage dans un premier temps. Certains auteurs verront dans ce contrat un outil permettant de « *réformer l'Etat* »[257] puisque touchant au fonctionnement même de ce dernier. En effet, ce contrat de partenariat public-privé, dans sa version originelle notamment, est vu comme un nouveau moyen de gérer l'action administrative de l'Etat, précisément dans les secteurs régaliens et sociaux. Cette analyse peut paraître réductrice, précisément car elle semble influencée par le précédent des PPP « sectoriels » et peut paraître abusive au regard de la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008. Pour autant, dans cette période précise des années 2002 à 2004, soutenir que « *Le PPP sous toutes ses formes sera,* […]*, le vecteur principal de la réforme de l'Etat* »[258] ne semble pas chose incohérente et peut avoir pour conséquence de donner à ces contrats une exclusivité au bénéfice de l'Etat qui n'est pour autant pas justifiée à la lecture des textes.

B. Les premières difficultés d'approche du contrat de partenariat issu de l'ordonnance du 17 juin 2004

Les partenariats sectoriels comme le contrat partenariat ont eu principalement l'image d'un moyen de financement plus que de réel outil juridique, faisant parfois leur succès et engendrant également certaines craintes. Bien qu'il fut essentiellement question de dépasser, nous l'avons dit, les blocages inhérents aux autres contrats, les premiers moments de vie de

[256] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

[257] P. Lignières, « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat », in Mélanges Guibal, Tome 1, p. 575 et s.

[258] P. Lignières, « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat », préc.

ces contrats n'ont pas connu une popularité et une utilisation importantes. Le juge constitutionnel ne sera pas spécialement rassurant en la matière puisqu'il limitera le recours aux contrats de partenariat, notamment en émettant des réserves d'interprétation sur la loi d'habilitation[259]. Au delà de ces considérations jurisprudentielles et doctrinales, les acteurs locaux ont fait preuve de prudence, certains diront de « sagesse », à l'endroit de ces contrats, tant d'un point de vue juridique que financier. Ceci s'expliquant notamment par le fait qu'il apparaît plus rassurant de continuer à procéder par le biais de techniques connus et maîtrisées telles que les marchés publics et autres délégations de service public par exemple. Ce timide succès s'explique également par les nombreuses incertitudes planant autour des conditions légales à satisfaire afin de pouvoir recourir à ces contrats. D'autant qu'il peut être soutenu, comme certains auteurs l'ont fait[260], qu'une simple modification des dispositions existantes concernant les baux emphytéotiques administratifs, les autorisations d'occupation temporaire et le Code des marchés publics aurait suffit, notamment en ce que l'argument traditionnel présentant une telle réforme de la commande publique par la volonté de combler un vide juridique ne semble pas justifié[261].

De plus, l'utilisation d'un tel contrat passe par la satisfaction, nous l'avons dit, de conditions exigeantes et nombreuses au risque de faire planer un important risque de contentieux. Le risque de contentieux, du moins son ombre, apparaissant pendant l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004, le Conseil d'Etat étant saisi d'un recours avant même sa ratification[262]. Ainsi l'image du caractère exceptionnel de cette procédure dérogatoire du droit commun de la commande publique sera confortée, en particulier par le recours au dialogue compétitif par dérogation à l'appel d'offres et l'utilisation de critères d'attribution différents de ceux définis au sein de l'ordonnance etc. Ces exemples n'étant qu'un échantillon de l'ensemble des points, pourtant non négligeables, que ce premier essai sur les contrats de partenariat que constitue cette ordonnance, n'a pas réglé. Difficile alors pour des collectivités territoriales de taille moyenne, fatalement moins prêtes que leurs grandes sœurs[263], d'envisager

---

[259] Cons. const., déc., n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; V. RFDC, 2003, p.772, commentaire Fatôme et Richer.

[260] V. notamment N. Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., déc. 2004, p.8 et s. ; Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé, étude historique et critique », BJCP, 2004, p. 331 ; A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée », AJDA 2004, p. 1737.

[261] P. Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI, nov. 2003, p.481 et s.

[262] CE 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, rec. 392 ; AJDA 2004, p. 2384, crhon C.Landais et F. Lenica) ; RFDA 2004, p. 1103, concl. Casas.

[263] Il apparaît que l'utilisation du contrat de partenariat public-privé ne sera pas appréhendé de la même façon dans une commune de 20 000 habitants avec des services moins fournis, notamment en personnel ainsi qu'en expertise, que dans un conseil régional ou dans une grande ville par exemple.

l'utilisation de ces contrats globaux tant du point de vue de leur objectif et de leurs objets que, notamment et en particulier, de leur appréhension et utilisation.

Le juge constitutionnel a notamment eu une position très dure à l'égard des textes « *partenariaux* »[264] du début des années 2000. Le Conseil constitutionnel, dans les deux décisions qu'il a eu a rendre sur les deux textes de loi portant, d'une part programmation et orientation pour la sécurité intérieure, et, d'autre part programmation et orientation pour la justice, s'est attaché à vérifier que les dérogations opérées par les régimes ainsi mis en place ne méconnaissaient pas gravement le droit commun de la commande publique. Concernant la décision n° 2002-460 DC rendue sur le projet de loi dit « LOPSI », le Conseil a jugé que : « *Considérant, en l'espèce, que les dispositions critiquées ont pour objet de faciliter et d'accélérer la construction des immeubles affectés à la gendarmerie nationale et à la police nationale en permettant à l'Etat de confier à un même titulaire les missions de conception, de construction, d'aménagement, de maintenance et d'entretien ; que ces dispositions ne portent pas atteinte, par elles−mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'au demeurant, le I de l'article 3 de la loi déférée prévoit la possibilité, pour les petites et moyennes entreprises, de se grouper pour présenter une offre commune ; qu'il n'écarte pas la faculté pour l'Etat, maître d'ouvrage, d'allotir le marché ; que, ne privant pas le titulaire du marché du droit de recourir à la sous−traitance, il permet aux petites et moyennes entreprises d'accéder par cette voie à la commande publique* »[265]. De la même façon, il juge, concernant le projet de loi de programmation et d'orientation pour la justice, que : « *Considérant que les dispositions critiquées, qui ont pour objet de faciliter et d'accélérer la construction des établissements pénitentiaires, ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'au demeurant, l'article 3 de la loi déférée prévoit la possibilité, pour les petites et moyennes entreprises, de se grouper pour présenter une offre commune ; qu'il n'écarte pas la faculté pour l'Etat, maître d'ouvrage, d'allotir le marché ; que, ne privant pas le titulaire du marché du droit de recourir à la sous-traitance, il permet aux petites et moyennes entreprises d'accéder par cette voie à la commande publique* »[266]. Cette méfiance vis-à-vis de ces textes permettant de déroger aux principes traditionnels de la commande publique va ainsi pousser le Conseil constitutionnel à

[264] A savoir la loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ; V. Cons. const., 22 août 2002, n° 2002-460 DC, Rec. Cons. const., 2002, p. 198, AJDA, 2002 p. 1059, note J-Y Chérot et J. Trémeau ; V. Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, Rec Cons. const., 2002, P. 204, BJCP, 2002, n°25, p. 418, comm. P. Delvolvé.

[265] Cons. const., 22 août 2002, n° 2002-460 DC préc.

[266] Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC préc.

vérifier que ces dispositions nouvelles ne le méconnaissent pas, mettant ainsi en avant la volonté de ne pas permettre un recours trop large aux contrats de partenariat, ne souhaitant probablement pas que ces derniers deviennent une norme au lieu de rester au rang d'exception. Cela se retrouvera également dans la décision rendue concernant la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit [267] que « *la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* ». Dès lors, le juge limite le recours aux contrats de partenariat à la satisfaction des critères d'urgence et de complexité ; critères qui vont être repris par l'ordonnance du 17 juin 2004 afin de définir la notion d'intérêt général justifiant et autorisant l'utilisation de ces contrats.

De façon plus pratique, il ne faut pas ignorer que ces contrats de grande envergure ont laissé le sentiment de n'être réservés qu'aux grands groupes de travaux publics. Bien que cela ne justifie en aucun cas la mise sous embargo de ces contrats à l'échelon local, la crainte que l'ensemble des petites entreprises d'un département soient mises à l'écart a participé à ce que les autorités locales prennent le temps d'observer et d'apprendre à connaître ce nouvel outil.

D'autant que l'ordonnance du 17 juin 2004 n'a pas apporté de réponses à certains points d'ombre, faisant ainsi planer un véritable « *risque* »[268] dans l'utilisation du contrat de partenariat. Nous pouvons penser, par exemple, à l'imprécision de la notion de partage des risques, au risque même de l'utilisation de ce contrat tant dans la satisfaction de ses conditions de recours que de sa passation[269]. A ce stade de sa vie, le contrat de partenariat se présente comme un véritable « *défi* »[270], une chose prometteuse mais entourée de trop d'incertitudes pour que les acteurs publics en fassent une utilisation accrue.

C'est au final un dispositif extrêmement lourd qui semble voué à n'être utilisé que pour de grandes opérations nécessitant la mobilisation d'importants moyens financiers afin de justifier l'emploi de ce procédé encore trop complexe. Ainsi cette première version du contrat de partenariat semble être clairement destinée, dans la lignée des partenariats sectoriels, à

---

[267] Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, notam. consid. 18 ; Rec. Cons. const., 2003, p.382.

[268] V. Dossier spécial, « Une nouvelle forme de contrat : le partenariat », CP-ACCP, n°36, sept. 2004, p. 23 et s.

[269] V. T. Dal Farra, « Risque juridique et contrats de partenariats », CP-ACCP, n°36, sept. 2004, p. 31 et s ; X. Matharan et P. Pintat, « Les risques et leurs garanties dans les contrats de partenariat », CP-ACCP, n°36, sept. 2004, p. 39 et s.

[270] Préc.

l'usage exclusif de l'Etat ou des très grosses collectivités territoriales. D'autant que le contexte dans lequel ces contrats sont apparus ne se prêtait pas spécifiquement à l'arrivée d'un outil supplémentaire. Dans un environnement de la commande publique déjà bien fourni, était-il pertinent d'ajouter une couche que nous pourrions qualifier, pour une reprendre une expression visant généralement l'administration, de « millefeuilles ». La doctrine a d'ailleurs jugé assez sévèrement cette nouvelle arrivée, y voyant quelque chose de superflu, notamment en raison des objectifs poursuivis par le législateur[271]. Effectivement, le législateur n'ayant pas fait le choix de définir un cadre général aux contrats de partenariat, il l'a laissé coexister avec les partenariats sectoriels notamment[272]. De fait, cette situation apparaissant comme transitoire, du moins comme amenée à évoluer, les acteurs les plus frileux ont pris le temps d'aller observer ailleurs le déroulement et l'utilisation de ces contrats, une prudence qui va, entre autres, motiver le législateur à réformer le contrat de partenariat public-privé lors de l'adoption de la loi du 28 juillet 2008.

C. La relance des contrats de partenariat public-privé par la loi du 28 juillet 2008

Quatre années de pratique ont fini de mettre en avant les imperfections d'un système pourtant ambitieux. Face à ce constat, une nouvelle intervention législative fut nécessaire afin de relancer les contrats de partenariat public-privé. Ainsi la loi du 28 juillet 2008[273] a modernisé et développé cet instrument de la commande publique. Des précisions ont ainsi été apportées sur la définition même du contrat de partenariat public-privé en apportant quelques éclaircissements sur son objet dans la lignée de la circulaire ministérielle du 29 novembre 2005[274]. La globalité de l'opération est ainsi réaffirmée puisque des doutes persistaient sur la question de la place des prestations autres que celles propres à une opération immobilière et à son financement. L'objet du contrat reste ainsi « *ouvert* »[275] puisqu'il est largement admis que des missions complémentaires peuvent être intégrées dans ce contrat, il est notamment question des prestations d'entretien ou de maintenance par exemple.

---

[271] P. Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI, nov. 2003, p.481 et s. ; A.Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée », AJDA 2004, p. 1737 ; N.Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., déc. 2004, p.8.

[272] A.Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée », AJDA 2004, p. 1737, préc.

[273] Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, préc.

[274] Cir. min. 29 nov. 2005, NOR : ECOZ0500081C, JO 15 déc.

[275] R. Passerieux, « Le contrat de partenariat après la loi nouvelle : définitions et conditions », R.L.C.T, n°39, oct. 2008, p.55 et s.

L'objectif principal de ce texte reste pourtant de casser les chaines posées par le Conseil constitutionnel quatre ans plus tôt à l'endroit des conditions permettant le recours à ces contrats de partenariat. Ainsi l'essentiel de la réforme consistait en un élargissement des conditions de recours au contrat de partenariat. Le juge constitutionnel avait précisé en 2003 que seuls des motifs d'intérêt général tels que la complexité ou l'urgence seraient de nature à autoriser l'utilisation de contrats globaux[276]. Dans sa décision du 24 juillet 2008[277], le juge a reconnu l'élargissement de ces conditions en admettant que le critère du « bilan avantageux » puisse permettre de conclure un contrat de partenariat. Cette formule faisant immédiatement penser à la théorie du « *bilan coût / avantage* »[278] que nous retrouvons en matière d'expropriation, procédé sur lequel le juge administratif peut effectuer un contrôle s'apparentant d'ailleurs à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation[279]. Il reste d'ailleurs particulièrement vigilant sur l'utilisation de ces critères dont la subjectivité peut parfois être la cause d'un effet boomerang pour la personne publique[280], le Conseil constitutionnel exigeant une analyse approfondie dans l'élaboration de ce bilan, notamment au regard de l'objectif de bon emploi des deniers publics. La validation de cette nouvelle condition de recours a d'ailleurs donné tort à certains auteurs qui avaient des doutes[281] quant à la compatibilité de ce dispositif avec la jurisprudence constitutionnelle[282]. Les sages ont néanmoins censuré la présomption d'urgence prévue initialement dans le projet de loi au motif « *qu'en présumant satisfaite la condition d'urgence sous la seule réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable, les dispositions contestées du III des articles 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales ont pour effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence ; que, dès lors, elles privent de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* »[283].

---

[276] Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, préc.

[277] Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008 ; JO, 29 juillet 2008, p. 12151 ; Rec. Cons. const., p. 341, ECLI:FR:CC:2008:2008.567.DC

[278] C.E., 28 mai 1971, Ville nouvelle Est, req. n°78825, Rec. CE, P. 409, R.D.P., 1972, p. 454, note M. Waline.

[279] V. J-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby, P. Terneyre, Droit administratif des biens, Dalloz (précis), 6ème édition, 2011.

[280] TA Orléans, 29 avr. 2008, *SNSO c/ Conseil général Loiret*, BJCP 2008, P. 199, concl. Borot, V. F. Cazaban, CP-ACCP, juill.-août 2008, n°79, p. 77.

[281] Concernant les doutes de compatibilité du « bilan avantageux », V. F. Lichère, « Le projet de loi sur les contrats de partenariat : vers l'extension et la clarification du contrat de partenariat public-privé ? », AJDA., 28 janvier 2008, p. 123.

[282] Cons.const. 26 juin 2003, préc..

[283] L'article 2 de la loi du 28 juillet 2008 devant modifier le III de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 en ces termes : « *Jusqu'au 31 décembre 2012, sont réputés présenter le caractère d'urgence mentionné au 2° du II, sous réserve que les*

La réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008 ne se limite pas simplement à faire sauter les verrous posés par le juge constitutionnel lors de l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004. De véritables nouveautés sont nées de l'adoption de ce texte sans pour autant bouleverser la nature du dispositif existant. Nous pouvons noter néanmoins que l'évaluation préalable est enrichie en ce qu'elle doit prendre en considération des éléments relatifs au développement durable par exemple. Afin d'ouvrir véritablement l'utilisation de ces contrats, ce texte prévoit également la possibilité pour plusieurs collectivités territoriales de se regrouper et de désigner l'une d'entre elles comme « chef de file »[284] afin que la procédure de passation ne connaisse qu'une voix[285] sans qu'une quelconque tutelle soit établie. Les critères de choix des offres déposées par les candidats constituent également une nouveauté, nous l'avons dit l'évaluation préalable doit déjà faire figurer le critère de la performance, en particulier en matière de « *développement durable* »[286], qui deviendra ensuite un élément de choix des candidatures. De la même façon, bien que la chose soit plus discutable tant du point

---

résultats de l'évaluation prévue au I ne soient pas défavorables, les projets répondant : « 1° Aux besoins de l'enseignement supérieur et de la recherche, conduisant à l'amélioration de la qualité de la recherche et des conditions d'étude et de vie étudiante ; « 2° Aux besoins de l'enseignement français à l'étranger et qui conduisent à répondre aux demandes de scolarisation des élèves français et étrangers ou à améliorer leurs conditions d'étude ; « 3° Aux besoins précisés à l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure et à l'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ; « 4° Aux nécessités de la mise en place des nouvelles technologies répondant aux besoins de la police et de la gendarmerie nationales ; « 5° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ; « 6° Aux opérations nécessaires aux besoins de la santé mentionnées à l'article L. 6148-2 du code de la santé publique ; « 7° Aux besoins relatifs aux infrastructures de transport, ainsi qu'à leurs ouvrages et équipements annexes, s'inscrivant dans un projet de développement durable, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite, à l'amélioration de l'efficacité énergétique et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics » et l'article 19 de la même loi modifier l'article L. 1414- 2 du CGCT ainsi : « Jusqu'au 31 décembre 2012, sont réputés présenter le caractère d'urgence mentionné au 2° du II, sous réserve que les résultats de l'évaluation prévue au I ne soient pas défavorables, les projets répondant : « 1° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ; « 2° Aux besoins des infrastructures de transport, ainsi qu'à leurs ouvrages et équipements annexes, s'inscrivant dans un projet de développement durable, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite, à l'amélioration de l'efficacité énergétique et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics ; « 3° Aux besoins de l'enseignement et qui conduisent à l'amélioration des conditions d'enseignement et d'accueil des élèves dans les collèges et lycées et des étudiants dans les universités » ; Cons. const., n° 2008-567 DC, 24 juill. 2008, notam. consid. 14 ; V. P. Soler-Couteaux, « Le contrat de partenariat devant le Conseil constitutionnel », Contrats et marchés publ., août-sept., 2008, n°8, p.1 ; F.Brenet, « Les contrats de partenariat devant le Conseil constitutionnel », CP-ACCP., oct. 2008, n°81, p.12 ; BJCP., n°60, p.310, note P. Terneyre.

[284] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, préc., art. 1er : « *Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme* ».

[285] Art. L. 1414-3, III, CGCT : « *lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation* ».

[286] CGCT, Art. L. 1414-9, I al.3 : « *Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. On entend par coût global de l'offre la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, les prestations de services prévus sur la durée du contrat* ».

de vue du droit communautaire que du droit interne[287], la place des Petites et Moyennes Entreprises (PME) (afin de favoriser, voire de soutenir, l'économie locale) a été prise en compte afin de lever les critiques tenant principalement en leur exclusion du fait que la globalité de l'opération rendait difficile leur participation à des projets de grande ampleur. Les collectivités doivent maintenant prendre en compte que « *la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* »[288].

Ce souci d'ouverture des contrats de partenariat prend en compte de nouvelles catégories de personnes pouvant y avoir recours, en effet il est désormais possible pour les « *organismes de droit privé ou de droit public mentionnés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale* » de passer des contrats de partenariat tout en respectant les dispositions propres à l'Etat. De la même manière, un certain nombre de pouvoir adjudicateurs et d'entités adjudicatrices se voient ouvrir la possibilité de recourir aux contrats de partenariat[289].

Cela participe au renforcement des contrats de partenariat public-privé à partir de ce milieu d'année 2008. Le régime juridique des contrats de PPP devenant plus intéressant pour les pouvoirs adjudicateurs en ce qu'il introduit des avantages fiscaux et financiers tant pour les acteurs publics que privés[290], la possibilité de bénéficier de recettes annexes (par le biais de baux de droit privé sur le domaine privé de la personne publique notamment) ou l'éligibilité au Fonds de compensation de la TVA (FCTVA) de baux emphytéotiques administratifs passés par les collectivités. Ces simplifications que constituent la possibilité pour plusieurs personnes publiques de contracter ensemble un contrat de partenariat, le fait que le titulaire du contrat puisse percevoir les paiements de l'usager final pour le compte de la personne publique ou encore la création d'un lien entre performance et rémunération ont vocation à renforcer l'attractivité de ces contrats.

La loi du 28 juillet 2008, après les corrections apportées par la décision du Conseil constitutionnel démocratise l'utilisation des contrats de partenariat puisque les limites fixées par le juge constitutionnel sont de nature à permettre une évolution importante du régime juridique, fiscal et pratique de ces contrats. Cette réforme a eu un impact important dans la vie

---

[287] CE, 9 juill. 2007, n°297711, *Syndicat EGF-BTP et autres*, BJCP, n°54, p. 366, concl. N. Boulouis.

[288] CGCT, Art. L 1414-9, I, al. 3, préc.

[289] F. Lichère, « La réforme des partenariats public-privé », Contrats et marchés publ., oct. 2008, p. 9, Voir sur ce point, « Les contrats des entités adjudicatrices », CP-ACCP, mai 2011, dossier spécial, p25 et s.

[290] L. Levoyer, « Le plan de relance et les nouvelles conditions de financement des PPP », JCP. éd. entreprises et aff., 2 juill. 2009, n° 27, p.39 et s. ; S. Braconnier, R. Noguellou, L. Levoyer, « Les contrats publics et la crise », RDI, dossier spécial, mai 2009, n°5, p. 272 et s., F. Bergère, « Financement ajustable des contrats de partenariat : portée et mode d'emploi », CP-ACCP, n°89, juin 2009, p.57 et s.

du contrat de partenariat sans pour autant en combler tous les défauts en étant, encore une fois, l'occasion manquée de procéder à la réorganisation des techniques de la commande publique. Le contrat de partenariat public-privé va s'imposer comme le contrat global de référence[291] dans la catégorie plus vaste du partenariat public-privé[292].

Un tel outil ne peut qu'apparaître prometteur car un tel dispositif ne peut que dynamiser l'action publique par le biais de l'investissement privé. Pour autant les débuts d'existence des contrats de partenariat auront été timides et laissent un sentiment partagé entre un véritable engouement à conserver à l'endroit d'une technique contractuelle devant permettre innovation et dynamisme de l'action publique. Pour autant le législateur va devoir rester vigilant au point de devoir encore une fois intervenir avec la loi n°2009-179 du 17 février 2009[293] afin d'apporter (encore une fois ?) des précisions sur la définition et le régime des contrats de partenariat (v. infra), un premier bilan semble devoir s'établir concernant les contrats de partenariat, à un moment où l'avenir semble s'ouvrir devant eux.

D. L'encadrement très strict du recours au contrat de partenariat public-privé par la loi de programmation des finances publiques

L'adoption de la loi n° 2014-653 du 29 décembre 2014[294] marque un tournant dans le recours aux contrats de PPP. En effet les dispositions adoptées durcissent littéralement les conditions de recours aux contrats de PPP.

Dans un premier temps le texte prévoit une véritable mise sous tutelle des passations réalisées par l'Etat, par ses divers organismes ainsi que par les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire. Ils se voient privés de recours aux contrats de PPP, aux AOT, BEA, BEH et au crédit-bail pour la satisfaction de leurs besoins[295]. Cependant le

---

[291] M. Gheza, « Le contrat de partenariat, état des lieux et perspectives », LPA, 2002, n°172, p.3 ; « Loi du 28 juillet 2008, quelle modernisation des PPP », CP-ACCP, 2002, n°81, ; F.Linditch, « Premier regard sur la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 »relative aux contrats de partenariat », JCP.A, 2008, n°2193, p.17 ; E.Delacour, « Réforme des PPP, enfin ! », Contrats et marchés publ., 2008, étude 6 ; F.Lichère, « La réforme des partenariats public-privé », Contrats et marchés publ., étude 9.

[292] Catégorie englobant, à notre sens, de manière générale les relations entre personne publique et partenaire privée basées sur une convention complexe.

[293] L. n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés ; JORF n°0041 du 18 février 2009 page 2841 texte n° 1.

[294] L. n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, JO n°0301 du 30 décembre 2014, p. 22786, texte n° 1.

[295] L. n° 2014-1653 préc., Art. 34-I : « *Nonobstant toute disposition contraire des textes qui leur sont applicables, les organismes, autres que l'Etat, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales et dont la liste est établie par l'arrêté mentionné au I de l'article 12 de la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014, ainsi que les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées*

recours au contrat de PPP n'est en réalité pas absolument fermé puisque l'article 34-II de ladite loi prévoit que l'Etat puisse passer, sous réserve du respect de certains critères, de tels contrats pour le compte des organismes précités en disposant que « *l' Etat peut conclure, pour le compte d'une personne publique mentionnée au I, un des contrats mentionnés aux 1° et 2° du même I sous réserve que : 1° Le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet ; 2° L'opération soit soutenable au regard de ses conséquences sur les finances publiques et sur la situation financière de la personne publique* »[296]. La loi précisant dans ses annexes que « *la LPFP prévoit de procéder à une sécurisation du recours aux contrats de PPP. La LPFP pose ainsi un principe d'interdiction de la conclusion directe d'un de ces contrats. Si un recours aux PPP dans ces établissements reste possible, il implique que ceux-ci aient recours à l'expertise de leur ministère de tutelle pour l'instruction des dossiers et la signature des contrats, afin de centraliser l'expertise relative à ce type de contrat dans un pôle unique et d'éviter ainsi la dispersion du savoir-faire* »[297]. Le principe d'une validation au stade de l'évaluation préalable par le Ministère de tutelle apparaît à la fois comme une volonté de sécurisation des procédures de passation tant sur la forme que sur le fond afin que soit objectivement évaluée la pertinence du recours à un tel contrat, notamment au regard des enjeux financiers que cela représente.

La même démarche se retrouve à l'endroit des collectivités territoriales. Le III de l'article 34 modifie l'article L. 1414-2-1 du Code général des collectivités territoriales qui dispose dorénavant que « *lorsqu'elles concluent un contrat de partenariat, au sens de l'article L. 1414-1, les collectivités territoriales et leurs établissements publics produisent, pour les projets dont l'avis d'appel public à la concurrence a été publié après le 1er janvier 2016, une évaluation préalable, au sens de l'article L. 1414-2, et la transmettent aux services de l'Etat compétents. Les services de l'Etat compétents produisent un avis sur l'évaluation préalable du projet et une analyse de l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances de la collectivité concernée* »[298]. Là encore cette modification se trouve justifiée par la volonté de procéder à « *une sécurisation du recours aux PPP des collectivités locales : une procédure*

---

de la personnalité morale publique ne peuvent conclure les contrats suivants : 1° Les contrats de partenariat, au sens de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; 2° Les autorisations d'occupation temporaire, au sens de l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques, les baux emphytéotiques administratifs, au sens de l'article L. 2341-1 du même code, les baux emphytéotiques hospitaliers, au sens de l'article L. 6148-2 du code de la santé publique ou les contrats de crédit-bail, au sens des articles L. 313-7 à L. 313-11 du code monétaire et financier, qui ont pour objet la réalisation, la modification ou la rénovation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels répondant à un besoin précisé par la collectivité publique et destinés à être mis à sa disposition ou à devenir sa propriété ».

[296] L. n° 2014-1653 préc., Art. 34-II.

[297] L. n° 2014-1653 préc., annexe III-E-2.

[298] L. 2014-1653 préc., art. 34-III.

spécifique leur permettra de recourir aux contrats de partenariat de manière sécurisée grâce à l'expertise des services de l'Etat, d'une part, sur l'évaluation préalable et, d'autre part, sur les conséquences financières du projet pour la collectivité. De manière à respecter le principe de libre administration, ces avis seront non liants mais portés à la connaissance de l'assemblée délibérante avant l'approbation du contrat »[299]. Cette évolution doit cependant respecter le principe de libre administration des collectivités territoriales et c'est en ce sens qu'est prévu une transmission obligatoire à la MAPPP dont l'avis demeure simple et non conforme. Là encore, cette rigidification pourrait être regrettée mais les exemples ne vont pas manquer pour démontrer les conséquences et les risques que peuvent représenter les contrats de PPP s'ils sont mal appréhendés, passés et exécutés.

L'objectif porté par cette loi est donc double puisqu'il a pour objectif de renforcer l'expertise des décideurs publics lors du choix de recourir à de tels contrats globaux ainsi que de préserver les finances publiques de décisions prises sans la pleine conscience de l'ensemble des enjeux et risques d'une telle démarche.

Les dernières évolutions du droit français de la commande publique n'a pas été de nature à simplifier, encore une fois, l'existant puisque le décret du 25 août 2011[300] va faire émerger des contrats « *performanciels* »[301]. De l'apparition de ce nouvel outil, nous pourrons en tout premier lieu retenir la volonté de déroger au principe d'allotissement si cher au Code des marchés publics, et ainsi confirmer l'intérêt envers les contrats globaux, tout en remarquant le maintien de l'interdiction de paiement différé. Cette (énième ?) réforme du Code des marchés publics, tout en mettant l'accent sur la performance, semble – du moins devrait – être la dernière étape précédant une refonte globale de l'ensemble de la réglementation de la commande publique.

---

[299] L. 2014-1653 préc., annexe, III-E-3.

[300] Décr. n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, JORF n°0197 du 26 août 2011, p. 14453, texte n° 17.

[301] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme permanente du droit des marchés publics : nouvel épisode », Contrats et marchés publ., n°10, oct. 2011, repère 9, p.24.

Paragraphe 2. Le contrat de REM et de CREM particulier : le contrat de performance énergétique

Les contrats globaux de performance énergétique, nouvel outil arrivant dans la « *boîte à outils* »[302] contractuelle des personnes publiques, constituent la dernière nouveauté en matière de commande publique. Prenant la forme, notamment, de marchés globaux de réalisation, exploitation et maintenance (REM) ou marchés globaux de conception, réalisation, exploitation et maintenance (CREM) peuvent apparaître comme l'avenir des contrats que passeraient les personnes publiques en vue d'obtenir de leur partenaire privé une action « performante », au delà même du strict critère énergétique. Ces nouveaux, ou plutôt derniers, contrats arrivés sur le marché constituent à la fois une avancée dans le droit de la commande publique (I) pour ne pas dire une évolution prometteuse (II) tout en semblant en être le dernier acte (III).

I. Le contrat de performance énergétique: un outil supplémentaire au sein de la commande publique

Ce nouveau contrat global est, tout d'abord, issu de l'article 5 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 portant *programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*[303]. A noter que le principe de ces contrats, à savoir des engagements de performance à l'endroit de l'amélioration de la consommation énergétique, pouvait tout à fait être intégré à un contrat de partenariat public-privé bien qu'il fallait alors que les conditions, inhérentes à leur passation, soient satisfaites. Ce type de contrat se sera autonomisé grâce au décret du 25 août 2011[304] modifiant certaines dispositions du Code des marchés publics. Ces nouveaux marchés sont donc un nouvel élément dans l'éventail de la commande publique (A) dont les caractéristiques représentent une nouvelle dérogation à la loi MOP (B). L'apparition de ce marché global pouvant être vue comme un risque de concurrence pour le contrat de partenariat et une nouvelle source d'opacité dans l'éventail contractuel existant (C).

---

[302] A. Ménéménis, préc.

[303] L. n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JORF n°0179, 5 août 2009, p. 13031, texte n° 2 ; V. notam., art 5 – I – al. 4 : *« Le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement* ».

[304] Décr. n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, JORF n°0197 du 26 août 2011, p. 14453, texte n° 17.

A. Un nouveau marché public performant

Le décret du 25 août 2011, notamment son article 20[305], créé, d'une certaine manière, une nouvelle catégorie de contrats globaux. Initialement destinés à « *l'amélioration de l'efficacité énergétique d'un bâtiment ou ensemble de bâtiments existant* »[306], l'article 73 du Code des marchés publics diversifie leur champ d'action à d'autres types de performance[307].

L'article 73 du Code des marchés publics consacre deux nouveaux types de contrats globaux : les contrats de conception, réalisation, exploitation et maintenance (CREM)[308] et de réalisation, exploitation et maintenance (REM)[309]. Ces deux nouveaux contrats globaux semblent être un outil intéressant dans la démarche, très actuelle, de diminution de la consommation énergétique. Une première lecture laisserait subsister à la fois la sensation, et donc le regret, que la notion de performance soit circonscrite au domaine énergétique. Pour autant, tant les CREM que les REM peuvent faire l'objet d'engagement visant à « *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* »[310], dès lors la notion de performance peut être abordée de façon extrêmement large, offrant une fois de plus un nouvel

---

[305] Article 20 du décret du 25 août 2011 précité introduisant une section III au chapitre V du Code des marchés publics disposant : « *Art. 73.-I. — Les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation de prestations afin de 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet. « II. — Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la réalisation de prestations afin de 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et des engagements qui constituent son objet. « Si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37. « Le régime de primes du IV de l'article 69 est applicable aux marchés définis au présent II, quel que soit leur montant estimé. « III. — Lorsque la valeur estimée des marchés mentionnés aux I et II est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26 ou lorsque ces marchés relèvent de l'article 30, ils peuvent être passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28. « Lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, ces marchés sont passés selon une des procédures prévues au I de cet article. Lorsqu'ils comprennent la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, les marchés mentionnés au II sont passés selon les règles prévues aux I et II de l'article 69. « IV. — Les marchés mentionnés aux I et II fixent le prix de l'ensemble des prestations et les modalités de rémunération du titulaire. La rémunération de l'exploitation et de la maintenance est liée à l'atteinte de performances mesurées fixées dans le marché pour toute sa durée d'exécution. Les modalités de rémunération se conforment aux dispositions des deux dernières phrases de l'article 10 et de l'article 96 du présent code. « Ces marchés prévoient, parmi les critères de choix des offres, le critère de coût global de l'offre ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus aux I et II, définis en fonction de l'objet du marché.* »

[306] V. Guide de performance énergétique, juill. 2010, Commissariat général au développement durable.

[307] Voir notamment à ce sujet, S. Braconnier, Précis de droit des marchés publics, Le Moniteur, 2012, 4ème éd.

[308] Art. 73-II, CMP.

[309] Art 73-I, CMP.

[310] Art 73- I, CMP.

outil voire une nouvelle marge de manœuvre dans l'externalisation d'un certain nombre de ses actions.

Les contrats globaux de performance énergétique sont donc des contrats, pouvant être passés indifféremment par des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, visant à confier au cocontractant la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'ouvrages avec un objectif de performance pouvant porter soit sur la consommation énergétique (restant ainsi dans l'objectif premier de la réforme portée par le Grenelle de l'environnement et par le décret du 25 août 2011) soit sur tout autre élément étant de nature à améliorer le fonctionnement du service lié à l'ouvrage par exemple. A l'opposé des contrats de partenariat, la rémunération du cocontractant ne pourra pas être différée, elle sera fonction de la satisfaction des objectifs de performance fixés avec le cocontractant. Cette logique « performantielle » justifie alors que la rémunération des opérations de conception-réalisation soit séparée de celle des opérations d'exploitation ou de maintenance[311]. Les premières prestations ne pouvant avoir qu'un coût relativement fixe alors que les secondes seront fatalement conditionnées par l'atteinte du résultat. Par voie de conséquence, ces contrats s'inscrivent dans la catégorie des contrats de longue durée, notamment en raison du temps nécessaire à la mesure et au constat de l'atteinte de l'objectif de performance fixé avec le cocontractant à la signature du contrat. Pour autant, leur qualification de marché public ne peut pas justifier une trop longue durée d'exécution puisque restant soumis à l'article 16 du Code des marchés publics qui encadre la durée du marché public en mettant en balance la « nature des prestations » et la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Ce principe de périodicité de la remise en concurrence se justifie assez facilement pour un marché dont l'objet serait simple. Il est question, ici, précisément d'un contrat global dont le double objet le rend plus complexe qu'un simple marché public d'achat de fournitures de bureau. Dès-lors, la logique et la doctrine s'accordent à admettre que si les objectifs de performance fixés l'imposent, la durée d'un contrat global de performance énergétique puisse dépasser les limites de durée fixée par exemple – dans le cadre de l'exploitation de chauffage ou de climatisation – par l'article L. 241-3 du Code de l'énergie[312]. Il faudra que la personne publique, au cas par cas, soit extrêmement vigilante dans la détermination de la durée des marchés de performance qu'elle passera afin de ne pas se laisser tenter par des durées

[311] F. Tenaillau, « Contrats globaux de performance énergétique », Jcl, éd. Contrats et Marchés publ. fasc. 650.
[312] V. T. Laffargue et A. Barbey, « CREM et REM : des marchés à durée limitée », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 33.

comparables à celles des contrats de partenariat (qui se justifient quant à elles par la durée d'amortissement d'investissements très importants).

En étant des marchés publics de longue durée confiant à un cocontractant privé une mission globale et complexe, dont la rémunération est notamment conditionnée à l'attente d'un engagement de résultat, ces contrats constituent ainsi une dérogation (de plus ?) à la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 portant sur la Maîtrise d'Ouvrage Publique.

B. Une nouvelle dérogation à la loi MOP

La séparation entre les fonctions de maîtrise d'œuvre et celles d'entrepreneur de travaux consacrée par la loi dite MOP aurait du être le principal obstacle à l'avènement de ces contrats globaux de performance[313]. Rappelons, par exemple, que le recours à un marché conception-réalisation doit se justifier[314] par des motifs d'ordre technique notamment rendant inévitable l'engagement de l'entrepreneur dans la conception de l'ouvrage. Ceci étant scrupuleusement surveillé et encadré par le juge[315]. Après les différentes lois du début des années 2000, permettant la réalisation d'opérations globales sectorielles (lois LOPSI, LOPJ notamment) et l'ordonnance du 17 juin 2004, les lois Grenelle I et II ainsi que le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 ont autorisé le recours à un marché global dérogeant à la loi MOP tout en encadrant le fait que cela ne puisse être justifié que lorsqu'il est question d'associer les opérations décrites (conception, réalisation, exploitation ou maintenance d'une part, réalisation, exploitation ou maintenance d'autre part) en vue de satisfaire la poursuite d'objectifs de performance. Cette dérogation reste parfaitement encadrée, n'étant donc pas de nature à jeter un peu plus le trouble dans le flou régnant au sein du droit de la commande publique. L'article 73[316] du Code des marchés publics précisant également que l'association de

---

[313] M.-A. Petiot et P. Terneyre, « Le nouveau marché public pour la réalisation des prestations globales et complexes de performances énergétiques », AJDA 2012, p. 412 ; V. Dossier spécial, « Marchés de REM/CREM : vers une globalisation des marchés publics ? », CP-ACCP, n°126, nov. 2012 ; V. notam., B. Louis, « Contrats globaux et allotissement » ; C. Romon, « Les marchés de CREM au regard de la loi MOP ».

[314] CMP., Art. 37 al. 2 : « *Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* ».

[315] CE. 28 déc. 2011, Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, n° 221649.

[316] Pour les contrats de REM, V. CMP., art. 73-I : « *Les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation de prestations afin de 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet* ». Pour les marchés de CREM, V. CMP., art 73-II al. 1: « *Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité*

l'entrepreneur à la mission de conception ne peut être faite que pour la réalisation d'engagements de performance portant sur des bâtiments existants ainsi que pour des motifs permettant traditionnellement le recours aux marchés de conception-réalisation[317] de l'article 37 du Code des marchés publics. Le juge reste extrêmement vigilant sur la légalité de ces marchés, admettant, par exemple, ainsi la régularité d'un marché de maintenance et d'exploitation des installations de chauffage et climatisation du musée du Louvre[318] (et ce avant même les modifications apportées par le décret du 25 août 2011) ou encore celle d'un contrat global dans lequel l'objectif de performance est défini pour plusieurs motifs[319].

Néanmoins, dans le cadre où la mission ne relèverait pas de la loi MOP, la personne publique maître d'ouvrage peut tout à fait la confier à un cocontractant privé par le biais d'un contrat global de performance énergétique et ceci même si cela concerne la réalisation d'un ouvrage neuf. Toutefois, dès-lors que des travaux relèveraient de la loi MOP, la personne publique peut confier la conception et la réalisation de travaux à un même cocontractant, il faudra alors qu'il soit question d'améliorer la performance énergétique d'un bâtiment existant et que le cocontractant soit nécessairement un « *groupement de personnes de droit privé* »[320].

Malgré cette dérogation portant essentiellement sur le principe d'allotissement, ces contrats globaux de performance restent encadrés notamment sur la question de la rémunération du cocontractant. Cette interdiction, héritée des METP, est maintenue dans le cas de ces contrats. Ce qui peut être regretté puisque cela encouragera probablement les acteurs publics à se tourner vers les contrats de partenariat public-privé pouvant permettre d'atteindre le même résultat en terme de satisfaction d'objectifs de performance tout en profitant du pré-financement du cocontractant privé[321].

énergétique ou d'incidence écologique. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et des engagements qui constituent son objet » et art. 73-II al. 2 : « *Si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37* ».

[317] V. CMP, art 73-II al.2, préc.

[318] TA Paris, 2 juillet 2010, *Sté Cegelec Paris*, req. n°08-12756.

[319] TA Paris ord. 22 mars 2010, *Sté Idex Energies*, req. 10-03599.

[320] V. M-A Petiot et P. Terneyre, préc. ; V. également, C.Laroche, « La passation des marchés de REM et de CREM », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 40 ; Pour une étude approfondie de la question, voir le dossier spécial, CP-ACCP, nov.2012 préc.

[321] K. Ben Kheli et F.Tenaillau, « Contrats globaux de performance ou contrat de partenariat ? », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 48.

C. Un risque de concurrence avec les contrats de partenariat

Ces marchés de CREM de REM s'inscrivent dans la lignée des contrats globaux créés depuis les premières lois LOPSI et LOPJ notamment de 2002 ainsi que depuis l'ordonnance du 17 juin 2004 ayant consacré les contrats de partenariat public-privé. Malgré cela, ces nouveaux contrats demeurent plus encadrés que les autres types de contrats globaux, en particulier pour la bonne et simple raison que ce sont, d'une certaine manière, des marchés publics. Ainsi, contrairement aux contrats de partenariat, l'interdiction de paiement différée[322] est maintenue et ces contrats de CREM-REM ne pourront y déroger, bien que le critère de performance permettra de moduler les paiements ; néanmoins aucun préfinancement privé ne pourra être assuré par le biais de ces contrats de performance, le différenciant nettement des contrats de partenariat dont ils auraient pu être vus comme des versions simplifiées. La rémunération pourra donc être fonction des performances réalisées par le cocontractant et surtout fonction de la satisfaction des performances prévues dans le contrat. Ainsi, il ne faut pas voir dans ces contrats le retour déguisé des fameux Marchés d'Entreprise de Travaux Publics (METP). Pour autant, bien que l'interdiction de paiement différée soit bien maintenue pour les marchés de CREM-REM, à regrets selon certains auteurs[323] – point de vue auquel nous ne pouvons qu'agréer – qui y voient encore la survie de méthodes archaïques et déconnectées de la réalité de l'action publique actuelle. Le rapport Ortega lui même précisait que « *la sanction de la sous performance serait pourtant substantiellement simplifiée avec un paiement différé : à la fin de la période de mise en service définie dans le marché, si la performance attendue fait défaut en raison de l'exploitation et de la maintenance, on pourrait aisément en déduire la pénalité – par compensation – du montant correspondant à la rémunération de la partie exploitation-maintenance de la période considérée et éventuellement de la partie travaux et fournitures* ». « *La prohibition du paiement différé suscitera donc, selon toute vraisemblance, la demande par l'acheteur public de la remise par le titulaire d'une garantie financière destinée à sécuriser le paiement des sommes qui pourraient être dues à l'acheteur du fait de la sous performance. Cette garantie rendra le marché à la fois plus complexe et plus coûteux, en particulier pour les PME, alors que la*

[322] Interdiction de paiement différée évoquée a propos des METP, V. Art 96, CMP.

[323] M-A Petiot et P. Terneyre, « Le nouveau marché public de pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques », AJDA, 5 mars 2012, p.412 et s, V. notam., p.416.

*retenue du montant de l'indemnisation sur le prix dû au titre de l'année en cours permettrait, si elle était possible de parvenir au même effe*t »[324].

Malgré ce point d'ombre concernant la rémunération du cocontractant, ce type de marché déroge de manière quasi automatique à l'article 10 du Code des marchés publics[325] et l'obligation d'allotissement qu'il impose dans la passation des marchés. Les contraintes de cet article pouvaient déjà être contournées si le pouvoir adjudicateur démontrait la nocivité de l'allotissement vis-à-vis de la concurrence ou de l'aspect moins onéreux d'une démarche globale. Les marchés de CREM-REM, alliant soit l'exploitation ou la maintenance d'une infrastructure à la conception ainsi qu'à la réalisation de travaux et/ou de fournitures (marché de CREM), soit l'exploitation ou la maintenance à la réalisation d'une installation ainsi que la réalisation de prestations de fournitures et/ou de travaux (marché de REM) ; une telle mission globale confiée à un cocontractant semble difficilement pouvoir faire l'objet d'une passation en lots séparés, ou alors au risque de voir aboutir un projet dont la cohérence ne sera fonction que du nombre de lots ayant composé la démarche. Une telle globalité de l'opération n'est cependant pas de nature à priver le cocontractant principal de sous-traitants. Conformément à l'article 10 alinéa 3 du Code des marchés publics[326], ces marchés ne dérogent pas non plus à la séparation de la rémunération, d'une part, des opérations de construction et, d'autre part, des prestations concernant l'exploitation ou la maintenance de l'ouvrage considéré.

Il est ainsi à craindre que les personnes publiques, les collectivités territoriales en particulier, face, à la fois, au développement des outils contractuels globaux et à leur similarité parfois troublante, se tournent automatiquement vers les contrats de partenariat qui apparaissent aujourd'hui être moins effrayants, du moins impressionnants, qu'à leurs débuts. Pour autant la comparaison des inconvénients et des avantages de l'utilisation de l'un ou l'autre de ces contrats ne peut être utilement appréciée de manière théorique. Ainsi, la pratique de ces contrats apportera nécessairement une réponse à cette interrogation. Car c'est bien le choix d'y recourir ou non pour les collectivités territoriales, notamment, qui permettra

---

[324] O. Ortega, « Les contrats de performance énergétique, Rapport à Madame Nathalie Kosciusko-Morizet, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement », mars 2011, p.78.

[325] CMP., art. 10 al 1 : « *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés* ».

[326] CMP., art 10 al 3 : « *Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction* ».

de construire une analyse solide sur la pertinence tant de leur existence que de leur utilisation. Il peut cependant être, encore une fois, craint que le manque de moyens des collectivités les plus modestes (qui représentent pourtant la majorité des collectivités territoriales), notamment en terme de volume de personnel que d'expertise juridique et technique, amène un résultat biaisé en raison de la mauvaise utilisation de certains contrats que de défauts intrinsèques de l'outil en lui même.

Le contrat de performance énergétique, en permettant aux pouvoirs adjudicateurs de réaliser une opération complexe contenant des engagements de performance mesurables, pourrait présenter plusieurs avantages par rapport aux contrats de partenariat public-privé. La grande différence avec ces derniers reste le maintien de l'interdiction de paiement différé, n'offrant pas la possibilité de faire supporter le financement au cocontractant privé. Pour autant cet élément ne devrait pas être un « *obstacle dirimant à leur futur succès* »[327], notamment en raison de la satisfaction qu'ils devraient apporter aux besoins des pouvoirs adjudicateurs en matière d'amélioration de performance énergétique. Ce contrat global, plus circonscrit que le contrat de PPP, bénéficie d'une image d'outil dont les potentialités de performance en conditionnent l'attrait.

II. L'avenir prometteur du contrat de performance

Ces marchés de CREM-REM particuliers présentent une certaine attractivité dans un contexte où la performance, tant énergétique que financière notamment, est de plus en plus recherchée par la personne publique (A). Pour autant, l'engouement qui peut être légitimement attendu à leur endroit rester à tempérer, notamment en raison de la concurrence entre la multitude de marchés globaux d'ores et déjà disponibles (B).

A. Un marché public attractif

Le contrat global de performance énergétique devrait souffrir de la concurrence du contrat de partenariat public-privé[328], pour autant les différences existantes entre ces deux catégories de contrats globaux permettent aux acteurs publics de ne pas utiliser le mauvais outil. En effet, le transfert de la maîtrise d'ouvrage et le préfinancement privé que nous

[327] M.-A. Petiot et P. Terneyre, « Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques », AJDA 2012, préc.

[328] D'autant que des contrats de performance énergétique pouvaient être passés, avant le décret du 25 août 2011, sous la forme de contrats de partenariat.

retrouvons dans les contrats de partenariat ne peuvent pas faire partie d'un contrat global de performance énergétique. Nous l'avons dit précédemment, le lancement des contrats de partenariat avec la l'ordonnance du 17 juin 2004 ne leur a pas permis de connaître un franc succès. Dans une logique de relance, les lois du n°2008-735 du 28 juillet 2008 ainsi que la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 (dite loi LAPCIP) vont permettre de faciliter, d'une certaine façon, le recours au contrat de partenariat[329].

Les contrats globaux de performance énergétique apparaissent donc dans un contexte de crise financière où les partenaires privés ne sont plus fatalement intéressés par un préfinancement mis à leur charge. Cela faisant d'ores et déjà émerger un premier vice du système puisque l'absence de préfinancement pourrait ne pas encourager les collectivités territoriales à utiliser cette formule, mettant en évidence que le contrat de partenariat ne serait alors qu'une manière de détourner l'endettement. Pour autant, le contrat de performance énergétique permet à la personne publique de rester propriétaire des équipements ainsi que de satisfaire à des préoccupations très actuelles que sont la préservation de l'environnement, le développement durable et les économies d'énergie notamment[330]. De plus, tout en demeurant un contrat « d'exception » de la commande publique, le contrat de performance énergétique ne souffre pas non plus de la lourdeur de l'évaluation préalable malgré le caractère global de l'opération. Ainsi, il est possible pour une personne publique de conclure un seul marché comprenant conception, réalisation, entretien, maintenance sans avoir à passer par le stade de la justification du recours à cette formule comme cela peut être le cas pour les contrats de

[329] La loi n°2009-179 permettant notamment à la personne publique de financer en partie un contrat de partenariat. Son article 14-I prévoit une modification de l'article 1-I al. 1 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, précisant ainsi que : « *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, 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* ». Le II du même article offrant la même opportunité aux collectivités territoriales en modifiant l'article L. 1414-I du CGCT comme ceci : « *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, 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. Toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret* ».

[330] V. Dossier « Commande publique et développement durable », CP-ACCP, n°96, p37 et s., notam., N. Symchowitz, Le concept de développement durable appliqué à la commande publique, CP-ACCP préc., p. 38 ; B. Delaunay, Le développement durable, avenir de la commande publique ?, CP-ACCP, préc., p. 3 ; Egalement dossier « Les contrats publics face aux enjeux du changement climatique », CP-ACCP, n°121, mai 2012, p. 31 et s., V. notamment : A. Fourmon, L'essor des contrats de performance énergétique et l'amélioration de la performance ; Sur le même sujet, dossier spécial « L'achat public vecteur du développement durable », CP-ACCP, n°72, déc. 2007, p. 33 et s.

partenariat ou encore le marché global de l'article 10 du Code des marchés publics ainsi que le marché de conception-réalisation de l'article 37 du même code[331].

Les contrats de performance énergétique, tout en demeurant des marchés publics, ont l'avantage à la fois de bénéficier des dérogations liées à leur statut de contrat global tout en s'affranchissant également de certaines contraintes inhérentes à la passation d'autres contrats globaux (tenant essentiellement à la justification du recours à de tels contrats afin de ne pas ouvrir une boite de Pandore). Cette facilité de recours semble être le signe des leçons tirées du passées afin d'offrir aux collectivités territoriales notamment un outil attractif. La question du financement pourra toujours apparaître comme un frein à leur utilisation, notons qu'il sera toujours possible d'user de formules telles que la cession de créance[332]. Les contrats de performance énergétique présentent de nombreux avantages permettant de procéder à parfois à la rénovation, parfois à la construction d'ouvrages dans un souci d'amélioration de l'utilisation qu'en fait l'Administration (que cette amélioration soit d'ordre énergétique ou non). Pour autant il ne faudrait pas qu'une utilisation dévoyée fasse de ces contrats une « *exception au principe devenue exception de principe* »[333].

L'originalité de ce nouveau contrat réside également dans ses règles de passation particulières. Au delà des questions de seuils permettant de passer par la procédure adaptée (si la valeur du marché est inférieure aux seuils des procédures formalisées[334] ou si le marché relève de l'article 30 du Code des marchés publics), ces marchés de performance énergétique devraient, en toute logique, être majoritairement passés par la procédure du dialogue compétitif. Ceci permettant, tant à la personne publique qu'au cocontractant privé, de connaître une voie de passation, elle aussi, performante[335].

Chaque arrivée d'un nouvel instrument dans la grande boite à outil de la commande publique est toujours, à la fois, une source de satisfaction ainsi qu'une cause d'inquiétudes.

---

[331] Ce manque de conditions de recours demeure assez remarquable au regard des positions prises par le Conseil constitutionnel lors des décisions n°2003-473 DC du 26 juin 2003 en précisant notamment que les ordonnances « *devront réserver de semblables dérogations 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 la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ». Positions rappelées dans la décisions n°2008-567 DC du 24 juillet 2008 en mettant l'accent sur la possibilité de recourir à de tels contrats globaux pour des raisons liées à l'urgence ou aux caractéristiques techniques ou économiques de l'équipement en cause.

[332] Mécanisme défini par les articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier, L 106 et 109 du Code des marchés publics ; V. M-A Petiot et P. Terneyre, préc.

[333] A propos des marchés de conception-réalisation : E. Pourcel, « Marchés de conception-réalisation : une exception au principe devenue exception de principe ? », Contrats et marchés publ., n°7, juillet 2010, étude 7.

[334] Seuil inférieur à 130 000 ou 200 000 € HT pour les marchés de fournitures ou de services et 5 000 000 € HT pour les marchés de travaux.

[335] C. Laroche, « La passation des marchés de REM et de CREM », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p.40.

De satisfaction puisque cela doit permettre à la personne publique d'améliorer son action, les intérêts du service public n'étant que mieux défendus ; d'inquiétudes car l'accumulation d'outils, notamment globaux, ces dernières années est de nature à jeter un certain trouble au sein de la commande publique. Les marchés publics de performance énergétiques ne dérogent pas à cette règle, au point de se demander s'ils ne sont qu'une étape dans l'évolution du droit de la commande publique.

B. Un engouement autour des contrats de performance énergétique à tempérer

La première observation à émettre à l'endroit de ces contrats globaux demeure la pertinence de leur utilisation, pour ne pas dire de leur existence. Quand les contrats de partenariat semblent présenter moins de difficultés tant en terme de procédure que de financement notamment. En effet, le PPP permet un paiement étalé de la prestation globale dans le temps via le recours au dialogue compétitif (bien que cela soit également possible pour les contrats de CREM-REM mais de façon plus rigoureuse, ce qui peut constituer un élément déterminant dans les cas où les collectivités territoriales souhaitent procéder rapidement à la réalisation ou rénovation d'un ouvrage comme cela a été le cas de la ville de Lourdes).

De façon générale, la proximité de ces contrats de performance avec le marché de conception-réalisation de l'article 37 du Code des marchés publics est susceptible de jeter le trouble dans la lisibilité, déjà bien écornée, des instruments de la commande publique. La « cohabitation » des contrats de conception-réalisation avec les CREM-REM de l'article 73 du même code peut être une source de confusion pour les collectivités territoriales[336] (alors que le contrat de performance énergétique n'est qu'un contrat de CREM-REM particulier).

L'arrivée de tels contrats globaux, dont le recours n'est soumis à aucune justification, et pour lesquels la personne publique ne sera pas forcément soumise à la loi MOP peut être une source d'inquiétude. En effet, en raison du risque lié au manque de recul en matière de définition du besoin et du résultat à atteindre en terme de performance. L'objectif principal de toute action de l'Administration étant la bonne exécution du service public. Les préoccupations d'ordre énergétique et écologique sont certes très actuelles, pour autant des

[336] V. pour une étude approfondie : Dossier spécial « Marchés de REM/CREM : vers une globalisation des marchés publics ? », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 23 et s.

engagements de performance énergétique ont été pris bien avant le décret du 25 août 2011 à travers la passation de contrats de partenariat comprenant de tels objectifs. Une autre question, dont l'importance n'est pas à négliger au vu du risque de contentieux lié, reste en suspens : la place de la maîtrise d'œuvre. En effet, le caractère global du contrat de performance énergétique semble effacer le rôle de la maîtrise d'œuvre séparée dans la commande publique[337].

Ce nouveau contrat global connaît effectivement des limites et ne peut pas servir de passe muraille pour une collectivité publique soucieuse de contourner les lourdeurs de la loi MOP notamment. Pour autant, par son existence, il pose la question de la nécessaire redéfinition des rôles et responsabilités de l'ensemble des intervenants dans les opérations, notamment, de construction et, de façon générale, de travaux publics.

Ces contrats de performance sont aujourd'hui une étape intéressante dans l'évolution de la commande publique, une étape dont l'objet n'a jamais été autant d'actualité et source de toute les attentions mais qui n'a pas forcément vocation – paradoxalement – à n'être que le seul critère de performance retenu pour leur utilisation. Le droit de la commande publique, en particulier des contrats globaux de la commande publique, étant amener à évoluer pour nécessairement se simplifier et se clarifier, gageons que ces contrats de performance énergétique auront été la dernière étape avant la nécessaire refonte – elle aussi globale – de la typologie des contrats de la commande publique.

III. Le contrat de performance énergétique: dernière étape avant la refonte globale des contrats de la commande publique?

L'avènement des contrats de performance énergétique (puis des CREM-REM par la suite), au delà de l'innovation non négligeable qu'ils ont constitué, marque une étape importante dans l'évolution des contrats administratifs et, plus particulièrement, dans celle des contrats globaux de la commande publique. « *Et si le droit des marchés publics venait à ne plus être modifié de manière incessante ?* » ironisait une partie de la doctrine lors de l'adoption du décret du 25 août 2011[338].

---

[337] Bien que la jurisprudence le rappelle, encore récemment : CAA, Bordeaux, 26 juill. 2012, *M.A c/ Cne de Biarritz*, req. n°10BX02109.

[338] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme permanente du droit des marchés publics : nouvel épisode », Contrats et marchés publ. n°10, oct. 2011, repère 9.

Au-delà de l'hyperactivité existante autour des contrats administratifs, la succession de divers contrats, notamment globaux encore une fois, ces dernières années tend à donner de moins en moins de lisibilité aux collectivités publiques, faisant ainsi peser un fort risque contentieux. Une telle multiplication des instruments de la grande « *boite à outils* »[339] qu'est la commande publique, par l'insécurité juridique qu'elle crée tant du point du de vue de la clarté générale de la grande famille des contrats publics que des risques de porosité existant entre les différents contrats[340] ainsi que l'inéluctable émergence[341] de ce qui est communément appelé le « *droit de la commande publique* »[342] poussent les esprits de bonne foi à admettre que les contrats de performance énergétiques seront probablement la dernière génération à avoir vu le jour avant que le droit de la commande publique connaisse un grand changement notamment à l'endroit des marchés globaux.

La catégorie des contrats, notamment globaux, de la commande publique s'est significativement enrichie lors de la dernière décennie, des partenariats dits « sectoriels » jusqu'aux contrats de performance énergétique en passant par les contrats de partenariat public-privé notamment sans oublier les baux emphytéotiques administratifs, pour ne citer que les plus « *célèbres* »[343]. Dire que le domaine des contrats publics a perdu de sa clarté, pour autant qu'il en ait jamais eu, semble relever de la bonne foi. Il a en effet gagné en complexité : l'hétérogénéité des régimes juridiques, la cohabitation des jurisprudences nationales[344] et communautaires, la naissance puis la multiplication des contrats globaux ou encore le développement du contentieux contractuel renforçant l'office du juge sont autant de réalités, parmi tant d'autres[345], qui participent à la fragilisation de « l'édifice contractuel » français. Le Conseil d'Etat, dans son rapport annuel de l'année 2008, précisait qu'il fallait « *s'attendre à ce que le droit administratif des contrats continue à subir des chocs importants durant*

---

[339] A. Ménéménis, préc.

[340] La frontière entre la délégation de service public et concession (au sens communautaire) restant encore le parfait exemple de la nécessité de clarifier la typologie des contrats administratifs.

[341] Notion de commande publique à laquelle fait référence le Conseil constitutionnel lui-même et relativement tôt si nous prenons comme référence l'année 2001 marquée par la naissance du premier Code des marchés publics.

[342] V. Cons. const., 26 juin 2003, déc. n°2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ; J.E Schoettl, AJDA, 2003, p. 1391 ; F. Linditch, Contrats et marchés publ. 2003, chron. 18 ; A. Ménéménis, Dr. adm, 2003, comme 191 et 198 ; E. Dreyfus et B. Basset, Autour de la notion de « droit commun » de la commande publique, AJDA 2004, p. 2256; E. Fâtome et L. Richer, Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique, AJDA 2003, p. 2348.

[343] V. infra et, notamment : L.Rapp, P. Terneyre et N. Symchowitz, *Droit public des affaires*, Ed. Lamy, 2013, p. 1083 et s ; N. Symchowitz, Partenariats public-privé et montages contractuels complexes, préc ;

[344] La juridiction administrative étant au moins aussi active sur cette question que le Conseil constitutionnel.

[345] V. EDCE n°59, 2008, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes »,

plusieurs années »[346], ce que les réformes opérées concernant le contrat de partenariat public-privé ainsi que les contrats de performance énergétique ne permettront pas de démentir.

Bien qu'il faille se satisfaire de la multiplication des outils dont les collectivités publiques peuvent disposer afin de pouvoir réaliser la construction de différents ouvrages ou la gestion de certains services publics, quantité rime rarement avec qualité et il est à craindre que le phénomène des créations tout azimut de contrats globaux ne devienne un piège. Car si une grande insécurité juridique se profile, c'est à la fois en raison de l'existence d'un trop grand nombre de contrats administratifs et, notamment et en particulier, de contrats globaux[347]. Le cas des contrats de performance énergétique illustrant encore le danger d'une énième réforme du droit des contrats puisque à peine « nés », ils sont déjà l'objet de critiques ou du moins d'inquiétudes[348]. Il faut donc repenser le paysage général des contrats globaux de la commande publique, notamment en trouvant une réponse à la question de savoir si les contrats de partenariat, notamment, doivent conserver leur aspect « dérogatoire » avec la complexité qui touche aux conditions à satisfaire pour y avoir recours. La traditionnelle summa divisio marchés publics – délégations de service public et concessions, sans compter les contrats globaux, appartient au passé. Il est aussi nécessaire de mettre de l'ordre dans la catégorie générale des contrats administratifs[349] qu'à l'intérieur même des contrats globaux.

Car si la multiplication des contrats constitue bel et bien une avancée dans les possibilités offertes aux collectivités publiques de diversifier tant leur action que leurs moyens d'action, une prolifération des contrats apparaît dangereuse en ce qu'elle jette le trouble tant au sein de l'Administration que chez les opérateurs économiques. Cette situation peut tout à fait être mise en parallèle avec la prolifération législative qui, sans qu'elle concerne exclusivement les contrats administratifs voire les contrats globaux plus précisément, est déjà une grande source d'inquiétudes au sein des autorités politiques ainsi que parmi les plus hautes sphères de la juridiction administrative notamment. Le rapport annuel du Conseil

---

[346] EDCE, 2008, préc., p.253.

[347] Contrats globaux de la commande publique étant différenciés des marchés publics d'une part et des délégations de service public d'autre part.

[348] J-M. Peyrical, « CREM et REM : une ambition limitée ? », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 3 ; V. également : D-A Camous, « Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? », Jcl éd. Adm. et Collectivités territoriales, n°45, nov. 2011, p. 2351.

[349] V. F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., mai 2005, p. 12 ; G. Kalflèche, *Des marchés publics à la commande publique. – l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse, Paris 2004 ; V. également : Rapport du colloque « Quatre ans de réforme du droit de la commande publique – Bilan et perspectives », Contrats et marchés publ., mai 2005, p.3 et s.

d'Etat de l'année 2006[350] se faisant le témoin de la complexification du droit, d'un droit devenu « *instable, peu lisible et en partie imprévisible* »[351]. Ainsi, des réformes se succédant, ne laissant pas le temps de la pratique qu'elle est déjà remplacée pour une nouvelle annonce, sont à l'image de l'état du droit de la commande publique : une succession de textes de valeur législative modifiant ou créant la plupart du temps un nouveau contrat ou une nouvelle variante d'un contrat existant afin de palier à des difficultés rencontrées par la pratique (phénomène pouvant laisser penser que le contrat, quel que soit l'exemple retenu, fut mal élaboré au départ). Cela a pu être le cas des différents contrats ayant marqué l'évolution de la commande publique : créés pour homologuer des pratiques devenues courantes ou alors pour palier à des défauts ou limites posés par un contrat existant. La prolifération des contrats globaux depuis 2002 en est un exemple probant, nourrissant une diversité source de complexité et cela, paradoxalement, en particulier pour les décideurs publics.

Marchés publics, délégations de service public, d'une part, et contrats de partenariats public-privé, baux emphytéotiques administratifs, baux emphytéotiques hospitaliers, contrats de performance énergétique, d'autre part (pour ne citer qu'eux), peuvent être utilisés pour une seule et même démarche[352]. Avoir le choix est une bonne chose, gage de liberté d'action et de bonne gestion tant du service public que des deniers publics. Pour autant, que trop de choix freine, en partie, l'action publique ou jette un trouble de nature à empêcher la réalisation de certains projets est aujourd'hui une réalité. L'influence communautaire, tant textuelle que jurisprudentielle, a sa part de responsabilité en la matière, semblant sacrifier l'équilibre de la typologie des contrats publics sur l'autel du sacro-saint principe de concurrence. La multiplication des catégories de contrats implique également de plus en plus de difficultés à les discerner, leurs frontières se réduisant parfois à des points de détail. Dès lors, les grands principes de clarté et d'intelligibilité de la loi ne semblent pas prévaloir dans le milieu contractuel malgré leur rang d'objectif à valeur constitutionnelle[353]. Certes le droit des contrats publics a connu une série de réformes ayant véritablement permis de libérer l'action des

[350] Conseil d'Etat, Rapport public annuel, 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, La Documentation française.

[351] « Rapport annuel du Conseil d'Etat : sécurité juridique et complexité du droit », aperçu, Droit Fiscal n°13, 30 mars 2006, act. 55.

[352] J-M. Glatt, « La catégorisation des contrats de la commande publique : source d'insécurité juridique », Note sous CJCE, 10 sept. 2009, *EUROWASSER*, aff. n° C-206/08), LPA, 11 fév. 2011, n°30, p.3.

[353] Cons. const., déc. n°2004-500 DC, 29 juill. 2004, cons. 13 ; V. également, O. Dutheillet de Lamothe, La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel, EDCE 2006 préc., p. 369.

collectivités publiques[354] mais l'arrivée du premier Code des marchés publics en 2001 va correspondre au début de ce que certains membres de la doctrine n'hésitent pas à appeler la « *frénésie* »[355]. En effet, à ce Code succèderont deux « nouvelles versions » dans les cinq années suivantes, profitant également pour homologuer une définition jurisprudentielle de la délégation de service public et pour déterminer que tout marché public passé en application du Code était un marché public[356].

Près de dix ans plus tard, les trois principales catégories de contrats administratifs ne sont plus clairement identifiables. Le système semble être, d'une certaine façon, être à bout de souffle, de telle sorte qu'il apparaît urgent de le réformer en profondeur et non plus de pratiquer la « *fuite en avant* »[357].

Les contrats globaux offrent de nombreuses opportunités aux personnes publiques afin de réaliser plus efficacement un certain nombre d'opérations de construction notamment ainsi que de délégation de services tels que l'entretien des ouvrages réalisés voire encore de la gestion d'un service public associé. Pour autant, leur multiplication ainsi que leur pratique, notamment à partir de l'ordonnance du 17 juin 2004 suscite de vives inquiétudes de la part des acteurs puisque ce phénomène ne saurait exister sans avoir, pour l'instant, de répercussion sur la sécurité juridique des contrats globaux. Cela faisant planer un certain nombre d'incertitudes à leur endroit, tant du point de vue de leur juste utilisation que de leur classification dans un environnement législatif en perpétuelle évolution.

Section 3 – Les incertitudes sur la sécurité juridique des contrats globaux

Le droit des contrats publics, que nous pourrons probablement appeler plus tard « droit de la commande publique », a connu ces dernières années et connaîtra encore de nombreuses évolutions, bouleversements voire nouveautés. Cela est aussi stimulant que perturbant pour une matière dont la clarté n'est pas une qualité première. La question de la qualification

[354] Nous pouvons penser principalement aux lois du 5 janvier 1988 (sur le bail emphytéotique administratif), du 30 décembre 1980 concernant le recours au crédit-bail immobilier ainsi que la loi du 26 juillet 1994 sur l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public.

[355] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n°4, avril 2007, étude 4.

[356] N. Symchowitz et P. Proot, Vers la mort des critères du contrat administratif, CP-ACCP n°1, juin 2001, p.54.

[357] Fuite en avant symbolisée, nous l'avons dit, par la création d'un nouveau contrat dès que la dernière version en vigueur présente des difficultés d'exécution notamment.

juridique de certains contrats classiques pose encore un problème[358]. Celle des contrats globaux ne va pas simplifier cette situation. Sans qu'il soit question de trouver des coupables à ceci, il faut admettre néanmoins que le droit communautaire ne permettait pas, jusqu'à l'adoption des directives communautaires[359] et le travail de transposition[360], de simplifier la situation (paragraphe 1), ce qui, par voie de conséquence, fait apparaître un certain nombre d'inquiétudes quant à la qualification juridique de ces techniques globales et donc complexes (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les effets du droit communautaire

Le droit communautaire influence nécessairement tant le droit français que l'ensemble des édifices juridiques des pays signataires des différents traités européens. En matière contractuelle, le droit communautaire a la particularité d'être binaire en ce qu'il ne connaît que deux sortes de contrats : les marchés publics et les concessions[361]. Cette simplicité peut alors être une chose délicate à gérer lorsque le droit français des contrats publics apparaît comme bien plus complexe (I). Cet état de fait peut être une source de difficultés lorsque les conceptions communautaires et nationales s'affrontent, nécessitant une réorganisation du droit national afin d'éviter que surgisse une instabilité causant une insécurité juridique manifestement incompatible avec la vie contractuelle (II).

I. La dualité communautaire en matière contractuelle

Le droit français dans son ensemble, et, évidemment concernant les contrats publics, subit les effets de la domination voire de la prééminence du droit communautaire, la supériorité de ce dernier n'étant d'ailleurs plus discutée depuis longtemps[362], sauf cas d'une

[358] La distinction entre marché public et convention d'occupation du domaine public constitutive de droits réels faisant encore l'objet d'interventions par le juge. A ce sujet, v. CE, 14 nov. 2014, *Syndicat mixte d'étude, d'aménagement et de gestion de la base de plein air et de loisirs de Cergy-Neuville (SMEAG)*, juris-data n° 2014-028820 ; G. Eckert, « Distinction entre convention d'occupation du domaine et marché public », Contrats et marchés publ., n° 1, janv. 2015, comm. 5.

[359] Dir. 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession; dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE.

[360] Le premier décret pris en France portant d'ailleurs *mesures de simplification applicables aux marchés publics*, décr. n° 2014-1097 du 26 septembre 2014, JO n°0225, 28 sept. 2014, p.15782, texte n° 31.

[361] Avant l'adoption des trois directives lors de l'année 2014, l'état du droit précédant ne fonctionnant que sur les deux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

[362] CE Ass. 20 déc. 1989, *Nicolo* ; CE Ass., 28 février 1992, *S.A Rothmans International France et S.A Philipp Morris* ; CE 28 févr. 1992, *Société Arizona Tobacco*, RFDA 1992, p. 425.

incompatibilité manifeste avec les dispositions constitutionnelles françaises[363]. A presque toutes les époques de son histoire, la France a utilisé des contrats de nature délégante ou concessive. Cette distinction entre marché public et concession, ne suffit plus aujourd'hui à définir une typologie claire compte tenu de la diversité, à la fois, des contrats et de leurs caractéristiques.

Le droit communautaire a révolutionné le droit des contrats publics ces dernières années en opérant une distinction binaire entre marchés publics et concessions, obligeant ainsi les personnes publiques à revoir leur copie concernant l'utilisation de certains contrats, utilisés jusqu'à présent pour certaines opérations[364]. La mutation du droit économique ira de paire, la libéralisation du marché obligeant à une plus grande transparence et concurrence au sein des pays membres.

Malgré cela, le droit communautaire se veut simplificateur, ne reconnaissant en effet que deux types de contrats : les marchés et les concessions[365]. Dès-lors la question de la place des contrats de partenariat dans cette typologie binaire se pose et ne semblait toujours pas être réglée, notamment si l'on considère que cette distinction binaire est essentiellement basée sur le mode de rémunération du cocontractant, se désintéressant presque de l'objet du contrat[366].

Il faut cependant se montrer rassurant, les contrats globaux et notamment les contrats de partenariat public-privé se rattachent à l'heure actuelle à la catégorie des marchés publics au sens communautaire du terme, notamment à raison de leur objet et du mode de rémunération des titulaires[367]. Malgré cela, la qualification du contrat de partenariat peut varier au regard du dudit droit, notamment en raison de la variation de l'objet principal du contrat[368]. Dès lors, un manque de qualification directe incite à s'interroger que les possibilités de les

[363] Cons. const, déc. n°2004-496 DC, 10 juin 2004, Loi pour la confiance en l'économie numérique.

[364] Concernant notamment la question des concessions de distribution d'électricité, V. notam. P. Terneyre, « Sur quelques problèmes juridiques à haute tension, A propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité », AJDA 2009, p.1640 ; S. Nicinski, « A propos des concessions locales de distribution d'électricité, évitons le surtensions ! », AJDA 2010, p.1737

[365] Art. 1er – 2.a) , Dir. 2004/18/CE : « *Les « marchés publics » sont des contrats à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de service au sens de la présente directive. La « concession de travaux publics » est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. La « concession de services » est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation de services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

[366] Le projet d'ordonnance *relative aux marchés publics* portant transposition des directives européennes devant régler ce problème en qualifiant le contrat de partenariat public-privé de marché public. Pour autant leur ambivalence apparente a suscité de nombreuses interrogations qui sont en voie de trouver une réponse.

[367] V. Projet d'ordonnance *relative aux marchés publics* préc.

[368] CE, 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, rec.p .399, concl. D.Casas.

rattacher à la catégorie des concessions, toujours au sens communautaire[369], de telle sorte que la question n'était pas définitivement réglée et devrait, entre autres, évoluer lorsque sera amorcée une refonte qui devrait fatalement amener à une codification générale du droit de la commande publique afin de donner un peu de « *cohérence à l'édifice juridique* »[370]. Le projet d'ordonnance en cours d'élaboration au début de l'année 2015 marquant un tournant dans cette démarche.

II. Des risques d'affrontement entre droit français et communautaire

Le droit communautaire défend la toute puissance du principe de liberté dans l'ensemble des domaines de l'action économique, la principale traduction étant la suppression de tout ce qui peut être susceptible de fausser la concurrence (par exemple : le régime juridique des aides d'Etat[371]). L'ensemble des dispositions ainsi que l'esprit général de ce libéralisme est susceptible de provoquer certains affrontements entre le droit national et communautaire, de nature à plonger des domaines de l'action publique dans une dangereuse pénombre, les obligeant à repenser leur action contractuelle. Ce risque concerne principalement la catégorie des délégations de service public, catégorie générale au sein de laquelle se trouvent les concessions[372]. En effet, cette catégorie de contrats, notamment, met en avant toute la prudence dont les personnes publiques doivent faire preuve en matière d'externalisation de leur action. Le domaine de la distribution d'électricité en est le meilleur exemple, se situant à la croisée des chemins. En effet, la France voit une période de renouvellement des concessions de distribution et de fourniture d'électricité s'ouvrir. Ce domaine particulier voyait les collectivités territoriales passer des conventions de concessions avec l'opérateur historique EDF (devenu ERDF pour l'aspect distribution). Or les évolutions du droit communautaire ont remis en cause cette pratique méconnaissant, selon lui, le principe de non discrimination et de concurrence notamment[373].

Or de la complexité, indissociable à la nature des contrats globaux, doit se mêler la vigilance nécessaire à ce que la « cohabitation » de différents contrats au sein même d'un ensemble contractuel ne fasse pas l'objet d'une requalification notamment. Ces craintes

---

[369] Sur cette question, V. F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats. et marchés publ., mai 2005, p. 12 et s.

[370] Rapport du Conseil d'Etat, 2008, EDCE, préc.

[371] Art. 107 et 108., Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

[372] V. J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 4ème éd., p. 347 et s.

[373] V. S. Nicinski et P. Terneyre, préc.

peuvent sembler prématurées au vu du bon déroulement de la passation des contrats de PPP à l'heure actuelle. Pour autant, ces inquiétudes ne font qu'apporter un argument de plus à la nécessité de repenser l'organisation juridique de la commande publique. Le sentiment d'insécurité juridique gravitant autour de la notion de contrat global de la commande publique n'en est qu'une manifestation de plus.

Paragraphe 2. Une ambiance d'insécurité juridique

Le grand paradoxe la catégorie des montages contractuels complexes/contrats globaux, est qu'il est nécessaire que subsistent des « *zones d'ombre* »[374] quant à leur qualification juridique ou leur régime juridique. Ce fut le cas des concessions en leur temps[375] alors qu'aujourd'hui la situation est tout à fait claire à leur endroit, probablement en raison de leur réception par le droit positif. Cela peut être, d'ailleurs, un argument de plus en faveur d'une codification générale du droit de la commande publique.

Pour autant, dans un contexte où les contrats globaux ont fait leur apparition de façon désordonnée, en se multipliant années après années, réformes après réformes, l'insécurité juridique existante se fonde essentiellement sur la situation actuelle du droit de la commande publique (si nous pouvons le qualifier ainsi par anticipation) plus que sur la substance des techniques contractuelles elles-mêmes qui sont, certes amenées à devoir évoluer, relativement solides. L'illustration en est faite avec le cas des partenariats public-privé issus de l'ordonnance de 2004 dont la qualification juridique reste floue bien que leur rattachement à la catégorie communautaire des marchés publics semble, pour le moment acquise. Ces contrats présentent un certain nombre de « risques » à l'heure actuelle, liés certes au contexte de la coexistence d'une multitude de techniques contractuelles qu'à la coexistence, au sein de ces techniques, d'une multiplicité d'objets par exemple[376]. Il apparaît néanmoins nécessaire, toujours dans un contexte où le juge administratif du contrat a vu ses pouvoirs décuplés ces dernières années, où le juge constitutionnel a posé un certain nombre de restrictions à l'endroit des contrats globaux (PPP notamment), que cette situation liée à la typologie des contrats de la commande publique soit réglée le plus rapidement possible et, espérons-le, une bonne fois pour toute (ce que l'apparition récente des contrats dits « CREM-REM », avec le

[374] L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, Lamy, 2013, préc.

[375] CE, 22 onv. 1935, n°29399, 315578, 31867n 31878 et 32493, *Sieur Chouard Lévy et autres*, Rec. CE 1935, p.1080 ; CE, 30 oct. 1936, n°44016, *Sieur Sibille et autres*, Rec. CE 1936, p. 936.

[376] V. J.-F.. Sestier, « Multiplicité d'objets et de supports des contrats publics », Contrats publ., n°73, janv. 2008, p.24 et s.

décret du 25 août 2011, ne semble pas indiquer) car l'insécurité juridique dont il est question tient plus du manque de clarté de la catégorie en cause que de la fébrilité juridique des techniques contractuelles visées.

Il y a, pour les collectivités territoriales notamment, un véritable risque de confusion, que l'arrêt Commune d'Aix-en-Provence ne va pas atténuer[377]. La concurrence existante entre les différents contrats ainsi qu'au sein des contrats globaux eux-mêmes ne va pas pour simplifier la situation. Pour autant, la complexité des contrats des collectivités territoriales n'allant pas en diminuant, le PPP semble aujourd'hui être une véritable voie d'avenir bien qu'elle demeure compliquée à emprunter, notamment pour une collectivité de taille moyenne. Nous pouvons toujours nous rassurer en nous disant que la pratique met toujours en exergue l'adéquation d'un outil contractuel plus qu'un autre face à un projet précis.

Nos propos précédents peuvent apparaître pessimistes voire faussement alarmistes, nous les voulons prudents face à un contexte qui semble prendre la voie, timidement mais sûrement, de l'éclaircissement.

[377] F.Llorens et P. Soler-Couteaux « Service public, intérêt général et mise en concurrence : sur quelques arrêts récents du Conseil d'Etat », Contrats et marchés publ., nov. 2007, p.1.

Chapitre 2 – La liberté contractuelle des collectivités territoriales à l'épreuve des contrats globaux de la commande publique

La situation des collectivités territoriales à l'heure actuelle semble être relativement paradoxale, l'éventail contractuel n'a jamais été aussi fourni et pour autant il devient de plus en plus difficile de faire un choix et surtout de remplir les conditions nécessaires pour avoir recours à tel ou tel type de contrat global. Ce phénomène demeure aussi récent que l'apparition progressive et massive des contrats globaux au sein de la commande publique, néanmoins il n'aura pas fallu attendre bien longtemps pour que les premiers doutes apparaissent. Cette préoccupation peut sembler déconnectée de la réalité tant le choix reste offert aux collectivités et que la possibilité de choisir un montage juridique pour la réalisation d'un projet reste ouverte. Il ne peut qu'être affirmé qu'une personne publique peut choisir de façon tout à fait discrétionnaire un outil contractuel pour un projet précis. Pour autant ce cadre idéal semble devoir être relativisé tant les facteurs à prendre en compte sont devenus multiples et, malgré le noble objectif poursuivi, contraignants[378]. Un véritable paradoxe est en train de faire surface à l'heure actuelle puisque, face à la complexité, nombre de personnes publiques semblent se réfugier dans les formules classiques des montages juridiques existant, signe qu'un trop grand choix ne rime pas fatalement avec progrès (section 1).

Il est ainsi à craindre que les collectivités territoriales se voient de plus en plus imposer de manière tacite tel type de montage contractuel et qu'au bout de cette logique, elles se voient un jour contraintes de devoir subir un mode de gestion de leurs activités. Loin d'être fataliste, il nous faut cependant prendre en considération la réalité de la pratique et ainsi observer que, à l'endroit des contrats globaux de la commande publique, trop de libertés ne semble pas assurer plus de liberté. Aussi, une vigilance s'impose dans la façon dont sont créés et utilisés certains contrats globaux afin de ne pas enfermer les personnes publiques dans une liberté contractuelle de façade et particulièrement pour ne pas remettre en cause la libre administration des collectivités territoriales (section 2).

[378] Nous pouvons d'ores et déjà penser au droit de la concurrence ou à l'influence du droit communautaire d'un point de vue juridique comme à la situation économique actuelle d'un point de vue plus financier.

Section 1 – La liberté contractuelle et le paradoxe des contrats globaux

Les collectivités territoriales bénéficient d'une liberté contractuelle dont l'existence et la reconnaissance ne font plus débat[379], ce phénomène ayant permis le développement d'outils contractuels plus ou moins originaux. Pour autant, afin de pouvoir déroger aux contraintes traditionnelles du droit public, de nombreuses interventions législatives sont intervenues, permettant ainsi d'ouvrir la voie, entre autres, aux BEA, AOT et PPP. Permettre aux collectivités territoriales d'avoir librement recours à tel type de contrat suppose nécessairement une liberté de principe. Pour autant avoir une possibilité théorique d'utilisation n'offre pas les garanties de pouvoir y avoir objectivement recours. Le grand nombre de contrats que les personnes publiques ont à leur disposition en témoigne[380]. Cette diversification d'outils dont peuvent disposer les collectivités territoriales semble bien renforcer leur liberté contractuelle (paragraphe 1), pour autant la pratique des contrats globaux apparaît paradoxalement comme une limite à cette liberté (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La liberté contractuelle des collectivités territoriales a priori amplifiée par la diversité des outils contractuels

Nous l'avons dit, la multiplication des formules contractuelles dérogatoires ces dernières années a permis aux personnes publiques d'opérer un véritable bouleversement de leur mode de gestion. Le cocontractant privé n'est plus un simple « fournisseur » et s'est élevé au rang de « partenaire » de la personne publique. Les perspectives semblent ainsi infinies tant le panel contractuel est maintenant fourni (I) et que le libre choix entre l'ensemble des formules à disposition n'a jamais été aussi affirmé (II), constituant une véritable ambiguïté (III).

[379] V. M. Bourjol, « Statut constitutionnel – Exercice de la libre administration », Jcl. Collectivités territoriales, fasc. 23 ; B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Précis Dalloz, 2è éd., 2011, p. 564 et s. ; N. Symchowitz, Partenariats public-privé et montages contractuels complexes, préc., p. 87 et s. ; F. Llorens, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2007, p. 10 ; P. Terneyre, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes. A propos de la liberté contractuelle », AJDA 2007, p. 1906.

[380] C. Maugüe, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », AJDA 1998, p. 694.

I. Une grande liberté de choix pour les collectivités territoriales

« *La liberté contractuelle des personnes publiques peut être qualifiée de liberté « originelle », car liée au système contractuel* »[381]. Le fait d'avoir recours à la technique contractuelle n'est pas un phénomène nouveau pour l'Administration (centrale ou décentralisée), les collectivités territoriales notamment peuvent depuis longtemps user de techniques contractuelles afin de gérer ou d'organiser le service public[382].

La protection de la liberté contractuelle des personnes publiques se manifeste par plusieurs aspects que sont la liberté de recourir au procédé contractuel (ce que nous appelons le choix dans le mode de gestion : déléguée ou retenue), celle de choisir le type de contrat ainsi que de choisir son cocontractant[383]. Elle a été, comme ses trois éléments essentiels, reconnue progressivement par le juge administratif[384] et dispose aujourd'hui de « *fondements solides* »[385], permettant aux collectivités territoriales notamment de disposer d'un grand champ d'action dans le choix des procédés contractuels auxquels elles peuvent recourir.

Néanmoins, cette liberté n'est pour autant pas absolue[386], une personne publique ne pouvant par exemple pas contracter dans des matières relevant de la mise en œuvre et de l'exercice de prérogatives de puissance publique[387]. Le pouvoir de police municipale illustre parfaitement cela puisqu'il ne peut faire l'objet d'une dévolution à un cocontractant privé par le biais d'un contrat[388], une position très vite admise par le juge[389] et qui ne s'est jamais infléchie notamment vis-à-vis des contrats de DSP[390]. Il en va de même pour les compétences

---

[381] V. C. Bréchon-Moulènes, « Liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA, 1998, p. 643 et s.

[382] V. B. Faure, Droit des collectivités territoriales, 1ère éd., 2009, p.444 et s.

[383] V. à ce sujet E. Delacour, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », Contrats et marchés publ. 2003, chron. 20.

[384] Pour le libre recours au procédé contractuel, V. CE, 29 avr. 1970, *Sté Unipain*, n° 77935 ; sur la liberté du type de contrat, V. CE, sect., 8 févr. 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres*, n°576679 ; V. également L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, préc.

[385] L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, préc., p. 1084, n° 2661.

[386] Sur la valeur juridique de la liberté contractuelle, V. notamment L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7e éd. ; E. Delacour, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », préc. ; B . Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 1e éd.

[387] V. J. Moreau, « Les matières contractuelles », AJDA 1998, dossier spécial, p. 747 ; V. également : N. Symchowitz, L. Rapp, P. Terneyre, *Droit public des Affaires*, éd. Lamy 2013, p. 1102 et s., p. 1574 et s.

[388] J. Moreau, « L'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », Contribution à l'études rapports entre police administrative et contrat, AJDA 1965, p.6.

[389] CE, 24 déc. 1909, *Cne La Bassée*, S. 1910, 3, p.49 ; CE, ass., 17 juin 1932, *Ville Castelnaudary*, DP 1938, 3, p.26 ; CE, sect., 18 déc. 1936, *Prade*, Rec. CE, p. 1124, DP 1938, 3, p.70 ; CE, 4 oct. 1961, *Dame Veuve Verneuil*, Rec. CE, p. 533.

[390] CE, 1er avril 1994, *Cne Menton*, Rec. CE, . 175, Dr. adm. no. 1994, p.1, comm. 356 – AJDA 1995, p. 308 – RFDA 1994, p.620.

des communes et de leurs établissements publics en matière d'urbanisme[391] notamment ou de vente du domaine public[392]. De plus il existe, assez naturellement, un certain nombre de limites à l'utilisation du procédé contractuel, tant sur le fond que sur la forme[393]. Ainsi la l'étendue de la liberté contractuelle se manifeste par l'aspect grandement discrétionnaire[394] du choix du mode de gestion d'une activité.

Pour autant, les collectivités locales disposent actuellement d'une formidable liberté de choix tant dans le mode gestion d'un service que de la réalisation de projets d'infrastructures. Ce choix opéré entre le mode de gestion déléguée ou retenue ainsi que les arbitrages réalisés dans chacune de ces catégories. A priori, la liberté contractuelle des collectivités ne devrait pas connaître de limites puisqu'elle est une composante du principe de libre administration reconnu par la Constitution[395]. Cela leur permet d'avoir recours à un grand nombre de formules contractuelles[396] qu'elles soient « *traditionnelles* »[397] ou « *dérogatoires* »[398] puisque transgressant certains principes du droit commun de la commande publique tels que l'allotissement ou encore la séparation des fonctions de maître d'oeuvre et d'entrepreneur notamment[399]. Dès lors la liberté contractuelle suggère à la fois la liberté de contracter ou de ne pas contracter ainsi que de déterminer la forme du contrat[400], se calquant ainsi sur l'esprit régissant le droit privé des contrats[401]. Aussi pour être efficiente, il faut que

---

[391] V. CAA Paris, 13 juin 1989, *Cne Bois d'Arcy*, Rec. CE, p.319 ; CAA Lyon, 31 déc. 1993, *Epx Eymain-Mallet*, req. n° 9201605.

[392] Cass. Civ., 2 avr. 1963, *Réunion des Musées de France*, AJDA 1963, II, p. 486 ; CE, 1er mars 1989, *Béro*, Dr. adm. 1989, comm. 244.

[393] V. E. Delacour, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », Contrats et marchés publ. n°12, déc. 2003, chron. 20 ;

[394] Cf. Art. 72 al. 3 de la Constitution selon lequel les collectivités territoriales: « *s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

[395] Art. 72 al. 3 : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

[396] V. F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », préc.

[397] Relevant alors des contrats « traditionnels » du paysage contractuel français, à savoir les marchés publics, les délégations de service public et les concessions.

[398] Contrats dont l'usage ne respecte pas certains principes du droit commun de la commande publique tels que l'allotissement ou encore la séparation des fonctions de conception et de réalisation notamment.

[399] V. Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Dr.adm., oct. 2003, p.23, note A.Ménéménis ; Cons. const., 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC ; L. Richer et E. Fatôme, « Le Conseil constitutionnel et le « droit commun de la commande publique » et de la domanialité publique », RFDC, 2003, P.772 ; P. Delvolvé, « Le contrat de partenariat et les principes de la commande publique », RDI 2003, p. 481, préc. ; J-D. Dreyfus et B. Basset, « Autour de la notion de droit commun de la commande publique », AJDA, 2004, p. 2256.

[400] F. Llorens, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », Contrats et marchés publ., mai 2007, p.10 ; P. Terneyre, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes. A propos de la liberté contractuelle », AJDA, 2007, p. 1906.

[401] F. Leveneur, « La liberté contractuelle en droit privé », AJDA, 1998, p. 676 et s. ; D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit, LPA, 6 mai 1998 ; M.-L Mathieu-Izorche, « La liberté contractuelle », Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2006, 12e éd.

cette liberté se traduise par la faculté qu'ont les collectivités publiques à contracter avec d'autres personnes possédant la capacité juridique sans que cet accord de volontés ne soit troublé par des éléments extérieurs. Ici, il est bien question de réglementation (normes de valeur législative ou réglementaire) concernant la matière contractuelle devant être la plus discrète possible.

Ainsi trois principales limites peuvent être retenues à l'endroit de la liberté contractuelle des collectivités territoriales. La première d'entre elles étant le fait que la loi peut la limiter puisque les collectivités territoriales s'administrent certes librement mais « *dans les conditions prévues par la loi* »[402]. Cela étant néanmoins très relatif puisque la loi ne saurait porter atteinte au principe de libre administration, ayant valeur constitutionnelle, pour autant elle peut tout à fait délimiter le domaine d'action des collectivités territoriales notamment afin qu'elles n'interviennent pas dans un domaine ne relevant pas de leur compétence. Là encore, la marge de manœuvre reste importante puisque le Code général des collectivités territoriales pose uniquement le principe d'une compétence générale existante au profit des collectivités territoriales sous réserve qu'existe un intérêt local[403], départemental[404] ou régional[405]. La deuxième réside dans le fait que des activités doivent être obligatoirement assumées par les collectivités, annihilant ainsi l'essence même de la libre administration et par voie de conséquence de la liberté contractuelle. Pour autant, ce phénomène reste assez relatif tant les domaines concernés sont peu nombreux[406]. La dernière réside dans le caractère délégable ou non de l'activité considérée. Si cet aspect est déterminé par un texte, la question importe peu puisque la collectivité ne pourra gérer l'activité que par la voie de la régie. Dans un autre sens, il se peut également qu'une collectivité se voit interdire la gestion en régie de certaines activités, par exemple la gestion d'un casino devra obligatoirement être confiée à un opérateur privé.

Dans un contexte où les collectivités territoriales ont globalement une liberté presque totale en matière contractuelle, la multiplication des outils de la commande publique doit être un atout majeur dans la gestion du service public local. Pour autant, cette multiplication et la complexification de l'éventail contractuel contemporain semble atténuer ce phénomène, au risque parfois de produire l'effet inverse.

---

[402] Art. 72 al. 3 de la Constitution préc.
[403] V. Art. L. 2121-29 du CGCT
[404] V. Art. L. 3211-1 du CGCT
[405] V. Art. L. 4211-1 du CGCT
[406] J.-B. Auby, « Problématiques de l'externalisation », Drt. Adm., juin 2008, n°6, p.1.

II. Une multiplication des contrats globaux de la commande publique au service de la liberté contractuelle des collectivités territoriales

Sans qu'il soit ici question de traiter du fond de la liberté contractuelle des personnes publiques, notamment des collectivités territoriales[407], l'importance de ce principe considéré par tous comme fondamental[408] devrait atteindre, aujourd'hui, son zénith si nous considérons la diversité des outils contractuels dont les personnes publiques disposent. Théoriquement ce phénomène est incontestable, n'importe quelle collectivité territoriale, de petite, moyenne ou grande taille, peut utiliser un contrat de partenariat public-privé, un bail emphytéotique administratif ou n'importe quelle autre formule contractuelle globale afin de réaliser un projet complexe[409]. Pour autant la réalité pourrait ne pas correspondre puisque des contraintes extérieures au contenu du contrat lui même peuvent être de nature à justifier un renoncement de la personne publique à l'usage d'une formule globale pour se retourner presque contrainte et forcée vers les outils classiques de la commande publique. Ceci n'étant pas une chose catastrophique si elle ne mettait pas en évidence les limites d'un système qui pourrait mener à ce que les collectivités territoriales soient, un jour, automatiquement guidées vers un contrat déterminé en fonction de la nature de l'opération envisagée, annihilant ainsi cette liberté de choix. Car il est bien question ici de la pertinence de l'utilisation des contrats globaux de la commande publique avec une interrogation relativement simple : est ce que plus de libertés[410] conduit nécessairement à plus de liberté ?

Néanmoins le tableau est loin d'être noir puisque la liberté dont disposent les collectivités territoriales n'a jamais été aussi grande, au point d'ailleurs qu'il ne leur soit pas interdit d'utiliser des formules contractuelles issues du droit privé[411]. De la même façon, nous l'avons dit, certaines compétences relevant de l'exercice ou de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique sont considérées comme « non délégables ». Effectivement certaines activités peuvent l'être alors qu'elles appartiennent à une catégorie ne l'étant pas. L'exemple du stationnement reste un très bon exemple puisque la seule mise en

---

[407] Pour une étude approfondie de la question, voir notamment, B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 1ère éd. 2009 ; N. Symchowitz, « Partenariats public-privés et montages contractuels complexes », Le Moniteur, 2e éd., 2010.

[408] P. Llorens et P.Terneyre préc., note 300 ; Voir également dossier spécial « Contrats », AJDA 1998, p. 642 et s.

[409] Sous réserve évidemment que la formule contractuelle choisie permette la réalisation du projet considéré.

[410] Au sens de la multiplication des formules contractuelles, dérogatoires ou non, dans un grand ensemble à la fois flou pour tant pour les personnes publiques qui hésiteraient à prendre le risque d'utiliser une formule dite d'exception pour se retrancher dans des contrats « classiques » que pour les opérateurs privés qui deviendraient plus frileux vis-à-vis d'elles.

[411] P. Terneyre, « L'utilisation des instruments juridiques de droit privé par les collectivités territoriales », in Les collectivités territoriales et le droit, Dalloz, 2001, p.114.

fourrière d'un véhicule peut faire l'objet d'une délégation de service public[412] (alors que la décision d'intervention de la fourrière relève de la compétence des autorités de police).

Ainsi la multiplication, ces dernières années, des contrats globaux de la commande publique ainsi que la volonté d'externaliser au maximum l'exercice des compétences des personnes publiques tendent à ouvrir un champ de possibilités inédit. En effet, au-delà des activités sanctuarisées puisque relevant de l'autorité publique par nature, l'externalisation par le prisme de contrats globaux connaît un développement manifeste. Les collectivités territoriales l'utilisant notamment pour la construction d'établissements scolaires et d'autres infrastructures, notamment sportives. Le juge reste cependant vigilant vis-à-vis de ces opérations globales, rappelant où se situent les limites qui sont d'ailleurs parfois difficiles à situer, notamment dans la distinction de la « délégabilité » ou non d'une activité. Ainsi, le Conseil constitutionnel a rappelé, lors de l'examen de la loi dite « *LOPSI 2* »[413] qu'est contraire à la Constitution la « *délégation à une personne privée de l'exercice de compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique nécessaire à la garantie des droits* »[414]. Cette vague de nouveaux contrats globaux venant s'ajouter à la très longue liste de contrats, nommés ou non, que l'Administration a à sa disposition[415], il serait légitime de penser que les marges de manœuvres sont infinies et que les personnes publiques peuvent avoir recours librement à un contrat ou à un autre en fonction de leur besoin. Pour autant la réalité semble être bien différente tant la multitude d'outils donne peu de lisibilité afin de faire un choix optimal, de plus certains contrats globaux semblent être aujourd'hui inutilisables pour une certaine partie des collectivités publiques, donnant un résultat plus que paradoxal qui justifie, nous le verrons plus loin, une refonte en profondeur du droit de la commande publique.

III. Les ambiguïtés du libre choix dans l'éventail contractuel existant

La liberté contractuelle des collectivités territoriales se manifeste en premier lieu par le vaste choix d'instruments d'externalisation dont bénéficient ces dernières. Cette libéralisation de l'action publique en matière contractuelle n'a pourtant pas eu que des aspects positifs, au

---

[412] CE, 24 mai 1968, req. n° 69733, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Chambrin*, Rec. CE 1968, p. 331.

[413] L. n° 2011-267, 14 mars 2011, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, JORF n°0062 du 15 mars 2011 p. 4582.

[414] Cons. const., 10 mars 2011, n°2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, JO 15 mars, consid. 19.

[415] N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc., p. 109 et s.

delà de l'affirmation continue de cette liberté de contracter ainsi que du développement d'une vision de plus en plus libérale de leur action[416]. Le paradoxe de cette situation consiste plus en une multiplication vue par certains auteurs comme une « *fièvre créatrice* »[417] ayant conduit à la coexistence d'un très grand nombre de contrats, notamment globaux[418]. Cette accumulation de textes au fil des réformes devant chacune, nous l'avons dit, apporter une solution à un problème né d'un outil contractuel préexistant, a débouché sur une si grande diversité de contrats que ce qui devrait être vu comme une avancée sans précédent dans le droit de la commande publique constitue en réalité une source supplémentaire, pour ne pas dire finale, de complexité. Une situation dont s'est notamment saisie la doctrine afin d'appeler de ses vœux une refonte générale du droit de la commande publique[419]. Cette complexité née de l'existence d'une trop grande variété de procédés contractuels prend une certaine ampleur lorsqu'elle se trouve confrontée à la traditionnelle identification des contrats administratifs basés sur la distinction opérée entre marchés publics et délégations de service public, ampleur atteignant son paroxysme lorsqu'elle est observée à la lumière du droit communautaire[420].

Le Conseil d'Etat lui même relève que cette accumulation de textes apporte le plus grand trouble pour les acteurs publics, avec des contrats dont les champs d'application peuvent se recouper[421]. D'autres auteurs font également le constat de ce désordre et prônent une remise en ordre voire une refonte du droit des contrats publics, notamment et en particulier des contrats globaux[422] et précisément dans un contexte où de prochaines directives[423] pourraient avoir un impact supplémentaire sur cette instabilité amenant une partie de la doctrine à considérer que le droit des contrats est « *en miettes* »[424].

L'éventail du choix offre aux collectivités publiques de plus grandes marges de manœuvres et plusieurs façons de réaliser un projet, bien que, nous l'avons dit, sa nature

---

[416] V. notam. P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA, num. spécial, juill.-août 1994, p. 43 et s. ; L. Rapp, « Les marchés et conventions complexes », AJDA, 1996, p.616.

[417] F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », préc.

[418] En ce sens, V. notam. N.Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc.

[419] Notam. N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et Marchés publ. n°4, avril 2007, étude 4.

[420] V. notam. Comm. Eur., 29 avr. 2001, Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, JOCE, 29 avr. 2001 ; Comm. Eur., 30 avr. 2004, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2004)327.

[421] V. Rapport 2008, préc.

[422] V. N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », préc.

[423] A ce sujet, V. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des marchés publics ? », Contrats-marchés publ. 10 oct. 2013, repère 9.

[424] G. Clamour, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in Mélanges Guibal, préc. vol. II, p.637 et s. ; V. également F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Contrats et marchés public., 2005, repère n°1.

oriente substantiellement les voies contractuelles envisageables. Pour autant, la complexité croissante des projets des collectivités doit nécessairement les amener sur le chemin du partenariat public-privé en tant que contrat global malléable voire évolutif. Là encore cette voie n'est pas un « *remède miracle* »[425] si l'utilité du contrat ne se limite qu'à un transfert des risques et du financement sans que les avantages retirés en contrepartie soient supérieurs[426].

Les imperfections et les doutes subsistant autour des outils contractuels existant à l'heure actuelle sont de nature à justifier une certaine méfiance de la part des acteurs publics, notamment et en particulier au regard des enjeux financiers et de la situation économique actuelle. Dès lors, entre multitude de contrats existants et véritable démarcation d'un outil par rapport aux autres, il est plus que jamais temps de se poser la question du libre choix de la collectivité. En théorie nous répondrons par l'affirmative puisque le choix du mode de gestion reste libre, pour autant la pratique démontrera le contraire puisque le projet « suggèrera » fatalement le recours à un montage particulier.

Le double paradoxe de la multitude de contrats globaux existant et de l'auto-détermination du choix par la nature du projet ne permet pas, en l'état[427], d'être d'un optimisme profond pour l'avenir de la liberté contractuelle des collectivités territoriales ainsi que pour celui de libre administration. Pour autant l'utilisation des contrats globaux, et notamment du contrat de partenariat public-privé, est également soumise à la satisfaction de critères préalables, rendant, encore une fois, la liberté contractuelle des collectivités publiques limitée par la recherche d'une certaine « rentabilité » entre la nature projet à réaliser et le contrat qui en sera le support. La liberté de choix pourra même encore être réduite par l'examen des volets juridiques et financiers du projet dont les conclusions amèneront la collectivité vers la seule solution contractuelle possible pour la réalisation du projet en cause. C'est dans cette logique que s'inscrit le contrat de partenariat, lui permettant de s'imposer dans la catégorie des contrats globaux, puisque son utilisation reste soumise à la satisfaction d'un « *bilan coût/avantage* »[428] pour la collectivité et le projet[429].

---

[425] V. A. Ménéménis et P. Vandevoorde, « La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », LPA, 27 août 2010, n°171, p.9

[426] F. Linditch, « Mieux acheter pour un meilleur service public : des marchés publics complexes au partenariat public-privé », Contrats et marchés publ., juill. 2008, n°76, p.3 ; S. Pignon, « L'évolutivité du contrat de partenariat public-privé, un atout pour les projets publics ? », LPA, 10 juin 2008, n°116, p. 11.

[427] Notons cependant que les réformes en cours devraient permettre de corriger cet état de fait.

[428] « Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable précisant les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. », art L. 1414-2-I CGCT.

L'utilisation des contrats globaux, qu'il s'agisse des partenariats public-privé, des baux emphytéotiques administratifs, des autorisations d'occupations temporaires etc.… reste conditionnée de façon générale, du moins encadrée. Ce phénomène, nécessaire néanmoins au vu des enjeux financiers particuliers qu'ils représentent pour les collectivités, tend également à réduire en pratique leur liberté contractuelle.

Paragraphe 2. La liberté contractuelle limitée par la spécificité des contrats globaux

Les personnes publiques bénéficient, nous l'avons dit, d'une liberté contractuelle qui n'a jamais été aussi importante. Il n'est alors pas question de dramatiser en laissant entrevoir l'image d'une Administration enchaînée par une lourdeur procédurale apparemment insurmontable. Pour autant, comme toute action d'une collectivité territoriale, le recours au procédé contractuel doit être réalisé de telle sorte qu'il satisfasse l'intérêt général puisque le premier bénéficiaire restant à la fois le service public ainsi que ses usagers. Les contrats globaux, dans leur ensemble, constituent ce qui est maintenant communément appelé, des « *techniques dérogatoires* »[430] de la commande publique ; il n'est alors pas surprenant que les possibilités de recours soient plus strictes, au risque de donner le sentiment de limiter la liberté contractuelle des acteurs publics. L'usage des contrats globaux demeure conditionné à la satisfaction de plusieurs critères (I), la nouveauté de ces techniques amenant le juge à être d'une particulière vigilance quant à leur utilisation (II). L'obligation d'insérer des clauses obligatoires est un très bon exemple de ce paradoxe (III). Le tableau n'a pas à être noir pour autant puisque les restrictions existantes demeurent explicables par l'aspect dérogatoire des contrats globaux ainsi que par les marges de manœuvres qu'ils offrent dans la mesure où leur utilisation est justifiée (IV).

I. Des conditions restrictives de recours aux contrats globaux

Le libre choix d'un montage juridique donné pour la réalisation d'un projet public, à défaut d'être inexistant, demeure conditionné par différents éléments (qu'ils soient financiers,

---

[429] Art. L1414-2 CGCT ; V. également, J.-M. Peyrical, F. Martin et F. Gabillon, « Le contrat de partenariat : un outil de gestion du patrimoine des services publics », C.P-A.C.C.P, oct. 2008, n°81, p.77 ; J. Grand d'Esnon, « La nouvelle loi PPP : grandes satisfactions et petits regrets », R.L.C.T, oct. 2008, n°39, p.2.

[430] V. notam. N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc. ; X. Bezançon, C. Cucchiari et P. Cossalter, *Le guide la commande publique*, préc.

économiques voire juridiques) qui balisent la voie que va suivre la collectivité territoriale. Là où le principe de liberté contractuelle, reposant lui-même, pour se situer à l'échelon local, sur celui de Libre administration des collectivités locales induit que le choix entre tel ou tel montage juridique soit fait de la façon la plus libre qu'il soit. Il arrive alors que ce choix se fasse par défaut plus que par une réelle volonté d'utiliser un contrat spécifique. De la même façon, certains montages peuvent être vus comme le moyen de contourner des difficultés qui sont de plus en plus d'ordre financier. C'est ainsi que le contrat de partenariat public-privé, notamment, a été vu comme un moyen de faire supporter à un partenaire privé à la fois le risque ainsi que le financement de l'ouvrage objet du contrat. Les contrats globaux dans leur ensemble sont le plus souvent vus comme un moyen, nous l'avons dit, de contourner certaines contraintes inhérentes au droit public, notamment concernant de marchés publics. Pour autant, leur utilisation reste conditionnée à la satisfaction de certains prérequis afin que ces montages juridiques, aussi intéressants soient-ils, ne deviennent pas une sorte d'Eldorado pour des collectivités peu raisonnables.

Ainsi l'utilisation du bail emphytéotique administratif reste soumise à la démonstration de l'accomplissement d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général[431]. Cette contrainte n'en est pas véritablement une dans la mesure où l'Administration contracte très souvent en vue d'assurer l'une de ses missions de service public, pour autant l'utilisation du BEA peut se faire hors de ce contexte tout en restant circonscrite à la limite du champ de l'intérêt général[432]. Ce phénomène peut s'expliquer de deux façons : d'une part les considérations liées aux « *exigences constitutionnelles liées à la protection du domaine public* »[433] voulant que le domaine public ne puisse être grevé sur une trop longue période sans que cette occupation ne fasse l'objet d'une « *contre partie appropriée* »[434] et, d'autre part, afin de s'assurer – par le biais de l'analyse du lien avec une mission de service public ou l'intérêt général – que ce contrat dérogatoire ne soit pas utilisé de manière détournée en vue d'une opération qui ne satisferait que des intérêts privés. Cela ne constituant d'ailleurs pas une entrave manifeste à son utilisation puisque, en l'absence de

---

[431] Art. L1311-2, CGCT : « *Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence* […]».

[432] V.notam. G.Eckert, JurisClasseur Contrats et Marchés publics, Fasc. 610, *bail emphytéotique administratif*.

[433] P. Le Bouedec, « BEA des collectivités locales et intérêt général », C.P-A.C.C.P, n°108, mars 2011, p.32 ; plus généralement V. également le dossier « Les baux emphytéotiques administratifs », C.P-A.C.C.P, n°108, mars 2011.

[434] Cons. const. déc. n° 94-346 DC, 21 juill. 1994 ; décision confirmée par les décisions n°2003-473 DC du 26 juin 2003 et n°2010-67/86 QPC du 17 déc. 2010.

mission de service public, la notion d'intérêt général est appréciée de manière conciliante par le juge. Le meilleur exemple restant encore le fameux arrêt *SA Sofap Marignan immobilier*[435] dans lequel le juge a admis la régularité d'un BEA dont la satisfaction de l'intérêt général ne représentait qu'une partie minoritaire du projet immobilier qui accueillait une partie des locaux de l'hôtel de ville dans un bâtiment comprenant en grande partie des bureaux privés. Pour autant l'utilisation de ce montage juridique ne permet pas de contourner le système, ainsi un décret du 30 décembre 2011[436] est venu insérer l'obligation d'effectuer une évaluation préalable dans l'élaboration des BEA conclus par les collectivités territoriales pour les besoins de justice, de police ou de gendarmerie nationale[437]. Là encore, ce n'est pas un barrage qui est mis sur la route de la conclusion de tels baux puisque le décret prévoit que soit obligatoirement appliquée cette évaluation, semblable à celle que l'on retrouve dans les contrats de PPP, dès l'instant où l'opération envisagée donne lieu à un loyer annuel hors taxes supérieur à 1 million d'euros.

De la même façon, le recours aux, si à la mode, contrats de PPP reste soumis à un cadre particulier symbolisé notamment par l'évaluation préalable[438]. Ce procédé doit ainsi servir à déterminer la pertinence de l'utilisation d'un tel montage juridique en réalisant une sorte de bilan « *coût / avantage* »[439]. Dans un moment où l'action publique doit être menée de manière raisonnée[440] sur le plan financier et sûre sur le plan juridique, ce type d'analyses de la « rentabilité » du montage choisi afin de réaliser un projet vont se multiplier, qu'elles soient incontournables comme dans les exemples soulevés ou non. L'utilisation de montages complexes conférant un droit réel, regroupant essentiellement les BEA et les AOT[441], n'est possible que dans le cadre du respect d'un certain nombre de conditions, essentiellement liées à la protection du domaine public[442]. Le juge reste d'ailleurs particulièrement vigilant vis-à-vis

---

[435] CE, sect., 25 fév. 1994, *SA Sofap-Marignan Immobilier*, Rec. p.94 ; AJDA 1994, p.550, note H. Périnet-Marquet ; RFDA 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova.

[436] D. n° 2011-2065, 30 déc. 2011, JO 31 déc. 2011.

[437] Art. R1311-1 et R1311-2 CGCT.

[438] Art. L1414-2 CGCT.

[439] Pour reprendre l'expression du célèbre arrêt : CE, ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvel-Est*, Rec. 409, concl. Braibant ; AJ 1971.404, chr. Labetoulle et Cabanes, AJ 1971-463, concl. Braibant ; RA 1971.422, concl. Braibant ; CJEG, 1972.J.38, note Virole ; D. 1972.194, note Lemasurier ; JCP 1971.II.16873, note Homont ; RDP 1972.454, note M. Waline.

[440] J-F. Auby, « Evaluation et gestion locale », La Gazette des communes, 5 mai 2003, p.222 ; D. Huron et J. Spindler, « Le management public en mutation », L'Harmattan, 2008.

[441] M-H. Pero Augereau-Hue et B. Delorme, « Bail emphytéotique administratif / Autorisation d'occupation temporaire du domaine public : lequel choisir ? », BJCP, n°90, p.327 et s. ; De manière générale, V. « Propriétés publiques, quels contrats pour quels projets ? », 109ème congrès des notaires de France, juin 2013.

[442] N.Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc., p. 150 et s.

de l'utilisation de ces formules contractuelles, qui demeurent dérogatoires malgré leur démocratisation, afin qu'elles ne soient pas le support de « détournements de procédure »[443].

Le recours aux contrats globaux de la commande publique semble être, aujourd'hui, la solution pour que les collectivités publiques puissent continuer à réaliser des équipements dont le financement est assuré par le partenaire privé. Pour autant l'utilisation de ces formules contractuelles dérogatoires reste à la fois conditionnée, nous l'avons dit, et surveillée par le juge dont l'office a également grandement évolué à l'endroit des contrats publics.

II. Le contrôle accru du juge sur le recours aux contrats globaux de la commande publique

Outre les traditionnelles méthodes de contrôle de la légalité des contrats[444], le juge administratif, en matière contractuelle, a vu son office nettement évoluer, avec le tournant opéré par le fameux arrêt « *Tropic* »[445], notamment a propos de la passation[446] et de l'exécution[447] des contrats administratifs, participant à la fois à garantir une sécurisation des relations contractuelles entre les parties tout en faisant inévitablement planer un risque contentieux dont les collectivités publiques ainsi que les partenaires privés se passeraient volontiers. En effet, les collectivités territoriales, locales notamment, ont toujours eu un souci particulier vis-à-vis de la qualification juridique d'un contrat ainsi que sur son mode de passation. Ces préoccupations de sécurité juridique ont connu leur moment de gloire, en particulier dans le cadre de l'identification et de la détermination de la frontière entre DSP et concessions par exemple[448]. L'avènement des contrats globaux de la commande publique

---

[443] CE, Sect., 8 févr. 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne*, Rec. CE, p.41 ; F. Llorens, CJEG, 1991, p.251 ;

[444] Les contrats des personnes publiques doivent être transmises au préfet dans le cadre classique du contrôle de légalité, V. art. L2131-2-4°, L. 3131-2-4° et L. 4141-2-3° du CGCT ; Pour un point plus global, V. J-D. Dreyfus, « Les contrôles sur les contrats des collectivités territoriales », Contrats et marchés publ., mai 2007, n°5, p.28 ; En matière de contrôle de légalité des pièces du contrats : V. notam. Art. L1414-15 du CGCT a propos des PPP.

[445] CE. Ass., 16 juill. 2007, *Société Tropic travaux signalisations Guadeloupe*, req. n° 291545, C.P-AC.C.P, n°70, octobre 2007, p.40 et s. ; RFDA 2007. 696, concl. Casas ; RFDA 2007, p.923, note Pouyayd, p.935note Canedo-Paris ; AJDA 2007, p.1577, chron. Lenica et Boucher.

[446] V. notam. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 7ème éd., L.G.D.J, p.160 et s. ; J-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration* », Dalloz, 2009 ; P. Cassia, *La pratique des référés précontractuels*, Litec, 2008 ; « Contentieux contractuel : bilan de cinq années d'évolution », CP-ACCP, n°123, juillet-août 2012, Dossier spécial, p.26 et s.

[447] La jurisprudence récente mettant en avant l'importance de « l'objectif de stabilité des relations contractuelles. A ce sujet V. CE, sect. 28 déc. 2009, req. n° 304802, *Commune de Béziers*, Contrats et marchés publ. 2010, comm. 85 et repère 2, note F. Llorens et P.Soler-Couteaux ; CE, 9 avril 2010, req. n° 309480, *Commune de Levallois-Perret*, Contrats et marché publ. 2010, comm. 229, note Ph. Rees ; CE, ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, AJDA 2010, p.142 chron. Lieber et Botteghi, BJDCP 2010, n°69, p.138, concl. Glaser.

[448] Une question qui n'est pas encore tout à fait tranchée. V. par ex. à ce sujet : L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, préc., p. 493 et s.

projette maintenant les préoccupations de ces collectivités vers des questions de contenu des contrats ainsi que les capacités et compétences, à la fois financières et techniques, qu'elles doivent détenir afin de ne pas se mettre, et mettre l'existence du contrat en danger[449]. Ces contrats globaux sont, par leur aspect dérogatoire à un système bien établi dans la commande publique, plus difficilement cernables et leur sécurité juridique s'en trouve fragilisée. Le développement progressif de la constitution de droits réels sur le domaine public a néanmoins permis le développement de leur utilisation[450].

Le succès des BEA ne fait plus de doute aujourd'hui, c'est leur utilisation massive qui a d'ailleurs engendré l'extension de leur utilisation à l'Etat[451]. Pour autant le recours à cette formule contractuelle reste également circonscrit à la satisfaction de conditions bien précises, qui n'ont pas vocation à être contraignantes mais à garantir les intérêts du domaine public puisque ces contrats permettent de déroger à l'interdiction de constitution de droits réels sur le domaine public pouvant être hypothéqués par le cocontractant privé. Il a ainsi été jugé que peuvent faire l'objet d'un BEA l'ensemble des dépendances du domaine public à l'exception de la voirie et de ses accessoires[452]. Ainsi le critère de la mission de service public[453], et donc d'intérêt général, posée par le Code général des collectivités territoriales[454] n'est pas un obstacle majeur en raison de la large interprétation faite de cette notion bien que la condition d'exercice d'une mission pour la collectivité bailleresse soit un obstacle parfois plus difficile à franchir[455].

---

[449] V. « Les collectivités territoriales face au risque contentieux », dossier spécial, A.J.C.T 2012, p. 161 et s ; « Contentieux contractuel : bilan de cinq années d'évolution », dossier spécial, C.P-A.C.C.P, juillet-août 2012, n°123, p. 25 et s.

[450] V. J-P. Colson et P. Idoux, Droit public économique, LGDJ, 4ème éd, p. 366 et s. ; P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA 1994 préc. ; N. Symchowitz, « L'apport de l'ordonnance du 21 avril 2006 au droit public des montages contractuels complexes », C.P-A.C.C.P, juill.-août 2006, p.74 ; P. Delvolvé, « Les contrats globaux », RFDA 2004, p.1079.

[451] Extension réalisée par la loi du 29 août 2002 sur la sécurité intérieure, préc.

[452] TC. 17 oct. 1988, *Commune de Sainte-Geneviève-des-Bois*, D. 1989, p. 173, note Prétot ; CE, 18 oct. 1995, Commune de Brive, Rec. 356.

[453] Art L. 1311-2-al 2 CGCT : « *Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie* ».

[454] Art. L.1311-2-al 1 CGCT : « *Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public ou en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ou, à l'exception des opérations réalisées en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public, de leur restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur de ce bien ou, jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou, jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif* ».

[455] TA, Orléans, 2 novembre 1993.

Les contrats de PPP sont encore l'exemple le plus probant des raisons de méfiance qu'ont entretenu les collectivités publiques à leur égard. Dans leur première version, issue de l'ordonnance du 17 juin 2004, les conditions d'utilisation justifiaient une utilisation exceptionnelle, conformément à la volonté de limiter les dérogations aux principes traditionnels de la commande publique : la maîtrise d'ouvrage publique notamment. Ces marchés publics « à paiement différé » au sens du droit français (demeurant néanmoins des marchés publics au sens du droit communautaire[456]) ont fait l'objet d'une attention particulière de la part, notamment, du Conseil constitutionnel qui a souhaité limiter les hypothèses d'utilisation[457]. La volonté d'exclure ces contrats du champ du Code des marchés publics[458] a justifié le franchissement d'étapes préalables ainsi que le respect des restrictions posées par la jurisprudence constitutionnelle. Tant la nouveauté de la formule que les restrictions existantes[459] autour de son utilisation n'ont pas permis au contrat de PPP de connaître un franc succès. La loi du 28 juillet 2008[460] va être l'élément de relance, facilitant théoriquement le recours. En effet, outre l'assouplissement de la condition d'urgence[461], le critère dit de « *l'efficience* »[462], introduit par cette loi offre une marge de manœuvre considérable et facilite nettement le recours au contrat de PPP. Les différentes conditions de recours restent toujours scrutées par le juge qui a globalement tendance à avoir une « *interprétation compréhensive* »[463] de la notion d'urgence. Pourtant, la jurisprudence récente l'a montré, le juge reste particulièrement vigilant sur le recours au PPP, dans un arrêt de juillet 2012[464], la Cour administrative d'appel de Bordeaux a rappelé que la condition de complexité

---

[456] V. notam. CE, 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, req. n° 269814, 271119, 271357 et 271362, Rec. p.392, RFDA 2004, p. 1103, concl. D. Casas ; Contrats et marchés publ. 2004, comm 249 note G. Eckert ; AJDA 2004, p. 2384, chron. C. Landais et F. Lenica.

[457] Cons. const., déc. n°2003-473 du 26 juin 2003, préc. ; RFDC 2003. 772, comm. Fatôme et Richer. ; CC, n°2004-506, du 2 décembre 2004, préc.

[458] CE, 29 oct. 2004, *Sueurs et autres*, préc. ; V. N. Symchowitz, L. Rapp et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, Lamy, 2013, p. 4497 et s.

[459] J. Leraut, « Réflexion sur les conditions d'urgence et de complexité justifiant le recours au contrat de partenariat », BJCP 2005, n°42, p.343 ; V. également, Ministère de l'Economie et des Finances, « Le contrat de partenariat : guide des bonnes pratiques », 2005.

[460] L. 2008-735, préc. ; V. F. Lichère, « Le projet de loi sur les contrats de partenariat : vers l'extension et la clarification du partenariat public-privé », AJDA 2008, p.123 ; JCP A 2008, n°37, p.17, comm. F.Linditch.

[461] Art. L. 1414-2-II-2° : « *Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de 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* ».

[462] Qui consiste à démontrer que le recours au contrat de partenariat est plus intéressant pour un projet donné que le recours à n'importe quel autre contrat de la commande publique.

[463] CE, 23 juill. 2010, *Lenoir, syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment*, req. n°326544, Rec. CE 2010, p. 339, Contrats et marchés publ. 2010, comm. 318, note G. Eckert, RJEP 2011, n°2, note F. Brenet.

[464] CAA Bordeaux, 26 juill. 2012, n° 10BX02109 ; V. P. Le Bouedec, « Contrat de partenariat et critère de complexité », CP-ACCP, oct. 2012, n°125, p55.

devait être démontrée par la collectivité[465] et ne pas se limiter à la simple « *pertinence du recours au contrat de partenariat* » telle qu'admise par la Mission d'Appui au PPP[466].

La multiplication des marchés globaux renforce théoriquement la liberté contractuelle des personnes publiques. Pour autant elle s'en trouve, en pratique, affectée par l'obligation de faire figurer des clauses dans le contrat. Cette limitation d'apparence n'étant pour autant qu'un moyen de parer aux difficultés d'utilisation de nouveaux instruments tels que les contrats de PPP notamment.

III. Le paradoxe des clauses obligatoires des contrats globaux

Afin de garantir une certaine facilité de mise en œuvre des marchés globaux tels que le contrat de PPP, l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoyait déjà un filet de sécurité se manifestant par l'obligation de faire figurer certaines clauses obligatoires[467]. Ainsi un contrat de PPP doit comporter « *nécessairement des clauses relatives* » à :

1- La durée, qui est conditionnée par le type de financement ou le temps nécessaire à l'amortissement du financement ;
2- Le partage des risques entre personne privée et publique ;
3- Les objectifs de performance, pouvant porter tant sur le service que sur les ouvrages ;
4- La rémunération du cocontractant ;
5- Aux modalités de contrôle de l'exécution du contrat par la personne publique sur le cocontractant ;
6- Aux obligations du cocontractant de garantir le respect de l'affectation des ouvrages ;

---

[465] CAA Bordeaux, 26 juill. 2012, préc. « *Considérant que le contrat de partenariat constitue une dérogation au droit commun de la commande publique, réservée aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général les justifiant ; que répondent à un tel motif, outre l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet, sa complexité, entendue comme mettant objectivement la personne publique dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ; que l'incapacité objective de la personne publique à définir seule ces moyens doit résulter de l'inadaptation des formules contractuelles classiques à apporter la réponse recherchée ; que la démonstration de cette impossibilité incombe à la personne publique, et ne saurait se limiter à l'invocation des difficultés inhérentes à tout projet ; qu'à cet égard, ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis de la mission d'appui au partenariat public privé ne sauraient constituer, devant le juge, la preuve de la complexité invoquée ; que la possibilité ouverte à la collectivité publique par l'article L. 1414-13 de ne confier à son cocontractant qu'une partie de la conception de l'ouvrage ne saurait la dispenser de justifier de son incapacité à mener à son terme la part de l'ouvrage réalisée en partenariat, du fait de sa complexité* ».

[466] MAPPP, Avis n°2007-4 sur le projet d'extension du Musée de la Mer et de construction de la Cité du Surf et de l'Océan de Biarritz, http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/Avis/avis_2007_04_pole_ocean_biarritz.pdf.

[467] Ord. 17 juin 2004, préc., art. 11.

7- Aux modalités de contrôle du respect des engagements pris sur des objectifs de performance ainsi que sur l'attribution d'une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises ;
8- Aux sanctions et pénalités applicables en cas de non respect des obligations fixées, notamment pour le non respect des objectifs de performance ;
9- Aux conditions dans lesquelles la modification ou la résiliation du contrat peuvent être envisagées ;
10- Au contrôle que doit avoir la personne publique en cas de cession du contrat ;
11- Aux modalités nécessaire à assurer la continuité du service public en cas de défaillance du cocontractant privé ;
12- Aux conséquences de fin, qu'elle soit anticipée ou non du contrat (en particulier concernant la propriété des ouvrages construits) ;
13- Aux modalités de règlement et de prévention des litiges ainsi que du recours éventuel à un arbitrage[468].

La principale conséquence de ce souci de précision peut évidemment être la remise en cause des contrats ne comportant pas l'ensemble de ces clauses. Ainsi pour palier à ce paradoxe de la présence de clauses obligatoires dans un marché global qui, presque par définition, aurait vocation à laisser les parties totalement libres puisque s'agissant précisément d'une logique partenariale, la MAPPP a élaboré un « *clausier-type* »[469]. Cette logique d'accompagnement des personnes publiques dans une logique de marché global se retrouve également pour les marchés de CREM-REM et ne se limite pas au contrat de PPP[470].

Bien que le peu de marge de manœuvre pour la collectivité publique puisse être vu comme une atteinte à sa liberté contractuelle, la complexité et la nouveauté de ces marchés globaux justifie ces limitations afin que l'équilibre contractuel soit assuré. L'énumération des points visés par l'ordonnance du 17 juin 2004 mettant en évidence le fait que l'élaboration d'un marché global est une démarche à la fois lourde et délicate pour une personne publique, notamment de taille modeste, dont les services ne sont pas toujours « armés » pour faire face à l'importance d'un tel contrat. Dès lors cette obligation de faire figurer au contrat une panoplie de clauses types s'apparente plus à une sécurité pour la personne publique qu'à une

---

[468] Ord. 17 juin 2004, art. 11 préc. ; V. égal. F. Lichère & consorts, *Pratique des partenariats public-privé*, Litec, 2ème éd., p. 142 et s.

[469] http://www.economie.gouv.fr/Node/81748

[470] E. Cloâtre, « Bercy met en ligne un clausier type », Le Moniteur, http://www.lemoniteur.fr/165-commande-publique/article/actualite/702147-contrat-de-performance-energetique-bercy-met-en-ligne-un-clausier-type.

contrainte. Il est en effet bien plus questions d'assurer la légalité et la sécurité juridique du contrat afin d'éviter un risque d'annulation ou de requalification.

Pour tempérer ce qui pourrait être vu comme une atteinte à la liberté contractuelle des collectivités territoriales notamment, le Gouvernement, lors de l'élaboration de l'ordonnance sur les contrats de partenariat, a certes prévu la nécessité de faire figurer des clauses obligatoires dans le contrat tout en admettant une liberté d'action dans leur négociation et donc leur contenu afin de laisser place à une certaine ingénierie contractuelle. L'évaluation préalable et le contrôle du juge reste, quoi qu'il en soit, un garde-fou à d'éventuels contournements de ce dispositif.

Tant la complexité de la mise en œuvre de tels contrats que le risque, notamment, de l'annulation par le juge contribuent encore à cultiver une certaine méfiance des personnes publiques vis-à-vis de tels outils.

Pour autant leur utilisation s'accentue mais reste encore fébrile tant l'ambition nourrie autour des PPP en particulier était et demeure grande. Les restrictions d'utilisation pourraient être regrettées, vues comme un frein administratif à l'activité économique et au développement de projets publics, pour autant leur aspect dérogatoire au droit commun de la commande publique justifie encore un certain encadrement.

IV. Une limitation justifiée par l'aspect dérogatoire des contrats globaux

L'utilisation des contrats globaux de la commande publique demeure particulièrement voire paradoxalement encadrée, nous l'avons dit. Ce phénomène pourrait apparaître comme surprenant s'il n'était pas mis en perspective. En effet, quel intérêt y a t'il à engager un mouvement législatif si important s'il doit avoir un effet limité ? Précisément car les enjeux de tels contrats sont colossaux et qu'il ne faut pas que leur utilisation ne se limite qu'à être un « détournement de pouvoir » voire une « fraude à la loi » comme l'a reconnu le Conseil d'Etat[471] a propos de la Vente en l'Etat Futur d'Achèvement[472]. L'utilisation des contrats globaux de la commande publique, quels qu'ils soient, heurte presque fatalement deux grands principes qui gouvernement le droit de « l'achat public » depuis toujours.

---

[471] CE, sect., 8 fév. 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de Haute-Garonne et autres*, Rec. CE, p.451 ; RFDA, Janv.-Fév. 1992, p.48, concl. Pochard ; AJDA, 1991, note Delcros ; RDP, 1991, p. 1137, note J.-M. Auby.

[472] En ce sens, V. notam., N. Symchowitz, Partenariats public-privé et montages contractuels complexes, préc., p. 134 et s.

En effet, jusqu'à présent la personne publique avait le choix de réaliser un ouvrage sous sa propre maîtrise d'ouvrage ou la conclusion d'une concession avec une personne privée, permettant ainsi la réalisation d'un équipement sous couvert de la prise en charge d'un service public ou d'un aménagement. L'obligation de principe de recourir à la maîtrise d'ouvrage publique[473] pour les personnes publiques reconnues comme maîtres d'ouvrage au sens la loi MOP[474] était jusqu'à présent considérée comme un principe. Cette obligation d'assurer la maîtrise d'ouvrage implique alors nécessairement l'allotissement du marché ainsi que l'ensemble des obligations liées à la qualification de marché public de l'opération concernée. L'élaboration de montages contractuels complexes et l'émergence des contrats globaux de la commande publique ont eu vocation à parer à cette lourdeur du droit administratif trop souvent incompatible avec la réalité des personnes publiques[475].

Au delà de cette obligation d'assurer la maîtrise d'ouvrage pour une personne publique, le second point important tient au respect des règles de la domanialité publique[476]. En effet le Conseil constitutionnel l'a lui même souligné dans sa décision du 26 juin 2003[477]. Effectivement le principe de l'inaliénabilité du domaine public ne peut qu'être un obstacle à la conclusion de contrats conférant des droits réels au partenaire privé. Ainsi le crédit-bail ne pouvait permettre le financement d'un ouvrage, sur le domaine public, affecté à un service public puisque l'organisme de crédit en aurait été propriétaire jusqu'au terme du contrat[478]. Il en allait de même pour l'ensemble des contrats de bail tel que le BEA, le bail à construction ou à réhabilitation[479].

Aussi l'existence actuelle de contrats permettant de déroger à ce « régime général » de la commande publique implique nécessairement que soient mis en place un certain nombre de garde-fous, notamment en raison de l'importance des volumes financiers qu'ont ces contrats globaux. Que le juge ait été particulièrement vigilant lors de leur création semble alors assez logique afin que ne soit pas « privatisée » l'action publique ; dans un souci de bonne gestion

---

[473] CAA, Paris, 18 avr. 1997, n°96PA02001 et 96PA02110, *Compagnie générale des eaux et Syndicat des eaux d'Île de France c/ Préfet de la Région Île de France*, RFDA, 1997, p. 1149. Sur cette question, V. notam. L. Rapp, N. Symchowiz et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, Lamy, préc. ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, préc. ; N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc.

[474] L. n°85-704, 12 juill., 1985, préc.

[475] J.-F. Brisson, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public – Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », AJDA, 2005, p.591.

[476] V. Lamy *Droit public des affaires*, Lamy, préc. ; *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc.

[477] Préc.

[478] CE, avis, 30 mars 1989, EDCE, 1989, n°41, p.236.

[479] CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat-Crédit foncier de France*.

des deniers publics, il reste également attentif lors de leur passation, vérifiant ainsi que l'ensemble des critères à remplir l'aient été[480]. Aussi la spécificité et la nouveauté, et par voie de conséquence, de pratique et de recul, de ces contrats implique nécessairement une limitation de leur utilisation afin que les collectivités publique ne soient pas « piégées », notamment sur le plan financier et budgétaire, par des marchés globaux qui les mettraient à genou. C'est notamment pour cette raison qu'un nouveau « guide des bonnes pratiques » a été publié en 2012[481].

Les personnes publiques ont de nouveaux contrats à disposition, leur offrant ainsi une plus grande liberté dans la réalisation d'équipements publics notamment, pour autant le recours à ces contrats, de PPP en particulier, fut timide à leurs débuts et une réforme intervenue quatre années plus tard les a relancés en adoucissant les conditions d'utilisation. Depuis les personnes publiques semblent s'acclimater à ces nouveaux outils, à un moment précis où les premiers retours d'expériences surgissent. L'ajout de plusieurs strates, ces dernières années, au « millefeuilles » contractuel semble avoir, paradoxalement, terriblement compliqué un domaine qui n'en avait d'ores et déjà pas besoin. Au risque de voir la liberté contractuelle des collectivités remise en cause, non pas forcément pour des raisons juridiques (du moins pas intégralement) mais financières, économiques voire même d'opportunité.

Section 2 – Une remise en question de la libre administration des collectivités territoriales ?

Il ne suffit pas qu'une collectivité publique fasse le choix d'utiliser un contrat global pour que cela suffise. En effet le recours à ce type de contrat reste contraint par différentes conditions à satisfaire, de telle sorte qu'il pourrait être craint que la liberté contractuelle des collectivités territoriales soit impactée de fait. La difficulté technique et le manque de clarté sont des éléments, parmi d'autres, qui peuvent participer à ce que les collectivités territoriales se dirigent presque automatiquement vers tel ou tel type de contrat en fonction de leur capacité à en gérer l'élaboration et l'exécution par exemple (paragraphe 1). De plus, cette difficulté d'approche des contrats globaux peuvent être la source de difficultés qui peuvent être liées à des relations contractuelles entre partenaire privé et collectivité publique qui se

[480] CAA Bordeaux, 26 juill. 2012, n° 10BX02109, préc.

[481] Circ. 14 févr. 2012 portant Guide des bonnes pratiques du droit des marchés publics à la lumière du droit de la concurrence, NOR EFIMI1201512C, JO. 15 févr. 2012 ; V. C.Prébissy-Schnall, Contrats Concurrence Consommation, n°4, avril 2012, comm. 101

révèleraient être déséquilibrées (paragraphe 2). La pratique des marchés globaux de la commande publique, des partenariats public-privé en particulier depuis une décennie, met ainsi en avant la nécessité de trouver un juste équilibre afin d'offrir une réelle liberté de choix aux collectivités territoriales (paragraphe 3).

Paragraphe 1. La libre administration et les difficultés d'utilisation des contrats globaux

La pratique des marchés globaux, notamment des partenariats public-privé, a récemment montré l'intérêt porté à leur endroit par des acteurs « importants », l'Etat en particulier ainsi que les grandes collectivités territoriales telles que les régions ou les départements par exemple (I). Les collectivités locales de taille plus modeste n'ayant pu que s'adapter par la suite (II).

I. Le constat d'une utilisation par des acteurs importants

Le contrat de PPP fut conçu pour être un « contrat d'Etat », permet à la fois une plus grande souplesse d'action du fait de la globalité de la prestation (détournant ainsi d'une certaine façon la lourdeur des marchés publics classiques notamment) ainsi que la possibilité de lisser dans le temps le paiement d'un équipement. De fait, l'utilisation de ce contrat ne peut décemment pas être envisagée pour la réalisation de petits équipements par des collectivités territoriales de taille modeste. Avant la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008, le nombre de contrats conclus était d'ailleurs relativement modeste[482]. Il est cependant vrai que cette réforme a permis de libéraliser le recours au contrat de PPP tout en prenant en considération de problématiques à la fois réelles et locales, qu'il s'agisse des questions telles que la place des Petites et Moyennes Entreprises (PME) dans les montages effectués le plus souvent par des grands groupes de travaux publics[483]. Le peu de contrats qui furent signés, lors des premiers balbutiements du contrat de PPP, l'ont été en majorité par l'Etat[484]. Depuis le

[482] V. Rapport d'activité de la MAPPP 2007-2009.

[483] X. Bezançon, « Le PPP, véritable vecteur de relance ? », CP-ACCP, n°89, juin 2009, p. 35 et s.

[484] V. www.ppp.bercy.gouv.fr ; B. Martor et Y. Pons, « Réforme des PPP : quand la nécessité fait loi », Mon TP, 15 fév. 2008, p.86.

mouvement de libéralisation de l'utilisation de ces contrats, les collectivités publiques ont montré qu'elles avaient du mal à « *se passer du PPP* »[485].

Et c'est sur ce point que doivent exister certaines inquiétudes. En effet, les élus locaux ainsi qu'un certain nombre de collectivités territoriales qui ne sont pas toujours « armées » pour pouvoir analyser l'ensemble des tenant et aboutissant d'un contrat de PPP. Dès-lors, le risque de se retrouver piégé par des engagements contractuels mal considérés lors de l'élaboration du contrat est extrêmement important. Or la véritable question de la liberté contractuelle des collectivités territoriales se situe à cet endroit précis, au fait qu'elles aient pu signer un contrat global de ce type tout en n'ayant pas évaluer à sa juste mesure l'importance, par exemple, des frais financiers du montage contractuel qui seraient de nature à le rendre moins concurrentiel que l'utilisation d'un montage contractuel complexe *ad hoc*.

Lors de la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008, des voix s'élevaient déjà contre le système PPP, y voyant, avec méfiance, un outil procédural facilitant les démarches, procédures et permettant de ne pas mobiliser des volumes financiers colossaux pour un projet donné[486]. Car il ne peut être nié qu'une candidature spontanée, sur un équipement précis, fait à une collectivité territoriale à qui serait présenté un projet « clefs en main » est une chose séduisante dans une période où les capacités financières des personnes publiques tendent à diminuer. Pour autant, les premiers retours d'expérience en la matière vont vite montrer que la géométrie variable de l'utilisation parfois trop automatique de tels contrats[487] peut entraîner de lourdes conséquences.

Depuis 2004, l'ensemble des contrats signés à la fois par l'Etat et par les collectivités territoriales concernent, pour l'essentiel la construction de bien immobiliers (bâtiments, infrastructures sportives ou de transport par exemple)[488] et sont en majorité signés par des acteurs importants[489] et toujours remportés par l'un des trois grands groupes de BTP que sont Eiffage, Bouygues ou Vinci. Bien que les principaux exemples de grands chantiers soient

---

[485] I. Rey-Lefebvre et L. Clavreul, « Les collectivités ne peuvent plus se passer des PPP », Le Monde, 24 janv. 2012, p. 12.

[486] J. Arthuis, « Une fuite en avant qu'on ne pourrait plus contrôler », Le Parisien, 9 janv. 2012.

[487] http://www.batiactu.com/edito/ppp---les-partenaires-prives-seuls-grands-gagnants-30955.php

[488] V. http://www.economie.gouv.fr/ppp/contrats-signes

[489] Nous pourrons retenir les plus importants contrats que sont : contrat de PPP concernant la ligne à grande vitesse Tours-Bordeaux d'un montant de 7,8 milliards d'euros signé par Réseau Ferré de France (RFF), la ligne à grande vitesse Bretagne-Pays de Loire (3,4 milliards d'euros, contrat signé par RFF), le contournement ferroviaire Nîmes-Montpellier (1,8 milliards d'euros, signé par RFF), le Canal Seine-Nord (4,3 milliards, contrat signé par l'Etat) et le « Pentagone à la Française » que sont les nouveaux locaux du Ministère de la Défense pour un montant de 3,5 milliards d'euros.

signés par Réseau Ferré de France[490], qui n'est pas une collectivité territoriale, permet de mettre en avant toute la symbolique de la situation. Jusqu'à présent l'ensemble des observations et analyses se concentraient sur leur appartenance à telle ou telle catégorie de contrats (voire à une nouvelle), à leur méthode de financement voire à leur mode de passation. Les premiers retours d'expérience tendent à mettre en évidence que l'exécution des contrats de PPP doit être minutieusement analysée, presque contrat par contrat, afin d'en retirer la conclusion qui intéresse l'ensemble des acteurs et notamment les acteurs publics : aurait-il été possible de faire aussi bien si ce n'est mieux avec un autre outil contractuel[491] ? Il n'est pas encore tout à fait, à la fois possible et raisonnable, d'apporter une réponse claire à cette interrogation, pour autant l'analyse de pratiques existantes jusqu'à présent pousse à s'interroger, de la même façon que certains auteurs, sur les méfaits potentiels de l'outil en lui-même ou sur les craintes à avoir de l'utilisation qui en est faite[492]. Les collectivités territoriales plus modestes arrivent quand même à bénéficier des bienfaits du PPP puisque voyant des projets d'équipements sortir de terre, pour autant le constat est encore là, celui de la mutualisation d'opérations voire de la coopérations entre collectivités territoriales.

II. L'adaptation réalisée par des collectivités modestes

L'utilisation de contrats globaux tels que le contrat de partenariat public-privé a été attribué dans un premier temps à un véritable effet de mode voire à une volonté de contourner des branches du droit considérées comme trop contraignantes telles que le droit de la concurrence. Que l'utilisation du contrat de PPP soit parfois faite par « facilité » est certes une réalité, pour autant cela ne remet pas en cause la pertinence de l'utilisation de tels contrats. En effet, une collectivité territoriale, lorsqu'elle fait le choix de la gestion déléguée, doit théoriquement choisir la technique contractuelle la plus adaptée au projet considéré, l'outil juridique ayant le meilleur rapport « qualité / prix ». Le recours au PPP ne présente pas aujourd'hui une grande difficulté depuis l'élargissement des conditions d'utilisation issu de la réforme de 2008 (bien que la jurisprudence récente montre que le juge reste vigilant face à la potentielle souplesse de la MAPPP notamment sur l'évaluation de la complexité du projet[493]).

---

[490] Devenu depuis SNCF Réseau suite à l'adoption de la loi L. n° 2014-872 du 4 août 2014 portant *réforme ferroviaire*, unifiant RFF et la SNCF tout en conservant leur statut d'établissement public à caractère industriel et commercial.

[491] J. Bouillon, « Aspects juridiques en financement de projet de la « bancabilité » des contrats de partenariat et de délégation de service public », BJCP, 2011, n°81, p.89 ; P. Terneyre, « Le diable est-il dans les principes mêmes du contrat de partenariat ou dans les détails ? », CP-ACCP, oct. 2012, n°125, p. 31.

[492] P. Terneyre préc., note 396.

[493] CAA, Bordeaux, 26 juil. 2012, préc.

Pour autant cela n'empêche pas que certaines collectivités territoriales, et précisément de petite taille, soient amenées à mutualiser le projet de construction d'un équipement avec celui d'une autre. L'exemple de référence, puisqu'étant le premier en la matière, étant la coopération réalisée entre le Conseil général du Loiret et différentes communes de ce département[494]. Ce groupement dans la passation d'un PPP semble alors montrer tout l'intérêt que peut avoir une mutualisation des projets, parfois similaires (bâtiments scolaires, cantines etc.), tout comme cela met en exergue les limites du système puisque une collectivité seule aurait probablement utilisé les voies classiques de la commande publique que sont les marchés publics ou les DSP.

Le recours au contrat de PPP, tout comme aux contrats globaux ou montages contractuels complexes de façon générale, doit se justifier, nous l'avons dit, par le caractère complexe, urgent ou, à partir de la réforme issue de la loi du 28 juillet 2008[495], des conclusions tirées du « bilan coût / avantage » de l'utilisation de cette voie contractuelle par rapport à une autre. L'ensemble des contrôles préalables au recours au PPP devrait justement être un gage de sécurité pour la collectivité souhaitant faire des économies d'échelle[496]. Malgré cela l'utilisation de cet outil contractuel est perçu, dès ses débuts, comme une véritable fuite en avant permettant au cocontractant privé de prendre en charge des parties mal maîtrisées par la collectivité. Il est ainsi à craindre que nombre de procédures soient lancées et soient annulées par le juge car l'une des conditions de recours n'aura pas été remplie[497] ou parce que l'étude préalable aura été menée de façon légère pour ne pas dire faussée[498].

Au delà des inquiétudes légitimes à avoir au regard de ce mouvement récent de « ruée vers les PPP », les premiers retours d'expérience montrent que les collectivités se sont assez rapidement adaptées et ont pu conclure de nombreux contrats depuis la réforme du 28 juillet 2008 notamment. Les contrats signés concernent en général la réalisation d'ouvrages

---

[494] S. D'Auzon, « Deux collectivités du Loiret signent le premier PPP mutualisé », Le Moniteur, 30 mars 2012, http://www.lemoniteur.fr/165-commande-publique/article/actualite/17279475-deux-collectivites-du-loiret-signent-le-premier-ppp-mutualise

[495] V. S. Braconnier et F. Brenet, « Les nouvelles conditions du recours au contrat de partenariat », Contrats et marchés publ., nov. 2008, p. 39.

[496] V. M. Klopfer, « Le PPP : gain technique ou surcoût financier ? », Gaz. Cnes, 11 août 2008, n° 1944, p. 9.

[497] Pour un exemple de condition de complexité non reconnue au projet, voir le cas du Musée de la Mer de Biarritz : CAA Bordeaux, 26 juill. 2012, n° 10BX02109 ; V. P. Le Bouedec, « Contrat de partenariat et critère de complexité », CP-ACCP, oct. 2012, n°125, p55. ; Concernant l'annulation d'un PPP pour absence d'urgence V. TA Orléans, 29 avr. 2008, *Département du Loiret c/ Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment*, req. n° 0604132 et n°0604140, Contrats et marchés publ., juin 2008, n°36, p.26 note G. Eckert ; CP-ACCP, juill.-août 2008, n°79, p.76 ; AJDA, 23 juin 2008, p.1203, note J.-D. Dreyfus.

[498] V. M. Klopfer, *Gestion financière des collectivités locales*, éd. du Moniteur, 5e éd. sept. 2010, p.610 ; V. « Les collectivités ne peuvent plus se passer des PPP », préc.

modestes et touchent le plus souvent des domaines tels que l'éclairage public ou la construction de bâtiments d'enseignement[499]. Selon le rapport d'activité de la MAPPP pour les années 2007 à 2009, le contrat de PPP territorial « type » est signé par une commune de 25 000 habitants et concerne une opération d'éclairage public, son montant d'investissement étant compris en moyenne entre 15 et 20 millions d'euros hors taxes[500].

Le contrat de PPP s'est relativement bien inséré dans le catalogue de la commande publique, permettant tant à l'Etat qu'aux collectivités territoriales de trouver un outil à mi-chemin entre la DSP et le marché public. La pratique de ce type de contrat permet aujourd'hui de tirer les premières conclusions et il apparaît que les cas d'espèce se succèdent sans toujours se ressembler. En effet la spécificité des procédures, notamment l'évaluation préalable, ainsi que le minimum d'expertise nécessaire pour les conduire aboutissent parfois à des démarches insuffisamment rigoureuses. Les ratés des débuts du contrat de PPP issu de l'ordonnance du 17 juin 2004 ont tendance à être rééquilibrés, à la fois par la pratique ainsi que par les modifications apportées par les réformes successives. Les courants « pro-PPP » et « PPP-sceptiques » ont aujourd'hui autant d'écho les uns que les autres, les premiers constats auraient tendance à donner raison aux seconds, pour autant le volume de réalisations plus modestes et donc moins médiatiques tendent à rééquilibrer le rapport de force. En effet, si tout le monde s'accorde globalement à dire que le contrat de PPP est un outil intéressant, tous redoutent sa pratique par des collectivités euphoriques. Notamment en raison de son mode de financement, qui aboutirait à des relations contractuelles déséquilibrées avec des conséquences financières et budgétaires extrêmement inquiétantes, notamment et en particulier dans le contexte actuel.

Paragraphe 2. La crainte de relations contractuelles déséquilibrées

Tant les spécificités de ces nouveaux marchés publics que leur apparition successive ainsi que du désordre ambiant régnant au sein de la commande publique sont de nature à légitimer de telles craintes chez les acteurs publics notamment (I), les premières constatations, faites sur l'exécution des premiers marchés globaux à avoir été signés dès 2004, ne faisant que les confirmer (II).

---

[499] V. Rapport d'activité de la MAPPP 2007-2009 et 2012,

[500] V. G. Huet, « Contrat de partenariat : vers un premier bilan », JCP Administrations et Collectivités territoriales, n°16, 18 avril 2011, p. 2147.

I. Une crainte légitimée par la complexité et la nouveauté de tels contrats

Contrairement aux « *Private Financing Initiative* »[501] britanniques, le contrat de PPP français est dans ses premiers instants de vie, les personnes publiques françaises sont donc dans une période d'observation et d'apprentissage de cet outil qui demeure encore largement concurrencé. Dès 2004, en plus d'être copieusement critiqué[502] ou analysé[503], le contrat de PPP était destiné, dans l'inconscient collectif, à permettre la réalisation de projets gigantesques et donc à être un contrat fait pour l'Etat. La pratique montrera progressivement que les collectivités territoriales ont su prendre le train en marche, difficilement au début, là encore les observateurs attendaient que seules les plus importantes d'entre elles tentent l'aventure. Afin de permettre une utilisation la plus large possible, une circulaire fut adoptée dans le but d'expliquer le contrat de PPP aux collectivités locales[504] et ainsi leur montrer que ce nouvel outil n'était pas une énième usine à gaz à la complexité d'utilisation insurmontable. Les grands groupes privés se sont néanmoins précipités vers le PPP, répondant ainsi à une première volonté du Gouvernement en 2005 et allant également jusqu'à présenter des offres spontanées aux collectivités plus modestes, leur proposant ainsi la réalisation de projets plus ou moins importants « clé en main ». Ce mouvement, ainsi que les premières critiques faites à l'endroit des PPP liées aux surcoûts notamment, laisseraient craindre que les collectivités locales se laissent séduire voire abuser par la présentation, spontanée[505] ou non, de projets attrayants dont les inconvénients seraient dissimulés dans la complexité d'un contrat global illisible pour un service juridique ou marchés publics d'une collectivité de taille moyenne. D'autant que la conclusion d'un contrat de partenariat public-privé engendre, pour les collectivités territoriales, des problématiques relativement inédites. L'exemple le plus probant

---

[501] V. N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, précit. ; L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, précit ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, précit.

[502] A. Méneménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariats : heureuse innovation ou occasion manquée ? », AJDA 2004, p. 1737 ;

[503] J.F. Brisson, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public – Aspects domaniaux des contrats de partenariat », AJDA 2005, p. 591 ; A. Bréville, « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », AJDA 2004, p.1754 ; V. dossier « Une nouvelle forme de contrat : le Partenariat », CP-ACCP, sept. 2004, n°36, p. 24 et s. ; V. dossier spécial « Les montages complexes », CP-ACCP, juin 2004, n° 34, p. 52 et s., notam. A. Cabanes, « Livre vert sur les PPP : une « couche » supplémentaire au millefeuille des contrats publics », CP-ACCP, juin 2004, n°34, p. 68 ; P. Delvolvé, « Les contrats globaux », RFDA, 2004, p. 1079 ; N. Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., n°12, déc. 2004, étude 12 ; J.-F. Guillemin, « La commande publique et le partenariat public-privé », RDI, 2003, p. 523.

[504] Circ. Min. Eco. Fin et Ind., 29 nov. 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, JO 15 déc. 2005 ; Remplacée depuis par la circulaire en date du 9 mai 2012, précit ; V. également « Contrats de partenariat : principes et méthode », 25 mars 2011 ; V. également, C. Prébissy-Schnall, « Le nouveau Guide des bonnes pratiques du droit des marchés publics à la lumière du droit de la concurrence », Contrats Concurrence et Conso., n°4, avril 2012, comm. 101.

[505] J.-B. Morel et S. Braconnier, « Propositions spontanées et commande publique », Contrats et marchés publ., fév. 2008, n°2, étude 2.

étant les difficultés rencontrées par lesdites collectivités sur le terrain du droit de l'urbanisme[506]. En effet l'organisation administrative traditionnelle d'une collectivité et la pratique de contrats « de droit commun » de la commande publique a toujours lié réalisation d'un projet et autorisation d'urbanisme, ce qui semble peu compatible avec les PPP, simplement parfois parce que la compétence en matière d'urbanisme ne relève pas de la collectivité qui souhaite conclure un tel contrat (ce qui est souvent le cas des communautés de communes).

La conclusion d'un contrat de partenariat est obligatoirement précédée d'une évaluation préalable, lors de laquelle la « *bancabilité* »[507] du projet conditionne la décision de la personne publique à poursuivre la procédure ou non (pour autant la transmission à la MAPPP, pour avis, reste accessoire pour une collectivité territoriale et obligatoire pour l'Etat). Des collectivités modestes, notamment comme la ville de Lourdes, ont fait le constat du peu d'intérêt du contrat de PPP pour des projets dits « modestes », préférant passer par la voie du marché de conception-réalisation notamment. Les contrats de PPP ayant également leurs « ennemis », comme les architectes[508] par exemple, ou leurs garde-fous, tel que le juge administratif, les marges de manœuvres qui pourraient être considérées comme « frauduleuses », en ce que l'utilisation du contrat de PPP n'aurait de sens que pour éviter les lourdeurs du Code des marchés publics notamment, vont se raréfier. L'utilisation du PPP reste extrêmement surveillée, le juge administratif, nous l'avons vu, restant particulièrement vigilant sur le respect des conditions d'urgence, du bilan coût / avantage et surtout de complexité[509]. Les contrats de partenariat permettent la réalisation d'un certain nombre de projets, loin de cette image noire et catastrophique que certains observateurs veulent laisser subsister. Entre euphorie et méfiance absolue, la réalité de la pratique des contrats de PPP démontre que les projets se réalisent dans des conditions financièrement acceptables pour les collectivités publiques et avec des résultats, notamment pour le volet exploitation et maintenance, qui sont bons en ce que les montants prévus initialement ne sont pas dépassés[510].

---

[506] A. Maurer et E. De Fenoyl, « Des contrats qui ne prennent pas assez en compte les enjeux d'urbanisme », La Gaz. Cnes, 20 juin 2011, Dossier spécial Collectivités et PPP ; J.-B. Auby, « Partenariats public-privé et aménagement urbain », RJEP, mai 2012, n° 697, étude 4.

[507] J. Bouillon, « Aspects juridiques en financement de projet de la « bancabilité » des contrats de partenariat et de délégation de service public », BJCP, 2011, n°81, p. 79.

[508] S. d'Auzon, « Les architectes font tomber le contrat de partenariat de Commentry en Auvergne », Le Moniteur, 15 janv. 2014 ; V. CAA Lyon, 2 janv. 2014 n°12LY02827 ; C. Conrad et D. Dessus, « Les PPP ? Une bombe à retardement ! », Le Moniteur, 4 mars 2013 ;

[509] Notam. CAA, Bordeaux, 26 juill 2012, précit.

[510] V. Notam., E. Cloâtre, « 80% des contrats de partenariat ont respecté les coûts de maintenance et d'exploitation prévus », Le Moniteur, 9 oct. 2012.

Pour autant, les craintes peuvent légitimement exister concernant le déséquilibre des rapports entre des collectivités publiques, modestes ou non, et des grandes entreprises de travaux publics semblent se justifier au regard des premiers retours d'expérience. En effet, les premiers PPP signés dès les débuts, notamment les PPP dits sectoriels, commencent à rentrer dans une phase d'analyse : l'heure des premiers bilans est donc venue.

II. Des craintes révélées par les premiers bilans tirés de la pratique des contrats de PPP

L'intérêt des partenaires privés pour le contrat de PPP s'est manifesté, notamment parce qu'il constitue un placement à long terme et que le rapport entre prise de risques et rentabilité reste maîtrisé, par des démarches à la fois déterminées et ambitieuses auprès des collectivités publiques, par le biais d'offres spontanées par exemple, proposant des programmes véritablement « clé en main » puisque s'étendant de la phase d'études à la maintenance en passant par la conception, le financement et la réalisation. L'attrait de ce genre de démarches pour les collectivités se constate notamment au regard du grand nombre d'avis rendus par la MAPPP à propos de projets d'éclairage public[511]. Pour autant, l'heure des premiers bilans est arrivée et il risque d'être mitigé. A la vérité il l'est déjà en partie au regard, notamment, du rapport rendue par la Cour des comptes au sujet des partenariats public-privé dits « *hospitaliers* »[512] signés dans le cadre du Plan Hôpital de 2007[513] bien que le « *caractère encore très récent n'autorise pas d'en tirer à ce stade des conclusions définitives sur le plan financier* »[514]. La Cour relève, dans son rapport, que les points négatifs soulevés à l'endroit de l'utilisation du contrat de PPP est due, de façon générale, à l'engagement précipité de procédures qui, probablement du fait de leur nouveauté, étaient mal maîtrisées. En effet l'accompagnement de dirigeants hospitaliers s'est révélé trop faible et les négociations sur le contrat lui même n'ont pas été menées de façon optimale. Il est précisément relevé que nombre de contrats ne prévoient pas la possibilité, pour les structures hospitalières, de résilier le contrat et que le partage des risques est insuffisamment négocié. De la même façon, il apparaît que les critères d'urgence et de complexité n'étaient pas remplis de façon objective : l'urgence étant présumée du fait que le « Plan hôpital 2007 » avait « *lui même été déclaré*

[511] http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/ppp/TdB/liste_avis_signes.pdf

[512] Cour des comptes, Rapport public annuel, 2 fév. 2014, La Documentation française, p. 369 et s.

[513] A ce sujet, V. Bréchat Pierre-Henri *et al.* , « Éléments pour un premier bilan et des perspectives du plan Hôpital 2007 », *Santé Publique* 6/ 2008 (Vol. 20) , p. 611-621.

[514] Cour des comptes, rapport annuel 2014, précit., p370.

urgent » et la complexité « *ne s'est déduite le plus souvent que du mode opératoire choisi (dialogue compétitif) alors qu'elle n'est que la conséquence de ce choix* »[515]. Il ressort de l'analyse de la Cour que les enjeux, notamment, financiers ont été mal pris en compte et que l'utilisation du contrat de PPP, au delà de l'attrait pour des procédures novatrices, se justifie essentiellement par son aspect de lever financier.

Le tableau n'est pas totalement noir pour autant. La Cour des comptes concluant, sur un certain nombre de points qui pourraient être généralisés à l'ensemble des collectivités publiques, et fait de l'usage des contrats de PPP, ou de contrats globaux de façon générale, une chose qui doit être circonstanciée et réfléchie pour être pertinente. Il ne fait nul doute que ces analyses seront reprises ci et là comme en témoigne le Guide des bonnes pratiques issu de la circulaire du 14 février 2012. Nous pouvons retenir les principaux que sont la nécessité d'améliorer les capacités de l'ANAP[516] à orienter les établissements publics de santé et à les accompagner lors du choix et de la négociation de tels contrats, de renforcer les compétences financières et juridiques des ARS[517] et les inciter, lors de l'engagement d'une procédure de PPP, à « *se doter d'une structure de projet stable pour préparer le programme fonctionnel, négocier le contrat et en suivre la réalisation* »[518].

Au regard des enjeux de tels contrats, les premières observations paraissent bien pessimistes, pourtant l'analyse des modèles de PPP étrangers met en évidence que les mêmes causes produisent les mêmes effets. En effet le PFI (PPP à l'anglaise), qui fêtait ses 20 ans d'existence en 2013, font l'objet de critiques similaires à celles visant les PPP français[519]. Le Gouvernement anglais a lancé un audit sur la pratique du PFI au début de l'année 2012 et les critiques sont nombreuses : lourdeur et longueur de la procédure de passation notamment[520]. L'existence de la MAPPP en France est reconnue à sa juste valeur, précisément du fait du rôle d'analyse et de conseil joué, pour autant le plus grand paradoxe relevé étant que les collectivités territoriales n'ont pas l'obligation de la saisir. L'évolution de la pratique des PFI comme des PPP, les évolutions législatives et réglementaires arrivent pourtant au même résultat : la nécessité de s'appuyer, notamment pour l'Etat, sur des « études de faisabilité »

---

[515] Rapport précit., p.375

[516] Agence nationale à d'appui à la performance des établissements de santé et médico-sociaux.

[517] Agence régionale de santé

[518] Rapport précit., conclusions et recommandations, p. 395.

[519] J. Pentecoste et E. Villateau, « Les mêmes critiques peuvent être adressées au PFI britannique et aux PPP français », Le Moniteur, 22 fév. 2012.

[520]https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221555/infrastructure_new_approach_to_public_private_parnerships_051212.pdf

budgétaires puisque la longueur de tels contrats implique nécessairement un « bon calcul » en amont ainsi qu'une certaine flexibilité durant l'exécution. Les points se suivent et se ressemblent entre ce rapport anglais et le rapport annuel du 2 février 2014 de la Cour des comptes française : répartition des risques discutables, coût plus élevé en comparaison d'autres contrats etc.… Pour autant, tout comme son homologue français, le rapport du Trésor britannique sait reconnaître les points positifs de tels contrats. La principale conclusion a tirer de ces analyses étant que le PPP, tout comme le PFI, n'est pas un mauvais outil en soi, qu'il faut le faire évoluer à l'image des relations contractuelles que doivent avoir les collectivités publiques et les partenaires privés. Ces évolutions devront aboutir à l'établissement voire au rétablissement d'un équilibre contractuel indispensable au bon déroulement de l'action contractuelle des personnes publiques.

Paragraphe 3. La recherche d'un nécessaire équilibre en matière de contrats globaux

Le succès des contrats de partenariat public-privé, ainsi que des contrats globaux de façon générale, est incontestable depuis leur apparition il y maintenant presque une dizaine d'années. Après des débuts difficiles et une période destinée à relancer le dispositif notamment à travers l'assouplissement des procédures de recours, le PPP est devenu un « *véritable instrument de la relance économique* »[521]. Il pourra, a propos des réformes opérées par les lois n° 2008-735 du 28 juillet 2008[522] et n° 2009-179 du 17 février 2009[523], être relevé que ces tentatives de relance du contrat de PPP n'auront pas été jusqu'au bout de la logique tenant en la refonte du « droit de la commande publique » au travers de la création d'un code de la commande publique ; démarche pourtant soutenue par des nombreux auteurs[524]. D'autant que les contrats de PPP semblent traverser une période de crise, phénomène constaté par

[521] X. Bezançon, « Le PPP, véritable instrument de la relance économique ? », CP-ACCP, juin 2009, n°89, p. 34.

[522] L. n°2008-735 du 28 juillet 2008, précit.

[523] L. n°2009-179 du 17 février 2009, précit.

[524] E. Delacour, « Rapport introductif : Les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique. Du marché public à l'achat public », Contrats et marchés publ., mai 2005, n°5, étude n°6 ; R. Noguellou, « Des nouvelles du projet de Code de la commande publique », Dr. Adm., oct. 2012,n°10, alerte 48 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme du Code des marchés publics et la globalisation des marchés publics », Contrats et marchés publ., Avril 2011, n°4, repère n°4 ; M. Seno, « La réforme du Code des marchés publics : libéralisation de la commande publique et nouvelles pratiques », La Gazettes du Palais, 1er oct. 2011, n°274, p.9 ; P. Delvolvé, « Les contrats publics dans le désordre », Revue des contrats, 1er juillet 2006, n°3, p. 951 ; N. Symchowitz, « Pour un code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., avr. 2007, n°4, étude 4, précit. ; F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., mai 2005, n°5, étude 7, précit ; P. Nova et A. Guimet, « Contrats de partenariat : vers une normalisation au sein de la commande publique ? », CP-ACCP, juin 2009, n°89, p. 44.

l'ensemble des acteurs lors l'année 2013[525]. Il semble nécessaire en effet de faire évoluer (encore ?) le cadre législatif notamment en le clarifiant et surtout en tentant de l'unifier, un grand chantier en perspective qui s'inscrirait dans la logique globale d'apparition d'un Code de la commande publique[526]. Malgré cela, les contrats de PPP se passent de façon plus encadrée aujourd'hui qu'hier[527] et les difficultés se retrouvent au stade de leur exécution à l'heure actuelle[528].

En effet, depuis la réforme opérée en 2008, l'ensemble des analyses se sont focalisées sur la qualification juridique des contrats de PPP, leur mode de financement voire de passation[529] alors que l'examen de leur exécution n'a, jusqu'à présent, pas fait couler autant d'encre. Un premier problème fut réglé par plusieurs arrêtés du 16 décembre 2010, obligeant les personnes publiques à inscrire dans leurs comptes les engagements liés à la signature d'un PPP, ces derniers ne pouvant alors plus être considérés comme une façon de dissimuler l'endettement[530]. La crise que traverse en ce moment les contrats de partenariats pourrait en partie être justifiée par ces nouvelles règles de comptabilisation, le passif généré par la signature d'un PPP étant clairement comptabilisé comme une véritable dette[531].

Le caractère complexe et global du contrat de PPP en a également fait un contrat difficile à passer en raison de la multitude de ses acteurs, de la complexité des clauses ou des missions confiées au partenaire privé et par sa durée. Les difficultés d'exécution d'un contrat de PPP se retrouvent tant du côté de la personne publique que chez le partenaire privé. Un tel contrat ne se limite pas à une action d'achat de fournitures ou de services comme un simple marché public. C'est un contrat qui va durer dans le temps et probablement être amené à évoluer au fil des étapes franchies dans son exécution. Sur ces considérations, les personnes

---

[525] V. F. Bergère, « Rencontre internationales des PPP : les contrats de partenariat en crise », Le Moniteur, 24 oct. 2013 ; A propos de la 7ème édition des Rencontres internationales des PPP, 23 et 24 oct. 2013, Paris.

[526] F. Bergère, « Il faut uniformiser le régime des PPP autour d'un seul contrat de partenariat », Le Moniteur, 10 juill. 2013.

[527] M. Marques et P. Gonzague, « La soutenabilité budgétaire dans les contrats de partenariat », Dr. Adm., févr. 2013, n°2, étude 4 ; G. Huet, « Contrat de partenariat : vers un premier bilan », JCP A et CT ; 18 avr. 2011, n° 16, p.2147.

[528] V. dossier « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », CP-ACCP, oct. 2012, n° 125, p. 29 et s., A propos de la journée d'études « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution : identification des difficultés et émergence d'un contentieux de l'exécution », Université Lyon III, 6 avr. 2012.

[529] J. Bouillon, « Aspects juridiques en financement de projet et « bancabilité » des contrats de partenariat et de délégation de service public », BJCP, 2011, n°81, p.79 ; Y. Simonnet, « Le financement des PPP face aux principes de la commande publique », RLCT, 2012/78, p.79 ; P. Terneyre, « Le diable est-il dans les principes mêmes du contrat de partenariat ou dans les détails ? », CP-ACCP, oct. 2012, n°125, p. 31.

[530] V., notam. pour les communes, arrêté, 16 déc. 2010, relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif, JORF n°0297, 23 déc. 2010 p. 22566, n° 29.

[531] A. Helias, « Le PPP devient officiellement une dette », La Gaz. des cnes., 11 fév. 2011, http://www.lagazettedescommunes.com/55863/le-ppp-devient-officiellement-une-dette/

publiques doivent être vigilantes dès l'élaboration du contrat et être en mesure de pouvoir vérifier le contenu de chaque clause afin de pouvoir, par la suite, faire respecter les obligations contractuelles du partenaire privé[532]. L'ensemble des difficultés rencontrées à l'heure actuelle par les contrats de PPP ne sont pas une exception pour cette catégorie de contrats, la même crise fut traversée par le « PFI »[533] britannique. Ce PPP à l'anglaise connaît d'ailleurs une reprise après avoir connu une phase d'examen par la le Trésor britannique (v. supra).

Les évolutions apportées par les directives communautaires adoptées lors de l'année 2014 ainsi que par le projet d'ordonnance visant à les transposer en droit français, vont également permettre de procéder à un rééquilibrage des relations contractuelles entre les acteurs publics et privés. Ceci ne se fera pas en encadrant plus mais par l'instauration de crans de sûreté supplémentaires en amont de la signature d'un contrat global. Pour autant cela ne comblera pas la réalité des pratiques d'ores et déjà passées ainsi que des actuelles.

[532] J.-F. Sestier, « Les difficultés des personnes publiques dans l'exécution des contrats de partenariat », CP-ACCP, oct. 2012, n°125, p.49, précit.

[533] M. Burnett, « 10 ans de PFI au Royaume-Uni », CP-ACCP, oct. 2008, n°81, p. 93.

DEUXIEME PARTIE

REALITE DE L'UTILISATION DES CONTRATS GLOBAUX AU SEIN DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les personnes publiques disposent d'un panel d'outils contractuels afin de réaliser des équipements, d'en assurer la maintenance, de déléguer la gestion d'un service public etc.… Malgré cette diversité, la réalité de l'utilisation de nouvelles formules, parfois plus innovantes ou judicieuses, n'est pas aussi évidente que ce qu'elle pourrait paraître. Comme nous l'avons dit, les contrats globaux de la commande publique ont représenté un effet de mode ces dernières années. Ils ont alimenté les commentaires de juristes, d'économistes, d'architectes, de politiques et de l'ensemble de ceux qui ont eu à les étudier ou à les mettre en pratique. L'évolution des contrats de la commande publique s'est toujours faite en réponse aux difficultés rencontrées par les personnes publiques, notamment lors de l'utilisation des outils existant. L'avènement des contrats globaux de la commande publique n'a pas dérogé à cette règle tacite, posant ainsi de nombreux questionnements juridiques ainsi que des difficultés de mise en pratique et en particulier d'exécution.

La question des contrats globaux et autres contrats complexes ont déjà fait l'objet de nombreuses études et de beaucoup de commentaires, essentiellement sur les conditions de leur apparition, de leur conclusion et de l'office du juge afférent. Pour autant la question de l'exécution de ces marchés n'a pas encore fait l'objet d'autant d'attention de la part de la doctrine[534]. C'est pourtant la réalité de ce qu'est la pratique des contrats globaux de la commande publique qui doit permettre de conclure à la pertinence ou non de leur utilisation. Depuis leur création, la pratique des baux emphytéotiques administratifs et des autorisations d'occupation temporaire du domaine public n'a pas véritablement posé de problèmes aux personnes publiques. Pour autant l'apparition récente des partenariats public-privé, notamment, et des contrats de CREM-REM a engendré une véritable ruée vers ces outils dont les premiers retours d'expérience commencent à émerger. L'engouement légitime existant, lors de la création du partenariat public-privé en particulier, a laissé place à des interrogations quant à la pertinence ainsi qu'au risque de leur utilisation, voire parfois à des craintes face aux premières analyses réalisées par la Cour des comptes[535], par exemple, ou par les positions prises par certaines collectivités afin de résilier purement et simplement les contrats de partenariat qu'elles avaient signés.

Le recours au contrat par l'Administration est devenu un mode d'action normal aujourd'hui[536], ainsi les contrats globaux ont été considérés comme un « *nouvel outil de*

[534] M. Karpenschif, « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », CP-ACCP, n° 125, oct. 2012, p. 3.
[535] Cour des comptes, Rapport public annuel, fév. 2008 ; Rapport public annuel, fév. 2014.
[536] A ce sujet, V. « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », EDCE, 2008, préc.

gestion publique »[537] au début des années 2000. Quels sont les résultats de l'utilisation de ces contrats qui ont connu de nombreuses évolutions législatives et réglementaires cette dernière décennie ? La complexité, et donc la durée, de leur passation font de la période actuelle celle des « premiers retours » d'expériences véritablement concrets. De développements consistant à faire l'état des lieux des marchés globaux et autres contrats complexes étant à la disposition des personnes publiques, il faut passer à l'analyse des résultats produits par le recours à ces contrats dérogatoires. Paradoxalement à l'intensité de leur utilisation, les marchés publics globaux (les partenariats public-privé particulièrement) font face à un vent de critiques tant de la part de la doctrine que des acteurs locaux publics comme privés. Dans un contexte où la réforme de la commande publique devrait produire un « *Code de la commande publique* »[538], la nécessité d'établir un constat sur la pertinence de l'utilisation des contrats globaux. Les véritables premiers retours apparaissent après une période où le recours au contrat de PPP a été relativement intense et lors de laquelle les marchés publics de performance sont apparus. Du recul qu'il est maintenant possible de prendre va naturellement émerger la pertinence de l'utilisation de ces contrats globaux (chapitre 1), pertinence qui va le plus souvent dépendre du type de personne publique, plus particulièrement de son importance, ainsi que de la nature du projet (type, ampleur, spécificités techniques, entretien et maintenance etc.) justifiant le recours à un tel type de contrat. C'est ainsi que nous nous intéresserons au cas particulier de la ville de Lourdes à travers l'approche qu'elle a eu du contrat de partenariat public-privé dans le cadre de l'élaboration d'un projet complexe et de grande ampleur à l'échelle de cette collectivité (chapitre 2). De cet exemple et de ceux observés à l'échelle de l'Etat (ou de certains de ses établissements publics), de grandes collectivités territoriales ainsi que de plus modestes, permettant une comparaison objective à la mise en exergue de la pertinence du recours aux contrats de partenariat public-privé et aux marchés globaux de façon générale, les leçons à tirer de la réalité de l'utilisation des contrats globaux de la commande publique pourront être appréhendées (chapitre 3).

---

[537] N. de Saint-Pulgent et S. Lagumina, « Le contrat de partenariat : nouvel outil de gestion publique », Contrats et marchés publ., n°12, déc. 2004, entretien 1.

[538] J.-M. Peyrical, « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », AJDA 2009, p.965 ; J.-M. Pastor, « Le gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », AJDA 2014, p.538.

Chapitre 1 – L'utilisation des contrats globaux à l'épreuve des retours d'expériences

Les contrats globaux de la commande publique ont connu un succès indiscutable, parfois après des débuts difficiles. Le cas des partenariat public-privé en est l'exemple le plus récent et à la fois le plus probant[539]. Ce succès indiscutable (section 1) constaté dans les premiers instants de vie de ces contrats a succédé un état des lieux mettant en avant les difficultés rencontrées dans leur pratique. Les retours d'expérience, les observations multiples réalisées ainsi qu'un recul du nombre d'opérations effectuées par le prisme de ces contrats ont mis en avant, à la fois, les avantages qu'ils procurent lorsqu'en est faite une utilisation adéquate ainsi que les inconvénients – parfois importants – rencontrés par les acteurs publics quand ces contrats ont fait l'objet d'une utilisation détournée. Les contrats de partenariat public-privé ont parfois été appréhendés comme un levier financier permettant aux personnes publiques de différer le paiement d'un ouvrage important. Ainsi, la mauvaise utilisation qui en a été faite dans un contexte économique et législatif instable n'aura pas pu éviter les écueils rencontrés par les utilisateurs, leur donnant une image d'instrument à la fois dangereux et incontrôlable (section 2).

Section 1 – Le succès indiscutable des marchés globaux

Le contrat de partenariat, comme l'ensemble des contrats globaux, a très vite suscité à la fois l'attention et l'engouement des acteurs tant publics que privés. Ce nouvel outil de gestion publique[540] devait, lors de l'adoption de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[541], combler le vide existant au regard des autres catégories existantes jusque là. Malgré cela le contrat de partenariat public-privé n'a pas été le seul contrat global a être utilisé ces dernières années, en effet la concurrence entre les différentes formules contractuelles reste rude et le choix du contrat de partenariat ne relève plus de l'évidence comme cela a pu être le cas,

[539] H. Portelli et J.-P. Sueur, *Avis présenté au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat*, juill. 2014, p. 15.

[540] Préc., note 4 ; V. également, E. Delacour, « Modernisation de l'action publique et développement du partenariat contractuel public-privé », Contrats et marchés publ., n°6, juin 2003, comm. 91 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « L'irrésistible ascension du partenariat public privé », Contrats et marchés publ., n°11, nov. 2002, Repère 10.

[541] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

notamment après l'adoption de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[542] qui a élargi et facilité les possibilités de recours au contrat de PPP. Les perspectives offertes par ces formules contractuelles, permettant de procéder à l'ensemble des étapes nécessaires à la réalisation d'un ouvrage par le biais d'un seul contrat, a suscité un attrait particulier des personnes publiques (paragraphe 1). Les perspectives de voir le cocontractant privé assumer, en toute ou partie, le financement de l'opération ainsi que le développement de ces formules ont été tant d'éléments qui ont créé un contexte favorable au recours aux contrats globaux (paragraphe 2) bien qu'une certaine vigilance ait été instaurée afin de tenter de sécuriser leur utilisation (paragraphe 3).

Paragraphe 1. L'engouement des personnes publiques pour les contrats globaux

Dès son apparition, une nouvelle formule contractuelle attire toujours, à la fois, le regard et la curiosité des opérateurs privés et des personnes publiques. Ce phénomène récurent s'expliquant par le simple fait que chaque nouveau contrat apparaissant vient souvent combler les lacunes, voire ouvrir de nouvelles perspectives, de ses « prédécesseurs ». La possibilité, spécifique aux marchés globaux, de faire supporter une partie de l'investissement au cocontractant privé le justifiant d'autant plus dans un contexte, qui n'est d'ailleurs pas récent, de raréfaction des capacités financières des personnes publiques. C'est ainsi que les partenariats public-privé font l'objet d'une utilisation importante de la part des personnes publiques (I), comme les baux emphytéotiques administratifs et les autorisations d'occupation temporaire du domaine public (II) ainsi que les nouveaux marchés de performance (III). Ces dernières formules devenant, voire redevenant, de plus en plus utilisées face à la difficulté de mise en œuvre d'un contrat de partenariat public-privé.

I. La montée en puissance du contrat de partenariat public-privé

Le recours au contrat de partenariat public-privé, suite à l'adoption de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[543], a d'abord été timide et c'est l'Etat qui a tenté de montrer l'exemple, en particulier au travers de projets menés par le Ministère de l'Economie et des

[542] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n°0175, 29 juillet 2008, p. 12144

[543] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

Finances[544], le Ministère des Affaires Etrangères[545], de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche[546] ainsi que le Ministère de la Culture[547]. Dans le premier rapport d'activité que produira la Mission d'Appui à la Réalisation des contrats de Partenariat (MAPPP)[548], le premier constat apparaissant est que « *le marché de CP est encore au stade du décollage, où il reste nécessaire de convaincre les indécis et de lever les réticences : toute erreur de jugement relatif à un projet risque d'avoir de graves conséquences sur le développement futur de ce mode de passation de la commande publique* »[549]. La MAPPP, au delà de l'obligation qu'a l'Etat de la consulter avant toute passation de contrat de PPP[550], mène une action de vérification du respect des critères à respecter pour la mise en œuvre d'un contrat de PPP, notamment pour les collectivités territoriales, de toute nature, bien que ces dernières n'aient paradoxalement pas l'obligation de la saisir avant de signer un contrat de PPP. Dès la fin de l'année 2006, la MAPPP avait eu à traiter une quinzaine de projets envisagés par les collectivités locales et préconisait d'ores et déjà que « *il y aurait lieu de mieux intégrer le critère de soutenabilité budgétaire dans la procédure* »[551].

La véritable montée en puissance du contrat de PPP va se réaliser lors des années 2007-2009 [552], la principale raison étant bien évidemment la réforme du contrat de PPP opérée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[553] et les décrets n° 2009-242, n° 2009- 243 et n° 2009-245 de mars 2009[554] et la reconnaissance du troisième critère de l'évaluation préalable dit du « bilan coût / avantage » du recours au PPP par rapport à d'autres formules contractuelles. Ainsi au 31 décembre 2009, 190 projets étaient en cours d'étude, 77 en cours d'attribution et 55 étaient d'ores et déjà attribués pour un montant total de 1,7 milliard d'euros (avec un volume d'investissement de l'ordre de 700 millions d'euros de la part de l'Etat et de un peu plus d'un milliard de la part des collectivités territoriales). La crise financière de l'année 2008 va freiner ce mouvement, pour autant le volume de signatures ne va pas cesser

---

[544] V. Avis MAPPP, sept. 2006, *MINEFI/Trésorerie générale de Basse-Terre (Guadeloupe)*, projet finalement abandonné.

[545] V. Avis MAPPP, juin 2006, *Agence Enseignement du Français à l'Etranger/Lycée du Caire*, projet abandonné sur la base du contrat de PPP au profit d'une procédure MOP.

[546] V. notam., Avis MAPPP, *Espace Santé INSERM*, 13 juillet 2006.

[547] V. Avis MAPPP, *Musée des Civilisations Euro-Méditerranée de Marseille*, juin 2006 ; Avis MAPPP, *Muséum National d'Histoire Naturelle/Zoo de Vincennes*, juin 2006.

[548] De manière générale, V. MAPPP, « Rapport d'activité – année 2005/2006 », MAPPP/TdB/06-05.

[549] V. MAPPP, « Rapport d'activité – année 2005/2006 », MAPPP/TdB/06-05, préc.

[550] Art.2, Ord. 2004-559 du 17 juin 2004, modif. Par L. 2008- 735 du 28 juill. 2008, art.2.

[551] V. MAPPP, « Rapport d'activité – année 2005/2006 », MAPPP/TdB/06-05 préc.

[552] A ce propos, V. MAPPP, « Rapport d'activité 2007-2009 », MAPPP/TdB/10-01.

[553] L. n°2008-735, préc.

[554] Décr. n°2009-242 et décr. n°2009-243 et décr. n°2009-245, 2 mars 2009.

de croître, les collectivités publiques se servant du contrat de PPP dans des domaines bien précis que sont :

- le bâtiment (bâtiments administratifs, écoles / collèges / universités, hôpitaux, prisons etc.)
- équipements et aménagements urbains (éclairage public et voirie notamment),
- projets énergétiques (chaufferies, production et distribution d'énergie, équipements photovoltaïques etc.),
- équipements culturels (théâtres et musées),
- équipements sportifs (centres aquatiques, stades etc.).

Le recours au contrat de PPP ne va pas se démentir, l'année 2011 ayant connu un « *pic exceptionnel d'activité* »[555] puisque au 31 décembre 2012, 167 contrats de PPP ont été signés, représentant un montant d'investissement de 12,8 milliards d'euros (classant ainsi la France au 2ème rang européen des pays utilisant le contrat de PPP tant en terme de nombre de projets que de volumes financiers). Il est intéressant de remarquer que les collectivités territoriales (régions, départements et communes) ont eu bien plus recours au contrat de PPP que l'Etat (167 contrats signés par les collectivités locales entre 2005 et 2012 contre 37 pour le compte de l'Etat) alors que le montant des investissements réalisés reste bien plus important pour l'Administration centrale (9,6 milliards engagés par l'Etat, soit directement soit par le biais de ses établissements publics) via les contrat de PPP contre 3,2 milliards pour les collectivités)[556].

La MAPPP relève dans son rapport d'activité pour l'année 2012, que l'image des contrats de PPP a pu être écornée par certains « scandales » voire abandons de projets (celui du Canal Seine-Nord Europe par exemple[557]). Pour les années à venir, le recours au PPP devrait se stabiliser à l'heure des premiers retours d'expérience et des avis, très variables, des acteurs ayant fait le choix de ce type d'outil en vue de réaliser des projets complexes. Les projets des personnes publiques ne se voient pas nécessairement remis en cause du simple fait de ne pas avoir eu recours au contrat de PPP, certains auront adopté un nouveau schéma (Autorisation d'occupation temporaire du domaine public, location avec option d'achat, procédure classique tiré de la loi n° 85-704 dite loi « *MOP* »[558] et conception-réalisation par exemple). La MAPPP relève utilement que, pendant que 167 contrats de PPP ont été signés

[555] V. MAPPP, « Rapport d'activité 2012 », MAPPP/RA/2012, p.5.

[556] V. Rapport MAPPP 2012 préc., p. 12.

[557] « Repensé, le canal Seine-Nord sort la tête de l'eau », 11 déc. 2013, LeMoniteur.fr.

[558] L. n°85-704 du 12 juillet 1985 Relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JO du 13 juillet 1985, p. 7914.

entre 2005 et 2012, plus de 300 BEA, 35 baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) et 12 AOT/LOA étaient passés. Montrant bien que le contrat de PPP, dont l'utilisation peut être pertinente en fonction du projet envisagé, n'est pas la voie incontournable pour la réalisation d'un projet complexe, et doit par conséquent lutter contre la concurrence d'autres outils contractuels dont la pratique peut être plus aisée pour les personnes publiques, notamment les collectivités territoriales de taille moyenne voire petite.

II. Le choix traditionnel des conventions d'occupation domaniale pour la réalisation d'équipements publics

La question du choix d'un outil contractuel dans un environnement de la commande publique qui demeure, plus que jamais à l'heure actuelle, extrêmement concurrentiel dépend essentiellement de l'adéquation du contrat choisi au projet envisagé. Ce qui peut apparaître comme une évidence mais qui ne l'a pas toujours été, précisément en raison de la tentation d'externaliser de plus en plus la charge financière de l'investissement d'une infrastructure ayant vocation à devenir publique[559].

Cette « *institution* »[560] du droit rural qui a été reprise par la loi n°88-13 du 5 janvier 1988[561] a la particularité de conférer un droit réel au cocontractant de l'Administration. Ce droit réel[562] justifie presque à lui seul le succès qu'ont connu les baux emphytéotiques administratifs depuis leur création puisqu'il confère à l'occupant la possibilité de constituer des garanties vis-à-vis d'investisseurs, lorsque l'objet du contrat est la construction d'un ouvrage sur le domaine occupé. Pour autant le bail emphytéotique administratif semble demeurer le meilleur outil lorsque la personne publique souhaite procéder à la construction d'un bâtiment en particulier lorsqu'elle ne souhaite pas (voire ne peut pas) assumer l'intégralité de l'investissement. Le contrat de partenariat public-privé restant par exemple plus adapté lorsque le BEA est couplé à une délégation de service public. En effet le BEA n'a pas vocation à être une convention de DSP déguisée, le Conseil d'Etat précisant lui même que la délégation d'un service public ainsi que la construction d'un ouvrage par le biais d'un BEA ne peuvent se faire que par la passation d'une convention complexe[563]. Ce type de bail reste

[559] V. G. le Chatelier, « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », CP-ACCP, n°73, janv. 2008, p. 40.

[560] A. Desmot, « Bail emphytéotique et droit rural », Journ. Not. 1988, p. 59425 et 59448

[561] Loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, JO du 6 janvier 1988 p. 208.

[562] V. Art. L1311-2, CGCT.

[563] CE, avis, sect., 16 juin 1994, n°356101, Rapp. CE 1994, p.367.

donc la formule contractuelle lorsque l'Administration veut simplement déléguer la construction d'un ouvrage sous maîtrise d'ouvrage privée. Lorsqu'il sera question de vouloir se rapprocher d'une concession de type concessif, le contrat de PPP semble alors être bien plus adapté.

Pour autant, cette formule, qui peut être qualifiée d'ancienne à l'heure du développement massif de l'utilisation des contrats de PPP, se révèle ne pas être délaissée par les collectivités territoriales. Le succès rencontré par le BEA a d'ailleurs poussé le législateur à se faire le relai de cette pratique fréquente de la part des collectivités locales[564], en ouvrant la possibilité l'Etat d'utiliser ce type de contrat[565]. De plus la facilité[566] d'y avoir recours constitue un élément de plus dans le cadre d'une analyse comparative dans le choix de l'outil contractuel, spécifiquement vis-à-vis du contrat de PPP, bien que les missions n'aient pas vocation à être les mêmes et bien qu'un montage contractuel *ad hoc* comprenant un BEA puisse permettre d'arriver parfois au même résultat[567]. Ce succès ne sera pas démenti par l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003[568] modifiant le Code de la santé publique et ouvrant la possibilité aux établissements publics de santé d'avoir recours au BEA afin de réaliser une opération d'intérêt général liée à leurs besoins. Ce type de contrat apparaît alors bien plus simple d'utilisation et d'exécution, la personne publique se limitant, de façon générale, à faire procéder à la construction d'un ouvrage qu'elle va ensuite occuper et payer un loyer. Pour autant, le décret n°2011-2065 du 30 décembre 2013 a précisé un certain

---

[564] Le nombre de textes législatifs ayant modifié ou faisant référence à l'article L. 1311-2 du CGCT en étant la parfaite preuve.

[565] V. L. n° 2009-179, 17 juin 2009, Art. 7, notamment art. 7-I : *« Un bien immobilier appartenant à l'Etat ou à ses établissements publics peut faire l'objet du bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime ou du bail prévu au chapitre Ier du titre V du livre II du code de la construction et de l'habitation en vue de la réalisation de logements sociaux. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif. Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie* ».

[566] Le seul critère à respecter étant que le projet envisagé constitue une « opération d'intérêt général », considérant que l'ouvrage à construire ait vocation à servir à l'exécution d'un service public, cela ne pose pas beaucoup de difficultés de justification pour la personne publique.

[567] La collectivité publique pouvant envisager de réaliser un montage complexe comprenant, en premier lieu, la réalisation d'un ouvrage financé par le cocontractant privé et comprenant une mise à disposition des biens de retour en contrepartie du paiement d'un loyer et, en second lieu, une autre convention comprenant la gestion de l'ouvrage que ce soit via une convention d'affermage, d'une DSP « revisitée » voire d'un marché public de service. Il serait alors ici question d'un BEA avec convention d'exploitation du service public non détachable.

[568] Ord. n° 2003-850, 4 sept. 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*. V. également : P. Terneyre, « Utilisation du bail emphytéotique par et pour les établissements publics de santé », BJCP, 2004/32, p.70 ; E.Delacour, « Naissance du BEA hospitalier », Contrats et marchés publ., 2003, comm. 167 ; P. Yolka, « Etablisseent de santé et bail emphytéotique », JCPA, 2004, n° 1364 ; B. Apollis, « L'évolution récente des contrats publics dans le domaine hospitalier », in Mélanges Guibal, , CREAM, 2006, vol. II, p.11 ; A. Hourcabie et R. Garcia, « Le BEH : une réponse juridique adaptée à certains besoins d'investissement », CP-ACCP, nov. 2006, p.58.

nombre de points dans l'utilisation et le régime des BEA[569]. Ainsi l'article R. 1311-2 du CGCT est modifié et prévoit dorénavant que la conclusion d'un BEA doit être précédée de mesures de publicité et de mise en concurrence préalables. Concernant les BEA constituant ce qu'il a été coutume d'appeler des « *PPP sectoriels* »[570], l'article R. 1311-1 du CGCT prévoit qu'au delà d'un seuil d'un million d'euros hors taxes, la conclusion du contrat doit être précédée d'une évaluation préalable. Malgré le succès rencontré par le contrat de PPP ces dernières années, la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013[571] a encore prolongé le délai pendant lequel un BEA peut être conclu pour des projets liés « *jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou, jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours* »[572].

C'est d'ailleurs là tout le paradoxe, la démarche de création du contrat de PPP aurait du se faire sur une logique d'intégration des contrats globaux existant à ce grand ensemble naissant. Pour autant, en ne faisant que créer un outil contractuel de plus, le législateur n'a fait qu'ajouter un élément complexe à une situation qui l'était d'ores et déjà. S'il est compréhensible que l'extension des domaines d'intervention du BEA soit réalisée, au profit de l'Etat, par la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002[573], l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006[574] ainsi que la loi n° 2009-279 du 17 février 2009 dite « *LAPCIPP* »[575], rendant possible respectivement la conclusion d'un BEA « *en vue de l'affectation à une association cultuelle d'une édifice cultuel ouvert au public* »[576] ainsi que pour la réalisation d'enceintes sportives, semble être complètement paradoxale puisque faisant concurrence au contrat de PPP. Dans la continuité de cela, la loi n° 2011-467 du 14 mars 2011[577] dite « *LOPSI* » va permettre de conclure un BEA « *en vue de la restauration, de la réparation et de l'entretien maintenance ou de la mise en valeur d'un bien appartenant à une collectivité locale* ».

---

[569] V. notam. S. d'Auron, « Les baux emphytéotiques administratifs en clair », Le Moniteur, 20 janv. 2012, p.49.

[570] A savoir les BEA conclus pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale.

[571] L. n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, JO n°0303 du 30 décembre 2013, p. 21829, texte n° 1.

[572] CGCT, Art. L1311-2, modifié par la loi L. n°2013-1278, 29 déc. 2013, art. 137.

[573] L. n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, JO du 30 août 2002, p.14398, texte n° 1

[574] Ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JO n°95 du 22 avril 2006, p. 6024, texte n° 21.

[575] L. n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JO n°0041 du 18 février 2009 page 2841, texte n° 1.

[576] Ord. n° 2006-460, 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques.

[577] L. n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, JO n°0062 du 15 mars 2011 page 4582, texte n° 2.

Ainsi le succès du BEA ne se dément pas, pour des raisons tenant à son ancienneté et donc à l'habitude née de sa pratique par les collectivités territoriales et étendue à l'Etat (lois LOPSI et LOPJ). Il est à regretter, que l'arrivée du contrat de PPP n'ait pas été l'occasion de clarifier la typologie contractuelle, d'autant qu'il a souffert de la concurrence des outils préexistant. Cette « *démarche enveloppante* »[578] n'a pas été retenue et la concurrence s'est organisée aux dépends du contrat de PPP au sein des collectivités locales de taille moyenne pour lesquelles le recours à ce dernier semble être parfois trop lourd à élaborer et trop complexe à exécuter. De cette cohabitation entre deux contrats proches par leur finalité va demeurer un certain attrait pour ce type de contrat global, bien que les différences existantes entre BEA et PPP restent essentiellement formelles, d'autant que le BEA peut être associé à d'autres conventions dans le cadre de montages complexes tels qu'un BEA avec convention d'exploitation technique non détachable (le cocontractant privé assurant alors sa rémunération sur la location réglée par la collectivité ainsi que sur son entretien sur la base de cette convention supplémentaire) ou avec convention d'exploitation du service public non détachable (le bail permettant de mettre l'ouvrage à disposition et la seconde convention, de type marché public de services ou affermage, offrant la possibilité d'en déléguer sa gestion)[579].

Tout comme le BEA, l'AOT peut servir de base à la mise en place d'une opération globale par la collectivité publique qui peut également aller bien au delà de la simple réalisation d'un ouvrage dont le financement serait « externalisé ».

A l'origine, l'AOT est le « *BEA de l'Etat* »[580], le Conseil d'Etat considérant que la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994[581] « *n'exclut pas que ce droit réel soit utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage qui serait mis, par voie de bail, à la disposition de la personne gestionnaire du domaine de l'Etat* »[582]. Ainsi l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public s'est transformée en véritable contrat de construction, offrant la possibilité à l'Etat, dans un premier temps, puis aux collectivités locales[583] par le biais de conventions dites « aller-retour » consistant en l'association d'une convention d'autorisation temporaire du

[578] A. Ménéménis, dossier spécial, AJDA, 2004, p.1737.

[579] Pour une étude approfondie de cette question, V. notam. Nil Symchowitz, préc., p. 346 et s.

[580] A ce sujet, V. E. Fatôme et P. Terneyre, « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public : commentaire de l'avis du 31 janvier 1995 des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies du Conseil d'Etat », AJDA 1997, p.126.

[581] L. n°94-631, 25 juill. 1994, complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

[582] CE, avis, 31 janv. 1995, n°356960, Rec. CE 1995, p.139.

[583] V. CGCT, art. L1311-5 tel que modifié par l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006.

domaine public et d'une convention de location de l'ouvrage construit, constituant de fait un mécanisme de « *crédit bail déguisé* »[584]. A l'instar du BEA pour les collectivités locales, le but de l'AOT étant de sécuriser l'investissement de l'occupant en lui permettant d'hypothéquer l'ouvrage construit et de régler les questions de propriété dudit ouvrage[585]. Le champ d'application est par contre plus limité que celui du BEA puisqu'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public ne peut être délivrée sur le domaine public « *naturel* »[586], mais peut concerner les dépendances soumises aux contraventions de voierie. Cette technique, là encore déguisée, de crédit-bail, est souvent la composante de conventions dites « aller-retour » dans lesquelles elle se retrouve généralement associée à une convention d'exploitation de l'ouvrage ou à une exploitation directe par la personne publique[587].

La généralisation de ces outils, les perspectives offertes, les personnes publiques concernées et leur ancienneté facilitant leur pratique en font de sérieux concurrents au contrat de PPP[588] à une époque où les premiers retours d'expériences en amènent un bilan mitigé appelant à un véritable choc de simplification[589] ainsi que l'avènement d'un « droit de la commande publique ». Pourtant face à l'hésitation, voire à la crainte d'avoir recours à un contrat de PPP, les clarifications tant attendues ont laissé place à un nouveau marché public dit de « *performance* »[590], montrant que la réalisation d'équipements sous maîtrise d'ouvrage privée, qu'elle soit par la le recours au contrat de PPP et autres autorisations domaniales, n'a pas vocation à reléguer la traditionnelle maîtrise d'ouvrage publique au second plan de l'action contractuelle de l'Administration.

III. Le recours au contrat public global sous maîtrise d'ouvrage publique toujours d'actualité

Toujours dans une logique de performance et d'évitement de l'allotissement, les personnes publiques, nous l'avons vu, ont à leur disposition des « contrats globaux » qui, à la

[584] V. L. Rapp, N. Symchowitz, P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, préc., p.1739.

[585] V. E. Fâtome et P. Terneyre, « La loi du 25 juillet 1994 : observations complémentaires », AJDA, 1994, p.780 ; « Droits réels sur le domaine public de l'Etat : clarification ou multiplications des interrogations ? », AJDA, 1995, p.905.

[586] Art. L. 1311-8 du CGCT et L. 2122-5 du CG3P.

[587] Pour une étude plus approfondie du régime des AOT/AOTL, V. notam. L.Richer, « Droit des contrats administratifs », préc., L.Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, préc., N. Symochowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, préc.

[588] « Autres contrats à maîtrise d'ouvrage privée : bail emphytéotique administratif et autorisation d'occupation temporaire avec droits réels », Cahier pratique « Gestion publique locale – outils juridiques », Le Moniteur n°5748, cahier détaché n°2, p. 10 et s.

[589] F. Lichère, « Le choc de simplification et la commande publique », Contrats et marchés publ. n°4, avril 2014, repère 4.

[590] V. Décret 2011-1000 du 25 août 2011, préc.

différence des contrats de PPP, et autres contrats domaniaux notamment, doivent respecter l'interdiction de paiement différé. Ces outils contractuels constituent également une concurrence pour les PPP, mettant ainsi en évidence que le succès des marchés globaux, de façon générale, est justifiée en partie par la possibilité aux collectivités publiques de réaliser des investissements importants en différant le paiement par le biais du préfinancement privé de l'opération, ainsi que par l'intérêt de réaliser une opération globale avec un seul interlocuteur dans une recherche d'efficacité.

C'est ainsi que le marché public de l'article 10[591] du Code des marchés publics offre la possibilité aux personnes publiques d'utiliser un marché global, sous réserve de la démonstration des inconvénients[592] voire des désavantages comparatifs de l'allotissement.

Cette démarche oscillant entre « *stimulation de la concurrence et efficacité de l'achat public* »[593] met en exergue le fait que la recherche de performance et d'efficacité au sein de l'achat public ne doit pas être fatalement synonyme d'externalisation absolue et notamment dans le financement des ouvrages destinés à être publics à la fin du paiement du loyer par la personne publique (pour peu qu'il soit prévu que le bien devienne ensuite sa propriété, ce qui n'est pas une obligation et peut très bien être détruit). C'est ainsi que, bien avant l'adoption du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011[594], le juge a reconnu la légalité d'un marché public global comprenant une clause de recherche de performance énergétique[595].

L'arrivée des contrats de conception-réalisation-entretien-maintenance (CREM) et de relation-entretient-maintenance (REM) à l'été 2011 ne fut pas une révolution en matière d'opération globale mais la simple validation d'une pratique connue et reconnue[596]. C'est néanmoins encore une strate supplémentaire dans le panorama de la commande publique dont

---

[591] V. Notam., A. Alonso Garcia et A. Mailliard, « Besoins de la personne publique – Allotissement », Jcl Contrats et Marchés publ., fasc. 51.

[592] Art. 10 al. 2, CMP : « *Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction* ».

[593] B. Louis, « Contrats globaux et allotissement », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 27 et s.

[594] Décr. n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, JO n°0197 du 26 août 2011, p. 14453, texte n° 17.

[595] TA Paris, *Préfet de la Région Ile-de-France*, 10 juin 2011, req. n° 1102779/6-1 ; Le juge administratif validant d'autres contrats, prenant notamment en compte le facteur de bonne gestion des deniers publics ou d'efficacité d'exécution des prestations : CE, 9 déc. 2009, *Département de l'Eure*, req. n°328803 et CE, 27 oct. 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, req. n°350935 ; CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, req., 311379.

[596] A ce sujet, V. « Marchés de CREM/REM : vers une globalisation des marchés publics ? », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, dossier spécial, p. 3 et s.

il est légitime de se demander si la prise en compte de critères tels que la performance (de quelque nature qu'elle soit puisqu'il ne doit pas nécessaire s'agir de performance énergétique) justifie à elle seule la création d'un nouveau contrat, qui plus est global, bien que la diversité née de leur simple existence puisse être saluée[597]. En effet, si la performance énergétique ne doit pas être la seule thématique de ces contrats de CREM et REM, c'est pourtant dans cet objectif que ces contrats globaux vont être majoritairement utilisés[598], reléguant l'utilisation contrats de partenariat public-privé à la recherche de financements diversifiés et essentiellement extérieurs. C'est ainsi que de la concurrence qui aurait pu naître avec les contrats de PPP portant sur la performance énergétique, les contrats de CREM/REM vont conserver un aspect bien plus abordables pour les collectivités publiques aux moyens relativement modestes souhaitant réaliser des projets relativement « simples » par comparaison à ceux que pourraient porter un contrat de PPP. Un exemple probant étant la signature d'un contrat de performance énergétique d'une durée de 8 ans signé par la ville de Domène (département de l'Isère)[599]. En effet cette commune de 6700 habitants a été la première en France à signer un contrat de performance énergétique portant sur la réduction des coûts énergétiques des bâtiments municipaux (le contrat comportant la rénovation des installations de chauffage, d'éclairage etc.).

La volonté de démocratisation de ce type de contrats a été facilitée par un véritable travail de suivi de la part de l'Etat, le Ministère de l'Ecologie ayant fait élaborer des modèles de contrats de performance énergétique[600] à destination des collectivités territoriales[601] afin de faciliter l'utilisation de ces contrats face à l'existence de clausiers type pour de gros contrats tels que les PPP. Olivier ORTEGA[602], le rédacteur de ces modèles types, confiant que « *les CPE sont encore trop assimilés aux PPP, alors qu'il est plus facile de les monter s'ils ne sont pas complexes. L'idée de ces modèles est de faciliter la tâche des maîtres d'ouvrage* » ainsi

---

[597] V. notam. J-M. Peyrical, « CREM et REM : une ambition limitée ? » , CP-ACCP, n°126, préc., p.3 ; D-A. Camous, « Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? », Jcl éd. ACT, n°45, 7 nov. 2011, étude 2351.

[598] Ce phénomène s'expliquant notamment par le fait que le droit français ne va saisir du contrat de performance qu'à travers la loi du 3 août 2009 concernant la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

[599] « La ville de Domène (Isère) et Schneider Electric signent pour un marché de performance énergétique », Le Moniteur, Actualité, 19 oct. 2012.

[600] http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/cpe_clausier_type.pdf ; http://www.developpement-durable.gouv.fr/Clausiers-de-contrats-de.html ; V. également, Ministère de l'Ecologie, Commissariat général au développement durable, « Guide du contrat de performance énergétique », Juillet 2010, http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Ref21.pdf.

[601] S. d'Auzon, « Sept modèles de marchés publics pour réaliser des CPE modestes », Le Moniteur, Actualité, 18 avril 2012.

[602] A ce sujet, V. F. Linditch, « Rapport relatif à l'utilisation des contrats de performance énergétique », Contrats et marchés publ., n°5, mai 2011, alerte 32 ; http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr; A. Burel, « Le nouveau marché global de performance, un outil de plus pour les collectivités ? », AJCT, 2012, p.34.

que « *d'aider les opérateurs économiques à aller démarcher les collectivités en leur montrant concrètement à quoi ressemble un marché public de performance énergétique* »[603].

L'expérience tend à mettre en évidence que les marchés publics globaux sous maîtrise d'ouvrage publique conservent un rôle important dans la rénovation d'ouvrages existant là où les contrat de PPP connaîtraient l'essentiel de leur succès dans des opérations de construction ou de reconstruction (avec l'ensemble des opérations et missions satellites qu'elles peuvent comprendre). Ceci se vérifiant d'ailleurs à l'échelle de collectivités locales dont l'importance est similaire à celle de la Ville de Lourdes puisque la commune de Mennecy (Essonne), comptant 13 700 habitants, a réhabilité deux écoles. Optant dans un premier temps pour une opération « loi MOP » dans le cadre d'une rénovation et pour un contrat de PPP, dans un second temps, pour la reconstruction[604].

Bien que le critère du préfinancement inhérent à l'emploi du contrat de PPP, le marché global (qu'il s'agisse de celui de l'article 10 du Code des marchés publics ou des contrats de CREM/REM) conserve un aspect concurrentiel à différents titres. Le recours au contrat de partenariat n'est pas limité à des domaines particuliers et peut concerner la performance énergétique, l'éclairage public, la voirie, les infrastructures sportives, le transport par exemple. Néanmoins la satisfaction d'au moins un critère de recours (urgence, complexité ou bilan avantageux) reste le plus souvent une chose factuelle qu'il est difficile de théoriser[605], mettant en évidence que la rivalité existant entre les différents contrats globaux demeure, en l'état actuel du droit, et continue d'ailleurs d'entretenir une opacité générale dans, ce qui ne l'est pas encore tout à fait, le droit de la commande publique. Des avantages comparatifs existant entre ces contrats globaux et le contrat de partenariat, le plus célèbre d'entre eux à l'avantage des PPP est bien le financement. Là encore cet avantage n'en est véritablement un qu'en fonction du projet que souhaite réaliser la personne publique[606]. Ainsi le marché global, là encore soit de l'article 10 soit 73 du Code des marchés publics a vocation a être utilisé pour des projets relativement plus modestes tels que, de manière très classique au regard des projets lancés, la rénovation de bâtiments publics tendant à une plus grande performance

[603] Préc., note 56.

[604] B. Rallu, « La loi MOP pour rénover, le contrat de partenariat pour reconstruire », Le Moniteur, Réglementation, 29 nov. 2013, p. 59.

[605] Le critère de la complexité, qui est le plus utilisé jusqu'alors, étant apprécié de manière variable par le juge administratif en fonction d'éléments factuels. Ainsi la complexité du projet peut être caractérisée en raison des spécificités du projet, des difficultés de la réalisation et de la maintenance (V. TA Montpellier, 20 fév. 2010, req. n°08033471) et ne pas être reconnue dans d'autres (V. CAA, Bordeaux, 26 juill. 2012, req. n°10BX02109).

[606] Bien que le législateur précise que le critère du paiement différé en tant que justification ne peut justifier en lui même le recours au contrat de partenariat public-privé.

énergétique au sens de l'économie d'énergie ainsi que le secteur de l'éclairage public notamment. Le secteur de l'éclairage public devant être le support d'un véritable développement de l'utilisation des contrats globaux, notamment de CREM/REM si est pris en compte le véritable appel lancé par l'Association des acheteurs des collectivités territoriales[607]. De façon générale nous reconnaîtrons, tout comme certains auteurs[608], qu'il est impossible de conceptualiser voire de rationnaliser les justifications du choix de recourir à tel ou tel contrat global tant cela s'apprécie de manière factuelle après une prise en considération d'éléments à la fois techniques, juridiques et financiers du projet que souhaite réaliser la personne publique.

Quelles que soient les opérations envisagées par les collectivités territoriales, de grande ampleur ou modeste, les contrats globaux de la commande publique, dans leur diversité semblent avoir chacun un rôle à jouer bien que leur grand nombre ainsi que les minces frontières existantes entre certains soient de nature à troubler les réflexions menées. Pour autant le phénomène, à défaut d'être encore bien rodé, se développe voire se démocratise. Le cas de la France n'en étant qu'un parmi d'autres, ces derniers justifiant néanmoins la rapidité d'implantation de ces formules contractuelles dans le paysage national à l'heure où les pratiques des opérateurs économiques sont également mondialisées. Le contrat de partenariat bénéficie d'un rayonnement dépassant largement les frontières de la France ainsi que de l'Europe, créant une véritable dynamique à leur endroit. De plus les réformes successives ont offert de véritables facilités afin de les utiliser. Ces éléments sont autant de raisons qui ont constitué un contexte propice à une utilisation importante de ces formules.

Paragraphe 2. Un contexte propice au recours aux contrats globaux

Tout d'abord craint en raison du risque de voir la personne publique négliger les contraintes budgétaires qui sont pourtant de plus en plus présentes ainsi que de voir les compétences publiques exercées de façon détournées par le secteur privé, les contrats globaux dont le contrat de partenariat en particulier ont trouvé leur place dans l'univers de la commande publique en raison de leur originalité tant économique que budgétaire tant en France que dans nombre de pays à travers le monde. Le mouvement national lancé depuis

[607] E. Cloâtre, « Eclairage public : plaidoyer pro-contrats globaux », Le Moniteur, Actualité, 25 juin 2013, A propos de la 19ème édition de la Conférence annuelle de l'Association des acheteurs des collectivités territoriales.

[608] K. Ben Khelil et F. Tenaillau, « Contrats globaux de performance ou contrat de partenariat », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 48, dossier spécial préc.

l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[609] participe à un mouvement international et européen en particulier qui explique le succès des contrats globaux aujourd'hui (I). Plus qu'un phénomène de mode, la particularité et la complexité des projets portés par les personnes publiques, tant pour des questions de complexité liées aux caractéristiques techniques qu'à la volonté d'innovation ainsi que la prise en compte d'objectifs de performance expliquent un changement de rapports entre l'Administration et les entreprises (II).

I. L'influence internationale de la pratique du partenariat public-privé

Un regard vers l'étranger montre que l'élaboration des lois mettant en place le concept du partenariat public-privé s'est développé de façon assez originale dans des zones géographiques où ils n'étaient pas attendus (A) et dans des secteurs à la fois classiques et originaux (B).

A. Le développement mondial du partenariat public privé

« *La Commission a reconnu le potentiel des PPP pour jouer un rôle primordial dans le financement des infrastructures et des services publics, ainsi que pour stimuler la reprise économique* »[610], faisant référence à la communication en date du 19 novembre 2009 [611] dans laquelle la Commission européenne reconnaît que « *lorsqu'ils sont correctement gérés dans l'intérêt général actuel et futur, les PPP présentent d'importants avantages. Leur utilisation demeure cependant limitée et de nombreux États membres les connaissent mal* »[612]. Le développement des contrats de PPP (ainsi que de la notion de partenariat au sens large) en France a largement bénéficié de l'influence internationale, notamment européenne, au regard des fameux PFI britanniques et du Project finance et du lease américain[613]. Au niveau international, le partenariat public privé est une notion très large qui regroupe les contrats de PPP ainsi que les DSP et concessions tels qu'on les connaît en France. La période actuelle est paradoxalement le moment où les contrats de PPP trouvent une sorte de stabilité dans le paysage contractuel français alors qu'ils se trouvent être bien implantés dans de nombreux

[609] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[610] Interview de Michel Barnier, Commissaire Européen au Marché Intérieur et aux Services, Le Journal du Club des partenariats public-privé, n°21, juin 2012, p.1.

[611] Commission Européenne - IP/09/1740 19/11/2009.

[612] Communication préc., p.1.

[613] V. Notam. R. Apelbaum, « Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger », AJDA, 2004, p. 1759 ; S. Nicinski, « Lease américain, équipements publics et droit administratif »,AJDA, 2001, p. 538 ; Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », BJCP, n°36, 2004, p.331.

pays du globe, connaissant par exemple une véritable explosion en Afrique[614] et une véritable « *success story* » au Canada[615]. Pour autant, en France comme en Europe et dans une grande partie des pays de l'OCDE, les PPP se sont développés dans une dynamique qui pourrait être qualifiée de « *managériale* »[616] et a bouleversé le droit de la commande publique et le développement de projets de nombreux pays européens[617]. C'est ainsi que, dès 2006, 700 *Private Finance Initiative* (PFI) étaient signés au Royaume-Uni dont 500 en phase d'exécution dans des secteurs aussi stratégiques que variés : 185 pour le milieu hospitalier et établissements de santé, 180 concernant le domaine de la défense et de la sécurité intérieur, 230 pour le secteur scolaire, 43 projets de transport et 9 pour la gestion des déchets[618]. Les causes de l'avènement des contrats de PPP outre manche semblent être similaires à la rigidité qui a longtemps caractérisé le droit des contrats publics français, bien que cette question ne soit pas encore tout à fait réglée. En effet la déconnexion constatée en France entre les rigidités de la loi MOP et la nécessité d'assouplir l'action publique dans des projets à la complexité croissante. De la même manière, de nombreux rapports ont souligné la faible efficacité de l'action publique dans le domaine de la construction et, de façon plus générale, dans ses relations au secteur privé[619]. Ce phénomène apparaît presque, avec le recul, inéluctable tant l'évolution des rapports entre le secteur privé et public a mis en évidence la nécessité d'un rapprochement nécessaire, afin de produire une offre globale, entre la conception et la réalisation ainsi que dans la définition initiale des besoins de la personne publique.

Contrairement aux apparences qui consisteraient à voir dans le partenariat public-privé, et *a fortiori* dans le contrat de PPP, une avancée de « l'ultra libéralisme » voire une immixtion des entreprises privées dans la gestion des affaires publiques, la logique

---

[614] A ce propos, V « Afrique : le défi des infrastructures à relever », Dossier spécial international, Le journal du club des PPP, n°21, juin 2012, p. 2 et s ; N.Boudeville et O. Stintzy, « Consolidation en France et décollage en Afrique », PPP Mag, n° 4, Nov. 2013 – Janv. 2014, p. 76 ; C. Prat, « PPP et régionalisme en Afrique », PPP Mag, n°5, Fév.-Avril 2014, p. 79.

[615] V. « Au pays du PPP optimiste », PPP Mag, n° 4, Nov. 2013 – Janv. 2014, p. 66.

[616] D. Glauque, « Les difficultés de gestion des partenariats public-privé en Europe. Pour une lecture « institutionnelle » », RFAP, n°130, 2009, p. 383 et s.

[617] E. Campagnac, « De l'équipement au service, la métamorphose des organisations : coopération, gestion du risque et techniques contractuelles dans les nouveaux partenariats publics privés », in W. Azan, F. Bares et C. Cornolti, « Logiques de création : enjeux théoriques et management », Paris, l'Harmattan, 2006, p.137 et s.

[618] E. Campagnac, « Contribution à l'analyse des contrats de partenariat public-privé en France et au Royaume-Uni », RFAP, n°130, 2009, p. 365 et s.

[619] M.Ball, « Rebuilding construction », London, Routlege, 1985 ; M.Campinos-Dubernet et J.Gordon, « Le contracting system et le professionnalisme britannique : avantages et limites de la formalisation des relations de l'acte de construire », CEREQ, 1985 ; G. Winch, « Institutional reform in British construction : partnering and private finance », Building research & information, 2000, p. 141 ; « Rethinking construction : The report of the construction task force », Department of the Environment, Transport and the Regions, London, July 1998.

partenariale issue de ce nouveau mode d'exécution contractuelle de l'action publique peut et doit, si elle est utilisée à bon escient, apporter à la fois la possibilité de mener à bien des projets qui ne seraient pas réalisables à un moment où les personnes publiques ne sont plus en mesure de disposer des mêmes capacités financières qu'il y a une vingtaine d'années. Au delà de la France et des pays anglo-saxons, la notion de contrat de PPP se développe également en Europe de l'est dont la Pologne semble être un fer de lance. En effet, une première loi sur le PPP a été votée dès 2005 mais (à l'instar de la France ?), les premières failles n'ont pas tardé à apparaître et cela a donné lieu à un deuxième texte en février 2009 afin de relancer le PPP dans le pays. Là encore, l'enthousiasme était de mise lors de la refonte du texte et du lancement des premiers projets mais seule la pratique et les retours d'expériences mettront en évidence ou non la pertinence de l'utilisation de cette nouvelle forme de contrat[620].

Le développement du PPP se stabilise en Europe, atteignant un « stade de maturité »[621], pour autant ce phénomène est véritablement en train d'exploser en Afrique. Bien que la notion de « partenariat public-privé » se rapproche plus du contrat de concession à la française, cette forme de contrat est à la base d'un certains nombres de grands projets et ne se limite plus à la seule construction de bâtiments pour toucher le secteur scolaire et médical. Ainsi le PPP est considéré comme un véritable moteur de développement à la fois de l'activité économique du continent africain tant du fait de la présence d'entreprises européennes que de la nécessité que ces dernières ont à développer une activité industrielle en participant à la formation des acteurs économiques locaux.

L'Amérique latine n'est pas en reste du point de vue de l'utilisation et du développement des contrats de PPP, le Brésil et le Mexique en étant les principaux moteurs. Dès 1995, le Brésil adopte une loi fédérale portant création des PPP, là encore les lacunes de viabilité des projets, notamment sur le plan financier, ont conduit le pays à revoir leur copie et ainsi adopter une nouvelle loi en 2004. Ils ont servi de support au développement des stades de football ainsi que de différentes structures liées au secteur énergétique ou régalien (construction de prisons par exemple)[622].

---

[620] V. M. Mierkzwa, « La refonte de la loi sur le partenariat public privé en Pologne », RFAP, n°130, p. 395.

[621] N.Boudeville et O. Stintzy, préc.

[622] « L'expérience récente des PPP au Brésil », Table ronde lors des « PPP Days 2012 », Genève, Le journal du Club des PPP, n°21, juin 2012, numéro spécial international.

B. Le développement sectoriel illimité du partenariat public-privé

Malgré un développement timide du PPP en France, qui arrive malgré tout à maturité après la réforme opérée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[623], le recours à cette nouvelle technique contractuelle explose à l'étranger (en Afrique comme vu supra). De façon générale, l'utilisation de ce contrat semble devoir concerner des secteurs particuliers que sont le bâtiment, la voirie et éventuellement le domaine de l'énergie. Bien qu'il soit vrai que le contrat de PPP serve majoritairement au développement d'infrastructures en grande partie par le secteur privé, des utilisations relativement originales peuvent en être faites, le meilleur exemple étant le marché anglo-saxon. Le développement du PPP au Canada[624] est le meilleur exemple de développement massif et maîtrisé de ces relations contractuelles d'un nouveau genre et ce dans de nombreux secteurs tels que : les routes, ponts, hôpitaux, universités, énergies (eau et électricité notamment), transports, prisons, défense etc.

L'exemple le plus surprenant reste l'intervention privée dans le secteur militaire, notamment opérationnel. C'est ainsi que, en raison de l'implication extrêmement importante du secteur privé dans le domaine militaire « *opérationnel, les interventions américaines en Irak et en Afghanistan ont été qualifiées de « première guerre partenariale »* »[625]. En effet, l'importance des investissements réalisés est colossale si l'on se réfère à celles engagées pour les projets européens et notamment français. Sur la période 2003-2008, le seuil symbolique des cent milliards de dollars a été dépassée[626], pour autant le plus marquant demeure les moyens, tant humains que matériels, mobilisés par les partenaires privés. Au delà du phénomène financier et matériel, l'aspect le plus remarquable de ces partenariats entre l'armée américaine et des entreprises privées se situe au niveau des secteurs concernés par les différents contrats passés dans le cadre de ces théâtres d'opérations.

Car si l'exemple français consistant en ce que le Ministère de la Défense utilise des contrats de PPP, afin de réaliser des bâtiments tels que le futur site du Ministère, qualifié d'ailleurs de « *Pentagone français* »[627], et se limite ainsi à un volet purement administratif, le cas américain franchit très largement cette frontière en laissant pénétrer le partenaire privé

---

[623] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JO n°0175, 29 juillet 2008, p. 12144

[624] V. « Au pays du PPP optimiste », PPP Mag, préc.

[625] D. Danet, « Guerre d'Irak et partenariats public-privé », RFAP, 2009, n°130, dossier spécial « Les PPP dans les secteurs clés », p.249.

[626] V. Congress of the United States, Congressional Budget Office, *Contractor's Support of US Operations in Iraq*, 2008.

[627] « Le « Pentagone français » tombe dans l'escarcelle de Bouygues », LeMoniteur.fr, 25 févr. 2011, V. également « Pentagone à la française « Un contrat de partenariat hors normes » », LeMoniteur.fr, 8 juill. 2011.

dans un espace purement régalien. Si l'implication de sociétés privées dans un tel contexte ne peut que heurter la philosophie et la pratique de la gestion déléguée de certaines activités propres à l'Administration (au sens français de la notion), elle pose également la question de l'endroit où doit se situer la limite de relations partenariales public-privé. D'autant que cet exemple précis met en évidence le fait que des contrats sont attribués à des sociétés sans mise en concurrence, notamment et en particulier pour des missions dans lesquelles les personnels privés représentent une part importante des pertes humaines, confirmant bien qu'ils prennent part à des missions de « *violence armée* »[628]. Cet exemple montre que le partenariat public-privé peut être utilisé dans des domaines régaliens dont l'exécution ne doit relever directement que de la puissance publique. En ce sens, voir l'étude portée sur la typologie des contrats de partenariat utilisés pour des opérations strictement administratives ou de logistiques et celles conduisant à une véritable privatisation des interventions armées dans un cadre de conflit international[629]. La thématique de la défense et des implications que des problématiques, notamment budgétaires, peuvent avoir sur la question de l'externalisation de certaines activités semble traverser l'Atlantique puisque l'Allemagne s'est dotée d'un organisme central dont la mission est de gérer la délégation de missions qui sont susceptibles de l'être sans franchir le cap de la mission opérationnelle[630]. Ce phénomène pourrait très logiquement toucher la France à terme si l'on considère que « *les budgets de la Défense en France et en Allemagne doivent faire face aux mêmes défis : baisse des effectifs et effort de rationalisation budgétaire* »[631].

Les différentes applications ainsi que l'émergence plus ou moins récente du concept même de partenariat public-privé dans différents pays pourrait aboutir à une harmonisation du droit des PPP[632]. L'objectif principal étant de donner un cadre légal complet à des pays dont le régime du PPP n'est pas encore bien défini et dont le potentiel de développement par cette voie contractuelle est immense[633]. Une telle démarche permettrait de dessiner des contours plus précis et clairs à la notion même de PPP et ainsi faciliter les projets internationaux et ne

---

[628] D. Bigo, « Les entreprises de coercition para-privées : de nouveaux mercenaires ? », Cultures & conflits 52, n°4, 2003, p.5.

[629] D. Danet, « Guerre d'Irak et partenariat public-privé », RFAP, n°130, 2009, p. 249 et s.

[630] C. Prat, « Armées : Berlin face au mur budgétaire », PPP Mag, n°5, Fév.- Avril 2014, p.77 et s ; R. Belais et J-M Oudot, « Le recours aux contrats de partenariat dans la Défense en France », RFAP, n°130, 2009, p.263 et s.

[631] C. Prat, préc.

[632] En ce sens, V. L. Folliot-Lalliot, « Vers une loi-type internationale pour harmoniser les PPP », interview, in PPP Mag, n°5, préc., p. 32 et s.

[633] La Banque mondiale estimant les besoins en infrastructure, en milliards de dollars et par an, à 171,8 sur le continent africain, 497,8 pour l'Asie et 81,2 en Amérique du sud. V. WB Group, Transormration through infrastructure, Insfrastructure stragegy update FY 2012-2015, p.30.

ferait que s'inspirait de ce qu'il s'est passé à l'endroit du droit des marchés publics au début des années 2000. D'autant que l'expérience française des DSP notamment, et du contrat de PPP également, devraient avoir leur influence dans l'élaboration d'un tel modèle international.

Quelles que soient les futures évolutions de la réglementation du concept de partenariat public-privé et notamment du contrat de PPP, qui reste l'outil phare d'une telle démarche, cette nouvelle forme de relation entre les personnes publiques et les opérateurs marque un changement clair et profond dans l'appréhension des projets à réaliser. Que ce soit dans la définition des besoins, des méthodes d'exécution au stade de la construction et, bien évidemment, des manières de gérer l'exécution du contrat tout au long de sa vie et en particulier au stade de l'entretien de l'ouvrage ainsi que de la gestion d'un service public afférent, les liens contractuels portent presque les acteurs publics et privés à être sur un pied d'égalité.

II. Des projets complexes nécessitant une démarche partenariale

L'avènement des relations dites « partenariales » dues à l'émergence des montages complexes et des contrats de PPP notamment opère un véritable revirement dans les relations contractuelles de l'Administration, habituée jusque là aux traditionnels marchés publics et délégations de service public de manière schématique, c'est-à-dire à une position dominante par rapport à l'opérateur privé. La relation partenariale par définition implique un rééquilibrage des rapports entre deux parties, de façon assez paradoxale puisque cela amène obligatoirement à une plus grande pénétration du secteur privé dans le pré-carré des personnes publiques. Ce phénomène, au delà des nouvelles pratiques qu'il implique, est de nature à modifier à la fois la logique et le fonctionnement de la commande publique, de telle sorte que son développement pose une fois de plus la question de la refonte de la typologie des contrats publics français et de l'émergence d'un « *droit de la commande publique* »[634].

Cette transformation de l'externalisation de l'action des personnes publiques apparaît comme inéluctable aujourd'hui en raison, entre autres, de la faible capacité de mobilisation de moyens financiers importants nécessaires à la réalisation d'équipements indispensables à la

[634] En ce sens, voir notamment, J-D. Dreyfus et B. Brasset, « Autour de la notion de droit commun de la commande publique », AJDA, 2004, p. 2256.

bonne exécution du service public tout en maintenant l'objectif d'utilisation efficace de chaque euro dépensé[635].

L'appréhension et la pratique nouvelle de ce type de contrat d'un genre nouveau ont causé un véritable changement de philosophie de la part des acteurs publics. En effet, les raideurs de la première version des contrats de PPP issus de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ont été le principal problème à une démocratisation de l'utilisation de ce nouvel outil contractuel. Car si l'Etat a, à l'époque, été le principal utilisateur du contrat de PPP, les collectivités locales sont restées timides à son égard. Les élus locaux ainsi que les fonctionnaires territoriaux n'étant pas formés à cette nouvelle logique, les prises de décisions ont été lentes et n'ont pas été encouragées, à la fois, par les craintes d'un nouveau procédé dont la complexité pouvait sembler dangereuse ainsi que par les modifications successives intervenant dans le domaine des contrats publics[636]. Car la gestion d'un contrat de partenariat nécessite des compétences juridiques et également techniques en fonction de la nature du projet[637]. Le succès de l'utilisation d'un contrat de PPP sera donc la capacité partenariale dont sauront et devront faire preuve les personnes publiques[638]. Et c'est bien ce point, notamment, qui a longtemps bloqué les acteurs locaux à se lancer dans l'exercice partenarial face à une crainte qui était légitimement celle de ne pas faire le poids face à des entreprises privées issues de grands groupes du BTP et dont l'expertise pouvait, à juste titre, donner le sentiment aux collectivités locales d'être dépassées par un processus mal connu et potentiellement non maîtrisable, notamment et en particulier à l'endroit de collectivités territoriales de tailles modestes[639].

Concernant le cas de la France, il est vrai que parler du développement des contrats globaux de la commande publique, et en particulier des marchés semble se limiter à aborder la question des nouveaux outils arrivés depuis le début des années 2000 que sont les contrats de PPP et, depuis août 2011, des contrats de performance. La démarche dite partenariale qu'implique la pratique de ces nouveaux contrats et une véritable nouveauté pour ne pas dire une révolution. Historiquement l'Administration, dans une logique d'Etat central tout

[635] V. A ce sujet, A. Buat, « Insuffler de la performance dans l'exécution des marchés », Mon. TP, 16 mai 2014, p. 47.

[636] Elément régulièrement soulevé lors de l'adoption de la loi du 28 juillet 2008, V. A. Bréville, « Les contrats de partenariat public-privé, Guide pratique, Découvrir et comprendre les PPP », Ed, du secteur public, 2009, p. 16 et s.

[637] V. F. Bergère, « Comment renforcer l'expertise des décideurs publics ? », CP-ACCP, n°81, oct. 2008, p. 34 et s.

[638] L. Préfontaine et V. Ramonjavelo, « La capacité partenariale, pilier de la réussite d'un partenariat public-privé. Résultat d'une étude canadienne », Etudes transversales des partenariats public-privé, RFAP, n°130, 2009, p. 323 et s.

[639] C'est ainsi que le montant total des contrats de PPP signés par l'Etat entre 2005 et 2012 représente les trois quarts du montant des contrats de partenariat signés durant cette période. V. MAPPP, « Rapport d'activité MAPPP 2012 », MAPPP/RA/2012.

puissant, a toujours mené une action contractuelle dans laquelle elle conservait un avantage évident à tous les niveaux (de la passation au terme du contrat en passant par l'exécution), la jurisprudence abondante en la matière a propos de ses prérogatives, notamment et en particulier, dans le domaine contractuel en faisant foi.

Pour autant les logiques ont changé et les méthodes ont évolué, ainsi les projets sont aujourd'hui plus complexes et de grande ampleur et les capacités financières de moins en moins importantes. Il n'est plus question de commander un opérateur privé mais bien de discuter pour ne pas dire négocier, afin de mener une externalisation qui doit être, plus que jamais, performante. Les engagements pris par les personnes publiques, dans le cadre d'opérations nécessitant le recours à des marchés globaux, s'inscrivent dans des périodes qui ont vocation à devenir bien plus longues, en raison de l'importance des volumes financiers considérés. De la volonté de faire, de ces nouvelles formes d'action contractuelle, un véritable moteur à la fois du maintien de la construction des ouvrages nécessaires au bon fonctionnement du service public ainsi que d'un véritable « *instrument de la relance économique* »[640], la nécessité de la mise en place d'un véritable encadrement logistique pour les collectivités s'est vite imposée. La réforme opérée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 est d'ailleurs importante en la matière, en effet au delà d'apporter un véritable assouplissement dans le recours au contrat de PPP, elle a été l'occasion pour un certain nombre d'acteurs d'organiser un véritable encadrement voire accompagnement dans l'utilisation de ces contrats. Car si les marchés globaux suscitent à la fois optimisme et inquiétudes, c'est essentiellement parce que les premières expériences ont mis en évidence une mauvaise pratique de l'outil plus que ses défaillances intrinsèques éventuelles.

Paragraphe 3. La sécurisation de l'utilisation des contrats globaux par l'accompagnement des personnes publiques

La nouveauté que constituent les contrats globaux ainsi que, par comparaison avec les marchés publics et autres délégations de service public, la relative complexité de leur utilisation ont justifié la mise en place d'un certain nombre, de ce qui pourrait être qualifié, d'accompagnateurs dans cette voie particulière. Nous l'avons vu et dit, le monde des contrats globaux est une chose peu connue lors de l'avènement des contrats de partenariat public-privé

[640] X. Bezançon, « Le PPP, véritable instrument de la relance économique ? », CP-ACCP, n°89, juin 2009, p. 34 et s.

notamment et l'expertise nécessaire à leur pratique implique que les collectivités publiques ne soient pas livrées à elles mêmes. C'est ainsi que la Mission d'appui aux partenariat public-privé (MAPPP) a été créée afin de jouer un rôle de conseil auprès des personnes publiques ayant recours à des contrats de PPP (I) et d'avoir une vigilance nécessaire à assurer une bonne utilisation de ces contrats (II).

I. Le rôle de conseil et de contrôle de la MAPPP

La Mission d'Appui aux Partenariats Public-Privé, véritable élément central d'aide à la passation des contrats de PPP, est créée par décret n° 2004-1119 le 19 octobre 2004[641] pris en application de l'ordonnance du 17 juin 2004, son article 2 disposant que « *les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret* ». Cet organisme, qualifié « *d'organisme expert* » par l'ordonnance, a vocation, dès les premières utilisations des contrats de PPP, à avoir un véritable rôle de conseil vis-à-vis des personnes publiques se lançant dans l'utilisation des PPP[642]. La MAPPP est également très active dans la promotion de cet outil contractuel auprès des différents acteurs. Au delà de son travail de lobbying, ses missions premières demeurent l'accompagnement méthodologique dans la préparation des contrats ainsi que dans leur exécution et la validation de l'évaluation préalable. Il est utile de préciser que son champ de compétences ne se limite pas au seul contrat de partenariat et ainsi la MAPPP peut être saisie, pour avis simple par exemple, à l'occasion de la passation ou du projet de recours à n'importe quel contrat global ou montage complexe dont le financement serait « *innovant* »[643]. C'est un acteur central du développement et de l'aide apporté aux collectivités publiques, pour autant il pourra être regretté que son rôle ne soit pas plus important, notamment du fait de son caractère simplement consultatif en particulier pour les projets des collectivités territoriales qui représentent presque 75 % des contrats de PPP signés depuis 2005[644]. Pour autant les investissements réalisés par l'Etat, dans le cadre de contrat de PPP, représentent les trois quarts des volumes financiers engagés de 2005 à 2012 dans la réalisation de projets par le biais de contrats de PPP (la majorité des projets conclus par l'Etat l'ayant été dans la période

[641] Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, JO n°246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19.

[642] La loi du 28 juillet 2008 (art. 48 notamment) étendra sa mission aux contrats et baux visés à l'article L. 2122-15 du CG3P.

[643] Par financement innovant, il faut essentiellement retenir tout mode de financement jugé comme dérogatoire en comparaison de celui d'un marché public ou d'une DSP notamment.

[644] Sur la période 2005-2012, 38 contrats de PPP ont été signés par l'Etat pour 129 par les collectivités locales ; V. MAPPP, Rapport 2012, préc.

2009-2011), justifiant ainsi l'obligation, pour ce dernier, de se soumettre à l'avis faisant suite à l'analyse de l'évaluation préalable réalisée par la MAPPP.

La Mission peut être impliquée avant même la phase d'évaluation préalable puisque la personne publique peut la saisir pour avis expert sur la simple économie générale d'un projet et son adéquation à l'utilisation d'un contrat global. Pour autant l'essentiel de son concours se manifeste lors de la période d'attribution du contrat. En la matière, les guides méthodologiques et autres feuillets pratiques ne manquent pas, qu'ils aient été réalisés par la Mission ou par des organismes partenaires (Club des PPP, IGD, DAJ etc.)[645] : sont ainsi à disposition, sur son site internet qui est la véritable vitrine et base de données, des éléments tels que différents clausiers-type, les avis rendus, la réglementation en vigueur[646] notamment.

L'Etat et ses établissements publics doivent obligatoirement avoir recours aux services de la MAPPP, alors que les collectivités territoriales, en vertu du principe de libre administration, n'y sont pas tenues et peuvent mener elles mêmes la phase principale qu'est l'évaluation préalable. Pour autant les collectivités territoriales se tournent massivement vers cet organisme expert au sens de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 par manque d'expérience et de méthodologie. Là encore ce phénomène met en évidence un changement de « philosophie » au sein de la commande publique. Les opérations et projets justifiant le recours au contrat de PPP et aux marchés globaux de manière générale s'inscrivent dans une complexité et une durée inhabituelles au regard de la pratique des marchés publics par exemple. Ainsi lorsque le choix de la collectivité publique se dirige vers leur utilisation, il lui faut être conseillée, encadrée et la MAPPP bénéficie, en tant que « organisme public », du moins d'organisme expert « homologué » par l'Etat au travers du Ministère des Finances, d'une objectivité sur les avis qu'elle peut donner et ne souffre pas de l'image d'un organisme de lobbying.

Au delà d'un rôle de conseil et d'aiguilleur, les avis qu'elle rend ne sont que des avis simples à l'égard des collectivités territoriales alors que l'Etat est tenu de s'y conformer. Le rôle principal de la MAPPP, en amont de la signature du contrat[647], se retrouve précisément

---

[645] Le rôle de ces organismes se limitant à « animer » les débats autour des contrats de PPP, des marchés globaux et des montages complexes de façon générale, en collaboration parfois avec la MAPPP mais n'ont en aucun cas de responsabilités à exercer sur la passation de tels contrats.

[646] Notamment la circulaire du 9 mai 2012 « relative aux contrats de partenariats à l'attention des collectivités territoriales », EFIT1206010C, préc., en remplacement de la circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, NOR: ECOZ0500081C, J.O n° 291 du 15 décembre 2005 page 19271 texte n° 16.

[647] Qui est la phase capitale de la démarche, quel que soit le marché global considéré, puisque l'exécution des relations entre les partenaires public et privé se fera uniquement sur la base des clauses contractuelles prévues en amont de la signature.

dans les avis qu'elle rend à l'étape de l'évaluation préalable. Cette phase est, en quelque sorte, une étude de marché dont l'objectif est de conclure à la pertinence ou non du recours à un contrat global tel que le PPP. Nous l'avons dit, cette phase est obligatoire pour l'ensemble des personnes publiques puisque le juge veille au respect de la satisfaction de l'un des critères justifiant l'utilisation de ce type de contrat dérogatoire[648]. Ainsi, le travail de la Mission doit « *éclairer* »[649] le choix de la personne publique et non pas l'influencer. Pour autant elle doit vérifier le respect des critères de recours au contrat de PPP et ainsi porter un avis sur « *l'opportunité administrative, économique et financière du recours à un contrat de partenariat plutôt qu'à un autre instrument de la commande publique* »[650].

Ainsi ses avis se fondent essentiellement sur des analyses comparatives d'ordre juridique, technique et/ou économique[651]. Le but est donc de guider la personne publique dans sa prise de décision sans pour autant l'influencer[652]. L'analyse objective de la pertinence du choix du contrat de PPP ou de tout autre contrat global pour lequel elle pourrait être saisie doit mettre en évidence l'intérêt, à la fois, du recours à de tels contrats ainsi que le fait que leur utilisation soit la meilleure des solutions pour le projets[653].

Les outils ne manquent pas afin que les collectivités aient l'ensemble des éléments nécessaires au choix du contrat le plus pertinent en matière de contrat global. La phase préalable à la signature du contrat, étape capitale, reste d'une complexité manifeste. Ainsi la MAPPP encourage particulièrement les personnes publiques à avoir recours à différents organismes de conseil au moment même de cette évaluation préalable[654] (raisonnement qui ne peut que se confirmer au moment de l'élaboration du contrat). Ce soutien logistique existant, au profit des collectivités territoriales en particulier, devrait théoriquement permettre une bonne utilisation de ces contrats, a plus forte raison que la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 a très nettement assoupli les procédures tant dans l'élargissement des critères de recours que dans la possibilité de répartir, en partie, le financement entre personne privée et publique ainsi

---

[648] V. Ord. n° 2004-559 préc., art. 2 et CGCT, art L. 1414-2 ; Cons.const., déc. n°2004-506 DC, 2 déc. 2004.

[649] Y-R. Guillou « Méthodologie applicable à l'évaluation préalable d'un contrat de partenariat », CP-ACCP, n°89, juin 2009, p. 38 et s.

[650] CE, 29 oct. 2004, *M. Sueur et autres* ; D. Casas, Concl sous CE 29 oct. 2004, « M. Sueur et autres », BJCP, 2005, n°38, p. 69.

[651] V. différents avis de la MAPPP sur son site : http://www.economie.gouv.fr/ppp/avis-publies

[652] V. S. Braconnier, « L'analyse comparative : la recherche d'une best value for money à la française », Contrats et marchés publ., n°9, sept. 2005, n°7.

[653] A titre d'illustration, V. argumentaire développé dans les avis n°2006-1 concernant le système informatique du Château de Versailles, n°2006-2 portant sur le projet de « Nouveaux établissements pénitentiaires du ministère de la justice » et n°2007-08 a propos de l'éclairage public de la ville de Saint-Fons.

[654] V. MAPPP, « Fiche explicative : le recours aux assistants à personne publique », MAPPP/09-06.

qu'en ouvrant la procédure de passation à la procédure négociée[655] (le dialogue compétitif étant jugé, à juste titre pour les projets les plus modestes, trop lourd). Les contrats globaux, le contrat de partenariat en étant l'élément phare ces dernières années, bénéficient à la fois d'un effet de mode justifié ces dernières années et font encore les frais de la crainte de « l'usine à gaz » qu'ils pourraient se révéler être. Le souci de bonne utilisation de tels contrats intéresse également la doctrine, les acteurs et observateurs et bien évidemment le juge.

II. Une vigilance générale nécessaire à la bonne utilisation des contrats globaux

L'arrivée des contrats de PPP par la voie de l'ordonnance du 17 juin 2004 n'a pas été une révolution pour les praticiens les plus avertis, la loi du 28 juillet 2008 a néanmoins entamé un processus de « *normalisation* »[656] à travers l'élargissement des voies de recours et des possibilités de financement[657]. Pour autant, et ce malgré la bonne presse dont bénéficient les contrats de PPP et, de façon générale, les contrats globaux de la commande publique[658], une vigilance générale subsiste à leur endroit, non pas par opposition de principe ou idéologique mais bien en raison des conséquences qu'une mauvaise utilisation (sur le fond comme sur la forme) peut avoir sur la réalisation de projets (et donc sur la qualité du service public) ainsi que sur les finances des personnes publiques. Car si la passation de marchés publics, qu'ils soient de travaux, de fournitures ou de services reste, par comparaison, une chose à la fois connue et bien plus aisée ; la passation d'un contrat global, contrat de PPP, de performance ou tout autre montage complexe, fait bien appel à la notion de relation rééquilibrée entre les parties : brisant la barrière entre commande et exécution inhérente au marché public.

Cette vigilance à conserver ainsi que l'importance du travail de pédagogie et de formation que peuvent assurer des institutions telles que la MAPPP par exemple demeurent importantes dans une période où les collectivités se familiarisent avec les contrats de PPP. Pour autant, rappelons encore une fois que, bien que l'attrait pour ce type de contrat global soit logique voire pertinent, seule la teneur du projet envisagé doit l'emporter ainsi que le strict respect des critères de l'évaluation préalable afin d'éviter que le juge le remette en

---

[655] A ce sujet, V. P. Novat et A. Guimet, « Contrats de partenariat : vers une normalisation de la commande publique ? », CP-ACCP, n° 89, juin 2009 p. 44 et s.

[656] P. Novat et A. Guimet, préc.

[657] A ce sujet, V. L. Levoyer, « La garantie de l'Etat sur les PPP », CP-ACCP, n°89, juin 2009, p. 68 et s.

[658] Le travail de « lobbying » d'organismes tels que le Club des PPP et l'IGD notamment ainsi que l'effervescence juridique, tant sur les volets théorique que pratique, en la matière l'ayant montré.

cause. Car c'est bien parce que le « *contrat de partenariat tend à substituer à « l'achat » (plus ou moins instantané d'équipements publics* »[659] et qu'il s'inscrit dans une logique de long terme, notamment au regard de la bonne gestion du service public très souvent lié qu'il demeure nécessaire de ne pas s'engouffrer sans préparation dans cette formule contractuelle dont l'exécution peut révéler la mauvaise élaboration des clauses du contrat. La complexité évidente des PPP ne les empêche pas d'être utilisés dans de nombreux domaines comme le secteur hospitalier[660], de l'énergie et en particulier de l'eau[661], la défense et les prisons pour ne citer que les plus récents. Ainsi le contrat de PPP semble devoir encore être « dompté » par les collectivités territoriales, afin d'en avoir une connaissance substantielle, et ainsi assurer une bonne élaboration du contrat pour garantir une bonne exécution. L'exécution qui est aujourd'hui la cible de tous les observateurs et la source de nombreux commentaires positifs comme négatifs de la part de la doctrine comme des praticiens[662]. Car si de tels contrats sont majoritairement conclus par les collectivités territoriales, le montant des investissements réalisés par leur intermédiaire provient des quelques mais très importants contrats passés par l'Etat. Le paradoxe en la matière est que ce sont ces contrats titanesques en terme de montant d'investissement, d'ampleur et de complexité du projet qui posent presque logiquement le plus de difficultés à l'heure actuelle.

La vigilance des acteurs devant aussi exister à l'endroit même des organismes censés les encadrer et les conseiller. Le cas de la Cité du surf et l'extension de l'Aquarium du musée de la Mer de la ville de Biarritz en reste le parfait exemple[663]. La MAPPP avait en effet reconnu l'existence d'une complexité de nature à justifier le recours au PPP, précisant que : « *La complexité réside principalement dans la complexité technique du projet. En premier lieu la réalisation de la Cité du Surf et de l'Océan et l'extension du Musée de la Mer reposent à la fois sur la construction d'ouvrages complexes et sur la mise en place d'équipements de haute technologie. La Ville de Biarritz a lancé un concours de maîtrise d'œuvre pour la création de la Cité du Surf et choisi le projet d'un architecte américain qui présente des caractéristiques très particulières puisqu'il s'agit d'un « bâtiment-place » avec un plafond courbe dont la réalisation sera particulièrement difficile. L'extension du Musée de la mer*

[659] J. Lhomme, « Marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat… Comment choisir, quel bon usage faire de ces différentes catégories de contrats ? », Table ronde « La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages » , LPA, 27 août 2010, n°171, p. 9.

[660] P. Gaudron, « Henriville, un PPP réussi dans le domaine de la santé », RFAP, n°130, 2009, préc.

[661] A. Chapdelaine, « Les PPP dans le secteur des services d'eau », RFAP, n°130, 2009, préc.

[662] Dossier, « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », CP-ACCP, n°125, octobre 2012.

[663] Avis n°2007-4 sur le projet d'extension du Musée de la Mer et de construction de la Cité du Surf et de l'Océan de Biarritz.

constitue également un chantier complexe en raison de l'imbrication des bâtiments existants et des ouvrages nouveaux, des contraintes du sous-sol et de la nécessité de ne pas compromettre l'ouverture du musée actuel pendant la réalisation des travaux. En outre, dans les deux cas, la scénographie et la muséographie feront appel à des équipements innovants et de haute technologie, dont la mise en œuvre suppose des compétences d'ingénierie particulières. En second lieu l'exploitation et la maintenance des ouvrages présentent elles aussi un caractère complexe, résultant de la nécessité de créer des synergies dans la gestion technique des deux équipements en mutualisant et optimisant les moyens et compétences techniques mis en œuvre. L'opérateur devra en outre pouvoir s'adapter aux exigences du délégataire de la gestion des équipements ».

La Cour administrative d'appel de Bordeaux, saisie de cette affaire[664] a précisé la teneur de la notion de complexité et précisera qu'elle est constituée, non pas en raison de la complexité technique, juridique ou financière propre au projet mais, par l'incapacité de la personne publique à le réaliser dans le cadre des procédures liées à l'utilisation d'outils traditionnels de la commande publique[665] en considérant que : « *le contrat de partenariat constitue une dérogation au droit commun de la commande publique, réservée aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général les justifiant ; que répondent à un tel motif, outre l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet, sa complexité, entendue comme mettant objectivement la personne publique dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ; que l'incapacité objective de la personne publique à définir seule ces moyens doit résulter de l'inadaptation des formules contractuelles classiques à apporter la réponse recherchée ; que la démonstration de cette impossibilité incombe à la personne publique, et ne saurait se limiter à l'invocation des difficultés inhérentes à tout projet ; qu'à cet égard, ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis de la mission d'appui au partenariat public privé ne sauraient constituer, devant le juge, la preuve de la complexité invoquée ; que la possibilité ouverte à la collectivité publique par l'article L. 1414-13 de ne confier à son cocontractant qu'une partie de la conception de l'ouvrage ne saurait la dispenser de justifier*

[664] Sur appel du jugement du TA de Pau en date du 30 juin 2010, jugement n° 0801791.

[665] CAA Bordeaux, 26 juill. 2012, n°10BX02109, Juris-Data :2012-018582 ; D-A. Camous et A. Audibert, « Contrat de partenariat : de la notion de complexité à celle d'incapacité », La Semaine juridique éd. Administration et Collectivités territoriales, n°50, 17 déc. 2012, comm 2389.

de son incapacité à mener à son terme la part de l'ouvrage réalisée en partenariat, du fait de sa complexité »[666].

Cette attention particulière du juge intervient dans une période où les collectivités publiques, territoriales notamment, n'ont pas toujours fait preuve de la plus grande prudence dans l'utilisation des contrats globaux et en particulier des contrats de PPP. L'aide de la MAPPP n'étant pas toujours gage de sûreté comme l'a montré l'arrêt de Cour administrative d'appel de Bordeaux qui a apporté les dernières précisions dans une lignée qui avait été marquée par une importante clarification du Conseil d'Etat. En effet, dans une décision du 23 juillet 2010[667], le juge administratif a apporté l'ultime précision quant à l'appréciation que doivent avoir les personnes publiques de la notion d'urgence, ce qui pouvait paraître délicat au regard du peu de précision dont faire preuve l'ordonnance de 2004 ainsi qu'avec les différentes interprétations qu'en ont fait le Tribunal administratif d'Orléans et la Cour administrative d'appel de Nantes[668].

La vigilance du juge ainsi que des diverses institutions chargées de d'accompagner les personnes publiques dans la pratique des contrats globaux sont d'autant plus nécessaires à la lecture d'un considérant de la CAA de Bordeaux qui admet la complexité du projet, et ainsi le bien fondé du recours au contrat de PPP, non pas lorsque la personne publique n'est pas objectivement capable de définir, à l'avance ses moyens et autres éléments de nature à répondre à son besoin, mais lorsqu'elle peut « *justifier de son incapacité à mener à son terme la part de l'ouvrage réalisée en partenariat, du fait de sa complexité* »[669]. Dès lors le souci de bonne utilisation des deniers publics, notamment, implique une grande vigilance lors de la réalisation préalable. Ce manque de recul ainsi qu'un certain « effet de mode » après la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008 ont sans doute contribué à ce qu'un certain nombre de retours d'expériences actuels ternissent significativement l'image des marchés globaux et notamment des contrats de PPP.

---

[666] CAA Bordeaux préc., considérant n°5.

[667] CE, 23 juill. 2010, n° 326544 et n° 326545, *M. Lenoir et autres*, Jurisdata n°2010-012225, F. Brenet, « Les conditions du recours au contrat de partenariat : les clarifications du Conseil d'Etat », RJEP, n°682, janv. 2011, comm. 2 ; V. TA Orléans, 29 avr. 2008, n° 0604132 et n° 0604140, *Lenoir et Synd. Nat. Ent. De second œuvre du bâtiment*, Jurisdate n° 2008-361555, G. Eckert, « Conditions de recours au contrat de partenariat : une appréciation stricte de la notion d'urgence », Contrats et marchés publ., n°6, juin 2008, comm. 123 ; BJCP 2008, p. 189, concl. G. Borot et obs. P. Terneyre ; V. également, CE, 29 oct. 2004, Sueur et autres,

[668] CAA Nantes, 23 janv. 2009, *Département du Loiret*, Jurisdata n°2009-012021 ; AJDA 2009, p. 779, note J.-D. Dreyfus.

[669] CAA Bordeaux préc., considérant n°5.

Section 2 – Les écueils de l'utilisation des contrats globaux

Les contrats globaux, au sens large, bénéficient, nous l'avons dit, d'un véritable développement depuis une dizaine d'année. Les baux emphytéotiques administratifs et autres autorisations d'occupation temporaire du domaine public ont vite été « adoptés » par les collectivités publiques, notamment en raison du fait que leur consécration législative est issue de ce qui est couramment appelé « *l'ingénierie contractuelle* »[670]. Les évolutions que vont connaître ces types de contrat administratif, profitant d'un élargissement de leur champ d'application, ont connu leur zénith lors de l'adoption de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[671]. Jusque à ce véritable tournant, la pratique des premiers marchés globaux, pour la plupart inclus dans des montages contractuels complexes, n'ont pas été une grande source de difficultés pour les personnes publiques en raison du fait de leur préexistence pratique aux évolutions législatives des années 1980 et 1990.

L'arrivée du contrat de PPP va être autrement plus percutante et spectaculaire, introduisant dans le paysage contractuel français un outil, au départ, presque effrayant tant il apparaissait démesuré et de grande ampleur par rapport à ce qui existait jusque-là[672]. Pour autant la volonté politique a été dans le sens d'un développement fort et rapide du contrat de PPP, poussant l'Etat à constituer le chef de file de ce mouvement. Après les réformes opérées entre 2008 et 2009, les collectivités territoriales se sont, en volume de contrats, massivement lancées dans l'aventure au point de reléguer l'Etat à un rôle secondaire. Pour autant, la véritable euphorie des débuts tend à laisser place, du fait du premier véritable bilan qu'il est possible de tirer après une décennie de pratique, à un réalisme froid pour ne pas dire à de vives inquiétudes. L'utilisation en elle même des contrats de PPP est sujette à un certain nombre de critiques doctrinales (paragraphe 1). A l'heure des premiers véritables constats, le bilan apparaît également plus que mitigé pour les acteurs (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Des instruments contractuels nécessitant un usage prudent

Les contrats globaux, outils dérogatoires de la commande publique, suggèrent un contexte et un projet d'une particulière difficulté technique ou un contexte justifiant en lui-

[670] N. Symchowitz, préc., p. 22 et s.

[671] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JO n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[672] Bien que certaines concessions et délégations de service public, n'aient pas grand chose à envier au contrat de PPP par l'ampleur des investissements réalisés et la durée du contrat, en particulier dans le domaine de l'énergie et des réseaux de manière générale.

même leur utilisation. Leur utilisation circonstanciée s'expliquant par le fait que l'outil contractuel, par son usage théoriquement exceptionnel, reste relativement méconnu (I) et demeure générateur d'un fort endettement public (II), expliquant ainsi les difficultés rencontrées par les collectivités territoriales (III).

I. Un outil relativement méconnu et largement critiqué

Le recours aux contrats de partenariat public-privé s'est globalement développé depuis leur création il y a maintenant dix ans. Pour autant, rares voire inexistantes sont les études sérieuses qui auraient permis de tirer un bilan clair de leur utilisation. Seules subsistent des constats ponctuels à accumuler, comparer et synthétiser. La chaire « Economie des partenariats public-privé » (EPPP) de l'Institut d'Administration des Entreprises (IAE) de Paris ainsi que le Club des partenariats public-privé ont réalisé deux études de la performance globale des contrats de PPP[673] en s'intéressant particulièrement aux segments construction et exploitation. De ces études ressortent deux constats : la réputation de l'outil est indiscutable et son efficacité serait démontrée. C'est une réalité, la notoriété des contrats de PPP n'est plus à faire, pour le meilleur comme pour le pire. Avant même l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004, l'adéquation de ce nouvel outil vis-à-vis des problématiques de financement, de réalisation et de gestion de grands équipements publics se posait[674]. L'étude menée par le club des PPP est intéressante en ce qu'elle montre le domaine de notoriété des contrats de PPP, précisant que « *ce sont essentiellement les communautés de communes, d'agglomération ou urbaines qui ont répondu (47,6% de l'échantillon répondant) ainsi que les communes (41,9%), le reste étant constitué de conseils généraux et régionaux* », le rapport précisant que seules 5000 collectivités de plus de 10 000 habitants ont été choisies et que seulement 380 ont répondu. Les collectivités, en particulier territoriales, quelle que soit leur taille, connaissent cet outil, pour autant le sentiment de méfiance domine majoritairement. Au sortir de cette décennie d'existence, le bilan reste plus que mitigé et l'actualité tend à conforter ce sentiment, d'autant que le même résultat peut être atteint par des moyens différents (qu'il s'agisse de montages contractuels complexes comprenant des BEA/AOT et autres VEFA notamment).

---

[673] Résultats de deux études menées par la chaire EPPP et le club des PPP : « Le CP : mieux connu, plus apprécié », PPP Mag, Janvier-Mars 2013, p.49-55 ; E. Cloâtre, « 80% des contrats de partenariat ont respecté les coûts de maintenance et d'exploitation prévus », Mon. TP, 9 oct. 2012, source lemoniteur.fr

[674] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « L'irrésistible ascension du partenariat public-privé », Contrats et marchés publ., n°11, Nov. 2002, Repère 10 ; E. Delacour, « Modernisation de la commande publique et développement du partenariat contractuel public-privé », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2003, Comm. 91.

Les contrats de partenariats concentrent depuis des années les commentaires des juristes, politiques et économistes, pour autant aucun constat réel et global n'a été fait. Entre les évolutions législatives successives, ajoutant la plupart du temps de la complexité dans un domaine qui n'en a certainement pas besoin, les contrats de partenariat ont fini par faire peur. Vus comme des contrats d'Etat en premier lieu, d'importantes collectivités territoriales ensuite, les premiers résultats montrent que leur utilisation pour des projets de grande ampleur n'a pas été, n'est pas voire ne sera pas concluante. Pour autant l'opération étant lancée, impossible sauf à consentir au versement d'une somme indemnitaire de résiliation du contrat exorbitante même pour la personne publique.

L'heure n'est pas aux levées de boucliers telles que les architectes l'ont menées, dénonçant dans le contrat de PPP à la fois une véritable « *bombe à retardement* »[675], allant jusqu'à adresser une lettre au Premier ministre afin de dénoncer la recommandation du Conseil d'analyse économique indiquant l'intérêt de recourir au procédé de « conception-réalisation » [676]de l'article 37 du Code des marchés publics [677] afin d'éviter « *les fausses bonnes idées comme les contrats globaux. PPP ou conception-réalisation, apparemment accélérateurs d'activités, mais qui ont pour motivation la captation des marchés publics par les grandes entreprises au détriment des artisans et PME, du service public et de la comptabilité publique* » [678]. Au delà des considérations purement corporatistes inhérentes à la mutation du système de la commande publique et à la globalisation des opérations, les deux derniers point soulevés (la qualité du service public et le respect de la bonne gestion des deniers publics) méritent d'être regardés de façon objective, l'inquiétude étant grandissante notamment vis-à-vis des finances publiques et de la dette des différentes collectivités ayant signé un contrat de PPP.

---

[675] C. Conrad et D. Dessus, « Les PPP ? Une bombe à retardement ! », Mon. TP, Point de vue, 4 mars 2013, source LEMONITEUR.FR.

[676] A. Trannoy et E. Wasmer, « Comment modérer les prix de l'immobilier ? », Les notes du conseil d'analyse économique, n° 2, février 2013.

[677] M.-F. Manière, Lettre adressée à Monsieur le Premier ministre, 18 mars 2013, réf/3465 ; « Les architectes vent debout contre les contrats globaux », Mon. TP, 20 mars 2013, Actualité, source LEMONITEUR.FR.

[678] Préc., note 126.

II. Les contrats globaux facteurs d'endettement public

Le succès des contrats globaux aux premières heures de leur existence et de leurs premiers aménagements[679] fut largement basé sur la possibilité offerte aux collectivités territoriales de différer le paiement d'infrastructures dont elles avaient un besoin immédiat. Un arrêté interministériel[680], passé relativement inaperçu dans le paysage juridique et contractuel français, a eu pour conséquence d'intégrer à la dette des collectivités territoriales le montant des investissements des contrats de PPP et BEA signés par ces dernières ; le texte précisant que « *à partir de la mise en service du bien objet du CPPP, le bien est intégré au compte 21 approprié pour sa valeur totale correspondant au coût d'entrée chez le partenaire privé*. », (le compte 21 étant celui des immobilisations incorporelles), « *la contrepartie est enregistrée par opérations d'ordre non budgétaire :* […] - *au compte 1675 pour la part investissement restant à payer* » (qui est une sous-partie du compte 16 « Emprunts et dettes »). Le contrat de PPP est, depuis le 1er janvier 2011, assimilé à un endettement de la part de la collectivité territoriale. Ainsi ressort la réalité de l'utilisation d'un contrat de partenariat, un outil global permettant la réalisation d'une opération complexe avec un seul contrat, sans être pour autant un moyen de fuite en avant comptable pour les élus locaux soucieux de continuer à développer des infrastructures sur leurs territoires dans une période où les capacités de financement diminuent au fil du temps[681]. Cette modification comptable n'emporte heureusement aucune conséquence budgétaire directe mais force les collectivités territoriales à une certaine responsabilisation puisqu'elle met en évidence l'endettement lié à la conclusion d'un marché global, ce fameux compte 1675 se vidant au fur-et-à-mesure que les loyers sont remboursés, diminuant de facto la dette de la collectivité. Néanmoins, la précision comptable apporté par cet arrêté emporte nécessairement une perte d'attrait pour ces marchés globaux, les resituant à une place d'outil contractuel comme un autre et non comme une fausse marge de manœuvre financière tel que le constate Gaëtant Huet : « *cela permettra de replacer le PPP à sa juste place, celle d'un outil parmi d'autres de la commande publique, certes*

[679] Nous pourrons légitimement penser, dans le cas présent, à la loi du 28 juillet 2008 dont l'objectif fut d'assouplir les conditions à satisfaire dans le cadre du recours au contrat de PPP.

[680] Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif, texte 29 à 31 et 33 et 34, JORF n°0297 du 23 décembre 2010 page 22566, NOR: COTB1030455A.

[681] A ce propos, V. J. Paquier et R. Richard, « La baisse de la dépense locale jugée incontournable », GazComm, 21 oct. 2013, p. 8-9 ; A. Guengant, « Les collectivités territoriales vont perdre 27 milliards d'euros de recettes d'ici à 2017 », GazComm, 26 mai 2014, p.13.

différent, mais qui ne procure pas de marges financières supplémentaires en matière d'endettement »[682].

Les collectivités territoriales ne sont pas les seules à être surveillées de prêt dans l'utilisation qu'elles font des marchés globaux et des contrats de PPP. La réforme opérée par la loi n° 2009-279 LAPCIPP du 17 février 2009, permettant, entre autres, un co-financement du projet, objet du contrat de PPP, a participé paradoxalement à faire baisser sa côte de popularité[683]. Entre la « *déconsolidation de la dette* »[684] et les modifications apportées, une fois de plus, par la loi, les collectivités publiques deviennent de plus en plus prudentes, les rapports successifs de la Cour des comptes ne les encourageant pas à baisser la garde. Le rapport de la juridiction financière pour l'année 2008[685] émettant un avis très critique sur l'utilisation des contrats de PPP en particulier par un « *service public non marchand* »[686], ce type de contrat devant rester avant tout un outil contractuel comme un autre et non pas, là encore, des « *financements banalisés* »[687]. Tout projet de contrat de PPP désormais porté par l'Etat devra, en plus de l'évaluation préalable « classique », c'est-à-dire portant sur la pertinence économique, juridique voire financier de son utilisation ; désormais une évaluation devra également être réalisé a propos de l'ensemble des conséquences que pourrait avoir la concrétisation de l'opération. Au premier rang de ces inquiétudes, les répercussions potentielles sur les finances publiques.

Les incidences sur les finances publiques faisant même réagir les politiques. C'est ainsi que des parlementaires ont saisi le Gouvernement de questions en lien avec les inquiétudes liées à l'utilisation des contrats de PPP pour de grandes opérations d'Etat. Ainsi le député Vialatte interpellait le Ministre de l'Economie et des Finances[688] a propos des investissements réalisés par la voie du contrat de PPP dans le domaine pénitentiaire, au sujet duquel la Cour des comptes[689] a eu – dans son rapport réalisé en 2011 sur les partenariats publics privés pénitentiaires – des observations très critiques, soulignant notamment que « *La dépense PPP permet de différer et d'étaler sur 30 ans le coût d'investissements lourds dont la*

[682] A. Helias, « Le PPP devient officiellement une dette », GazComm, 11 fév. 2011.

[683] V. F. Olivier, « Le contrat de PPP vecteur de relance », Contrats et marchés publ., n°3, mars 2009, étude n°3.

[684] G. Clamour, « L'évaluation « extrinsèque » des contrats de partenariats public-privé de l'Etat », Contrats et marchés publ., n°11, Nov. 2012, comm. 300.

[685] C. Comptes, Rapport public annuel, 2008.

[686] Rapport préc., p. 675

[687] G. Clamour, préc. note 134

[688] AN, 14ème législature, QAG n° 263389, JO, 14 mai 2013, p. 5073.

[689] C. Comptes, Communication à la commission des finances de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, « Les partenariats public-privé pénitentiaires », oct. 2011.

dette des engagements n'avait pas, jusqu'en 2009, à être consolidée dans le passif de l'Etat. Néanmoins, il en résulte des difficultés de lisibilité comptable des opérations » et surtout que « *les projets PPP sont lancés en l'absence de projection à moyen et long terme des crédits de paiements. En effet, en dépit des prescriptions de la circulaire du ministère du budget du 14 septembre 2005 il n'est fait aucun examen de la soutenabilité budgétaire du projet dans le cadre des évaluations préalables requises par l'ordonnance de 2004* »[690]. De la même manière, une autre question[691] fut soulevée concernant l'opération campus et s'appuyant sur le rapport de la mission dit « Peylet »[692] qui a recommandé la réorientation en loi MOP d'une dizaine de projets lancés sur la base d'un contrat de PPP. Cette question visant à demander que leur utilisation soit encadrée et serve en priorité à des opérations concernant de grandes infrastructures en excluant le secteur de l'habitat notamment.

Au delà des difficultés de lisibilité juridique, économique, technique voire financière qui ne se sont pas améliorées avec les réformes successives opérées depuis la naissance des contrats de PPP, les collectivités territoriales se sont lancées dans cette voie contractuelle perçue à la fois, et probablement à raison, innovante et performante. L'Etat avait, nous l'avons dit, montré l'exemple dès les débuts en amorçant la montée en puissance des contrats de PPP, malgré cela, les collectivités territoriales ont du, et doivent toujours, faire avec un modèle contractuel fait pour et par l'Etat.

III. Les difficultés rencontrées par les collectivités territoriales dans l'utilisation des contrats de partenariat public-privé

Les difficultés rencontrées par les collectivités locales se sont présentées au moment même de l'exécution des contrats de partenariat public-privé, révélant une mauvaise adaptation de l'outil lui-même (conçu initialement pour être un contrat fait pour l'Etat) (A). La taille d'une collectivité territoriale et les moyens dont elle dispose pour gérer la passation et l'exécution d'un tel marché global semble conditionner la possibilité objective qu'elle a d'y recourir, de telle sorte que ces contrats semblent devenir le pré-carré des grandes collectivités territoriales (B).

---

[690] Rapport préc., note 139, p.9.

[691] AN, 14ème législature, QAG n° 31835, JO, 9 juill. 2013, p. 7087.

[692] Rapport de la Mission nationale sur l'opération campus, oct. 2012.

A. La pratique des contrats globaux mal adaptée à l'échelon local

Avant de rencontrer des obstacles d'ordre pratique, phénomène propre à toute entreprise contractuelle, la pratique des contrats de partenariat public-privé, notamment à l'échelon local (qui représente plus des deux tiers du nombre total de contrats signés ces dernières années) s'est en tout premier lieu heurté à sa configuration étatique historique (du fait de sa préexistence à travers les différents partenariats quasi-identiques utilisés dans le cadre des lois de programmation militaire, LOPSI, LOPJ ou encore de l'ordonnance relative à la procédure de création d'établissements de santé). Le cadre juridique ainsi appliqué par les collectivités territoriales n'est que la transposition de celui élaboré pour l'Etat[693]. La réalité extrêmement pratique du fonctionnement normal d'une collectivité locale prend alors le dessus, ce qui est susceptible de poser un certain nombre de problématiques. Que cela début dès la réunion de la commission ad hoc prévue par l'article L. 1414-6 du Code général des collectivités territoriales renvoyant à l'article L. 1411-5 du même Code, ce dernier prévoyant la composition de la commission de délégation de service public. De la même manière le caractère communicable du rapport de l'évaluation préalable a le caractère de document communicable puisqu'il doit pouvoir être transmis à l'ensemble des candidats[694] à la condition que « *a pour objet de présenter le projet* [...], *puis d'examiner pour les écarter, un certain nombre de solutions possibles pour le montage juridique du projet* [...] *Le rapport examine les différentes solutions envisageables,* [...] *pour finalement privilégier le contrat de partenariat, dont les avantages sont abondamment développés. Les seules données financières qui apparaissent sont des données relatives au coût* [...] *des différentes formules envisagées. Par suite, la commission considère que ce document administratif ne contient aucune mention couverte par le secret en matière industrielle et commerciale et est donc communicable de plein droit à toute personne qui en ferait la demande* »[695]. Il apparaît une fois encore que le contrat de partenariat peut se heurter, par sa complexité, son inadaptation ainsi que le manque d'expertise des personnes publiques, à la concurrence d'autres contrats mieux connus et couramment utilisés qui pourront permettre d'arriver à un résultat similaire.

---

[693] V. CGCT, Art. L1414-1 et s. tels que issus du titre II de l'ordonnance du 17 juin 2004.

[694] A. Maurer, et E. De Fenoyl, « Collectivités territoriales et PPP, un cadre législatif à améliorer », GazComm, 14 nov. 2011, p. 40-42.

[695] CADA, conseil n° 20062040 du 11 mai 2006.

La « *transposition* »[696] du dispositif des contrats de PPP élaborés pour l'Etat en premier lieu méconnaissent, pour partie, la réalité du fonctionnement des collectivités territoriales, le paradoxe étant les difficultés posées par la nécessité de faire valider chaque étape de la démarche par l'assemblée délibérante de la collectivité. Des éléments tels que les clauses de stabilité de l'actionnariat ou encore celles de rattrapage de loyer nécessitent une véritable adaptation afin d'éviter qu'à la complexité s'ajoute l'incompréhension des acteurs[697]. De plus le recours de plus en plus récurrent aux contrats de PPP pour, dans une grande majorité, la réalisation de projets de construction met en avant une insuffisante considération des problématiques liées au droit de l'environnement et de l'urbanisme notamment, au risque de pouvoir être une grande source de difficultés lors de l'exécution du contrat[698]. Là encore, il ne sera pas étonnant de voir les collectivités se tourner vers la voie des contrats de CREM-REM ou de conception-réalisation par exemple.

De cette complexité apparente ainsi que de l'utilisation majoritaire par des collectivités territoriales de grande taille (régions, départements et grandes villes)[699], les contrats globaux excluraient-ils *de facto* les collectivités de moyenne et petite taille ?

B. Les contrats globaux, pré-carré des grandes collectivités territoriales ?

Le développement de l'utilisation des marchés globaux, du BEA au contrat de PPP, de part leur complexité et la nécessité de mobilisation des moyens humains des personnes publiques afin de mener à bien leur élaboration ainsi que leur exécution semble parfois exclure les collectivités territoriales de petite ou moyenne taille. Nous l'avons dit, les marchés globaux préexistant au contrat de PPP, posent beaucoup moins de problèmes de pratique aux collectivités territoriales comme à l'Etat, les BEA et autres AOT notamment étant, à l'instar des marchés publics et concessions, entrés dans les mœurs soit par le biais d'une pratique ayant parfois précédé l'intervention du législateur soit que leur élaboration, passation et exécution soient maîtrisées par les acteurs publics comme privés[700]. Les collectivités territoriales ont eu un certain temps pour appréhender ces outils, complexes certes en comparaison des marchés publics stricto sensu mais dont la difficulté d'approche et de

---

[696] A. Maurer et E. De Fenoyl, « Collectivités territoriales et PPP, Inadaptation de certains standards de marchés », GazComm, 14 nov. 2011, p. 44-46.

[697] V. « Partenariat public-privé : Guide des mauvaises pratiques », Contrats et marchés publ., déc. 2010, p. 46-48.

[698] A. Maurer et E. De Fenoyl, « Collectivités territoriales et PPP, Prendre en compte le droit de l'urbanisme », GazComm, 14 nov. 2011, p. 48-50.

[699] Sous réserve également des projets de contrat de PPP lancés sans que la MAPPP soit consultée.

[700] V. « La loi du 29 janvier 1993 : 20 ans déjà ! », PPP Mag, Nov. 2013 – Jan. 2014, p. 38-42.

pratique n'est en rien comparable à ce comporte un contrat de PPP. De telle sorte qu'à leur arrivée dans l'environnement contractuel français, ils semblaient devoir être réservés à la seule action contractuelle de l'administration centrale et des plus grandes collectivités territoriales de type régions, départements et métropoles.

Paradoxalement le premier contrat de PPP signé en 2004, pour une durée de six ans, l'était par la ville d'Auvers-sur-Oise (Val d'Oise) comptant un peu moins de 7000 habitants et concernait la rénovation et l'entretien du réseau d'éclairage public. Cet exemple n'aura pas tant suscité les vocations, quand bien même le domaine de l'éclairage public fait l'objet de nombreux contrats de PPP. En parallèle de ces « petits » et rares contrats, les projets démentiels ont fleuri par le biais des marchés globaux cette dernière décennie, la rénovation et la construction d'un grand nombre d'établissements scolaires dans le département du Loiret en étant le parfait exemple. L'exemple de projets importants, sans pour autant pouvoir concurrencer les projets de l'Etat dont l'ampleur est effrayante, tels que celui-ci mettent automatiquement en avant, en général, des collectivités territoriales d'échelon départemental ou régional. Les collectivités territoriales de taille bien plus modeste qui s'engagent sur ce chemin sont bien plus rares. Les marchés globaux, particulièrement les contrats de PPP, sont-ils adaptés aux opérations de telles collectivités, sont-ils réservés à des projets pharaoniques des personnes publiques les plus importantes et aux moyens humains et administratifs les plus développés ? La question pourrait véritablement se poser et une réponse affirmative pourrait même y être apportée si les projets menés par des départements, régions et autres grandes villes ou agglomérations ne coulaient pas à l'heure actuelle sous le feu des critiques pour des raisons qui diffèrent du tout au tout. L'essentiel des critiques, celles relevées par les chambres régionales des comptes dans différents rapports visent le surcoût financier de l'opération réalisée par le biais des marchés globaux, là encore en première ligne desquels se situent les contrats de partenariat.

D'un point de vue financier il n'est pas garanti qu'ils soient plus intéressants qu'une autre formule contractuelle puisque le partenaire privé doit assurer l'ensemble, du moins une partie, du financement de l'opération. N'étant pas courant que les grands groupes de BTP arrivent à obtenir des taux d'intérêts inférieurs à ceux accordés aux personnes publiques. A cela il pourra être objecté que le partenaire privé supporte néanmoins les risques et assure la maintenance, des éléments qui sont généralement pris en compte dans le calcul du loyer.

Quant à la rapidité, deuxième grand argument devant justifier le recours aux contrats globaux de manière générale, aux contrats de PPP en particulier, la définition des besoins,

l'évaluation préalable et la période dialogue compétitif ne rendent pas la procédure plus rapide que pour un autre outil contractuel. D'autant que, et nous le verrons dans les prochains développements, un contrat global peut revêtir un intérêt certain si le contrat est verrouillé, clause par clause, dans ses aspects techniques, juridiques, financiers etc.… au moment de la négociation[701]. Paradoxalement, les contrats globaux révèlent la nécessaire plus grande implication de la personne publique désireuse de se lancer dans une opération complexe. Elle ne sera certes ni maître d'ouvrage ni maître d'œuvre de l'infrastructure socle du projet, pour autant son implication au moment de l'élaboration du contrat (de la définition des besoins jusqu'à la signature en passant par l'évaluation préalable et le dialogue compétitif notamment) déterminera sa bonne ou mauvaise exécution entre deux entités défendant des intérêts par essence divergents que sont le service public et la bonne gestion des deniers publics d'une part et, d'autre part, le souci de rentabiliser une activité qui au départ relève pourtant du service public. Les marchés globaux n'ont pas vocation à être plus utilisés par un segment particulier de personne publique, le critère principal étant la capacité que va avoir cette dernière à véritablement s'impliquer, néanmoins il faudra reconnaître que cette investissement sera fonction du volume du projet, qui ne sera fatalement le même dans une commune de 20 000 habitants et une métropole telle que Nice.

L'accès au contrat de PPP pour les collectivités de taille modeste reste théoriquement possible, pour autant cette démarche est-elle pertinente ? Peut-elle être efficace ? Un mouvement de coopération a été initié par le Conseil général du Loiret en la matière. En effet une coopération a été mise au point et a vu naître le « *premier PPP mutualisé* »[702]. Le projet de construction de collèges a débouché sur la coopération entre le département et la commune, se basant sur l'article L. 1414-1 III du Code général des collectivités territoriales disposant que « *lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation et, éventuellement, en suivra l'exécution* »[703]. C'est ainsi que cette coopération, sur laquelle nous reviendrons puisque la Ville de Lourdes a également étudié ce moyen d'en s'engager dans la voie du contrat de PPP. Pour autant ce phénomène de partenariat dans le partenariat met également en évidence

[701] A. Tardivo, « Les contrats doivent être bétonnés », Gaz. cmnes 16 juin 2004, p. 24.

[702] S. D'Auzon, « Deux collectivités du Loiret signent le premier PPP mutualisé », GazComm, 30 mars 2012 ; V .également, « Contrat de partenariat, une première en France », www.loiret.com.

[703] V. également, T. Rouveyran et H. Echard, « Les projets relevant de la compétence de plusieurs personnes publiques », CP-ACCP, n°81, octobre 2008, p. 44-46.

la difficulté d'accès à cet outil contractuel pour des collectivités de taille modeste. Ce qui ne relève pas forcément de questions purement financières mais essentiellement de capacité juridique et technique de préparer la phase préalable à la signature du contrat ainsi que le suivi de son exécution[704].

Ces observations relativement critiques à l'égard des contrats globaux tels qu'ils sont à l'heure actuelle, particulièrement pour certains d'entre eux, s'apprécient à la lecture des exigences, de l'ampleur des moyens nécessaires à leur exercice ainsi qu'à la rapidité avec laquelle les collectivités publiques se sont ruées sur cet outil dont elles pensaient qu'il serait un moyen de « faire faire » alors que la réalité de la pratique a mis en exergue qu'un contrat global quel qu'il soit nécessite un plus grand investissement administratif, technique, juridique, humain etc.… qu'un contrat « *classique* »[705] de la commande publique. La période allant de l'année 2004 à 2009 a été celle du développement accéléré du recours aux contrats de PPP (la période allant de 2010 à aujourd'hui a été marquée par la continuité de ce phénomène de manière plus calme).

Ainsi, depuis quelques temps apparaissent les vrais premiers retours d'expériences de ces gros contrats signés il y a presque une décennie. Et là encore le bilan tiré par les acteurs (tant privés que publics), la doctrine et certaines juridictions montrent que la suite de l'exécution des contrats est à craindre dans une majorité de cas et qu'il est dorénavant important de faire preuve de prudence et d'expertise avant de s'engager dans cette voie là.

Paragraphe 2. Les contrats globaux sous le feu des critiques au moment où les premiers retours d'expériences arrivent

L'observation et l'analyse de l'utilisation des contrats globaux de la commande publique conduisent à faire le constat d'un amoncellement de retours négatifs dont les raisons diffèrent tout en constituant ce qui pourrait être considéré comme un « faisceau » d'arguments (I). La pratique des contrats de partenariat public-privé en particulier a révélé, pour des raisons d'économie financière du contrat, de mauvaise répartition des responsabilités, de clauses contractuelles mal négociées par exemple, un trop grand empressement à leur utilisation. Les possibilités offertes par ce type d'instrument juridique ayant trop vite masqué

[704] V. Dossier « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », CP-ACCP, n°125, octobre 2012, p.30-66.

[705] Un contrat qui, par opposition aux contrats globaux, ne sera pas dérogatoire des principes de la commande publique au sens du Code des marchés publics.

les risques et autres éléments constituant le pendant des avantages procurés. Pour autant la vraie question qui demeure restant bien de savoir si ce sont les contrats en eux-mêmes qui amènent de mauvais résultats ou l'utilisation qui en faite (II). Car si ces outils contractuels se distinguent de contrats traditionnels de la commande publique par différents éléments constituant leur singularité, une utilisation détournée de leur raison d'être ne peut que nécessairement conduire à un résultat négatif. Il apparaît, assez évidemment, que les contrats globaux bénéficient de retours satisfaisants dans leur ensemble (III).

I. Un amoncellement de retours négatifs

L'actualité des contrats globaux de la commande publique, en particulier les derniers que sont les contrats de partenariat public-privé et les marchés de conception-réalisation-entretien-maintenance et de réalisation-entretien-maintenance, font l'objet des observations les plus sévères pour les premiers (A) et les plus attentives pour les seconds (B). Dans un contexte où la prudence est plus que jamais nécessaire lorsqu'il est question d'y avoir recours, d'importantes difficultés apparaissent telles que des résiliations avant terme, notamment celle du contrat concernant le Centre Hospitalier Sud-Francilien (C).

A. Les contrats de partenariat public-privé critiqués de toutes parts

« *Une mécanique infernale* »[706], tels sont les termes employés par le Président de la Région Aquitaine pour qualifier les contrats de PPP. Malgré le fait que ces contrats aient été utilisés dans les plus grands chantiers du pays, qu'il s'agisse du Zoo de Vincennes, du Grand stade de Lille, du nouveau site du Ministère de la Défense, du plan Campus portant rénovation de l'immobilier universitaire ou encore le dossier sulfureux du centre hospitalier sud-francilien (CHSF). Les difficultés rencontrées dans l'exécution de ces contrats, l'exemple phare étant ce centre hospitalier situé dans l'Essonne[707], se révélées être de plusieurs natures : lourdeur et lenteur de procédure, retards et surcoûts, ce chantier devenant le « *symbole des ratages des PPP alors que les collectivités et l'Etat semblent ne plus pouvoir s'en passer* »[708]. D'autres élus craignant également une « *fuite en avant qu'on ne pourrait plus contrôler* »,

[706] « Alain Rousset sonne la charge contre les PPP », Interview de M. Alain Rousset, Président de la Région Aquitaine et Président de l'Association des Régions de France, 4 octobre 2012, www.localtis.info.

[707] L'ouverture de l'hôpital ayant été repoussée de presque une année en raison de l'existence de près de 8000 réserves lors de la réception de l'ouvrage.

[708] I. Rey-Lefebvre et L. Clavreul, « Les collectivités ne peuvent plus se passer des PPP », Le Monde, 24 janv. 2012, p.12-13.

susceptible d'engendrer une dérive financière et budgétaire tant de l'Etat que des collectivités territoriales[709].

Les fervents défenseurs des contrats globaux et des contrats de PPP en particulier peuvent se targuer d'une intégration rapide et massive dans le paysage contractuel français depuis leur apparition. Car si les deux avantages, sur lesquels ces marchés globaux étaient attendus, que sont la maintenance et la ponctualité ne sont pas aussi satisfaisant qu'ils auraient dû l'être, la rapidité et la rentabilité du projet (qui sont généralement les éléments déterminants du, si décisif, bilan coût / avantage de l'évaluation préalable) ne sont également pas au rendez-vous. Un exemple flagrant en la matière est le contrat de partenariat signé par la ville de Marseille dans le cadre de la rénovation du stade Vélodrome. Le rapport effectué par la Chambre régionale des comptes relève plusieurs points en ce sens, révélant de la même façon un déséquilibre flagrant dans le contrat, preuve du manque d'investissement de la collectivité lors de la phase capitale de l'évaluation des besoins puis de l'élaboration du contrat[710]. Les marchés globaux sont généralement vus comme un moyen de procéder à une opération complexe comportant plusieurs volets et ainsi faire des économies d'échelle. Pour autant ce qui devait être une réalité n'est restée qu'au stade de l'impression pour plusieurs points assez simples. Sur un strict plan financier, le partenaire privé ne peut pas obtenir un prêt à des conditions aussi compétitives que l'aurait une personne publique, dès ce premier point le surcoût paraît déjà « *automatique* »[711].

Les PPP ne coûtent pas moins cher puisque les loyers intègrent généralement le risque supporté par le partenaire privé ainsi que la maintenance et l'entretien, les collectivités publiques ne récupérant pas, qui plus est, la TVA sur les loyers payés[712] ; la concurrence de ces contrats d'un point de vue strictement financier peut ne pas être optimale, encore une fois, si la personne publique ne fait pas preuve de vigilance et ne prend pas un minimum de précautions lors de l'élaboration du contrat clauses par clauses. Le gain de rapidité de la démarche est lui aussi à relativiser puisque la procédure de dialogue compétitif, la plus pertinente en ce qu'elle permet à l'administration de négocier librement avec chaque candidat, aura une durée moyenne de dix huit mois et ne sera pas un moyen de gagner du temps dans la

[709] « Une fuite en avant que l'on ne pourrait plus contrôler », Interview de M. Jean Arthuis, Sénateur de la Mayenne, Le Parisien, 9 janv. 2012.

[710] CRC Provence-Alpes-Côté d'Azur, Rapport d'observations définitives sur la gestion de la ville de Marseille, 15 fév. 2013.

[711] V. Dossier spécial, « Dix ans de PPP : idées reçues et vrais dangers », Interview de C. Escallier, GazComm, 16 juin 2014, p.22.

[712] L'article 18 de la loi du 28 juillet 2008 et l'article L.1615-12 du CGCT précisant les conditions d'éligibilité au FCTVA dans le cadre des contrats de PPP.

préparation du projet (l'appel d'offres classique restant évidemment possible, mais demeurant une option plus que risquée pour la personne publique).

Les critiques qui se cristallisent autour de ce marché global ne dépendent d'ailleurs pas de la taille de la collectivité ou du domaine dans lequel il est utilisé[713]. Qu'il soit question du domaine hospitalier, militaire, universitaire ou encore d'éclairage public ; l'actualité, basée sur le constat des premiers effets produits par des contrats signés il y a quelques années, met en évidence que le choix massif, voire parfois maladroit, de cet outil contractuel n'a pas donné les résultats escomptés[714]. C'est ainsi que, par prudence, certaines collectivités renoncent à passer par cette voie. Ce fut le cas de la ville de Châlons-en-Champagne qui a renoncé à ce type de contrat pour procéder à la rénovation de son réseau d'éclairage public[715]. Le retard pris par le chantier du « *pentagone à la française* »[716], la polémique engendrée par la gestion du dossier dit du « *centre hospitalier sud-francilien* »[717] ou encore la remise en cause de l'utilisation généralisée du contrat de PPP dans le cadre de l'opération campus visant à rénover le parc immobilier universitaire[718]. L'actualité récente n'a pas, une fois de plus, épargné les contrats de PPP. C'est ainsi que la polémique du partenariat dit « *écotaxe* »[719] qui symbolise la « *perte de compétence de l'Etat et sa soumission aux pouvoirs économiques de toute nature* »[720]. Ce contrat signé pour une durée finalement très courte, étant de 13 ans au départ puis ramené à dix ans, a mis en évidence le peu de pertinence qu'il y a envisagé d'aussi lourds investissement sur une si courte durée, quand bien même le partenaire privé de l'Etat était habilité à prélever une taxe afin de se rémunérer. Là encore, les limites de raisonnement de la MAPPP, soucieuse de promouvoir l'outil contractuel justifiant son existence, qui considère dans son avis rendu sur ce contrat « écotaxe » que la maîtrise d'œuvre publique ne

---

[713] V. à ce sujet, J.-P Sueur et H. Portelli, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », Rapport, Sénat, Commission des lois, Juillet 2014.

[714] V. E. Cloâtre, « Rencontres internationales des PPP : les contrats de partenariat en crise », Mon. TP, Actualité, 24 oct. 2013.

[715] F. Marais, « La ville de Châlons-en-Champagne renonce au PPP pour la rénovation de son éclairage public », GazComm, Régions, 4 déc. 2012 ; V. également Compte-rendu du Conseil municipal de Châlons-en-Champagne du 23 novembre 2012, registre des délibérations, p. 1203-1209.

[716] « La livraison du futur site du ministère de la Défense à Balard reportée affirme Bouygues », GazComm, Régions, 28 août 2012.

[717] S. Chabas, « Hôpital d'Evry : le divorce du PPP est prononcé », http://www.batiactu.com/edito/hopital-d-evry---le-divorce-du-ppp-est-prononce--37698.php ; V. également, Proposition de résolution n° 4414 en date du 28 février 2012 « tendant à la création d'une commission d'enquête sur le scandale du nouveau centre hospitalier sud-francilien construit en contrat de partenariat public-privé ».

[718] D. Poupeau, « Plan campus : le recours au PPP pour l'immobilier universitaire remis en cause », AJDA, 2012, n°37, p. 2034 ; V. http://www.acteurspublics.com/2012/10/31/zero-pointe-pour-les-ppp-a-l-universite.

[719] F. Rolin, « Le contrat de partenariat « écotaxe », symptôme d'un Etat impotent, AJDA, 18 nov. 2013, n°39, p. 2225.

[720] F. Rolin, préc.

serait plus avantageuse qu'en cas prenant en considération le risque lié au retard qui pourrait être pris dans le déploiement des infrastructures[721].

Les contrats de PPP font aujourd'hui l'objet d'un grand nombre de critiques, ce n'est pour autant pas une particularité française, les PFI anglo-saxons ayant connu la même période de turbulences. En effet, le « private finance initiative » a eu vingt ans en 2013 et cet anniversaire a été l'occasion d'un rude bilan[722]. Ressortent ainsi de l'analyse de la pratique des PFI, la lourdeur et la relative longueur de la phase de passation du contrat, du manque de flexibilité du contrat liée à des clauses extrêmement précises et strictes (ce qui, a contrario, peut être remarqué en ce que l'exécution se trouve par la suite bien balisée) et, évidemment, « *d'un côté, une critique de fonds sur le coût et, de l'autre, une critique conjoncturelle sur le financement de la dette* »[723]. Pour autant, si le rapport du Trésor britannique est sans retenue à l'égard des points négatifs de ce PPP d'outre Manche, les points positifs apparaissent également sans ambiguïté. Ainsi, que la mission globale de conception, construction et entretien notamment d'un ouvrage public soit confiée à un opérateur privé qui a démontré détenir l'ensemble des compétences nécessaires est une opération pertinente et, si elle est bien menée par les autorités compétentes, économiquement intéressante. De plus la globalité de l'opération permet au constructeur de continuer à entretenir l'ouvrage durant toute la durée du contrat voire atteindre des objectifs de performance. Le bilan du PFI est intéressant en ce qu'il rejoint sur plusieurs points le constat qui commence à être fait en France, la réforme qui devra être opérée à l'endroit des marchés globaux français pourra s'inspirer des mesures prises pour la mise en place du « *PFI II* »[724].

Les contrats de partenariat public-privé sont, à l'heure actuelle sous le feu des projecteurs, malheureusement pour des raisons qui ne tiennent pas essentiellement à l'outil lui-même, pour autant, et bien que les CREM-REM n'aient pas encore assez d'ancienneté pour pouvoir faire l'objet d'une analyse aussi poussée, ils suscitent déjà des interrogations pour ne pas dire des craintes.

---

[721] V. MAPPP, Avis n°2009-4, « Projet de tarification de l'usage du réseau routier national non concédé par les poids lourds (TPL).

[722] V. Rapport du Trésor britannique préc.

[723] J. Pentecoste et E. Villateau, « Les mêmes critiques peuvent être adressées aux PFI britannique et aux PPP français », Mon. TP., 22 fév. 2013, Actu. Commande publique, www.lemoniteur.fr.

[724] X. Besançon et F. Bergère, « Les PPP repartent en Grande Bretagne ! », 12 juin 2013, LeMoniteur.fr.

B. Les contrats de conception-réalisation-exploitation-maintenance et de réalisation-entretien-maintenance au banc d'essai

L'arrivée d'un nouvel outil contractuel est toujours un moment particulier pour les acteurs publics, mêlé d'euphorie et d'inquiétudes, marqué par la volonté de le mettre à l'épreuve avec un projet préexistant tout en attendant le premier témoignage d'une personne publique ayant réellement marqué le premier pas. L'arrivée dans le paysage contractuel français des contrats de conception-réalisation-exploitation-maintenance et de réalisation-entretien-maintenance[725] fut la dernière grande évolution de ce qui n'est pas encore le droit de la commande publique. Pour autant, ces nouveaux contrats, au delà des potentialités offertes, notamment en terme de performance énergétique, mettent en lumière toutes les ambiguïté du droit des contrats publics français. Leur arrivée, dans un contexte favorable, en particulier, aux questions énergétiques n'a cependant pas apporté de réponses à la question de savoir si ces contrats constituent une « *ambition limitée* »[726]. Ces contrats, aussi innovant sont sujets d'ores et déjà à plusieurs interrogations tant du point de vue de la question de l'allotissement, qui semble devenir une exception plus qu'un principe, ainsi qu'à leur place au sein de la catégorie des contrats globaux.

Le grand paradoxe ainsi que la difficulté de ces contrats de CREM/REM réside, en premier lieu, dans la façon de les appréhender. En effet, si nous retenons les conditions d'utilisation semblent tout à fait paradoxales en comparaison des contrats de conception-réalisation notamment. En effet, ces derniers, pour la réalisation d'un ouvrage dans le cadre de la loi MOP, ne peuvent être utilisés qu'en cas de démonstration de la poursuite d'objectifs de performance énergétique et, qu'ainsi, cet engagement ne peut se réaliser qu'à travers l'association des phases de conception de l'ouvrage ainsi que de réalisation[727]. Le décret du 23 août 2011 a de curieux le fait que l'article 73[728], tel qu'il le modifie, ne précise pas aussi

---

[725] Décr. n° 2011-1000 du 25 août 2011, préc.

[726] J-M. Peyrical, « CREM et REM : une ambition limitée ? », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 3.

[727] Art. 37, CMP, « *Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.*

Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ».

[728] Art. 73, CMP : « *I. — Les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation de prestations afin de 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet. II. — Les marchés de conception, de*

clairement la nécessité de mettre en avant la poursuite d'objectifs de performance énergétique, laissant subsister une frontière entre ces deux types de contrats qui, là encore, ne permet pas de donner à l'éventail contractuel français le minimum de clarté nécessaire aux acteurs, qu'il s'agisse des personnes publiques ainsi que des entreprises privées. Bien que le pré-carré de la loi MOP soit conservé, les contrats de CREM/REM, de CREM en particulier peuvent être passés pour tout projet de réhabilitation d'un bâtiment existant tant que les engagements pris peuvent être objectivement mesurés (et que leur éventuel non respect peut ainsi être sanctionné).

De la même façon, la passation de ces nouveaux marchés de performance offre une panoplie de possibilités, ce qui est théoriquement appréciable pour l'acheteur public, qui ne vont pas sans ajouter un doute et ainsi cantonner les personnes publiques dans des domaines connus et semblant plus sûrs. Pour autant les différentes procédures restent conditionnées par les seuils traditionnels[729] fixés par le Code des marchés publics[730]. Ainsi la comparaison avec les contrats de PPP semble inévitable, bien que les avantages et inconvénients de l'un et l'autre ne puissent s'apprécier qu'en face d'un cas de figure bien précis. Les contrats de CREM/REM devraient pouvoir être utilisés lorsque le projet se situe hors du champ de la loi MOP et ne portant que sur la réhabilitation du bâti existant là où le contrat de PPP peut être utilisé pour n'importe quel projet (donc tant de construction que de réhabilitation) à condition que les critères fixés par la loi soient respectés.

Le critère financier ainsi que la maitrise d'ouvrage sont également des éléments essentiels dans la détermination de l'utilisation de l'un ou l'autre des contrats globaux. Les contrats de CREM/REM ne permettent pas le recours au paiement différé[731] et les risques

---

réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la réalisation de prestations afin de 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et des engagements qui constituent son objet. Si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37 ».

[729] Art. 73 – III, CMP, « *Lorsque la valeur estimée des marchés mentionnés aux I et II est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26 ou lorsque ces marchés relèvent de l'article 30, ils peuvent être passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28.*

Lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, ces marchés sont passés selon une des procédures prévues au I de cet article. Lorsqu'ils comprennent la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, les marchés mentionnés au II sont passés selon les règles prévues aux I et II de l'article 69 ».

[730] A ce sujet, V. C. Laroche, « La passation des marchés de REM et de CREM », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 42-44.

[731] Art. 73 – IV, CMP, « *Les marchés mentionnés aux I et II fixent le prix de l'ensemble des prestations et les modalités de rémunération du titulaire. La rémunération de l'exploitation et de la maintenance est liée à l'atteinte de performances*

supportés par le maître d'ouvrage restent assumés par la personne publique. Le choix de recourir à l'une ou l'autre formule restera fonction d'une analyse comparative, dépendant probablement de l'importance ainsi que de la complexité du projet, entre autres éléments. Les marchés de CREM/REM présentent un intérêt pour une personne publique désireuse de procéder à la passation d'un contrat global tout en conservant la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Pour autant, encore une fois, marché global ne rime pas avec démission de la personne publique au profit du cocontractant privé. Les marchés de CREM/REM en sont le parfait exemple puisque la préparation nécessite un investissement particulier, notamment au stade de la définition des besoins ainsi que pour la détermination des objectifs de performance en particulier en partant d'une situation « *de référence* »[732].

Pour autant, les retours d'expériences sont difficiles à appréhender puisque ces marchés ne sont pas soumis à une évaluation préalable, comme cela est le cas pour d'autres contrats globaux. Néanmoins le secteur de l'éclairage public a été, après les contrats de PPP, le secteur qui a été le premier vrai test pour les contrats de CREM/REM[733]. Ce qui pourrait presque paraître logique tant ces contrats semblent être destinés, à tort et de prime abord, à satisfaire la poursuite d'objectifs uniquement de performance énergétique. Ce qui n'est pas leur but unique mais dont nous pouvons légitimement penser qu'il s'agit de leur principale utilisation à l'heure actuelle, en attendant que les acteurs publics se rendent compte de la diversification dont ils peuvent faire l'objet.

De telle sorte que, bien que leur intérêt soit démontré, la réponse à la question de savoir si une nouvelle « strate » au mille-feuilles contractuel était nécessaire demeure difficile à apporter. Les contrats de CREM/REM se détachent des autres contrats globaux en insérant ce souci de performance. Il demeure envisageable d'insérer ce type de clause dans un contrat de PPP, pour autant la difficulté résidait dans le fait de pouvoir avoir recours à un contrat global qui n'oblige pas nécessaire à transférer la maîtrise d'ouvrage et/ou le financement à un opérateur privé. En plus des objectifs de performance, le véritable intérêt de ces contrats résident dans la démarche globale qu'ils offrent, permettant une fois de plus de déroger à la loi MOP et ses lourdeurs (bien que le recours aux contrats de CREM/REM connaisse son lot de difficultés). Leur création a apporté son lot de nouveautés et cela est toujours une bonne

---

mesurées fixées dans le marché pour toute sa durée d'exécution. Les modalités de rémunération se conforment aux dispositions des deux dernières phrases de l'article 10 et de l'article 96 du présent code ».

[732] B. Cheysson et Y. Simonnet, « Les risques attachés aux marché de REM/CREM », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 52-55.

[733] « Eclairage public : plaidoyer pro-contrats globaux », Mon. TP, 25 juin 2013, Lemoniteur.fr

chose pour la diversité de l'éventail des contrats publics, malgré cela leur nombre croissant ainsi que la complexité les accompagnant peuvent amener à se demander dans quelle mesure, a propos des contrats de PPP, « *ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaire ?* »[734] ou encore, à l'endroit des contrats de CREM/REM, s'ils constituent « *une ambition limitée* »[735].

Le recours mal évalué au contrat de partenariat public-privé peut avoir de lourdes conséquences financières et budgétaires pour les personnes publiques, allant de l'annulation par le juge jusqu'à la résiliation avant terme du contrat par les parties. Le cas du Centre hospitalier sud-francilien constitue le premier cas phare en la matière.

C. Les premières résiliations avant terme d'un contrat de partenariat public-privé : le cas du Centre Hospitalier Sud-Francilien

Le projet de réalisation du Centre Hospitalier Sud-Francilien (CHSF) a été lancé en 2006 dans le cadre du « Plan Hôpital » afin de regrouper les différents sites de l'hôpital d'Evry-Corbeil et ainsi devenir un pôle central en matière de santé. Le recours au bail emphytéotique hospitalier de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique. La nouveauté de la formule contractuelle a pourtant soulevé quelques inquiétudes, justifiées a posteriori, qui se retrouvent précisément dans l'exposé préalable au contrat qui fut signé le 11 juillet 2006[736]. Les difficultés posées par ce cas d'espèce sont tout à fait révélatrices de la vitesse et du manque de préparation avec lesquels les organismes publics tels que les hôpitaux notamment se sont lancés dans la conclusion de tels contrats sans toujours en cerner tous les risques et les enjeux, donnant raison à la position prônée par les dispositions de la loi de programmation des finances publiques du 30 décembre 2014 qui interdit le recours aux contrats globaux pour les organismes publics de l'Etat[737].

---

[734] J.-F. Auby, « Le cas des contrats de partenariat – Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ? », RFDA, nov.-déc. 2004, p. 1095.

[735] J.-M. Peyrical, préc. ; A propos des contrats de CREM/REM, V. « Marchés de REM/CREM : vers une globalisation des marchés publics ? », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, dossier spécial, p. 23-62 ; M.-A. Petiot et P. Terneyre, « Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques », AJDA, 2012, p. 412 ; D.-A. Camous, « Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? », JCP. éd. ACT, n°45, 7 nov. 2011, Etude 2351 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme permanente du droit des marchés publics : nouvel épisode », Contrats et marchés publ., n°10, oct. 2011, repère 9 ; O. Metzger, « Les nouveaux contrats globaux de la commande publique – Les CREM et REM », Cahiers du droit de l'entreprise, n°5, sept. 2013, dossier 35.

[736] CHSF, Bail emphytéotique, p. 5 ; pour une vision plus approfondie du contexte de la prise de décision, V. Chambre régionale des comptes d'Île-de-France, « Rapport d'observations définitives et sa réponse – Centre hospitalier sud francilien (91) – Enquête baux emphytéotiques des hôpitaux (BEH) – Exercices 2008 et suivants – Observations définitives délibérées le 22 juillet 2014 », notamment p. 8 à 17.

[737] L. n° 2014-1653 préc., art 34 préc.

La Chambre régionale des comptes d'Île-de-France a produit des observations similaires à celles de la Cour des comptes dans son rapport public annuel pour l'année 2014. La précipitation dans le choix du contrat de partenariat se trouve justifiée, dans un premier temps, principalement par son éligibilité aux aides financières dont pouvait bénéficier le CHSF dans le cadre du Plan Hôpital. Cette raison première met en évidence que l'adéquation du contrat au projet n'ayant pas été le premier souci des instances décisionnaires. Le projet n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'une évaluation préalable, qui n'était certes pas obligatoire à ce moment là, démontrant encore une fois la quasi absence d'expertise dans la réalisation du choix du contrat. La procédure de passation a également été d'une rapidité inquiétante puisque la CRC d'Île-de-France relève que « *la brièveté du dialogue compétitif a été aggravée par la dissolution de l'équipe projet fin novembre 2005, contre l'avis du chef de projet qui estimait que le dossier du nouvel hôpital était loin d'être terminé. Il soulignait notamment que l'analyse des offres, à réaliser encore une fois dans un délai serré, impliqueraient notamment de retourner devant les utilisateurs* »[738]. Malgré les maladresses de forme, la CRC est également très critique sur le choix du contrat, notamment en ce qu'il n'apparaît pas être le plus adapté au projet en relevant « *qu'un hôpital, par nature, est appelé à être adaptable et évolutif, le BEH est, sur ce point, rigide et contraignant pour le CHSF* » car « *les conséquences financières des modifications sont supportées par l'emphytéote uniquement si elles ont pour objet une mise en conformité avec le programme fonctionnel ou les contrats, ou « si la modification a pour effet une mise en conformité par rapport aux normes et réglementations non applicables à la date de notification, ou dont l'applicabilité ne pouvait être raisonnablement anticipée* »[739].

En se basant sur un choix non pertinent ainsi que sur des clauses trop imprécises, notamment en ce qui concerne la modification de l'ouvrage, la construction du CHSF ne pouvait que connaître des retards et un surcoût important. Cependant le cocontractant privé n'est objectivement pas le seul responsable d'un tel échec, la CRC relevant que « *une cellule*

[738] Rapport d'observations de la CRC-IDF préc., p. 13 ; V. également, « Tensions autour du PPP du Centre hospitalier Sud Francilien de l'Essonne », AFP, 13 mai 2011 ; « Hôpital sud-francilien: vers une sortie du bail avec Eiffage », AFP, 27 fév. 2014 ; « Les partenariats public-privé du plan Hôpital 2007 : une procédure mal maîtrisée », Moniteur N° 5775, 1er août 2014 ; B. Rallu, « Hôpital sud-francilien : circonstances atténuantes pour le contrat de PPP », LeMoniteur.fr, 5 fév. 2015 ; R. Noguellou, « Le BEH de l'hôpital sud francilien », Dr. adm., mars 2015, n° 3, alerte 18.

[739] Rapp. préc., p. 17.

composée seulement d'un chargé de mission pour l'aspect administratif du dossier et d'un ingénieur en chef, chargé d'assurer le suivi du chantier, a été laissée en place »[740].

Avec de telles difficultés liées à l'élaboration ainsi qu'à l'exécution du contrat, l'inévitable s'est produit et un accord de résiliation fut signé par les parties en avril 2014 afin qu'intervienne une résiliation formelle à la fin de l'année 2015. La Cour des comptes relevait déjà dans son rapport public annuel pour 2014 que « *le défaut de préparation suffisante à cette nouvelle procédure, l'inexpérience des négociateurs et une assistance largement orientée en faveur des PPP ont abouti à la sélection d'opérations disparates et à la signature de contrats porteurs d'incertitudes financières, notamment du fait des contentieux engagés ou latents. Les conditions financières d'intervention des partenaires privés n'ont pas été considérées comme essentielles au regard des avantages attendus: respect des délais, limitation du nombre d'interlocuteurs, et apports de solutions techniques innovantes. La taille, trop souvent limitée, des établissements engagés ne leur a pas permis de disposer des compétences suffisantes pour anticiper les conséquences du choix du PPP* »[741].

Cependant cette résiliation ne doit symboliser la condamnation de la catégorie des contrats globaux mais précisément en recentrer l'intérêt afin que leur utilisation soit circonscrite aux projets pour lesquels ils sont objectivement adaptés. Cette résiliation permettra également de procéder à l'analyse comparative de la gestion directe par la personne publique, notamment concernant les coûts d'exploitation et de maintenance.

Les contrats globaux connaissent leur lot de critiques, qu'il s'agisse des premiers retours d'expérience des contrats de PPP ou encore des interrogations gravitant encore autour des contrats de CREM/REM. De façon générale la typologie actuelle des contrats publics français prête, sinon à polémique, du moins à discussion. Néanmoins, les contrats globaux ne sont pas épargnés à l'heure actuelle, à la fois par une partie de la doctrine, des acteurs publics comme privés ainsi que par le juge. De telle sorte que la pertinence de leur utilisation serait remise en cause sans que la question de savoir si ces contrats ont été mal élaborés par le législateur ou leur utilisation mal exercée par les acteurs.

---

[740] Rapp. préc., p. 20, la CRC complète son propos en soulignant que « *ces carences ont été soulignées par les médecins, au cours de l'année 2008, qui jugeaient anormal de laisser porter la responsabilité d'un tel dossier à une seule personne (le chargé de mission), compte tenu de l'importance et de la complexité du projet. Face aux exigences de l'opérateur retenu, il leur paraissait indispensable de renforcer la cellule projet pour éviter, en 2010, la livraison d'un produit non utilisable* ».

[741] Cour des comptes, rapport public annuel 2014, p. 26.

II. Critiques des contrats globaux de la commande publique: mauvais outils ou mauvaise utilisation?

L'essentiel des critiques à l'encontre des contrats globaux se cristallisent autour des contrats de partenariat public-privé. La dynamique de leur création et de l'accélération de leur utilisation a laissé place à un constat presque effrayant tant les acteurs semblent, majoritairement, avoir perdu le contrôle de ce système. Avec un recul qui n'est encore que limité, puisque seuls les premiers contrats signés commencent à produire des résultats permettant d'analyser la pertinence de leur utilisation, deux interrogations demeurent : est ce que les contrats de PPP en particulier (et les contrats globaux de manière générale) sont de mauvais outils contractuels pour les personnes publiques (A) ou connaissent-ils une utilisation dévoyée de la part de ces dernières (B) ?

A. Les contrats globaux de la commande publique : des formules contractuelles néfastes par nature ?

Les contrats globaux, qu'il s'agisse des BEA, AOT, BEAH, des dispositifs sectoriels[742] et maintenant des marchés de CREM-REM, n'ont jamais suscité autant d'inquiétudes et de critiques que les contrats de PPP. De telle sorte que la question de savoir si l'outil est intrinsèquement mauvais peut se poser. Il sera difficile pour autant d'apporter une réponse négative à cette interrogation sans pour autant défendre corps et âme lesdits contrats. En effet, les possibilités offertes par cette voie contractuelle particulière avait, bien avant leur officialisation par l'ordonnance du 17 juin 2004, un intérêt puisque les personnes publiques réussissaient, par le biais de montages plus ou moins complexes, à procéder d'une façon parfois quasi-identique à celle des contrats de PPP. Pour autant la structure même des contrats n'était pas optimale à défaut d'être parfaite[743].

Le principe même du contrat de PPP et des contrats globaux de manière générale n'est pas une mauvaise chose en soi, présentant même des avantages importants pour les personnes publiques tels que l'apparente simplicité procédurale de l'outil juridique. En effet, la relation contractuelle se résume au lien entretenu avec un seul intervenant ayant la charge de l'ensemble de l'opération de conception, réalisation, d'entretien, de maintenance ainsi que, éventuellement, de gestion d'un service public. La globalité de cette démarche devrait même

[742] Destinés aux besoins de la police, de la gendarmerie et de la justice notamment.

[743] Cela reprenant l'ensemble des critiques formulées dans la période allant de l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004 aux modifications apportées par la loi du

permettre de réaliser des économies d'échelle tant en terme financier que temporel. De la même manière que le partage des risques et le coût total de l'opération sont fixés en amont de la signature du même du contrat. De la même manière, le paiement de la prestation étant étalé dans le temps, l'opérateur privé se trouve à disposition de la personne durant toute l'exécution du contrat. Ce bref descriptif des avantages du contrat de PPP met bien en évidence que la partie capitale de ce dernier se situe bien en amont de sa signature, au moment de fixer l'ensemble des clauses. Et c'est cette étape qui semble être le talon d'Achille du système car se trouvant parfois « bâclé » par les personnes publiques, avec l'aval tacite de l'organisme censé apporter un avis expert et presque décisif (notamment pour l'Etat) sur la pertinence de l'utilisation de tels contrats en fonction du projet porté.

Ainsi le procédé même de l'évaluation préalable, tel qu'il existe à l'heure actuelle, est remis en cause, entre autres, par le récent rapport sénatorial rendu par messieurs Sueur et Portelli[744] qui considère qu' « *en théorie, l'évaluation préalable, au moins dans sa partie comparative, est censée apporter un gain en terme de transparence et d'objectivation de la décision publique et vise à participer au bon usage des deniers publics en fondant la décision sur des bases objectives. Pourtant, les retours d'analyses des évaluations préalables conduisent à considérer avec une grande réserve les résultats fournis* »[745]. Les deux rapporteurs regrettant que « *l'évaluation préalable soit devenue une simple formalité et non une étape essentielle de la réflexion de la personne publique pour choisir la formule juridique la plus adaptée pour la réalisation d'un projet* »[746]. En effet, la MAPPP ayant tout intérêt à ce que les contrats de PPP soit signés, elle tente, autant que faire ce peut, de combler les brèches d'une argumentation qui peut se révéler légère et accepter des évaluations préalables qui relèvent plus de la justification d'un choix déjà opéré par la personne publique que d'une véritable démonstration de la pertinence du recours à un tel contrat. Déjà à ce stade, le projet échappe d'une certaine façon à la personne publique puisqu'elle se trouve, d'une certaine manière, dépendante de l'interlocuteur privé (assistant à maîtrise d'ouvrage en particulier) ; le résultat ne peut alors qu'être attendu avec inquiétude.

En effet, une mauvaise définition des besoins en lien avec le projet d'une personne publique ne peut que déboucher sur la conclusion d'un contrat de PPP extrêmement risqué tant par l'aspect financier des difficultés envisagées ainsi que la démesure du projet en lui

[744] Sénat, Commission des lois, Rapport « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », Juillet 2014.
[745] Sénat, rapport préc., juillet 2014, p. 18.
[746] Sénat, rapport préc., juillet 2014, p. 19.

même par rapport aux besoins et à la taille de la personne publique concernée. Afin d'illustrer ces phénomènes, le rapport sénatorial de juillet 2014 reprend, à très juste titre, le rapport de la mission d'évaluation du Plan Campus[747], ce dernier révélant que l'utilisation du contrat de PPP était le prérequis nécessaire au lancement des opérations immobilières au sein des universités françaises, avec les déconvenues que nous observons à l'heure actuelle[748]. Les retours d'expériences ont, et l'exemple du Plan Campus comme celui du Plan Hôpital, mis en exergue le fait que les contrats de partenariat ne semblent pas toujours adaptés aux projets portés par les personnes publiques et causant la plupart du temps un résultat surdimensionné en comparaison de ce qui était envisagé dès le départ. Le manque de rigueur de la procédure d'évaluation préalable semblant y être pour beaucoup. Dans ce contexte, le juge administratif est venu confirmé que le contrat de PPP demeurait une procédure dérogatoire au droit commun de la commande publique en venant apporter quelques précisions, notamment, sur la notion de complexité qui se voit être la plus utilisée lors de l'élaboration des évaluations préalables[749]. Cet exemple du filtre de l'évaluation préalable, dont nous nous apercevons qu'il n'a pas efficacement joué son rôle, montre bien que le système en lui même peut être utilisé de manière objective et donner de bons résultats dans l'exécution du contrat par la suite. Pour autant les personnes publiques, quelle que soient leur taille et malgré le rôle joué par la MAPPP[750], semblent globalement mal préparées à la pratique d'un contrat dont elles n'ont certainement pas évalué le potentiel ainsi que les dangers[751].

B. Des personnes publiques mal préparées à l'utilisation des contrats globaux ?

Les personnes publiques ont toujours essayé de contourner les difficultés du droit administratif en s'inspirant de formules issues du droit privé. Dans la multitude des outils

---

[747] J-D. Dreyfus, « Immobilier universitaire et stimulation du partenariat public-privé, AJDA, 2008, p. 974 ; J.-Y. Gacon, « La pertinence et les modalités du recours au contrat de partenariat dans le domaine de l'immobilier universitaire », AJDA, 2008, p. 1421 ; D ? Poupeau, « Plan campus : le recours au PPP pour l'immobilier universitaire remis en cause », Dalloz Actu, 7 nov. 2012.

[748] Cf. infra.

[749] W. Salamand, « Le contrat de partenariat bute sur la preuve de la complexité », Le Moniteur TP, p. 54-55, 12 oct. 2012 ; CAA Bordeaux, 26 juill. 2012, *Commune de Biarritz,* n° 10BX02109, préc. AJCT 2012, P.563, obs. J.-D. Dreyfus ; V. également : CAA Lyon, 2 janvier 2014, *Commune de Commentry*, n° 12LYO2827 ; G. Chamming's, « Le contrat de partenariat à l'épreuve de la complexité », AJDA 2014, p.985,

[750] Rôle vivement remis en cause par le rapport « Sueur/Portelli » de juillet 2014, dénonçant le caractère de juge et partie de la MAPPP à travers le rôle à la fois de conseil ainsi que de prosélyte joué par cette institution.

[751] F. Proux, « Les PPP, encore un miroir alouettes ? », Mon. TP, 21 oct. 2013, p. 46 ; Dossier spécial « Collectivités territoriales et PPP », GazComm, 14 nov. 2011, p. 40-50 ; B. Menguy et C. Le Gali, « Dix ans de PPP, Idées reçues et vrais dangers », GazComm, Dossier spécial, 16 juin 2014, p. 21-26.

contractuels existants, certains auteurs ont opéré une distinction entre « contrats globaux » et « *contrats de construction dérogatoires* »[752], voyant dans cette dernière catégorie le bail à construction et la Vente en l'état futur d'achèvement notamment[753]. Contrats dont le succès s'expliquait par le préfinancement de l'ouvrage remis par la suite à la personne publique. Les baux emphytéotiques administratifs et les autorisations d'occupation temporaire ont certes été la source d'un certain nombre de débats sans pour autant véhiculer autant d'inquiétudes que les contrats de partenariat public-privé tant de la part des acteurs publics que privés (dans une moindre mesure néanmoins) ainsi que des politiques. Par un volontarisme exacerbé ainsi qu'un souci de montrer l'exemple, l'Etat connaît aujourd'hui son lot de difficultés avec des contrats de PPP de grande ampleur et aux enjeux financiers démesurés (Plan Campus, Hôpital Sud-Francilien, Ministère de la Défense, Portiques écotaxe etc.), les collectivités territoriales ne sont pas en reste notamment en raison de leur manque de compétence. Sans que cette observation générale ait vocation à être péjorative, la spécificité de ces contrats, de leurs enjeux à long terme, de l'importance des investissements, de la répartition des risques et de la logique dite « partenariale », une majorité d'entre elles ne semblent pas avoir le potentiel au sein des services internes pour pouvoir mener une négociation de front face aux grands groupes de bâtiment et travaux publics qui monopolisent ce type de contrats[754].

Les cas de collectivités locales ayant renoncé à l'emploi du contrat de PPP, après pourtant un avis favorable rendu par la Mission d'appui aux partenariats public-privé[755], ne constitue pas une exception. Certaines auront choisi de passer par des procédures classiques dites « loi MOP » ou par le biais d'AOT/LOA par exemple. Le manque d'expertise au sein des services des collectivités locales les plus modestes est à la fois un barrage à l'emploi de tels contrats globaux et, plus encore, peut constituer une grande source de risques à la fois juridiques et financiers en raison de l'ampleur des projets et des investissements afférents. Car si les contrats de PPP demeurent, dans l'esprit général, des outils dont l'utilisation se justifie par une importance singulière d'un projet (bien que la pratique ait démontré qu'ils peuvent être utilisés pour la réalisations de projets modestes). Paradoxalement, le principal risque en amont se situe entre le déséquilibre des moyens et des compétences entre les grands groupes,

---

[752] N. Symchowitz, *Partenariat public-privé et montages contractuels complexes*, préc., p. 226 et s.

[753] A ce sujet, V. Lamy *Droit public immobilier*, *Lamy Droit public des affaires*, préc.

[754] Rappelons également que les collectivités territoriales n'ayant pas l'obligation de saisir la MAPPP avant de signer un contrat de PPP, les éventuels contrats qui pourraient se trouver – à l'heure actuelle – en difficulté, peuvent ne pas être connus, cela laissant planer un grand risque contentieux pour les personnes publiques.

[755] V. « Liste des projets CP publiés dans le BOAMP depuis 2004 », http://www.economie.gouv.fr/ppp/suivi-l'ensemble-des-contrats-partenariat.

la plupart du temps candidats puis titulaires de tels marchés, et les services de personnes publiques locales. La Cour des comptes relèvera d'ailleurs, y compris pour l'Etat, que les déboires nés de l'emploie des partenariats public-privé sont, notamment, dus à « *une procédure mal maîtrisée* »[756]. Les ratés de l'élaboration des clauses du contrat, de son mode de passation ou encore de son financement[757] ne doivent pas éluder les observations à faire sur leur exécution, dont nombre d'exemples factuels mettent en exergue les carences, *a fortiori* puisque le manque de préparation des personnes publiques lors de l'élaboration se retrouve dans leur incapacité plus ou moins importante à suivre le contrat lorsqu'il produit ses effets[758]. En effet, tant la complexité et la multitude des clauses contractuelles composant le contrat[759] ainsi que l'important nombre d'entreprises privées intégrées à la structure, généralement ad hoc, qu'il s'agisse de l'acteur le plus important (de façon générale une grande entreprise de BTP ou une de ses succursales), des différences assistances (juridiques, à maîtrise d'ouvrage etc.…) des organismes de prêt ainsi que ses partenaires nécessaires répartis en fonction de leur spécialité (construction, entretien, maintenance) et les sous-traitant.

Malgré les critiques cristallisées autour des contrats de PPP, d'autres outils entrant dans la catégorie des contrats globaux peuvent permettre aux personnes publiques d'atteindre, quasiment de manière identique, les mêmes objectifs qu'avec des PPP sans pour autant en connaître l'ensemble des problèmes qui sont apparus progressivement. Pour autant, cette possibilité implique une capacité de financement plus grande de la part de la personne publique.

---

[756] Cour des comptes, Rapport public annuel 2014, février 2014, A propos des PPP du plan Hôpital 2007, V. p. 369 et s ; De la même manière, au sujet du domaine pénitentiaire, V. Rapport public : Garde et réinsertion, la gestion des prisons, La Documentation française, janv. 2005 et la « Communication demandée par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale » sur les partenariats public-privé, disponibles sur www.ccomptes.fr; V. également, F. Marty et A. Voisin, « L'évaluation préalable des contrats de partenariat : enjeux et perspectives », R.CT, oct. 2008, n°39, dossier spécial PPP, p. 80 et s. ; Y.-R. Guillou, F. David et C. Gérard, « Méthodologie applicable à l'évaluation préalable d'un contrat de partenariat », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 38-43.

[757] A ce sujet, V. J. Bouillon, BJCP, 2011, n°81, p. 79 préc. ; Y. Simonnet, RLCT, 2012, n°78, p. 79, préc.

[758] A titre d'observations générales à ce propos, V. P. Terneyre, « Le diable est-il dans les principes mêmes du contrat de partenariat ou dans les détails ? », CP-ACCP, n° 125, oct. 2012, p. 31-32 ; Egalement « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », dossier spécial, préc.

[759] J.-F. Sestier, « Les difficultés des personnes publiques dans l'exécution des contrats de partenariat », CP-ACCP, n°125, préc. ; V. également, S. Braconnier, « Les contrats de partenariat et les collectivités territoriales : entre mythe et réalité », BJCP 2004, p. 343 ; J.-B. Morel, « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », Contrats et marchés publ., nov. 2013, p. 6, étude 9.

III. Des contrats globaux satisfaisants dans leur ensemble

La nécessité de créer un nouveau contrat s'est posée dès la naissance du contrat de partenariat public-privé[760]. Ce nouvel outil se veut être, en droit français, une ultime alternative entre les marchés et les concessions, bien que le droit communautaire n'y voit qu'un marché public, lui qui ne fait qu'une distinction binaire entre les catégories de contrats, identifiant les marchés d'une part et, les concessions d'autre part. A la lecture de la définition du contrat de PPP[761], il est vite apparu qu'il ne s'agissait pas d'une révolution[762] et qu'il s'apparentait plus à un Marché d'entreprise de travaux publics légalisé. Pour autant la machine fut lancée, à un point tel que le contrat de partenariat a conquis une place dominante dans la catégorie des marchés globaux de la commande publique, à un point tel que les termes « contrats de PPP » et « contrats globaux » de la commande auraient pu paraître synonymes ces dernières années. Le lancement fut rapide et les réformes législatives, de 2008, ont rythmé leur développement et leur pratique. Il fut vu comme un « *vecteur de relance* »[763] et les raisons de son succès peuvent s'expliquer *a posteriori*[764], pour autant le recul pris à partir des retours d'expérience qui se multiplient, précisément car la période est celle de l'arrivée à maturation de l'exécution des premiers contrats signés dès 2005 ainsi que celle du constat des déconvenues subies ou évitées par les personnes publiques au moment de l'élaboration du contrat, du moins avant sa signature.

Quoi qu'il en soit, la catégorie des contrats globaux de la commande publique ne manque pas, elle aussi, de ressources. Ainsi la diversité des contrats qui la composent, bien connus des personnes publiques puisque largement pratiqués depuis une longue période, permet de faire un choix en fonction de la nature et de l'importance du projet envisagé. Bien que les différents montages contractuels qui dérogent au droit commun de la commande et de la domanialité publique, leur existence correspond à la satisfaction d'un objectif bien précis.

---

[760] J.-B. Auby, « Le cas des contrats de partenariat : ces contrats étaient-ils nécessaires ? », RFDA, 2004, p. 1095 ; V. également, F. Lichère, « Les contrats de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ? », RDP, 2004, p. 1568.

[761] Art. L 1414-1. CGCT : « *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, 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* ».

[762] V. N. Symchowitz, précit ; A. Ménéménis, précit.

[763] « Le PPP vecteur de relance ? », CP-ACCP, n°89, dossier spécial, juin 2009 ; V. notam., X. Bezançon, « Le PPP, véritable instrument de la relance économique ? », CP-ACCP, n°89, précit. ; P. Novat et A. Guimet, « Contrats de partenariat : vers une normalisation de la commande publique ? », idem.

[764] En ce sens, V. notam., Sénat, Rapport, juillet 2014, précit.

Pour autant leur articulation peut donner des résultats permettant de répondre à d'autres objectifs que ceux prévus initialement. Ainsi une personne publique ne va pas faire le choix de tel ou tel contrat, marché ou montage pour sa structure mais bien pour les opportunités qu'il offre et ce qu'il permet de faire. Dès-lors les contrats sont identifiables en fonction des fins qu'ils permettent d'atteindre.

Aussi face aux difficultés que présentent les contrats de partenariat aujourd'hui, au danger qu'ils peuvent incarner notamment en raison de différents risques (financiers, de responsabilité etc.), la panoplie préexistante aux contrats de PPP semble pouvoir donner satisfaction. Le raisonnement sera le même pour les contrats de CREM-REM. Ces derniers mettant sur le devant de la scène la recherche de la performance dans les contrats publics, objectif a priori incompatible avec le service public[765]. La majorité des projets abandonnés, référencés par la MAPPP, se trouvent finalement être réalisé par le biais de procédures loi MOP ou par la conception-réalisation[766].

Le cas de la Ville de Lourdes s'inscrit parfaitement dans cette logique tendant à étudier et évaluer l'intérêt d'un recours à un contrat global tel que le contrat de partenariat public-privé. Le soin apporté précisément à une phase précédant l'évaluation préalable permettant précisément de procéder à une propre évaluation interne afin de tenter de d'envisager, dans un premier temps, les avantages et les inconvénients à l'utilisation d'une telle formule contractuelle. Ce cas concret, d'une collectivité territoriale de taille modeste, permet de cerner à la fois tous les avantages que peuvent procurer les contrats de PPP ainsi que la prudence dont il faut faire preuve lorsque la réalité du projet ne permet pas de démontrer objectivement l'intérêt et la pertinence du recours à une telle formule.

[765] F. Linditch, « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? » ; RFDA, 2014, p. 403 ; V. également, Association française de droit administratif, Journée d'étude, « Le contrat au service des politiques publiques », RFDA 2014, p. 403 et s.

[766] Préc.

Chapitre 2 – Le cas concret d'une expérimentation locale des contrats globaux : la ville de LOURDES

La ville de Lourdes, commune de 16 000 habitants environs des Hautes-Pyrénées[767], a souhaité avoir recours à un marché global de la commande publique particulièrement en vogue afin de réaliser l'aménagement d'un espace et la réalisation d'ouvrages publics. Ce projet relevant de la compétence de la commune et de l'intercommunalité[768] (dont la population s'élève à 20 297 habitants en 2009), la simultanéité de plusieurs opérations le composant (avec leurs aspects techniques particuliers pour une collectivité de cette taille) a justifié une volonté claire de recours à un contrat permettant de couvrir, à la fois, l'ensemble des personnes publiques en cause devant la pertinence de les réunir afin d'organiser une seule et même démarche, l'ensemble des ouvrages à construire et rénover ainsi que la globalité des opérations de conception, de réalisation, d'entretien et de maintenance notamment. Cette question du recours à un contrat nouveau et extrêmement particulier tel que le contrat de partenariat public-privé soulève de nombreuses interrogations théoriques mais essentiellement pratiques dans le cas présent. La ville de Lourdes va se livrer à une véritable démarche scientifique dans cette recherche du contrat le plus efficace afin de réaliser plusieurs ouvrages avec différents objectifs liés à ce projet dont notamment la volonté de rapidité.

Le contrat de PPP, *a priori*, semble répondre à l'ensemble des attentes de la collectivité puisqu'il lui permet d'envisager une solution globale et de long terme pour une opération donnée par le biais d'une procédure unique remplaçant la succession de marchés et de lots des traditionnels marchés publics. Bien que cela ne soit pas l'une des raisons d'envisager l'utilisation d'un tel contrat, il ne peut pour autant pas être ignoré que le PPP permet au partenaire privé de participer au financement des ouvrages objets du contrat. A l'instar de M. Le Président de la 3ème sous-section du contentieux du Conseil d'Etat, il faut considérer, dans un environnement contractuel extrêmement concurrentiel, que le service public[769] est le « *client* »[770]. Dès lors, afin de savoir si tel ou tel contrat est bien adapté à la

[767] Commune comptant une population de 15 127 habitants en 2009
http://www.insee.fr/fr/methodes/nomenclatures/zonages/commune.asp?depcom=65286

[768] La « Communauté de communes du pays de Lourdes » (CCPL)
http://www.insee.fr/fr/methodes/nomenclatures/zonages/zone.asp?zonage=EPCI&zone=246500771

[769] Qui demeure la finalité puisqu' une démarche de construction ou de rénovation d'infrastructures n'est réalisée que pour permettre l'exercice d'une mission de service public.

mission de service public qui se cache bien souvent derrière la réalisation de tel ou tel ouvrage par une collectivité territoriale et/ou l'Etat, il faudra alors observer « *si ces contrats sont bien adaptés, s'ils offrent des instruments efficaces afin, notamment, que le service public ne perde pas de vue les préoccupations de politiques publiques comme celles de l'environnement, de l'insertion sociale, de la préservation et de l'enrichissement du patrimoine public, de la qualité architecturale des bâtiments etc. Il faudra par exemple mesurer si ces contrats fournissent des instruments équilibrés et suffisamment plastiques pour permettre au service public de ne pas être excessivement contraint par ce à quoi il s'est engagé avec un cocontractant. Il faudra aussi vérifier que l'exécution de ces contrats se déroulent dans des conditions suffisamment transparentes pour que le service public sache comment le service est géré et comment l'argent public est dépensé* »[771]. Avant de se lancer dans la réalisation de son projet, la ville de Lourdes va se livrer à une véritable analyse comparative des différents moyens disponibles dans la boîte à outils contractuelle existante (section préliminaire), approfondissant en particulier les opportunités offertes par le recours au contrat de partenariat public-privé (section 1ère). Le constat de l'inadéquation existante entre le projet lui même et un modèle de PPP certainement trop important et complexe va amener la collectivité à revenir dans une démarche plus classique (section 2).

Pour autant, et ce malgré l'engouement que suscitaient lors du démarrage de ces démarchés à l'été 2011, le choix a été fait de ne pas se lancer dans une procédure si particulière avant d'en étudier les enjeux et contours.

Section préliminaire – La réflexion menée par la ville de Lourdes dans le domaine des contrats globaux de la commande publique

Dès l'été 2011, la Ville de Lourdes a souhaité lancer le projet de rénovation de sa piscine municipale ainsi que de procéder à un aménagement plus global de l'espace sur lequel elle se situe. Cette dernière opération devant permettre l'édification d'un pôle petite enfance ainsi que d'une chaudière biomasse[772] devant alimenter les deux infrastructures. Cette opération, relevant de compétences municipales (la piscine pour le sport) et intercommunales

[770] A. Ménéménis, « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages » in « Entretiens du Palais-Royal : Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir ? », LPA, 27 août 2010, n°171, p.9

[771] A. Ménéménis, préc., p. 10

[772] Pour une description synthétique du fonctionnement de ce type d'installation : http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Biomasse_energie.pdf

(le pôle pour la compétence petite enfance), implique une forte mobilisation à la fois technique, financière et administrative en particulier, la ville de Lourdes a fait le choix d'étudier l'intérêt que pourrait constituer l'utilisation de marchés globaux de la commande publique et notamment d'un contrat de partenariat public-privé. D'autant qu'à cette période, la réforme opérée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 venait donner un second souffle aux contrats de partenariat public-privé[773] et que les différentes études, enquêtes, analyses, la doctrine et les directives communautaires n'en avaient pas encore quasiment condamné le sort. Cette démarche a eu le double intérêt de mettre en évidence un aspect de la démarche qui ne se retrouve pas dans les manuels de droit ainsi que de mettre en évidence la capacité des collectivités à pouvoir user de tel ou tel type d'outil contractuel.

La ville de Lourdes ne retiendra pas le contrat de PPP afin de réaliser ce projet, pour autant, au delà de ce simple fait, les justifications constituent phénomène bien plus intéressant. Certains observateurs se sont questionnés sur l'intérêt qu'il y avait à créer ce contrat[774], d'autres le défendront corps et âme tandis qu'une majorité silencieuse restera relativement en retrait, soucieuse de voir comment les choses allaient évoluer. L'expérience lourdaise va mettre en évidence un facteur pouvant sembler anodin et qui pourtant relève d'une analyse relativement simple de la situation : l'utilisation d'un contrat de partenariat public-privé, pour une collectivité territoriale de taille moyenne, afin de réaliser une opération contractuelle globale et complexe, est-elle intéressante ?

Nous verrons que l'opération en elle même se révèlera être particulière par sa complexité, relevant plus de son aspect global, mettant ainsi en cause des aspects techniques qu'une collectivité telle que la ville de Lourdes n'a pas l'habitude de traiter sous sa maîtrise d'ouvrage. Cela combiné à l'opportunité offerte par ces nouveaux contrats permettant de « *faire faire* »[775] et de voir une opération être réalisée et un ou plusieurs ouvrages être livrés « clés en main », il n'aura pas fallu plus d'éléments pour que soit envisagé le recours au contrat de PPP. Le véritable intérêt de la démarche opérée par la ville de Lourdes se situera véritablement dans la pré-étude réalisée avant même de faire le choix de l'outil contractuel permettant d'aboutir à la réalisation des ouvrages de son projet de réaménagement du site dit

[773] V. Dossier spécial « Les PPP vecteur de relance ? », préc.
[774] J.-F. Auby, préc.
[775] N. Symchowitz, préc.

« *Alexandre Marqui* »[776]. Nous le verrons, avant même d'envisager la réalisation d'une évaluation préalable, sur laquelle la transmission pour avis à la MAPPP demeure d'ailleurs toujours et paradoxalement[777] facultative pour les collectivités territoriales[778], la ville a opté pour une certaine prudence en faisant réaliser par ses services une étude préalable interne, portant notamment sur la compétitivité financière, technique et juridique du contrat de PPP par rapport à d'autres contrats, dérogatoires et traditionnels, de la commande publique avec un seul objectif en ligne de mire : la réalisation du projet dans des délais raisonnables, à un juste prix et avec une garantie technique traditionnelle pour ce genre d'opération.

De la même manière, en amont d'une quelconque démarche, l'interrogation sur la capacité interne à la collectivité de mener l'élaboration puis le suivi d'un tel contrat s'est également posée. Effectivement, bien que les collectivités territoriales, de petite, moyenne ou grande importance, ont l'habitude de recourir à des assistants de maîtrise d'œuvre, l'appréhension d'un tel contrat prend une autre envergure. En effet, l'élaboration d'un contrat de PPP met en exergue la nécessité de détenir une expertise financière, juridique et technique en amont même de la signature puisque, bien que la Mission d'appui aux partenariats public-privé mette à disposition un clausier type[779] à l'attention des personnes publiques (les contrats de PPP devant intégrer un minimum de clauses obligatoires[780]), nous l'avons dit : l'aspect

---

[776] Ce lieu étant constitué d'un espace comprenant une salle des fêtes, des courts de tennis, la piscine municipale a rénover et devant accueillir le pôle petite enfance ainsi que la chaufferie devant être mutualisée pour une grande partie de ces installations.

[777] Contrairement à l'Etat et ses établissements publics qui ont l'obligation de saisir la MAPPP.

[778] Ce qui devrait cependant changer avec l'adoption de la nouvelle ordonnance relative aux marchés publics, cf infra.

[779] www.economie.gouv.fr/files/clausier_type.doc

[780] Art. 11, Ord. n°2004-559 du 17 juin 2004, modifiée par la loi L. 2008-735 du 28 juillet 2008 :

« *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :*

a) A sa durée ;

b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;

c) Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne 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 ;

d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement-qui comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires-, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ;

d bis) Aux conditions dans lesquelles, en application de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ;

e) 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 ;

capital, puisque conditionnant la suite de la vie du contrat et des rapports entre les parties, demeure l'élaboration des clauses qui peut faire l'objet d'âpres négociations entre la personne publique et le partenaire privé.

Ainsi cette collectivité va s'engager sur le terrain des contrats globaux de la commande publique et en faire l'expérience. Là encore, le résultat de cette étude n'en condamne pas l'outil, les raisons du choix d'une voie contractuelle aux dépends d'une autre demeurant bien plus intéressantes, notamment et en particulier à un moment où les premiers bilans sont tirés de ce qu'il pourrait être qualifié de période de demi-vie des contrats de PPP[781] et où les voix s'élèvent de plus en plus en faveur d'une réorganisation totale du droit des contrats administratifs français afin de se diriger vers un « *droit de la commande publique* »[782]. En effet, s'il est nécessaire de doter les collectivités de moyens contractuels leur permettant de réaliser des projets à la fois rapidement et efficacement, il est nécessaire que le recours, la constitution et l'exécution de tels contrats puisse être la moins complexe possible. Ce qui pourrait apparaître comme étant un vœu pieux relève pourtant aujourd'hui de la nécessité la plus absolue à termes. Considérant la taille de la collectivité et l'ampleur du projet poursuivi, la gestion externalisée a été actée naturellement vu l'incapacité évidente qu'aurait eu la ville de Lourdes à réaliser ces équipements en interne, comme beaucoup de personnes publiques, là encore l'histoire récente tant des contrats administratifs en général que du contrat de PPP en

---

f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance particulièrement en matière de développement durable, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

Le titulaire du contrat de partenariat constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ;

g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ;

h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, 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 ;

i) Au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;

j) Aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ;

k) Aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française ».

[781] Dossier « Dix ans de PPP : Idées reçues et vrais dangers », GazComm, 16 juin 2014, préc. ; Dossier « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », CP-ACCP, n°125, oct. 2012, préc.

[782] J-M. Peyrical, « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », AJDA 2009, p.965 ; J.-M. Pastor, « Le gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », AJDA 2014, p.538 ; J.Michon, « Refonte complète du droit de la commande publique », LPA, 26 mars 2014, n°61, p.5 ; M.-C. de Montecler, « Vers une refonte de l'architecture de la commande publique », AJDA, Actu, 30 juin 2014.

particulier a mis en évidence la nécessité du recours au secteur privé face à l'évolution de la technicité des ouvrages[783].

La ville de Lourdes a pourtant tenté de s'engager dans la voie du contrat de PPP, en tenant compte de l'ampleur du projet comprenant à la fois construction, rénovation et entretien d'ouvrages. Ce projet relevant d'une logique de mutualisation de services publics et d'infrastructures notamment, la volonté de mettre en œuvre une démarche globale tenait également dans l'idée qu'une telle entreprise permettrait également de réaliser des économies d'échelle au moment de la construction et de l'entretien, notamment pour le gros œuvre et en excluant la technicité particulière propre à chaque domaine concerné. C'est ainsi que ce que nous pourrions qualifier de « pré-expérimentation » du contrat de PPP a été réalisée. Par ce terme, comprenons que les services de cette collectivité ont réalisé en régie, en quelque sorte, une pré-évaluation préalable notamment sur la base de cahiers des charges élaborés par les services concernés afin de pouvoir tirer un premier bilan de la pertinence du recours au fameux contrat de PPP. Cependant, ce contrat global n'étant pas une fin en soi, cette première démarche servira également de support à une deuxième réflexion tendant à définir l'instrument juridique le plus à même de servir de support à la réalisation des projets de la collectivité.

Section 1 – L'expérimentation du contrat de partenariat public-privé par la Ville de Lourdes

Le recours à un contrat global a été, avant même de rentrer dans le vif juridique et procédural du sujet, l'objet d'un véritable travail en amont d'étude, d'analyse et de comparaison entre différentes options étant traditionnellement à la disposition d'une personne publique, *a fortiori* d'une collectivité territoriale. Le choix de procéder à la contractualisation de la conception, de la réalisation et de l'entretien des infrastructures n'a, presque évidemment, pas fait l'objet d'un très long arbitrage. Pour autant il a ensuite fallu déterminer quel outil serait le plus adapté à la démarche de la collectivité. Cette sorte d'étude préalable réalisée s'étant fixé pour objectif principal de fixer quelle serait la formule pratiquement la plus pertinente. Le contrat de partenariat public-privé faisant plus que jamais l'actualité à la période à laquelle la ville de Lourdes a démarré cette démarche, il a semblé assez naturel

[783] J.-B. Morel, « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », Contrats et marchés publ., nov. 2013, étude 9, p.6-13 ; J.-D. Dreyfus, « L'externalisation, éléments de droit public », AJDA, 2002, p. 1214.

d'étudier en profondeur à la fois la nature de ce qui était encore une nouveauté seulement trois ans après l'élargissement des conditions de recours offertes par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[784].

La question du choix entre maîtrise d'ouvrage publique et privée n'étant pas au cœur des débats puisque le choix d'un contrat par rapport à un autre se justifie plus par la minimisation des risques ainsi que par le potentiel qu'il offert par son adéquation à la démarche et au projet envisagé par la personne publique. Le contrat de PPP notamment en n'excluant pas la personne publique de sa mainmise sur l'opération[785]. Malgré cela, il faudra préalablement que la collectivité réalise une étude propre de nature à donner les grandes orientations à la poursuite de l'opération. Le recours au PPP semble presque relever de l'évidence vu l'ampleur du projet pour une collectivité de cette taille. La ville de Lourdes a alors entamé un véritable repérage du potentiel pratique de ce contrat qui semblait manifestement convenir à l'opération envisagée au regard de cas d'expérimentations semblables de par leur ampleur et leur nature (paragraphe 1). Pour autant la véritable enquête liminaire à la fameuse évaluation préalable elle-même[786] amènera les collectivités à en tirer les conclusions de la non adéquation d'un tel marché global. Ceci les amènera ainsi à revenir vers des solutions contractuelles plus traditionnelles dont l'exécution montrera par ailleurs le potentiel concurrentiel de telles formules à l'égard des contrats globaux actuels (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La logique d'un recours au contrat de partenariat public-privé

Le contrat de partenariat public-privé a la spécificité de pouvoir permettre à une collectivité territoriale de confier à un tiers une « *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*

[784] Cf infra.

[785] Il peut utilement être fait référence aux clauses obligatoires, au titre de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée par la loi du 28 juillet 2008, comprenant la clause de « suivi et de contrôle ». Ces clauses insérées dans le contrat devant permettre à la personne publique de pouvoir réaliser des audits et des contrôles récurrents sur l'exécution du partenariat. De la même manière, au titre de l'article L.1414-14 du CGCT, la commission consultative des services publics locaux de la collectivité doit recevoir un rapport annuel.

[786] Ce qui est qualifié d'enquête préalable étant la démarche propre entamée par les collectivités lourdaises afin d'évaluer la pertinence du recours au contrat de PPP avant même de lancer la phase d'évaluation préalable, beaucoup plus formalisée, s'inscrivant dans la démarche classique de l'utilisation d'un tel contrat (bien que les collectivités n'aient pas l'obligation de passer par cette étape, contrairement à l'Etat).

tout ou partie de leur financement »[787]. C'est avant tout par le critère de la globalité de la mission qui a été retenu par la ville de Lourdes, afin d'envisager l'utilisation de cet outil pour un projet d'aménagement urbain aux différents volets. Mener de front la conception et la réalisation de telles infrastructures sur un même lieu et dans un même laps de temps semblait également relever d'une certaine complexité technique propre à justifier le recours au contrat de partenariat public-privé (I), de telle sorte le projet dans son ensemble bénéficiait d'une image permettant d'envisager, de manière assez logique, le recours à un tel montage (II). La mutualisation des moyens nécessaires à sa réalisation a d'ailleurs permis de considérer comme opportune l'alliance de deux collectivités dans cette démarche : la ville de Lourdes d'une part et, d'autre part, la Communauté de communes des Pays de l'Adour (CCPL) (III). Un phénomène à la fois original et nouveau, précédé d'un seul cas de figure en France : le Conseil général du Loiret.

L'attrait pour ce projet se manifestera assez rapidement dans le cadre de la présentation à la ville de Lourdes, en tant que potentielle collectivité « *tête de file* »[788] d'un contrat de PPP à venir[789], de candidatures spontanées (IV). Ce phénomène nouveau permettant de mettre en évidence de nouvelles pratiques inhérentes à ce type de montage contractuel dérogatoire.

I. Un projet initial a priori propice à l'utilisation d'un contrat de partenariat public-privé

Le projet de construction et de rénovation de bâtiments, relevait de la compétence de personnes publiques différentes et de compétences techniques spécifiques. De la même façon, le réaménagement général de l'espace public devait aboutir à un résultat harmonieux. De telle sorte que la voie de la démarche globale est apparue, en amont de toute analyse, comme la plus appropriée. Il était alors nécessaire d'approfondir cette impression, afin de conclure ou non à la pertinence de l'utilisation d'un montage global, permettant une simultanéité d'exécution. La réalisation de ces infrastructures étant un véritable besoin pour la bonne gestion du service public, le recours à un contrat global se justifiait également par la volonté

[787] CGCT., L. 1414-1.

[788] CGCT., Art. L. 1414-1-III : « *Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation et, éventuellement, en suivra l'exécution* ».

[789] V. supra.

d'intégrer à l'opération, au delà de la réalisation, la conception ainsi que l'entretien et la maintenance d'installations relativement techniques.

Le projet initial, de part son aspect d'aménagement global d'un site précis, comportait plusieurs volets que sont :

- La réhabilitation d'une piscine municipale couverte (rénovation générale comprenant locaux techniques, administratifs, bassins, structure, dispositifs d'économie d'énergie etc.) d'une surface totale de 2000 m^2.
- La construction d'un bâtiment destiné à l'accueil de la petite enfance, d'une surface de 1400 m2 prévu pour être un bâtiment basse consommation et certifié haute qualité environnementale[790], et dénommé « pôle petite enfance » et permettant une occupation mutualisée des locaux aux différents organismes compétents pour ce secteur d'activité.
- Installation d'une chaufferie bois et d'un réseau de chaleur permettant d'alimenter les installations préexistantes sur le site ainsi que les futurs ouvrages envisagés dans le projet.
- Le réaménagement paysager et urbanistique de l'ensemble du site dit « Alexandre Marqui » situé à l'entrée de la ville et destiné à devenir un pôle d'activités.

L'importance de la démarche pour une commune telle que la ville de Lourdes ainsi que pour la Communauté de communes du pays de Lourdes (CCPL) et l'importance de l'investissement prévu pour ces collectivités (de l'ordre estimé de 12 à 14 millions d'euros) ont conduit à envisager le recours à un contrat de partenariat public-privé. En effet la collaboration, au stade même de la genèse du projet, avec un partenaire privé répond à un triple souci :

- Définir objectivement les besoins de la personne publique,
- Elaborer un projet précis, clair et optimal tant sur le plan technique, administratif que financier[791],

---

[790] « *La Haute Qualité Environnementale est une démarche qui vise à limiter à court et à long terme les impacts environnementaux d'une opération de construction ou de réhabilitation, tout en assurant aux occupants des conditions de vie saine et confortable. Les maîtres d'ouvrage disposent d'une meilleur contrôle de l'acte de bâtir en structurant leurs objectifs autour de quatorze cibles* », V. http://www.ecoresponsabilite.environnement.gouv.fr/article.php3?id_article=133.

[791] A ce sujet, V. « Quelle méthode pour l'évaluation de ses besoins ? », CP-ACCP, n°140, fév. 2014, Dossier spécial, p. 24-64.

- Permettre une réalisation des ouvrages et une exécution du contrat efficaces et performantes en précisant en amont même l'ensemble des volets de l'opération et ainsi prémunir la collectivité de tout imprévu de nature à entacher la bonne marche des opérations.

L'attention portée à l'innovation dans ce projet d'aménagement urbain s'inscrit également dans un contexte de développement durable et d'économie d'énergies. Ce dernier point aurait très bien pu justifier le recours aux marchés de conception-réalisation-entretien-maintenance/réalisation-entretien-maintenance, de l'article 73 du Code des marchés publics, mais cela n'aurait pu être effectif que pour la rénovation de la piscine, mettant à mal d'ores et déjà la volonté de conserver l'aspect global de l'aménagement du site[792]. Le contexte du projet n'étant pour autant pas limité à la simple construction de bâtiments et l'opération devant comprendre, à la fois, l'entretien-maintenance ainsi que le préfinancement des ouvrages, le contrat de PPP semblait, a priori, être la formule la plus adaptée pour ce faire.

De ces différents dossiers, les deux principaux étant la rénovation de la piscine ainsi que la construction d'un bâtiment, avec en lien la création d'une installation énergétique permettant d'alimenter en chaleur l'ensemble des infrastructures du site. Ce qui a permis d'envisager leur regroupement au sein d'un seul et même contrat de partenariat public privé. Cette ambition n'ira pas sans soulever diverses interrogations, qu'elles soient administratives telle que la gestion d'un tel contrat avec deux personnes publiques parties prenantes, techniques et financières. Le projet général tel qu'il fut envisagé semble convenir aux critères d'utilisation du contrat de PPP, c'est à partir de cette apparente adéquation que la collectivité a mené son analyse préalable.

II. L'adéquation apparente de l'utilisation d'un contrat global au projet de la collectivité

La réalisation d'un ouvrage, la rénovation d'un autre, l'installation d'une structure permettant l'alimentation énergétique de l'ensemble du site ainsi que l'aménagement urbain sont autant de missions que la ville de Lourdes souhaitait engager à l'occasion du projet principal qui était la rénovation de la piscine municipale. Ainsi le contrat de partenariat public-privé a semblé proposer l'ensemble des solutions recherchées en terme de rapidité et

[792] Le recours aux contrats de CREM-REM ne permettant pas une dérogation totale au principe d'allotissement et n'offrant pas la possibilité de recourir au préfinancement de l'opérateur privé.

d'efficacité liées à la mutualisation des moyens ainsi que des compétences. En effet, les deux principaux axes du projet étant la rénovation d'un équipement sportif vieillissant et la création d'une structure d'accueil de la petite enfance. C'est dans cette optique qu'une évaluation préalable *ad hoc* a été réalisée par la ville de Lourdes et la Communauté de communes du Pays de Lourdes (CCPL) afin d'établir un constat objectif, voire presque scientifique, permettant de conclure à la pertinence du recours au contrat de PPP, en particulier au regard des solutions proposées par d'autres outils contractuels.

Le choix du mode de gestion d'un projet par une personne publique dépend avant tout de sa nature, du contexte et des besoins de cette dernière. Ainsi, face à la nécessité de rénover un équipement sportif, à la volonté de créer une structure d'accueil de la petite enfance ainsi que de l'installation d'une chaufferie permettant d'alimenter l'ensemble du site qui comprend également des courts de tennis et une salle des fêtes, il a été fait le choix d'envisager le recours à un contrat de PPP. En effet, seule cette formule semblait permettre, hors tout montage contractuel complexe *ad hoc*, de répondre au souci premier de la collectivité qui était de mener cette opération relevant de compétences de plusieurs collectivités et nécessitant différentes spécialisations techniques. Ainsi, en fixant clairement les objectifs, notamment de temps, dans le contrat initial, cette formule contractuelle aurait permis à la ville de confier un projet général à un partenaire privé pour en prendre possession lors de l'achèvement des ouvrages.

Cela impliquait à la fois rénovation, construction ainsi que, par la suite, entretien et maintenance notamment, le recours aux marchés de CREM-REM n'a pas retenu l'attention de la collectivité puisque, bien que leur utilisation associe « *l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la réalisation de prestations afin de 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* » et qui « *comportent des engagements de performance mesurables* »[793] (pour les marchés de CREM, les marchés de REM ne comprenant pas le volet « conception »)[794]. La globalité de l'opération ainsi que le souci de rapidité de réalisation du projet excluaient presque naturellement les marchés traditionnels de la commande publique que sont les marchés publics et concessions (d'autant que le recours à cette dernière formule ne se serait pas révélée par nature très pertinente).

[793] Art. 73-II, CMP.

[794] V. L.Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, « Les marchés publics globaux sur performance : CREM et REM », « Droit public des affaires », Lamy, éd. 2013, p. 1760.

Dès lors, ne souhaitant pas élaborer un montage contractuel complexe spécifique, qui aurait vu s'entrecroiser différents contrats au risque de donner plus d'opacité à la démarche que nécessaire, la solution du contrat de PPP est très vite apparue comme relevant de la quasi évidence[795]. L'analyse du contexte n'a pas posé de difficultés, l'équipement sportif à rénover était dans un état d'usure et la réalisation d'une nouvelle structure d'accueil de l'enfance relevait d'une nécessité objective au regard de la saturation des autres crèches présentes sur le territoire de la communauté de communes.

Le contrat de PPP permettait alors d'envisager une juste répartition des risques, en comparaison d'autres schémas dans lesquels le maître d'ouvrage public supporte une grande partie voire l'intégralité des risques ou, *a contrario*, par le délégataire privé. De plus l'aspect global de ce contrat offre des délais de réalisation bien plus intéressants que les contrats de droit commun de la commande publique puisque l'on ne retrouve pas les intermédiaires traditionnels à l'allotissement. Ceci répondant à la logique de la collectivité qui était de réaliser des économies d'échelle par le biais de la globalité de l'opération permettant de réaliser des gains de productivité. Un inconvénient résidait dans le fait que l'aménagement général de l'espace considéré impliquait nécessairement la rencontre de compétences différentes, la rénovation de la piscine relevant de celle de la ville de Lourdes tandis que la construction de la crèche étant de la responsabilité de la Communauté de communes du Pays de Lourdes, détenant la compétence dite « petite enfance ».

C'est dans cette optique que la Communauté de communes et la ville de Lourdes, agissant chacun en vertu de leurs compétences propres (respectivement petite enfance et sport), se sont rapprochées afin de trouver des sources de synergies dans ces deux projets structurants pour le territoire. Dans un premier temps, est ainsi née l'idée d'une création de chaufferie biomasse afin d'alimenter l'ensemble des équipements. Ce besoin de concordance dans les deux projets a donc amené les deux collectivités à envisager de recourir à un contrat de PPP en constituant un groupement de commande.

[795] V. X. Bezançon, C. Cucchiarini et P. Cossalter, « Le guide la commande publique », Ed. Le Moniteur, 2ème éd ; F. Lichère, B. Martor, G. Pedini et S. Thouvenot, « Pratique des partenariats public-privé », Litec, 2ème éd ; A. Bréville, « Les contrats de partenariat public-privé, Guide pratique, Découvrir et comprendre les PPP », Ed. du secteur Public.

III. L'originale et possible mutualisation de collectivités pour un contrat global

Les collectivités territoriales et leurs établissements publics ont la possibilité, depuis la réforme opérée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[796], pour un projet relevant de la compétence de plusieurs d'entre-elles, de constituer en quelque sorte un groupement de commandes par le biais de la passation d'une convention de coopération permettant à l'une des collectivités (dont le nombre ne semble pas être limité par le texte mais dont il semble préférable qu'elle n'en réunisse pas un nombre qui serait de nature à être un véritable ralentisseur dans une démarche qui précisément se veut être efficace et, en partie, rapide) de mener à bien les différentes étapes de la procédure. Le législateur a, sans doutes, voulu faciliter le recours au contrat de PPP en permettant à des collectivités territoriales de taille modeste de se regrouper afin que le projet commun soit de nature à être véritablement intéressant et cohérent pour ce type de marché global. Il est d'ailleurs à noter que se retrouve dans cet esprit la logique des dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985[797] qui offraient la possibilité d'un transfert temporaire de maîtrise d'ouvrage[798], par le biais d'une convention signée par les maîtres d'ouvrages concernés, pour la réalisation ou la rénovation d'un ouvrage relevant de leurs compétences respectives. Ceci permet que l'un d'entre eux mène la conduite des opérations[799]. Le Conseil constitutionnel a autorisé ce principe tout en émettant une réserve sur le fait que cette coopération conventionnelle ne devait pas être de nature à ce qu'une collectivité territoriale prenne le pas sur une autre, de telle sorte que la collectivité délégante se retrouverait *de facto* sous tutelle[800]. Dès lors, la convention signée entre les

---

[796] Sur ce point particulier, notamment l'article 18 de la loi pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics (article 1er de ladite loi offrant la même possibilité à l'Etat et ses établissements publics) modifiant ainsi l'article L. 1414-1-III du CGCT qui dispose dorénavant que « *Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation et, éventuellement, en suivra l'exécution* ».

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n°2008-567 DC, apportera une censure partielle au texte initial en au regard de l'article 72 de la Constitution. Les termes « signera le contrat » et « cette convention précise les conditions de ce transfert » ayant été supprimées.

[797] L. n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d' oeuvre privée, préc ; V. P. Terneyre, « Modification de la loi « maîtrise d'ouvrage publique » : adaptation et mise en conformité avec le droit communautaire », BJCP, n°37, p. 424 et s.

[798] En ce sens, V. L. Breteille, rapport n°239, Commission des lois de l'Assemblée nationale, 26 mars 2008 ; C. Goasguen, rapport n°967, Commission des lois, 18 juin 2008.

[799] Art. 2-III. L. n°85-704 préc. : « *Lorsque la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme* ».

[800] V. notam., T. Rouveyran et H. Echard, « Les projets relevant de la compétence de plusieurs personnes publiques », CP-ACCP, n°81, oct. 2008, p. 44-46 ; De manière générale, V. Dossier spécial « Quelle modernisation des PPP ? » dans le même numéro ; V. également, S. Platon et S. Martin, « L'exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique », AJDA, 2012, p. 1138 et s.

personnes publiques ne peut en aucun cas être assimilée à un transfert de compétences et ce mécanisme se limite à s'apparenter au groupement de commande de l'article 8 du Code des marchés publics qui se limite à constituer un mandat (qui relève alors de la délégation et non du transfert de compétence)[801]. Ainsi, la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 prévoit que la personne publique désignée comme « *chef de file* »[802] se trouve être chargée de réaliser l'évaluation préalable, conduire la procédure de passation du contrat de PPP ainsi que d'en suivre l'exécution (ce dernier élément devant être précisé la dans convention car cela ne reste qu'une possibilité). Les collectivités territoriales délégantes n'étant pas pour autant exclues du processus puisqu'elles doivent prendre des délibérations adaptées à chaque étape de la procédure (signature de la convention de coopération, choix du titulaire, signature du contrat de PPP etc.).

Les personnes publiques concernées sont contraintes de constituer une telle convention uniquement pour des projets présentant une véritable homogénéité, qu'il s'agisse de lien géographique ou fonctionnel par exemple. Il apparaît bien que ce type de disposition et de raisonnement correspondent parfaitement aux réalisations projetées par la ville de Lourdes et la Communauté de communes du pays de Lourdes : la rénovation et la construction d'ouvrages sur un même site géographique comprenant une certaine complémentarité avec du bâti existant ainsi que l'aménagement d'une alimentation énergétique ayant vocation a être mutualisée. D'autant que le bien fondé de cette démarche peut se retrouver dans le premier cas concret ayant vu le jour en France : celui de la coopération entre le Conseil général du Loiret et la commune de Meung-sur-Loire[803].

Les collectivités locales, en particulier de taille modeste, se sont longtemps interrogées sur l'opportunité du recours à un contrat de PPP, principalement en raison de leur propre taille ainsi que par l'apparente modestie du projet qui était le leur. Cette nouveauté que constitue

---

[801] Art. 8-II, CMP : « *Une convention constitutive est signée par les membres du groupement. Elle définit les modalités de fonctionnement du groupement. Elle désigne un coordonnateur parmi les membres du groupement, ayant la qualité de pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée. Celui-ci est chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le présent code, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un ou de plusieurs cocontractants. Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement déterminés* » ; V. CE, 9 juillet 2003, *SIPPEREC*, req. n° 249852.

[802] T. Rouveyran et H. Echard, préc.

[803] E. Cloâtre, « Contrat de partenariat : mutualiser un projet grâce au groupement de commandes », LEMONITEUR.FR, 14 mai 2012 ; S. D'Auzon, « Deux collectivités du Loiret signent le premier PPP mutualisé », LEMONITEUR.FR, 30 mars 2013 ; B. Sanson, « Contrat de partenariat public-privé, une première en France », www.loiret.com« Retour d'expérience sur la construction de cinq collèges du Loiret en PPP », LEMONITEUR.FR, 29 sept. 2013 ; J.-C. Manrique, « Eure-et-Loir, Loir-et-Cher, Loiret : quand l'innovation publique passe par une coopération renforcée », JCP. éd. ACT, n°41, 7 oct. 2014, p.5 ; V. également, F. Linditch, « Coopération entre personnes publiques, la jurisprudence *Ville de* Hambourg tient toujours ! », JCP. éd. ACT., n°41, 7 oct. 2013, p. 33 ets.

d'une certaine façon une mutualisation des moyens entre plusieurs collectivités faisait partie de ces éléments d'assouplissement contenus dans la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008. Après une période de préparation voire de « *maturation* »[804], ce partenariat dans le partenariat a été l'aboutissement d'une préparation minutieuse ayant commencé par le choix d'une assistance à personne publique (APP) afin d'assurer un accompagnement lors de chaque étape d'élaboration, de passation et d'attribution du contrat. Cette assistance à la fois juridique, technique et financière étant d'autant plus précieuse lors de la réalisation de l'étape capitale que sont la définition des besoins et l'évaluation préalable[805].

Sur l'exemple du précédent du cas du Conseil général du Loiret et sur la base de l'article L. 1414-1-III du CGCT, la ville de Lourdes et sa Communauté de communes ont élaboré une convention devant permettre à cette première d'être le chef de file des opérations à mener tout en prenant soin de préciser que ladite convention « *n'a pas pour objet et ne pourra pas avoir pour effet de créer une tutelle d'une Partie envers l'autre* » et que « *en aucune manière une Partie à la présente convention ne confie à l'autre Partie le pouvoir de décision dont elle dispose dans le cadre du projet* »[806]. Les missions de la ville de Lourdes se voyant être clairement définies, cette dernière étant chargée notamment de : « *centraliser les besoins du groupement, définir l'organisation technique et administrative des procédures de consultation, d'élaborer le rapport d'évaluation préalable en collaboration avec les services compétents de la CCPL, d'élaborer l'ensemble du ou des dossiers de consultation des entreprises en fonction des besoins définis par les deux parties, d'assurer l'ensemble des opérations de sélection du candidat titulaire* »[807]. De ce partenariat entre les deux collectivités ressort un projet plus important et donc plus attractif pour un opérateur privé car, au regard des montants des contrats de PPP passés à l'échelon local, il aurait pu être craint qu'une opération à l'importance relative et aux enjeux financiers peu intéressants pour un opérateur privé, reste sans réponse. Aussi cette opportunité offerte par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 est remarquable en ce qu'elle permet à des collectivités de taille modeste d'avoir accès à ce type de marché global dans un contexte économique et budgétaire dans lequel elles n'auraient éventuellement pas pu mobiliser les fonds nécessaires afin de réaliser des ouvrages avec un financement propre.

---

[804] LeMoniteur.fr, préc.

[805] Cf L.1414-2, CGCT.

[806] Article 5 « Absence de tutelle », du projet de « Convention de partenariat entre la ville de Lourdes et la Communauté de communes du Pays de Lourdes » dans le cadre du « projet de rénovation du pôle Alexandre Marqui ».

[807] Article 7 « Mission du chef de file », projet de convention préc.

Ce souci d'efficacité dans le choix du contrat portant le projet justifie donc l'ensemble des études réalisées en amont. Cela afin de dresser un bilan de l'existant (en particulier pour le projet de rénovation de la piscine municipale de la ville de Lourdes) et d'évaluer les besoins des collectivités parties prenantes, tout ceci avant toute entame formelle d'une quelconque procédure. Le projet de réaménagement porté par la ville a été l'occasion de voir se profiler des candidatures spontanées, montrant ainsi, pour le meilleur comme pour le pire, l'intérêt des partenaires privés à l'endroit même de projets modestes au regard de l'ampleur de certaines réalisations en cours à l'échelle du territoire national.

IV. Le cas particulier des candidatures spontanées

La proposition spontanée est un mécanisme qui permet à une entreprise privée d'approcher un client potentiel, afin de répondre à un besoin qu'il n'aurait pas encore identifié ou qu'il aurait du mal à définir. Cette démarche se base sur l'article L.1414-11 du Code général des collectivités territoriales[808] tel que modifié (là encore dans un but de démocratiser le contrat de PPP) par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[809]. La Commission européenne avait d'ailleurs encouragé ce type de comportement, y voyant le moyen de sonder la capacité d'engagement et d'investissement d'entreprises privées dans un projet[810]. La proposition spontanée est donc devenue une chose admise en droit français a propos des contrats de partenariat, il est également à possible de souligner que rien, en l'état actuel du droit, ne semble l'interdire aux délégations de service public ou encore aux traditionnels marchés publics bien que le Conseil d'Etat garde une position stricte sur la question. En effet, la haute juridiction administrative a estimé que si rien n'empêche un opérateur privé de concourir à l'élaboration d'un projet pour ensuite candidater à son obtention, cela ne doit pas être l'occasion pour ce dernier de bénéficier d'informations auxquelles d'autres concurrents ne pourraient pas avoir accès[811]. De ce constat ressort, presque évidemment, que la personne

---

[808] L. 1414-11, CGCT. : « *Lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles L. 1414-2 à L. 1414-10.*

Dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article L. 1414-4 et qu'il dispose des capacités techniques, professionnelles et financières appropriées, l'auteur du projet est admis à participer au dialogue prévu à l'article L. 1414-7 ou à la procédure prévue à l'article L. 1414-8.

La communication à la personne publique d'une idée innovante, qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire ».

[809] A ce sujet, V. S. Braconnier et J.-B. Morel, « Propositions spontanées et commande publique », Contrats et marchés publ., n°2, février 2008, fiche pratique 2.

[810] V. « Livre vert 2004, consacré aux partenariats public-privé », point 37 et s.

[811] CE, 29 juill. 1998, req. n°177952, « Société Génicorp », jurisdata n° 1998-050604.

publique devra, malgré le fait d'avoir reçu, étudié et dans l'hypothèse où elle donnerait suite à un projet porté par une candidature spontanée, engager une procédure de mise en concurrence telle que régie par le Code des marchés publics et le Code général des collectivités territoriales[812]. De plus elle devra demeurer vigilante et assurer une stricte égalité dans l'information des candidats.

L'offre spontanée, telle que celle qu'a eu à connaître la ville de Lourdes, permet de procéder à un premier tour d'horizon des besoins et des démarches nécessaires à la réalisation du projet. Bien que la collectivité la recevant ne soit ni tenue par l'ensemble de l'analyse, celle-ci doit faire l'objet de discussions dans le cas où il serait donné suite aux orientations pressenties par l'auteur de la candidature spontanée. Cela afin, dans un premier temps, d'affiner la définition des besoins de la personne publique. Pour autant, l'offre faite par l'opérateur privé, s'assimile à un véritable avant projet en ce sens qu'elle opère un véritable tour d'horizon du contexte et des enjeux (ce qui comprend nécessairement la réalisation d'un état des lieux quand cela est nécessaire, notamment lorsqu'il s'agit de rénovation, descriptif des schémas de conception et de réalisation, d'entretien et de maintenance, un bilan financier de l'opération telle qu'elle pourrait être projetée, le calcul du loyer etc.…), un volet programmation et le descriptif de l'ensemble des possibilités procédurales à la disposition de la personne publique (constituant le volet juridique de la proposition et décrivant le principe même de cette dernière en plus de développer le schéma d'évaluation préalable ainsi que des procédures de passation ultérieures qui se répartissent essentiellement entre l'appel d'offres et le dialogue compétitif) ainsi que le montage juridique inhérent à un contrat de PPP (d'une part synthétisé le plus souvent autour de la collectivité et, d'autre part, de la société projet ainsi que des prêteurs).

Cette démarche est d'autant plus intéressante qu'elle s'inscrit dans une logique dont se dotent progressivement les collectivités locales en particulier et consistant dans le fait d'analyser une proposition d'une entreprise privée, de prendre le temps nécessaire à la comparaison ou à la recherche d'informations utiles à la prise d'une décision pertinente. A toutes les étapes, même d'une phase préalable à l'engagement définitif dans une voie contractuelle aux dépends d'autres, les personnes publiques doivent, afin de déboucher sur des résultats satisfaisants, ne pas céder à la facilité de se décharger sur les partenaires privés et prendre, à la fois le temps et la responsabilité de cerner l'ensemble des points de la

[812] Notamment l'article L. 1414-2 du CGCT.

proposition qui leur est faite. Ceci afin de les mettre en perspective et ainsi de conclure à la pertinence ou non d'utiliser un contrat aussi lourd tant juridiquement, économiquement et financièrement que le contrat de PPP. Les expériences analysées précédemment en sont la parfaite illustration. Les projets de PPP ayant donné des résultats médiocres sont essentiellement ceux qui ont été mal gérés lors de l'élaboration des clauses contractuelles, sur lesquels les personnes publiques se sont laissées dépasser par l'opérateur privé ou encore pour des projets dont le recours au PPP n'avait de sens que pour préfinancer un projet à un moment où les ressources publiques vont en s'amenuisant[813].

Ainsi il est nécessaire pour les collectivités territoriales recevant de telles propositions spontanées de faire preuve de sang froid, ce qui fut le cas de la ville de Lourdes dans sa recherche du meilleur outil contractuel. Cela dans le but d'éviter les « *dérapages* »[814], en effet la logique du contrat de partenariat semble être la vitrine de contradictions ancestrales entre le raisonnement (logique au demeurant) de la maximisation du profit du partenaire privé d'une part et, d'autre part, de l'optimisation de l'action publique à l'endroit du service public sur fond de bonne gestion des deniers publics. Ainsi, l'objectif principal du contrat de PPP est d'arriver à un « *contentement mutuel* »[815] du fait que « *l'appel au financement privé pour la réalisation des équipements publics est une nécessité économique et, par ailleurs, le consensualisme est à la mode et conduit à penser, ingénument, parfois, que le libre accord des volontés serait, à lui seul, susceptible de porter remède à l'impuissance publique due à l'excès de puissance publique* »[816]. Le contrat de PPP se révèle être, en réalité, le juste compromis entre la nécessité et la volonté de réaliser des équipements publics tout en ayant recours à un cocontractant qui puisse, à son niveau, palier les incapacités de la personne publique. Pour autant, à l'échelon de grandes collectivités territoriales, de l'Etat ou de ses établissements publics ainsi qu'à l'échelle plus « humaine » de collectivités territoriales de taille modeste, il peut arriver qu'en amont de toute démarche formalisée, un pré-bilan conduise à conclure de la pertinence ou non de l'utilisation de telle ou telle formule contractuelle sans pour autant remettre en cause l'externalisation de la réalisation du projet donné. C'est à ces conclusions qu'en sont arrivées la ville de Lourdes et sa Communauté de communes, après une analyse amenant à un constat objectif poussant à mettre de côté le

[813] J. Paquier et R. Richard, « La baisse de la dépense locale jugée incontournable », GazComm, 21 oct. 2013, p. 8-9 ; A. Guengant, « Les collectivités vont perdre 27 milliards d'euros de recettes d'ici à 2017 », GazComm, 26 mai 2014, p. 13.

[814] F. Proux, « Les PPP, encore un miroir aux allouettes », GazComm, 21 oct. 2013, p. 46 ;

[815] J. Morand-Deviller, Rapport de synthèse du colloque « Le contrat de partenariat », Toulouse, 2 et 3 juin 2005, in Droit et Ville, n°60, p.329.

[816] J. Morand-Deviller, préc., p. 329.

recours au contrat de PPP ainsi qu'à devoir envisager des solutions aussi alternatives que traditionnelles

Paragraphe 2. Un bilan coût-avantage défavorable à l'utilisation d'un contrat de partenariat

La ville de Lourdes et le Communauté de communes auront fait preuve, durant cette phase d'enquête sur la pertinence du recours au contrat de PPP. Ceci s'explique avant tout par la réalisation préalable à un véritable « *bilan coût / avantage* »[817] entre la nature du projet à réaliser d'une part et, l'adéquation d'un contrat dérogatoire de la commande publique d'autre part. Cette étude approfondie de l'ensemble des points cruciaux (techniques, financiers et juridiques essentiellement) ayant conduit à la mise en avant de véritables freins au recours au contrat de PPP (I), l'observation d'exemples locaux auront permis également de conforter la collectivité dans son choix (II) et l'auront poussé à envisager d'autres solutions afin que le projet puisse néanmoins se réaliser (III).

I. Les freins à un recours au contrat de partenariat public-privé pour la ville de Lourdes

Avant de décider de quelle façon elle allait procéder à la réalisation des ouvrages projetés dans le cadre de son projet d'aménagement du site Alexandre Marqui, la ville de Lourdes a, préalablement, fait en sorte de bien mesurer l'ensemble des volets du contrat de partenariat public-privé envisagé en premier lieu. Si l'aspect conception et réalisation ne posa aucun problème, les premiers éléments financiers tant dans le coût des opérations financières réalisées par le cocontractant privé (emprunts) (A) que les montants des missions d'entretien-maintenance qualifiées de « Gros Entretien Maintenance » (GER) (B) ont eu, face à la capacité qu'avait la ville de Lourdes à financer ce projet, raison de l'éventualité du recours au contrat de PPP. De plus, la justification de la nécessité du recours à ce contrat lors de l'évaluation préalable semblait relativement fragile objectivement (C), demeurant pour autant possible au regard des règles de droit et envisageable considérant que la jurisprudence n'avait

[817] Mise en balance des intérêts et des inconvénients au recours au contrat de PPP, sur le même principe et la même formule que le bilan réalisé dans l'arrêt du Conseil d'Etat, *Ministre de l'Equipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvel Est* dit « Ville Nouvel Est », CE. Ass., 28 mai 1971, Rec. 409, concl. Braibant, AJ. 1974 p. 404, chr. Labetoulle et Cabanes et 463, concl. Braibant ; RA 1971, p. 422, concl Braibant CJEG, 1972. J. 38, note Virolle ; D 1972, p. 194, note Lemasurier ; JCP 1971. II. 12873, note Homont ; RD Publ., 1972. P. 454, note. M. Waline.

pas apporté toutes les précisions intervenues ensuite. L'intervention du juge sur un exemple voisin concernant le critère de la complexité ainsi que la clarification apportée à l'endroit des contrats de PPP au sujet de réalisation d'équipements nautiques notamment (et piscines en particulier) aura permis de conclure *a posteriori* que la prudence dont a fait preuve la ville de Lourdes aura été gage de sûreté dans la réalisation de son projet (D).

A. Le manque de compétitivité du financement par le contrat de partenariat public-privé

De façon classique, le volet financier de l'opération constitue un facteur déterminant dans la prise de décision de la personne publique. Dans le cadre du projet lourdais, ce phénomène n'a pas dérogé à la règle. Les études et programmes commandés en amont par la ville de Lourdes et la Communauté de communes, afin de pouvoir définir à la fois les besoins et un cahier des charges précis, ont permis de définir une fourchette financière dans laquelle pourrait se situer l'ensemble des réalisations envisagées. Ainsi, après livraison de programmes individuels, le coût des différents éléments de l'aménagement du site Alexandre Marqui se répartissaient ainsi :

- Réhabilitation de la piscine : 7 millions €
- Création du Pôle petite enfance : 4 millions €
- Chaufferie Bio-Masse et réseau de chaleur : 550 000 €

Ces montants amenant à un total prévisionnel de 11,5 millions d'euros ne comprennent néanmoins pas les subventions auxquelles le projet pourrait légitimement prétendre. De plus le budget prévisionnel fut élaboré sur la base de critères précis fixés par la ville (notamment concernant la piscine, la réhabilitation devant comprendre 2 bassins intérieurs, une superficie précise de vestiaires et locaux administratifs).

Les différentes propositions spontanées faites à la ville de Lourdes et la CCPL qui comprenaient un volet construction (1), les honoraires techniques (2), le préfinancement – l'emphytéote et les assurances (3) ainsi qu'une projection des subventions (4) établissaient un bilan financier s'élevant à une fourchette comprise entre 14 et 14,7 millions d'euros. Il va de soi que la différence s'explique assez aisément par le fait que l'ensemble des démarches se voient être gérées par la personne privée, le groupement de commande constitué par la ville et la Communauté n'ayant pas à s'embarrasser des phases de conception et de réalisation notamment. De plus, ce différentiel se justifie par la différence des taux d'emprunts dont bénéficierait un partenaire privé, aussi important soit-il, par rapport à ceux auxquels peuvent

avoir accès les personnes publiques et qui se révèlent être significativement compétitifs (sous réserve qu'elles soient capables de pouvoir consentir à un tel endettement). L'analyse comparative des projets proposés, ne correspondant pas *stricto sensu* aux exigences fixées en amont par les programmes réalisés, et dont les montants globaux étaient généralement similaires, a conduit les deux collectivités lourdaises à envisager un recours aux contrats traditionnels de la commande publique, quitte à ne pouvoir bénéficier d'un préfinancement privé.

Le contrat de partenariat semblait avoir trois avantages pour la ville de Lourdes :

1- Opportunité d'englober trois opérations en un seul contrat,
2- transfert de la maîtrise d'ouvrage
3- verrouillage initial des prestations par la fixation des clauses dans le contrat.

Pour autant, le recours à cette formule révélait également des inconvénients non négligeables :

1- La crainte d'une opacité potentielle de la nature des prestations,
2- un surcoût financier apparent pour des prestations non satisfaisantes par rapport au cahier des charges originel,
3- le coût de la phase entretien-maintenance prohibitif,
4- une hostilité politique majoritairement liée à l'ensemble des éléments précédents.

La comparaison avec une réalisation sous maîtrise d'ouvrage publique a également été réalisée et dont les inconvénients principaux se révélaient être, presque naturellement, la succession de marchés à organiser ainsi que la nécessité de recourir à une assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO). De plus le comparatif du financement, comprenant les taux d'emprunts définis en fonction des différentes durées mettait clairement, et presque paradoxalement, en observant l'effet de mode des dernières années (2009-2011)[818], en évidence l'intérêt de recourir à un financement public de l'opération au risque de compliquer la démarche en ayant recours à des formules plus traditionnelles au regard du Code des marchés publics[819].

Le contexte financier général du contrat de partenariat semblait être prohibitif en prenant en considération les conditions d'emprunt. Ce qui est à la fois relativement et peu

[818] V. Rapports d'activité annuels de la MAPPP, préc.

[819] Le recul pris à partir des retours d'expérience des différents contrats de PPP, tant à l'échelle locale que nationale, permettant, toujours en fonction des cas d'espèce, d'arriver à la conclusion générale que la vigilance doit être de mise dans l'utilisation de telles formules. A ce sujet V. « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », préc. ; V. également le Rapport « Sueur et Portelli » de la Commission des lois du Sénat, juillet 2014, préc.

critiquable en ce sens que le partenaire privé doit à la fois satisfaire à des exigences de service public, comprenant notamment le bon usage des deniers publics, tout en faisant en sorte de réaliser des bénéfices dans l'opération, ce qui peut paraître contradictoire avec le premier élément cité mais qui demeure naturel dans le cadre d'une activité privée. Cet élément étant particulièrement visible lors de l'analyse de la phase d'entretien-maintenance, notamment pour le volet « Gros Entretien Renouvellement » (GER).

B. Le recours au contrat de partenariat terni par le coût des opérations d'entretien-maintenance

La rémunération du cocontractant est l'une des treize clauses obligatoires du contrat de PPP. L'une des composantes cette rémunération étant naturellement l'entretien de la structure conçue puis construite, parfois appelé « *gros entretien renouvellement* »[820] puisque les clauses du contrat prévoient traditionnellement que le bâtiment, pour prendre cet exemple, soit livré à la fin du paiement des loyers à l'état neuf, du moins d'usure normale. C'est ainsi que l'article 31 du clausier type élaboré par la MAPPP et mis à disposition des personnes publiques afin de les aider à constituer leur contrat de PPP précise que : « *à l'expiration du Contrat, le Partenaire doit remettre à la Personne Publique l'Ouvrage/les Ouvrages en bon état d'entretien et de fonctionnement, compte tenu de leur âge et de leur destination. À cet effet, il devra constituer ou faire constituer régulièrement dans les conditions prévues au présent article, dans sa comptabilité ou dans celle de son Prestataire chargé des prestations d'Exploitation-Maintenance et/ou de Gros Entretien Renouvellement, sur un compte de réserve, des provisions en quantité suffisante correspondant aux sommes nécessaires pour exécuter les prestations de Gros Entretien Renouvellement* »[821]. C'est précisément sur ce point que la ville de Lourdes a relevé un montant relativement important sur les projets et notamment les projections financières réalisées dans les offres spontanées lui ayant été remises. A plus forte raison que les opérations de maintenance furent dissociées des opérations de GER, les premières concernant les travaux inférieurs à un certain montant (500 000 € en général) et les secondes visant des travaux supérieurs à ce même montant. Les premiers demeurant à la charge de la collectivité tandis que les seconds seraient assumés par

[820] V. Article 28 et s. du « Clausier type » élaboré par la MAPPP dans sa dernière version en date du 18 novembre 2011, notamment l'article 31 a propos portant sur le GER.

[821] V. Art. 31, clausier type préc.

le partenaire privé afin de justifier le règlement de loyers non compris dans l'enveloppe globale citée précédemment.

Cet élément, comme ceux cités dans les développements précédents, a permis aux deux collectivités lourdaises d'aiguiller le sens de leur décision. Il est à noter cependant la vigilance qu'il est nécessaire de conserver, au stade même de la « pré évaluation préalable » réalisée afin que la poursuite éventuelle dans cette voie du contrat de PPP ne devienne pas une « *bombe à retardement budgétaire* »[822]. Cette vigilance étant garante d'une bonne utilisation des contrats globaux voire de la bonne formule contractuelle parmi l'ensemble à disposition des personnes publiques. Car pour que les contrats de partenariat puissent être une bonne formule, il faut que la démarche soit clairement maîtrisée du début à la fin, et que le recours à ce contrat si particulier ne soit pas une manière pour la collectivité de se débarrasser de la gestion d'un dossier. D'autres exemples ont mis en avant qu'un trop grand laisser-aller au moment de l'élaboration du contrat pouvait être le « *symptôme d'un Etat impotent* »[823].

L'analyse préalable à tout engagement de procédure officielle a permis également à la ville de Lourdes de réaliser que le filtre de l'évaluation préalable, quand bien même il ne demeure qu'une option pour les collectivités locales, serait difficilement justifiable. Ce que l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence confirmeront par la suite au regard du projet précis poursuivi.

C. Une évaluation préalable difficilement justifiable

Le recours au contrat de partenariat doit être justifié par la satisfaction de critères fixés par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 et la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008. Ainsi pour avoir recours, à bon droit, à un contrat de PPP, il faut que le projet réponde à un des trois critères que sont la complexité du projet, son urgence et/ou l'efficience économique notamment (c'est à dire l'analyse comparative effectuée mette en évidence l'avantage évident pour la personne publique qu'il y a à utiliser ce contrat)[824]. Le critère de l'urgence n'est pas de

---

[822] « Pour le Sénat, les contrats de partenariat public-privé sont une bombe à retardement budgétaire », lagazette.fr, 16 juill. 2014 ; V. Rapport « Sueur & Portelli », préc.

[823] F. Rollin, « Le contrat de partenariat « écotaxe », symptôme d'un Etat impotent », AJDA, 2013, n°39, 18 nov. 2013, p. 2225.

[824] Art. L1414-2-II, CGCT : « *Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère : 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ; 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de 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 ; 3° Ou bien encore que, 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*

nature à être une barrière à l'emploi du contrat de PPP puisqu'elle peut naitre d'un retard pris par l'administration elle-même sans que cela soit de nature à entacher d'irrégularité le recours au PPP[825]. L'efficience économique du projet doit être un élément de l'évaluation préalable qui tend à démontrer l'avantage évident qu'il y a pour la collectivité dans l'emploi du contrat de PPP pour un projet donné. Quant au critère de la complexité, il est au cœur de l'attention du juge administratif qui s'évertue depuis le début de l'année 2012 à vérifier que son utilisation, pour justifier la signature d'un contrat de PPP, n'est pas galvaudée. La jurisprudence administrative a érigé en exemples deux cas de projets réalisés en contrat de PPP et essentiellement basés sur la complexité prétendue du projet, dont l'un concerne la réalisation d'une piscine municipale et de son réseau de chaleur. Le parallèle avec le cas d'espèce lourdais apparaît immédiatement tant l'urgence aurait pu justifier le recours au contrat de PPP, l'efficience économique était très discutable (notamment puisqu'il est acquis maintenant que le seul critère du préfinancement par le partenaire privé ne saurait en soit constituer un avantage).

Le contrat de partenariat public-privé, tel que conçu aux origines et non pas tel que « détourné » parfois par la mauvaise utilisation qui en est faite, pourrait tout à fait être mis en exergue par des projets de grands centres nautiques. Pour autant il paraît difficilement justifiable de militer en faveur du recours à un tel outil pour la rénovation d'une piscine municipale d'une commune de 16 000 habitants, appartenant à une communauté de communes de 25 000 habitants. Il ne peut être nié que l'aspect global de l'opération, notamment dans ses parties de conception, de réalisation et d'entretien-maintenance représente un intérêt significatif. Qui pourrait mieux entretenir un bâtiment que son constructeur et qui pourrait mieux réaliser un projet que celui qui l'a conçu ? Malgré cet avantage théorique, les barrières s'érigent contre cette facilité pratique voire pragmatique. Le préfinancement de l'opération n'était pas compétitif et quand bien même il l'aurait été, les trois critères ne semblent plus pouvoir être utilisés si aisément que par le passé. Pourtant, le recours au contrat de PPP pour la réalisation d'une installation sportive, ici nautique, ne constitue pas une grande nouveauté dans le paysage contractuel français[826]. D'autant que le

---

comparables, 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 ».

[825] V. Cons.const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC et Cons.const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC ; CE, « Lenoir », 23 juill. 2010, n° 326544, BJCP. 2010, n°72, p. 359, concl. Boulouis, Contrats et marchés publ., 2010, , comm. 318, note Eckert.

[826] V. Avis de la MAPPP : n° 2009-08, *Centre aquatique de Montauban*, n° 2010-28, *COBAS*, n° 2010-04, *Commentry*, n° 2009-22 « Stade de Nice », n° 2007-13, *Vélodrome de SQY*, n° 2006-13, *Grande stade de Lille* ; V. Lameloise, « Etat des lieux et perspectives de l'utilisation par les collectivités territoriales et leurs regroupements du contrat de partenariat pour

financement privé d'un tel contrat, pour un projet de taille modeste tel que celui de la ville de Lourdes, s'est révélé ne pas être compétitif vis-à-vis du traditionnel endettement public, ce cas d'espèce semblant néanmoins être un phénomène bien plus général[827]. Le cas de la ville de Lourdes est particulièrement intéressant puisque la jurisprudence récente[828] en matière de contrat de partenariat a apporté quelques précisions sur la façon dont le juge appréhende le bien fondé des critères utilisés lors de l'évaluation préalable, particulièrement celui de la complexité.

D. Une prudence confortée a posteriori par l'appréciation juridictionnelle du critère de la complexité

Le recours au contrat de partenariat, timide suite à l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004, a été encouragé par la suite, notamment par la réforme du 28 juillet 2008[829]. Les nombreux retours d'expériences négatifs permettraient d'en conclure que les évaluations préalables validées par la Mission d'appui aux partenariats public-privé l'aient été à tort ou qu'elles aient été analysées de façon plus ou moins rigoureuse[830]. Les sénateurs M. Sueur et M. Portelli ayant dénoncé, dans leur rapport rendu public au mois juillet 2014, que « *l'évaluation préalable soit devenue une simple formalité et non une étape essentielle de la réflexion de la personne publique pour choisir la formule juridique la plus adaptée pour la réalisation d'un projet* »[831]. Le juge administratif a devancé le constat du rapport sénatorial en examinant avec minutie les contrats de partenariat étant soumis à son analyse.

Cette analyse rigoureuse des procédures de recours à des contrats dérogeant aux principes de la commande publique a déjà été illustrée à l'endroit des marchés de conception-réalisation, n'admettant leur utilisation qu'en cas de circonstances exceptionnelles tenant à la

---

leurs équipements sportifs », 10 oct. 2012, actusport.fr ; V. également, Rapport IPSOS, « Pratique de la fréquentation et évaluation de la satisfaction des équipements sportifs des français », 2005 ; P. Delelis, *Partenariats public-privé, 10 ans de jurisprudence*, Anne Rideau Editions, 2014.

827 F. Marty, S. Trosa, A. Voisin, *Les partenariat public-privé*, Paris, 2006, La Découverte, p. 122 et s ; V. de manière générale, C. Richet, C. Durand et M. Bouhris, « Contrats de partenariat et centres aquatiques : une rencontre incongrue ? », Politiques publiques et management public, vol 27/4, 2010, p. 25-52.

828 Cf. infra.

829 A ce sujet, V. « Le partenariat public-privé, vecteur de relance ? », CP-ACCP, n°89, juin 2009, dossier spécial, p. 34 et s.

830 Analyse confirmée par le rapport du Sénat de juillet 2014 estimant que la MAPPP a été un « *outil de prosélytisme en faveur des contrats de partenariat* » et que l'évaluation préalable « *par définition, ne peut pas être crédible, faute de pouvoir s'appuyer sur des données connues au moment où elle est faite* », Rapport préc., p 17 et s.

831 Rapport préc., p. 19.

configuration de l'ouvrage[832], des lieux etc.… Concernant le contentieux de la procédure de recours aux contrats de partenariat, il aura fallu attendre une décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux afin qu'un véritable rappel à l'ordre soit effectué sur l'aspect dérogatoire du contrat de PPP[833]. La Cour va ainsi rappeler que la preuve de la complexité doit être apportée par la collectivité de manière claire en considérant que « *ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis de la mission d'appui au partenariat public-privé ne sauraient constituer, devant le juge, la preuve de la complexité invoquée ; que la possibilité ouverte à la collectivité publique par l'article L. 1414-13 de ne confier à son cocontractant qu'une partie de la conception de l'ouvrage ne saurait la dispenser de justifier de son incapacité à mener à son terme la part de l'ouvrage réalisée en partenariat, du fait de sa complexité* »[834]. La Cour insiste sur la légèreté avec laquelle a pu être envisagée et réalisée l'utilisation du contrat de partenariat et semble redorer le blason du critère de la complexité (technique, financière et ou juridique).

L'affaire va être portée devant le Conseil d'Etat [835] qui va confirmer l'annulation de la délibération autorisant l'exécutif de la commune de Biarritz à signer le contrat de PPP précisément car le seul critère de la complexité ne permettait de justifier le recours à une telle procédure en considérant « *qu'il résulte de tout ce qui précède que si l'évaluation préalable du projet « Biarritz-Océan » effectuée par la commune de Biarritz en application de l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales faisait apparaître de nombreux éléments de complexité technique, il ne ressort pas des pièces du dossier que, compte tenu de l'ensemble des circonstances particulières exposées ci-dessus, la commune aurait été 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 ; qu'ainsi le projet ne remplissait pas la condition de complexité, seule invoquée par la commune, pour qu'il fût légalement possible de recourir au contrat de partenariat pour le réaliser* »[836]. Les circonstances de l'affaire ont montré que (en plus des circonstances ne pouvant être considérées comme particulières afin de justifier l'emploi d'un tel contrat), s'agissant du volet

---

[832] A ce sujet, V. TA lyon, 24juin 1996, *M. J.-C Chamberlain c/ Conseil régional de l'Ordre des architectes Rhône-Alpes*, n° 960.2420, ; également, TA Strasbourg, 14 nov. 2000, *M. Delrez c/ Ville de Metz*, , n° 993999, AJDA, 2001, p. 495 ; CE, 28 déc. 2001, *Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Auvergne*, , n ° 221649, rec. CE 2001, p. 683.

[833] CAA. Bordeaux, 26 juill. 2012, *M. J.-B. A…*, n° 10BX02109 ; P. Le Bouëdec, « Contrat de partenariat et critère de complexité », CP-ACCP, 2012, n° 125, p. 55 et s ; AJCT 2012, p. 563, obs. J.-D. Dreyfus

[834] CAA, Bordeaux, préc.

[835] CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, n°363007.

[836] Décision préc., considérant n° 18.

« Cité de l'Océan et du surf », la commune avait, avant d'engager le processus d'évaluation préalable, avait entamé la passation d'un contrat de maîtrise d'œuvre de telle sorte qu'elle disposait d'études lui permettant de définir ses besoins.

Le juge administratif continue son cheminement intellectuel dans la sanction du recours non circonstancié au contrat de PPP puisque, en amont de la décision du Conseil d'Etat concernant la commune de Biarritz, la Cour administrative de Lyon a opéré une appréciation rigoureuse de la satisfaction de la condition de complexité. Par un arrêt rendu le 2 janvier 2014[837], la Cour a été plus loin que son homologue de Bordeaux, concernant l'affaire précitée de la commune de Biarritz, en s'appuyant également sur le contrôle de la complexité[838] du projet et en déduisant que le vice tiré de la non complexité du projet est de nature à engendrer la résiliation du contrat[839].

En effet, sur la complexité du projet, la Cour a jugé que les contraintes liées à l'élaboration et l'exécution du projet sont « *insuffisantes pour caractériser, dans les circonstance de l'espèce, une complexité telle que la commune n'ait pas été objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins* »[840]. Cette appréciation, aussi sévère puisse t'elle paraître, s'inscrit dans la lignée de la décision de la Cour d'appel de Bordeaux, constituant un mouvement de rigueur à l'égard de l'emploi des contrats de PPP par les collectivités territoriales, dans un contexte où les critiques et les scandales induits de leur mauvaise utilisation lors de ces dix dernières années émergent les uns après les autres.

Dans un second temps, l'arrêt en question interpelle par la sévérité des conséquences tirées de la non complexité du projet sur la validité du contrat. En effet, en considérant que « *le vice entachant la délibération et la décision en litige, tiré de l'illicéité du recours au contrat de partenariat, a affecté le bien-fondé du contrat ; qu'ainsi, cette irrégularité, d'une particulière gravité, et qui n'est pas régularisable, est de nature à justifier la résolution du contrat* »[841].

---

[837] CAA Lyon, *Commune de Commentry*, n° 12LY°2827, 2 janv. 2014 ; G. Chaming's, « Le contrat de partenariat à l'épreuve de la complexité », AJDA 2014, p. 985 ; G. Eckert, « La construction d'une piscine municipale n'est pas un projet complexe », Contrat et marchés publ., n°3, mars 2014, comm. 74 ; V. également, W. Salamand, « Le contrat de partenariat bute sur la preuve de la complexité », Le Moniteur, 12 oct. 2012, p. 54-55.

[838] CAA Lyon préc., considérants n° 4 et 5.

[839] CAA Lyon, préc., considérant n°8.

[840] Arrêt préc., considérant n°5.

[841] Arrêt préc., considérant n°8.

La complexité du projet avancée, à l'époque, par la commune avait justifié le recours à la procédure de dialogue compétitif du fait que le contrat de PPP soit considéré comme un marché public au sens de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services[842]. De la position adoptée par la Cour d'appel, il apparaît que le recours à cette procédure de passation semble lui aussi être sanctionné en tant que dérogation au sein même d'une démarche dérogatoire de la commande publique. Le rôle du juge administratif dans la pratique actuelle des contrats globaux de la commande publique a été d'une influence capitale ces dernières années[843].

Le cas de la ville de Lourdes qui a sondé des contrats globaux de la commande publique, en particulier les potentialités de l'usage du contrat de partenariat public-privé, avait renoncé notamment du fait de sa propre capacité d'emprunt, au recours à un tel outil face à un manque de compétitivité financière et une trop grande complexité de mise à exécution d'une telle formule contractuelle. Là encore, avant de s'adonner à un bilan critique des contrats de PPP, il apparaît, par ce cas concret, que ce système, tel que mené à l'heure actuelle par des grands groupes de travaux publics soucieux de réaliser des bénéfices (ce qui n'a au demeurant rien de choquant) et, faisant face à des collectivités (de taille modeste dans le cas présent ainsi que dans les exemples similaires pris) n'ayant pas autant d'expertise en tous domaines, ne peut que déboucher sur un accord contractuel, à défaut d'être totalement déséquilibré, qui se révèle rarement optimal du point de vue de la bonne gestion des deniers publics.

La ville de Lourdes a également, afin de prendre une décision après avoir recueilli un maximum d'informations, observé quel était le résultat ou le contexte de l'exécution d'une même démarche dans des collectivités de taille semblable ou pour des projets similaires. Bien que les exemples de la politique volontaire menée par le Conseil général du Loiret que constituent les projets tels que celui malheureusement mis en avant dans la décision de la Cour administrative de Lyon en ce début d'année, il s'avère que des cas de recours au contrat de PPP ont vu le jour dans un environnement géographique proche, permettant ainsi d'en tirer certaines conclusions quant à la pertinence de son utilisation.

---

[842] A ce sujet, V. CE, 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, n° 269814 ; C. Landais et F. Lenica, AJDA 2004, p. 2383 ; J.-D. Dreyfus, RDI, 2004, p. 548 ; RFDA 2004, p. 1103, concl. D. Casas.

[843] V. Notam. P. Délélis, préc.

II. Une décision encouragée par l'observation d'exemples voisins

Dans un souci de prise de décision éclairée, la ville de Lourdes a pris le temps d'observer les contrats de PPP réalisés dans un environnement proche afin de pouvoir évaluer la pertinence de leur utilisation dans un contexte économique similaire. Le département des Hautes-Pyrénées connaît deux réalisations d'infrastructures par la voie de cet outil contractuel :

- La réalisation du contournement routier Nord-Ouest de Tarbes[844],
- la construction et l'exploitation d'une infrastructure de télécommunications à haut débit en Hautes-Pyrénées[845].

Le premier projet, de réalisation d'un contournement routier de la ville de Tarbes[846], a fait l'objet d'une évaluation préalable relativement objective, mettant en évidence la nécessité du recours à un seul opérateur pour une mission globale prenant en considération différents éléments du projets (la route, les ouvrages d'art, l'adaptation du chantier aux diverses réglementations telles que la loi sur l'eau[847] par exemple). L'étude préalable révélant que la complexité juridique ou financière du projet n'est pas abordée tant elle ne rentre pas en ligne de compte pour ensuite mieux insister sur la complexité technique. Ce dernier élément s'appuyant sur la particularité de certains ouvrages d'arts à réaliser ainsi que le renforcement d'infrastructures existantes (doublement de ponts existant notamment en raison de l'augmentation substantielle de la circulation depuis leur construction datant de plusieurs décennies)[848]. L'analyse comparative réalisée sur la base d'autres schémas contractuels a également mis en évidence que la globalité de l'opération ainsi que sa complexité technique justifiait le recours au contrat de PPP afin d'éviter les complications inhérentes, dans ce type de cas de figure, à l'allotissement de l'opération. D'autant que le bilan financier effectué, se révèle positif malgré le fait que la MAPPP ait relevé néanmoins que les chiffres présentés devront être réactualisés de telle sorte que la Conseil général des Hautes-Pyrénées devrait s'attendre à des offres légèrement plus élevées du fait de l'accroissement des difficultés

---

[844] V. MAPPP, Avis n° 2008-11 portant sur la réalisation du contournement routier Nord-Ouest de Tarbes, Paris, 14 oct. 2008.

[845] V. MAPPP, Avis n° 2008-13 portant sur le projet de construction et l'exploitation d'une infrastructure de télécommunications à haut débit en Hautes-Pyrénées, Paris, 19 nov. 2008.

[846] « Signature du premier PPP routier en France pour le contournement de Tarbes », LeMoniteur.Fr, http://www.lemoniteur.fr/147-transport-et-infrastructures/article/actualite/710502-signature-du-premier-ppp-routier-en-france-pour-le-contournement-de-tarbes

[847] L. n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 *sur l'eau et les milieux aquatiques*, JORF n°303, 31 déc. 2006, p. 20285, texte n° 3.

[848] V. Avis MAPPP, n° 2008-11, préc., p. 2-4.

d'emprunt[849]. Après cet avis de la MAPPP et le temps de l'élaboration des clauses, le contrat sera signé le 8 juillet 2010 pour une durée de vingt ans et un montant de 38,5 millions d'euros. L'opération ne se limitant qu'à la conception, la construction et l'entretien-maintenance, le recours au PPP semble tout à fait justifié en ce sens que la globalisation de l'opération pour un tel projet permet de réaliser des économies d'échelle significatives. Ce cas de figure de recours au contrat de PPP permet de constater qu'un équilibre peut être trouvé dans certains cas, nous relèverons néanmoins que si l'utilisation d'un tel contrat n'est pas contestable, il peut toutefois être considéré que la collectivité aurait pu avoir recours, par exemple, au contrat de conception-réalisation. Dans son rapport d'observations définitives[850], la Chambre régionale des comptes souligne l'importance budgétaire pour le Conseil général du PPP routier sans pour autant remettre la pertinence du recours à ce type de contrat en question, ce qu'elle ne manquera pas de faire à l'encontre du second contrat de PPP signé par cette même collectivité.

Après avoir signé son premier contrat de PPP en matière routière, le Conseil général des Hautes-Pyrénées a fait le choix d'établir une infrastructure de haut-débit de télécommunications. De la même manière que pour le dossier précédent, la collectivité a fait le choix de s'engager dans cette voie contractuelle, la justifiant par la complexité du projet sur le plan technique (en raison notamment du caractère évolutif des besoins, de la difficulté de mise en relation des infrastructures à créer et de celles existantes ainsi que sur la diversité des usagers potentiels)[851] ainsi que financier (du fait de l'impossibilité de prévoir avec certitude le montant des coûts de maintenance et d'entretien du réseau à réaliser)[852]. Le choix de passation a été porté sur la procédure du dialogue compétitif, ce qui pourrait par ailleurs sembler risqué aujourd'hui au regard de la jurisprudence. Bien que cette procédure n'ait pas été remise en question par la Chambre régionale des comptes, des observations particulières sont faites à l'endroit des risques qui se révèlent être inégalement répartis, la collectivité publique en supportant le principal. La juridiction invitant ainsi l'institution départementale « *à la plus grande vigilance dans le contrôle de son exécution par la régie constituée à cet effet* »[853].

---

[849] Avis préc., p. 7-8.

[850] CRC Midi-Pyrénées, « Département des Hautes-Pyrénées - Rapport d'observations définitives », 18 sept. 2012, examen de gestion portant sur les exercices 2005-2010.

[851] V. Avis MAPPP, n° 2008-13, préc., p. 2-5.

[852] V. Avis préc.

[853] Rapport CRC, préc., p. 49.

Ce projet suscite, également au niveau local, la plus grande inquiétude des collectivités et des administrés. En effet, le retard pris ainsi que les difficultés rencontrées lors de l'exécution du contrat, ainsi que la mauvaise négociation de clauses lors de l'élaboration du contrat. De ce fait, les 400 kilomètres de réseau en fibre optique ainsi que les 47 antennes dites « Wimax » ne semblent pas susciter un intérêt commercial mais développent une crainte de risque sanitaire, de telle sorte que la collectivité a décidé de suspendre une partie de l'exécution du contrat[854]. La principale critique faite à l'endroit de ce contrat est bien plus le risque financier qu'il fait peser à la collectivité, en effet le budget prévisionnel de financement représente un montant de 70,7 millions d'euros. La prise en compte du risque commercial double quasiment ce montant en le faisant s'élever à 136,7 millions d'euros[855].

La ville de Lourdes, face à un constat général comme local d'un recours au contrat de PPP qui semble être à la fois risqué, plus onéreux qu'une autre voie contractuelle aussi classique soit-elle, et surtout inadapté par son envergure à ce qui demeure être un projet « modeste » au regard des grands chantiers pour lesquels, sous réserve d'une vigilance particulière de la collectivité publique, le recours à ce contrat massif semble être tout à fait opportun, a fait le choix de ne pas s'engager dans l'utilisation d'un contrat de PPP et a du ainsi envisager d'autres voies contractuelles. Cette réflexion va être menée avec pour principal objectif néanmoins de pouvoir réaliser rapidement les infrastructures du projet.

III. La nécessité de recourir à d'autres formules contractuelles

Après l'analyse, les différentes observations et la « pré-évaluation préalable » réalisée par les deux collectivités lourdaises, le constat d'une inadéquation du modèle contractuel que constituait le contrat de partenariat public-privé s'est imposé. Bien que l'exécution globale du projet semblait faciliter un certain nombre de démarches, le surcoût financier[856] (essentiellement lié au Gros Entretien Renouvellement), et la potentielle opacité de certaines prestations ont conduit à une hostilité politique nécessitant d'envisager une autre solution pour mener la construction des infrastructures à bien. Dès lors il fut question de trouver un contrat qui présente des « *instruments équilibrés et suffisamment plastiques pour permettre au service public de ne pas être excessivement contraint par ce à quoi il s'est engagé avec un*

[854] V. « Internet haut débit : Wimax , oui mais », Dépêche du Midi, 22 oct. 2011 ; « Wiimax, 2 ans après où en est-on ? », La Dépêche du Midi, 13 nov. 2012.

[855] F. Proux, « Le conseil général des Hautes-Pyrénées en prend pour 20 ans », GazComm, 18 fév. 2013 ; V. également, C. Louart, « Hautes-Pyrénées : le haut débit pour tous en 2011 », GazComm, 28 janv. 2010.

[856] M. Klopfer, « Le PPP : gain technique ou surcoût financier ? », GazComm, 11 août 2008, p.9.

cocontractant »[857]. Le contrat de PPP, présenté pourtant comme le marché global par excellence[858], pour autant la ville de Lourdes (ainsi que la CCPL) a fait preuve d'une certaine ingénierie publique en analysant le montage juridique le plus pertinent à utiliser au regard, notamment de ses avantages, de ses inconvénients ainsi qu'aux risques inhérents[859]. Cette démarche se voulant être à la fois sécurisante pour la collectivité et permettant d'avoir une gestion raisonnée des deniers publics[860]. L'opportunité du projet en lui même n'étant objectivement pas à remettre en cause, la réalisation d'une véritable étude de marché fut nécessaire afin de déterminer quel outil contractuel serait le plus à même d'offrir la meilleure efficacité en prenant en considération des problématiques financières et de temps. En effet, cette démarche que constitue la recherche du montage juridique le plus adapté et le plus rentable pour le projet prend également en considération le fait que la collectivité ait du mal à pouvoir contrôler l'action de son cocontractant si, au départ, elle n'a pas la compétence pour élaborer elle même le projet[861].

Des considérations pratiques d'ordre politiques, juridiques et économico-financières vont également déterminer le montage le plus pertinent à retenir pour la réalisation d'infrastructures telles que celles en cause dans le cas de la ville de Lourdes. Il ne peut être nié que le choix reste relativement discrétionnaire et que cela correspond à une période durant laquelle les justifications du recours au contrat de PPP étaient validées de manière parfois un peu rapide par la Mission d'appui aux partenariats public-privé[862] et n'étaient pas encore soumises à l'appréciation du juge administratif[863]. Au regard de l'actualité des PPP, la ville de Lourdes pourra toujours se féliciter de son pragmatisme puisque son projet de piscine municipale s'inscrivait dans la lignée du cas d'espèce sanctionné par la Cour d'appel de

[857] A. Ménéménis, « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », LPA, 27 août 2010, n°171, p.9.

[858] Au vu, notamment des conditions de sa création, des différentes étapes législatives visant à sa promotion ainsi qu'aux utilisations nombreuses ayant été faites tant pour d'importants projets que pour de plus modestes.

[859] J. Lavessière, « Sécurité juridique et fonction juridique dans les collectivités territoriales », GazComm, 5 mai 2004, p. 254, cahier détaché n°2 ; J.-D. Dreyfus, « Comment faire face aux risques résultant de l'action contractuelle », CP-ACCP, janv. 2008, n°73, p 35.

[860] G. Terrien, « Les évolutions de la gestion des services publics industriels et commerciaux locaux », JCPA, 13 oct. 2008, p. 36 ; P Banlquefort et G. Terrien, « Contrôle interne et collectivités territoriales », RLCT, déc. 2008, p. 59 ; V. J.F. Auby, « Evaluation et gestion locale », GazComm, 5 mai 2003, cahier détaché n°2, p. 222.

[861] F. Rolin, « Les contrats de partenariat sont aussi coûteux que les autres modes d'investissement public », AJDA, 25 juin 2007, p. 1209.

[862] Le rapport de la Commission des lois du Sénat, rendu public au mois de juillet 2014, précisant que « *Outre ses fonctions de conseil et d'évaluation, la Mappp poursuit également une mission de promotion, destinée à valoriser le recours aux contrats de partenariat auprès des personnes publiques potentiellement intéressées* » et que les rapporteurs ainsi que l'inspection générale des Finances estiment que « *le triple rôle confié à la Mappp est problématique. […] Cette configuration met de facto la Mappp en situation de conflit d'intérêts.* », Rapport préc., p. 18.

[863] Comme cela est dorénavant le cas, les exemples des affaires concernant la commune de Biarritz et, plus récemment, celle de Commentry n'étant qu'une première étape d'un contentieux qui devrait se développer dans les prochaines années.

Lyon[864]. Bien qu'il ne s'agisse pas de faire le procès des PPP mais bien de mettre en évidence que le contrat de PPP n'est pas la solution automatique à la réalisation d'un projet public global. L'inadaptation de ce type de montage global n'est pas propre à leur structure mais s'inscrit dans un contexte de plus grande importance puisque le constat est aujourd'hui unanime : les catégories de contrats publics sont à la fois nombreuses et parfois similaires pour être hermétiques. Ce qui justifiera un mouvement, semblant être en marche, de réforme voire de refonte de la grande catégorie des contrats de la commande publique[865].

Ainsi la ville de Lourdes a du se tourner vers l'étude d'autres solutions permettant une réalisation rapide et une alliance de conception et de réalisation du projet afin de permettre une certaine homogénéité afin d'essayer d'arriver au même résultat qu'avec l'emploi du contrat de PPP. Ayant étudié ses possibilités de financement et conclu que la répartition entre la ville (assurant le volet « piscine » et « chaudière » du projet) et la Communauté de communes du pays de Lourdes (s'occupant du dossier « pôle petite enfance ») permettait d'assurer un financement public, par l'emprunt, de ces infrastructures, les collectivités ont recherché la manière la plus rapide et efficace de procéder aux démarches nécessaires en vue d'un démarrage rapide des travaux.

Section 2 – La recherche de solutions alternatives face à l'inadéquation du contrat de partenariat public-privé

La ville de Lourdes et la Communauté de communes du pays de Lourdes, après une analyse des avantages et des inconvénients, a renoncé à l'emploi du contrat de partenariat public-privé ainsi que d'un contrat global de façon générale, les projets pris en considération lors de la démarche décrite précédemment ont nécessité la recherche de solutions contractuelles à la fois efficaces et rapides afin que les délais de réalisations des projets ne s'en trouvent pas affectés. L'exemple de ces deux collectivités, *a contrario* d'autres ayant persévéré dans le choix du contrat de PPP au risque de faire l'actualité jurisprudentielle, met en exergue un cas, à la fois, de vigilance ainsi que de réalisme dans la façon de réaliser des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public (paragraphe 1). Ce cas d'espèce révélant à l'échelle d'une collectivité de taille moyenne un phénomène qui devrait pourtant

[864] CAA Lyon, préc.

[865] V. notam., « Discours de M. Moscovici, vers un Code de la commande publique ? », Veille par F. Linditch, Contrats et marchés publ., n°5, mai 2014, alerte 24.

être général : l'importance de la nature du projet dans le choix de l'outil contractuel le plus pertinent (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le cas concret d'une vigilance de la collectivité territoriale

Un véritable travail a été réalisé en amont du commencement d'une quelconque procédure contractuelle. Ainsi la ville de Lourdes a réalisé une « pré-évaluation préalable » afin de déterminer la pertinence de l'utilisation du contrat de partenariat public-privé. L'arbitrage mené entre recours à la maîtrise d'ouvrage privée par rapport à la traditionnelle maîtrise d'ouvrage publique a été le premier sujet de réflexion (I). La collectivité ayant fait le choix de conserver cette maîtrise d'ouvrage, elle aura néanmoins recours à des formules contractuelles spéciales (II), ce qui s'avèrera être un choix satisfaisant au moment de l'exécution (III).

I. Arbitrage entre maîtrise d'ouvrage publique et privée dans le choix de l'outil contractuel le plus adéquat

Face aux difficultés et éléments allant à l'encontre du recours au contrat de PPP afin de réaliser le projet d'aménagement du site Alexandre Marqui sur le territoire de la ville de Lourdes, il a fallu envisager un plan de secours afin que son accomplissement ne soit pas remis en cause. Le premier constat sorti de ce qui peut être qualifié « d'enquête préliminaire » réalisée par la collectivité fut d'ordre financier. En effet il est apparu que le financement par un partenaire privé, vu sa capacité d'emprunt à des taux privilégiés[866], n'était en aucun cas compétitif. De telle sorte que le recours à une maîtrise d'ouvrage privée ainsi qu'à un préfinancement, dans ces conditions et ce contexte, par le cocontractant privé ne présentait pas un intérêt déterminant au regard de la taille du projet (ce dernier élément ne permettant pas de procéder à une négociation ayant permis de rééquilibrer ces éléments de manière à rendre un recours à ce contrat global pertinent).

Le deuxième constat réalisé fut celui de l'aspect véritablement artificiel de la satisfaction de l'une des conditions de recours nécessaire à l'engagement d'une collectivité

[866] L'étude comparative des différents schémas de financement ayant mis en lumière qu'un emprunt réalisé dans le cadre d'un contrat de PPP (pour la volet relevant de la compétence de la ville de Lourdes et concernant donc le projet de piscine et de chaufferie) était estimé à 9,6 millions d'euros pour une durée de 20 ans à un taux fixe de 5,15% avec une progression des échéances de 1,7% par an. D'un autre côté, le même projet réalisé sous maîtrise d'ouvrage publique induisait la réalisation d'un emprunt de 8 millions d'euros pour une durée de 15 ans à un taux fixe de 5%.

dans la voie du contrat de PPP. L'état du bâti, du moins concernant la piscine, pouvait certes constituer un élément d'urgence sans pour autant que ce dernier soit déterminant. Quant au critère de la complexité, les différents programmes réalisés (par la ville pour la piscine et par la communauté de communes pour le pôle petite enfance), afin de pouvoir définir un cahier des charges pertinent ont permis de constater que ces collectivités étaient en mesure de procéder à la définition de leurs besoins[867].

Le recours à un tel contrat, au delà des difficultés qu'auraient pu rencontrer la ville tant vis-à-vis de la validité du contrat, dont la jurisprudence récente met en avant la fragilité et en particulier l'illégitimité[868]. De plus, la crainte d'une certaine perte de contrôle tant dans l'élaboration que dans l'exécution du contrat est un phénomène qui ne peut être nié tant les retours d'expérience montrent que les personnes publiques, de manière générale, rencontrent des difficultés notamment au stade de l'exécution[869]. Ce constat local est d'ailleurs partagé au niveau de l'Etat dont le recours quasi systématique au contrat de partenariat a été vivement critiqué[870], le rapport réalisé sur l'Opération Campus soulignant notamment que « *le recours systématique à un contrat dit de PPP est apparu dès l'origine inadapté à certaines opérations dont ni la nature, ni la taille, ni le montant, somme toute assez modestes, ne paraissaient justifier un montage qui est complexe* »[871].

De ce premier bilan conduisant à la non utilisation du contrat de PPP devait se substituer la recherche d'un nouvel outil contractuel plus pertinent. De telle sorte que la question devait se poser de maintenir un positionnement dans le secteur des contrats globaux ou non. Le tout nouveau marché de CREM-REM aurait tout à fait pu être le moyen mener à bien ces travaux, pour autant la potentielle difficulté d'allier conception et réalisation[872] (dans

---

[867] Raisonnement qui se retrouve ensuite dans l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon en date du 2 janvier 2014, préc. ; La Cour ayant estimé que les contraintes du projet, qui s'apparente d'ailleurs singulièrement à celui poursuivi par la ville de Lourdes, étaient « *insuffisantes pour caractériser, dans les circonstance de l'espèce, une complexité telle que la commune n'ait pas été objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins* ».

[868] Les deux arrêts de Cour d'appel, respectivement de Bordeaux et de Lyon, préc., mettant subtilement en avant le détournement effectué à l'occasion de la signature d'un contrat de PPP. Dans les deux cas d'espèce, le juge met en évidence que les projets envisagés ne répondent pas aux critères de recours à ce type de marché global sans pour autant en déduire que l'emploi de ces dits contrats se justifie essentiellement par le levier financier proposé.

[869] V. J.-F. Sestier, « Les difficultés des personnes publiques dans l'exécution des contrats de partenariat », CP-ACCP, n°125, oct. 2012, p. 49-52.

[870] R. Peyret, « Rapport de la Mission nationale d'évaluation de l'opération campus », La Documentation française, oct. 2012 ; V. également, D.-A. Camous et C. Piettre, « Pour la Mission nationale d'évaluation de l'Opération Campus : le PPP n'est pas la panacée », JACT, n°47, 26 nov. 2012, actu. 798.

[871] Rapport préc., p. 12.

[872] Rappelons l'article 73 du Code des marchés publics disposant *« Si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37* ».

un souci de rapidité). De plus, l'entretien et la maintenance n'étant pas un élément déterminant dans le choix du contrat, le principal souci de la ville de Lourdes étant d'assurer une certaine rapidité à la passation en vue d'un démarrage des travaux imminent. Le préfinancement par un opérateur privé n'étant pas un élément important, le fait que la collectivité ait globalement réussi à définir elle même ses besoins, qu'assumer la maîtrise d'ouvrage des travaux ne soit pas une contrainte insurmontable. L'ensemble de ces facteurs ont permis d'envisager un recours à des formules contractuelles dites « *traditionnelles* » [873] de la commande publique.

II. Le recours à des formules spéciales

Le fait pour une personne publique de procéder à la réalisation de travaux sous sa maîtrise d'ouvrage[874], et donc sa responsabilité, n'entraîne pas obligatoirement le recours à des procédures classiques telles que, notamment, le marché de travaux comprenant mise en concurrence et division différents lots. Les opérations réalisées dans ce contexte connaissent également des formules considérées comme dérogatoires, au sens l'article 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985[875] dite loi « MOP », en particulier depuis le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 qui a fait de la conception-réalisation, entre autres, une procédure distincte qui ne vise cependant que des travaux soumis à la loi MOP[876]. Cette dernière précisant qu'en principe « *pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle de l'entrepreneur* »[877], pour autant il n'est pas rare que certains cas d'espèce mettent en évidence la nécessité d'allier ces deux volets, une possibilité qui est ouverte par l'article 18 de ladite loi (sous réserve, là encore, de la satisfaction d'un certain nombre de conditions).

C'est vers ce choix que va se tourner la ville de Lourdes pour la réhabilitation de la piscine (A). Le projet de pôle petite enfance ne s'inscrivant pas dans la logique d'une complexité technique, financière ou juridique, son intégration même à un contrat de PPP, tel

---

[873] Par opposition à la notion de formule contractuelle « dérogatoire » que constituent les marchés globaux de la commande publique et les montages contractuels complexes notamment et les contrats de partenariat public-privé en particulier.

[874] P. Cossalter, « Maîtrise d'ouvrage publique et maîtrise d'œuvre – principes généraux », Jcl. Adm., fasc. 652

[875] L. n° 85-704, 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, Art. 18-I : « *Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code* ».

[876] Décr. n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, JO n°6 du 8 janvier 2004, p. 703, texte n° 19.

[877] Art. 7, al.2, L.préc.

qu'envisagé initialement, n'avait de sens que dans une logique de réalisation groupée d'une opération globale. Le choix d'écarter un tel montage a donc entraîné un retour, là encore, de l'intercommunalité vers un choix d'opération confiée à un opérateur sous maîtrise d'ouvrage publique. Ainsi a été fait le choix d'opter pour une procédure d'assistance à maîtrise d'œuvre suivie d'un traditionnel marché de travaux (B).

A. Le choix d'un marché de conception-réalisation pour la rénovation de la piscine de la ville de Lourdes

Le marché de conception réalisation appartient à cette catégorie de marchés publics désignée comme des « *procédures formalisées spéciales* »[878] dans laquelle le formalisme pointu du Code des marchés publics est soumis à quelques assouplissements. En effet, la loi MOP pose comme principe fondamental la séparation des missions de conception, qui concerne un maître d'œuvre, et de réalisation, qui relève de la compétence de l'entrepreneur, d'un ouvrage[879]. Pour autant, n'étant pas rare qu'une règle ne souffre d'aucune exception, l'article 18 de ladite loi prévoit qu'il soit possible d'allier ces deux missions tout en conditionnant strictement l'emploi de procédures dérogatoires[880]. Ainsi le Code des marchés publics, en son article 37[881], définit les conditions dans lesquelles une personne publique peut envisager le recours à ce type de procédure. Pour la réalisation de sa piscine et sur la base de la volonté de réaliser un bâtiment « technique » de nature à optimiser la consommation énergétique, la ville de Lourdes a souhaité avoir recours à ce type de procédure, considérant

---

[878] L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7è éd., p. 456 et s ; V. également, N. Symchowitz, L. Rapp et P. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires*, Lamy, éd. 2013, p. 1300 et s., Y.-R Guillou, « La négociation dans les marchés publics », CP-ACCP, 2004, n°31.

[879] L. n° 85-704, 12 juillet 1985, préc., Art. 7 al. 2 : « *La mission de maîtrise d'oeuvre que le maître de l'ouvrage peut confier à une personne de droit privé ou à un groupement de personnes de droit privé doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme mentionné à l'article 2. Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'oeuvre est distincte de celle d'entrepreneur* ».

[880] L. préc., Art. 18-I : « *Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code* ».

[881] Art. 37 al. 2 et al. 3 CMP : « *Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.*

Les motifs d'ordre technique mentionnés à l'alinéa précédent sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques ».

que le concepteur ne pourrait être que le plus à même d'assurer une exécution optimale des travaux. De plus, la nécessité de rénover un bâtiment en état d'usure avancé constituait une urgence qui, sans être un argument juridique valable pour l'emploi de formules contractuelles dérogatoire, du moins ne se suffisant pas ou plus à lui même, il ne peut être négligé le fait que la procédure de conception-réalisation était de nature à permettre de réaliser un gain de temps non négligeable pour une opération de travaux dont la durée était estimée à 18 mois.

Le recours au marché de conception-réalisation, avant de pouvoir être effectif, doit répondre à un certain nombre de conditions, cela a été dit. Là encore, la démarche de la collectivité s'est voulue pragmatique, en ce sens elle a mesuré l'adéquation de la formule contractuelle à l'ensemble des opérations nécessaires à la réalisation du projet. D'autant que les conditions à satisfaire, qui sont de l'ordre de deux : complexité technique (1) et/ou amélioration de l'efficacité énergétique (2) de l'ouvrage considéré, relevaient de l'état de fait pour la collectivité. Ces deux éléments, bien connus aujourd'hui, ne reposent néanmoins pas sur une définition bien précise de leur contenu. La loi n°85-704 du 12 juillet 1985 reste relativement vague sur la question et les premières versions du Code des marchés publics semblaient être suffisamment vague pour pouvoir permettre un recours massif à cette formule contractuelle[882]. Pour autant, l'utilisation de cet outil contractuel a été aisément justifié au regard des critères, aussi vagues soient-ils, posés par les différents textes existant en la matière, dont notamment la circulaire n°95-58 du 9 août 1995[883] qui précise que le marché de conception-réalisation peut concerner :

« - *Certains ouvrages à grand volume impliquant une structure complexe ;*

- *Certains ouvrages en souterrains exceptionnels ;*

- *Certains ouvrages dont la fonction essentielle est constituée par un processus de production d'exploitation qui conditionne sa conception et sa réalisation comme par exemple les cuisines, les blanchisseries ou les procédés de production de chaleur, lorsque ces ouvrages constituent l'essentiel de l'opération ;*

[882] En ce sens, V. D. Bouchon et P. Cossalter, « Marchés de maîtrise d'œuvre dans la construction publique », Le Moniteur, 1999.

[883] Circ. n° 95-58 du 9 août 1995 prise dans le cadre du décret n° 93-1270 du 29 novembre 1993 portant application du I de l'article 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985. Depuis abrogée de manière implicite depuis l'abrogation du décret n° 93-1270.

- *La réhabilitation lourde de certains ouvrages existants impliquant des techniques particulières de construction comme des reprises en sous-œuvre, l'intervention sur des structures remettant en cause les descentes de charge* ».

La rénovation d'une piscine pouvait aisément satisfaire au dernier cas de figure cité ci-avant, le projet intégrant également la volonté de procéder à l'amélioration de l'efficacité énergétique[884] du bâtiment. Dès lors la consultation s'est déroulée dans le cadre de l'article 69 du Code des marchés publics, excluant de fait la procédure du dialogue compétitif, toujours dans un souci d'efficacité, également temporelle de la démarche.

La potentielle complexité technique ayant pu justifier le recours à un contrat de PPP se trouvait être le projet rénovation du centre aquatique de la collectivité, l'aménagement global du site sur lequel se trouvait cet ouvrage ainsi que celui à réaliser ne permettant de mettre en avant uniquement la pertinence de la présence d'un seul partenaire privé pour l'ensemble du site afin d'homogénéiser les travaux, précisément en raison de la volonté d'alimenter l'ensemble des ouvrages par un nouveau réseau de chaleur. En considérant que le volet entretien et maintenance n'était pas un critère capital pour la ville et que le préfinancement ne posait pas de problème, au regard de l'état de ses finances, le recours au contrat de PPP s'avérait inutile et, notamment et en particulier, injustifié. La préoccupation d'allier conception et réalisation restant néanmoins une priorité en considérant que la particularité de la rénovation d'une telle installation était de nature à justifier cette préférence (bien que la construction d'une piscine ne relève pas d'un projet complexe permettant de justifier le recours au contrat de PPP[885]). Il est à noter que la procédure de passation et l'attribution de ce marché de conception-réalisation n'a souffert d'aucune contestation de la part des services de l'Etat chargés d'assurer le contrôle de légalité ainsi que de la part de tiers. En effet, le cas cité précédemment, de la commune de Commentry et de son contrat de PPP concernant la construction d'une piscine municipale, mettant en évidence que la taille d'une collectivité publique[886] ou l'importance de son projet ne sont pas des facteurs de nature à pouvoir entraîner la « discrétion » de l'illégalité existante du fait de la non satisfaction des conditions

[884] L'article 1-1 du Cahier des clauses administratives particulières concernant la Réhabilitation du centre aquatique municipal précisant que « *L'ouvrage fera l'objet d'une attention particulière sur l'analyse fonctionnelle et la recherche d'une nette amélioration de l'efficacité énergétique en sus des lignes directrices suivants : Conservation et réhabilitation totale de la halle et des bassins couverts existants. Réhabilitation et redistribution complète des locaux en y créant des extensions. Aménagements des espaces extérieurs* ».

[885] CAA Lyon, préc.

[886] A titre de comparaison, la ville de Lourdes compte 16 000 habitants environs, la ville de Commentry en comptabilise 6850 et Biarritz presque 26 000.

nécessaires à l'utilisation d'un outil contractuel dérogatoire aux principes de la commande publique. D'autant que la jurisprudence a eu l'occasion d'apporter des précisions sur la notion de difficulté technique justifiant l'association de la maîtrise d'œuvre et de la réalisation[887].

Le second volet du projet d'aménagement du site lourdais comprenait la construction d'un bâtiment devant accueillir un certain nombre de services à l'enfance, baptisé « *pôle petite enfance* »[888]. Cette partie du projet global initial était probablement celle qui justifiait le moins le recours à un marché global s'il n'avait pas été intégré à une démarche d'aménagement général du site. C'est ainsi que, face au choix judicieux de ne pas recourir à un contrat de PPP, l'intercommunalité a considéré qu'il était approprié de réaliser cet ouvrage grâce au recours à une procédure de concours de maîtrise d'œuvre suivie d'un traditionnel marché de travaux.

B. Le recours au concours de maîtrise d'œuvre pour la construction du Pôle petite enfance

Le choix de ne pas recourir au contrat de PPP n'a pas entraîné l'abandon de la volonté de réalisation des infrastructures du projet initial, ce dernier contrat n'étant qu'un moyen pour atteindre le but qu'est l'aménagement général du site considéré. De ce fait, la recherche d'un nouvel outil contractuel pour ce faire a dû être trouvé. Bien que le projet d'ouvrage concerné détienne certaines spécificités du fait de son caractère d'établissement recevant du public et, en particulier, des enfants en bas âge[889], il ne représente en lui même aucune difficulté technique tant de conception que de réalisation voire d'entretien qui aurait pu permettre de justifier l'utilisation d'un autre type de contrat qu'un marché de travaux tout à fait classique (d'autant que le service public n'avait pas vocation à être délégué par la collectivité). Une fois le programme réalisé par un bureau d'études afin d'aider l'intercommunalité à définir ses besoins, son choix s'est tourné vers la passation d'un contrat de maîtrise d'œuvre[890]. Ce dernier consistant en l'exécution de différents éléments relevant traditionnellement de la compétence de la personne publique. Cela peut comprendre les éléments de missions suivant :

---

[887] CE, 29 déc. 1997, *Préfet des Côtes-d'Armor c/ Commune de Dinan*, n°145667 ; CE, 16 oct. 2000, *Société Stereau*, n° 213958 ; CE, 28 déc. 2001, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, n° 221649 ; CE, 8 juillet 2005, *Communauté d'agglomération de Moulins*, n°268610, BJCP 2005, n°43, p. 436, concl. D.Casas, obs. R. Schwartz.

[888] http://www.ladepeche.fr/article/2013/01/24/1543842-lourdes-pole-petite-enfance-un-projet-historique-lourdais.html

[889] V. par ex. : Décret n° 2010-613 du 7 juin 2010 relatif aux établissements et services d'accueil des enfants de moins de six ans.

[890] V. D. Bouchon et P. Cossalter, « Marchés de maîtrise d'œuvre dans la construction publique », préc. ; L. Erstein, « Marchés de maîtrise d'œuvre », Jcl. CMP, fasc. 69-10 ; F. Moderne, « La fonction de maîtrise d'œuvre dans la construction publique », Dalloz, 1997.

« *1° Les études d'esquisse ; 2° Les études d'avant-projets ; 3° Les études de projet ; 4° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation du contrat de travaux ; 5° Les études d'exécution ou l'examen de la conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par l'entrepreneur ; 6° La direction de l'exécution du contrat de travaux ; 7° L'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier ; 8° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement* »[891]. Les seuils de l'article 26 du Code des marchés publics permettant de recourir à une procédure adaptée, le concours de maîtrise d'œuvre étant la norme si les seuils sont égalés ou dépassés[892], qu'est l'appel d'offres restreint[893]. Une fois cette procédure réalisée, la construction de l'ouvrage aurait été réalisée par le biais d'un marché public de travaux qui pourrait presque être qualifié de traditionnel au regard de l'ensemble des procédures dérogatoires vues jusqu'à présent.

La réalisation de cet ouvrage représente la partie la moins délicate tant techniquement que juridiquement voire financièrement. Pour autant le projet aura été abandonné par la municipalité, du moins mis en attente. Néanmoins la posture générale adoptée par la ville et sa communauté de communes aura permis de mettre en exergue que la sécurisation juridique de l'externalisation de l'action publique passe parfois par un certain pragmatisme voire une certaine prudence, même à l'égard de procédés relativement nouveaux et d'actualité. Le choix opéré par la ville sur les orientations générales données aux choix des outils contractuels aura, tant d'un point de pratique qu'au regard des évolutions doctrinales et jurisprudentielles un résultat satisfaisant.

III. Un choix satisfaisant a posteriori

Les choix opérés, entre la fin de l'année 2011 et la moitié de l'année 2012, par la ville de Lourdes et sa communauté de communes auraient pu sembler être anachroniques au regard

---

[891] Art. 7, L. n°85-704 préc. ; V. également : Art. 74, CMP : « *Les marchés de maîtrise d'oeuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de mission définis par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985* ».

[892] V. Art. 26-II, CMP : « *Les marchés et accords-cadres peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions définies par l'article 28, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils suivants : 1° 134 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services, non mentionnés aux 2° à 4° ci-dessous, de l'Etat et de ses établissements publics ; 2° 207 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales, des établissements publics de santé et des établissements du service de santé des armées ; 3° 207 000 € HT pour les marchés de fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense autres que celles figurant dans la liste établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la défense ; 4° 207 000 € HT pour les marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement ; 5° 5 186 000 € HT pour les marchés de travaux* ».

[893] V. N. Symchowitz, L. Rapp et P. Terneyre, préc., p.1304-1305.

d'une actualité riche et d'une dynamique affirmée pour les contrats de partenariat public-privé. Pour autant, la capacité nécessaire à la préparation, l'exécution et la gestion d'un tel outil contractuel auront fait pencher le sens de la décision vers des outils contractuels certes plus « traditionnels » mais néanmoins considérés comme sûrs. En effet l'effervescence existante dans l'environnement des contrats de PPP, essentiellement nourrie par la possibilité offerte aux collectivités publiques de différer le financement[894] de la construction et de l'entretien d'un ouvrage était une chose plaisante qui a eu pour effet de prendre le pas sur l'ensemble des inconvénients inhérents à ce système. Pour autant, cette formule contractuelle nouvelle a bénéficié de la promotion opérée par le Gouvernement tout au long de son existence, de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 à la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 notamment. Cela ayant entraîné la passation d'un nombre important de contrats, tout d'abord par l'Etat puis par les collectivités locales jusqu'au moment où les premiers retours sont venus ternir l'image d'un outil qui se voulait à la fois innovant et tourné vers l'avenir. Bien qu'il ne faille pas condamner à l'avance ce système contractuel en tant que tel, de nombreux projets, notamment les plus importants et donc emblématiques, ont connus des déconvenues, marquant ainsi le pas à une montée en puissance qui semblait ne pouvoir s'arrêter à la fin de l'année 2010[895].

Le choix réalisé à l'échelon lourdais a été motivé de différentes manières et n'a pas été essentiellement influencé par l'environnement ou, les critiques d'une part et, d'autre part, les louanges faites à l'égard de l'outil contractuel lui-même. En effet, une observation minutieuse de certains volets de l'opération envisagée sous la forme d'un contrat de PPP a rapidement fait ressurgir le manque d'intérêt que pouvait avoir ce dernier pour le cas d'espèce que représentait son projet globalisé d'aménagement d'une zone géographique de son territoire. La comparaison faite entre contrat de PPP et formule plus traditionnelle, ou du moins, moins dérogatoire aux principes généraux de la commande publique (c'est à dire un contrat assurant une conduite des opérations sous maîtrise d'ouvrage publique) a révélé un manque de compétitivité de ce premier en particulier au regard de son volet financier. La mobilisation de capitaux nécessaires au financement des opérations, dans un premier temps, de conception et de réalisation étant moins intéressante dans le cas où elle proviendrait du cocontractant privé que de la collectivité publique. De là à considérer que les contrats de PPP ont été utilisés par

[894] J. Bouillon, « Aspects juridiques en financement de projet de la « bancabilité » des contrats de partenariat et de délégation de service public », BJCP 2011, n° 81, p. 79 ; Y. Simonnet, « Le financement des PPP face aux principes de la commande publique », RLCT 2012, n°78 , p. 79.

[895] V. Rapports d'activités 2007-2009 et 2010 préc.

des personnes publiques (Etat comme collectivités territoriales) souhaitant procéder à la construction d'ouvrages qu'elles n'avaient manifestement ni les moyens de financer ni la possibilité de s'endetter pour ce faire, il n'y a qu'un pas[896]. De plus, il est intéressant de noter que c'est bien la capacité dont disposait la ville de Lourdes de procéder à un emprunt direct auprès d'un établissement de crédit et la comparaison des taux entre ce financement direct et le financement indirect provenant d'un opérateur privé assurant le préfinancement des opérations qui a justifié la marché arrière effectué vis-à-vis de l'utilisation du contrat de PPP.

Pour autant, dans le contexte, en particulier jurisprudentiel, du moment de prise de décision par les deux collectivités lourdaises, il est intéressant de noter que le renoncement à l'emploi du PPP est le résultat d'une analyse objective de « *l'avantage comparatif* »[897] tiré de la confrontation de régimes contractuels différents en vue de la réalisation d'un même projet. Pour reprendre les propos tenus lors d'une table ronde à l'occasion des entretiens du Palais-Royal le 16 décembre 2008[898], afin de faire le choix du contrat le plus adapté « *il faudra par exemple mesurer sir ces contrats fournissent des instruments équilibrés et suffisamment plastiques pour permettre au service public de ne pas être excessivement contraint par ce à quoi il s'est engagé avec un cocontractant. Il faudra également vérifier que l'exécution de ces contrats se déroulent dans des conditions suffisamment transparentes pour que le service public sache comment le service est géré et comment l'argent public est dépensé* »[899]. C'est précisément en tenant ce type de raisonnement que la ville de Lourdes et sa communauté de communes ont fait le choix, respectivement, du contrat de conception-réalisation pour la rénovation du centre aquatique et d'un marché de maîtrise d'œuvre combiné à un marché de travaux pour la construction du pôle petite enfance. Au delà de l'analyse juridique et financière ayant conditionnée la prise de décision, il est remarquable de noter que le maintien de la passation d'un contrat de PPP aurait pu tout à fait être envisagée. Elle aurait pu être critiquée d'un point de vue doctrinal, être attaquée dans sa légalité de la même manière que les exemples cités précédemment, dont notamment les plus proches géographiquement et semblables techniquement : le PPP de la ville de Biarritz ainsi que celui de la commune de la piscine de la commune de Commentry. Ces deux exemples ayant fait l'actualité de la jurisprudence en matière de remise en cause de la signature des contrats de PPP en raison du

[896] « Les collectivités ne peuvent plus se passer des PPP », Le Monde, 4 janv. 2012, préc.

[897] A. Ménéménis, « La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », LPA, 27 août 2010, n°171, p. 9 et s.

[898] Les Entretiens du Palais-Royal, « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir », 16 déc. 2008, ENA, Paris.

[899] A Ménéménis, préc.

non respect des critères de recours ont confirmé, a posteriori, la pertinence du choix opéré par les deux collectivités lourdaises. D'autant que la ville aura pu mettre en marche la réalisation de son centre aquatique dans des délais similaires à celui offert par un contrat de PPP et pour un montant moins important. Les démarches lancées par l'intercommunalité prenaient également ce chemin, pour autant le projet de pôle petite enfance sera suspendu au mois d'avril 2014. Un choix d'opportunité opérée par l'instance communautaire en vue de réfléchir à la modification de certaines options, dont notamment l'emplacement de ce projet.

La mise à l'écart du marché global qu'est le PPP au profit, presque paradoxalement, de marchés qui ne dérogent pas aux principes de la commande publique aura permis de mettre en évidence que la vigilance, tirée d'une analyse objective des outils disponibles dans la sphère de la commande publique, permet d'éviter de céder à des « effets de mode » dont le plus grand danger relève de l'impact potentiel d'une mauvaise utilisation sur les finances publiques. Que les marchés globaux et les contrats de partenariat public-privé puissent être efficaces lorsque leur utilisation est pertinence, cela est une chose qui relève de l'évidence. Qu'ils soient un dangers quand leur utilisation est faite à des fins bien différentes le strict potentiel qu'ils offrent peut également être envisagé, notamment au regard des retours d'expérience qui se succèdent à l'heure actuelle. Ceci démontrant que la palette des contrats existante aujourd'hui ne garantit pas une utilisation efficace de tel ou tel type de contrat et, ainsi, le seul élément déterminant dans le choix reste la nature du projet poursuivi par la personne publique ainsi que la gestion du service afférent.

Paragraphe 2. Le critère déterminant de la nature du projet dans le choix du montage contractuel

La nature du projet demeure le critère principal dans la détermination du choix de l'outil contractuel par le prisme duquel il va se réaliser. Cela semble relever de l'évidence, la réalité tend pourtant à rendre la chose difficile dans l'océan contractuel tel qu'il existe actuellement (I). De plus les contrats globaux ont fait évolué la logique de préparation d'un contrat public. Dans le cadre des contrats de partenariat public-privé, des clauses obligatoires doivent être intégrées au contrat sans que cela interdise pour autant à la personne publique et son futur cocontractant de négocier une certaine partie du contenu du contrat (II), ceci montrant, entre autre, que le contrat de PPP doit redevenir un contrat d'exception pour des projets très spécifiques (III).

I. Un critère déterminant dans l'océan contractuel actuel

Le procédé contractuel, bien qu'il ne soit pas nouveau[900] a connu un véritable tournant ces dernières années[901], notamment au fil des réformes opérées dans la sphère des contrats administratifs et de la commande publique. Lorsqu'une personne publique souhaite procéder à l'externalisation de la réalisation d'un projet, la meilleure formule contractuelle doit être celle dont le mécanisme présente la plus grande adéquation aux objectifs poursuivis dans le cadre, par exemple, de la construction d'un ouvrage et/ou de la délégation d'un service public etc.… Le droit des contrat a énormément évolué depuis le milieu du 20ème siècle, les personnes publiques ont bénéficié d'un panel contractuel toujours plus étoffé avec le corollaire d'un encadrement plus strict à la fois d'un point de vue législatif ainsi que de la part du juge du contrat qui a vu son office être métamorphosé. Habituellement, les collectivités publiques ont toujours eu le souci de fixer leur attention sur la qualification juridique du contrat ainsi que sur son mode de passation afin de garantir la sécurité juridique de ces derniers et ainsi la pérennité de la réalisation de leur projet. A ces considérations sont venues s'en ajouter d'autres bien plus pragmatiques que la passation d'un traditionnel marché public ne semblait pas devoir soulever, du moins jusqu'à un stade comparable à celui des contrats globaux. Aujourd'hui, en plus des questions de qualification du contrat, de mode de passation et de sécurisation juridique, les personnes publiques, lorsqu'elles souhaitent avoir recours à des contrats globaux ou à des montages contractuels complexes, doivent étendre leur implication et leur vigilance à des préoccupations telles que le contenu des contrats à négocier[902]. Cela a modifié considérablement leur comportement en ce que ce dernier point nécessite la mobilisation de compétences juridiques, techniques et financières, pour l'essentiel, auxquelles il n'est pas toujours nécessaire d'avoir recours dans le cadre de la passation de marchés publics à objet simple pourrons nous dire tels qu'un marché de fourniture ou de travaux par exemple. La problématique de la qualification du contrat dépend traditionnellement de son mode de passation et, dans le cadre des contrats globaux de la commande publique, du respect des critères autorisant leur utilisation. Cette problématique à laquelle la ville de Lourdes a du

---

[900] M. Vasseur, « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », RTDC, 1964, p.5.

[901] V. Rapport public du Conseil d'Etat pour l'année 2008, « Le contrat mode d'action publique et de production des normes », La Documentation française, 2008.

[902] Le cas des contrats PPP imposant un certain nombre de clauses obligatoires qui constituent le minimum vital à intégrer dans le contrat pour que celui-ci puisse être considéré comme légal, ce qui n'empêche pas à la personne publique et au cocontractant privé de négocier l'intégration de clauses supplémentaires tant que leur objet demeure légal (et ne concerne pas, par exemple, l'exécution d'une compétence par un partenaire privé d'une mission régalienne relevant exclusivement de l'autorité de la personne privée).

faire face s'inscrit dans un contexte général ou la nature du projet lui-même devient un critère prépondérant dans le choix que la personne publique doit faire dans le champ des outils contractuels mis à sa disposition[903].

Le meilleur exemple en la matière, en particulier en matière d'équipement sportif, étant le cas de l'affaire dite « *Jean Bouin* »[904] dans laquelle se posait la question de savoir par quel outil contractuel un équipement sportif pouvait être utilisé. Devait-il relever d'un BEA ou d'une DSP, en particulier au regard des dispositions nouvelles de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009[905] ? La difficulté pour les personnes publiques, au regard de la multitude de contrats disponibles et dont les frontières entre certains semblent parfois difficiles à cerner, se situe bien au niveau du choix du contrat, du respect de sa procédure de passation avec l'ensemble de ce que cela implique en terme de publicité et de mise en concurrence. Cet exemple de la mise à disposition d'une enceinte sportive met bien en évidence la difficulté qu'il peut y avoir, pour une personne publique aussi importante paradoxalement que la ville de Paris, à ne pas faire, ce que le juge considèrera être, un mauvais choix ; quand bien même celui-ci se verrait être affecté par la problématique de la multiplication et la diversification des textes en matière de commande publique[906] dont la nécessité de l'unification au sein d'un Code de la commande publique que bon nombre d'observateurs appellent de leurs vœux.

Le contenu des contrats, et notamment la nature du projet qu'ils portent, devient la préoccupation majeure des acteurs. Différents exemples mettent en évidence l'inquiétude légitime des collectivités publiques à l'égard de l'utilisation du bon outil contractuel, au risque de voir le juge procéder à une requalification voire à une annulation de la procédure passée et, par voie de conséquence, de la validité du contrat. Cela a pu être observé notamment à l'endroit des BEA, DSP et autres concessions[907] et ce phénomène s'amplifie au regard de l'actualité des contrats de PPP.

---

[903] Notamment à l'égard des contrats globaux et montages contractuels complexes, sur ce point, V. N. Symchowitz, préc.

[904] CE, sect., 3 déc. 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, Société Paris Tennis*, req. n° 338272, Lebon; AJDA 2010. 2343; S. Nicinski et E. Glaser, AJDA. 2011, p. 18, étude; AJCT 2011, p. 37, obs. J.-D. Dreyfus; Contrats Marchés publ. 2011, comm. n° 25, note G. Eckert ; Dr. adm. 2011, comm. n° 17, note F. Brenet et F. Melleray

[905] L. n° 2009-179 du 17 fév. 2009 dite loi « LAPCIPP » préc., modifiant notamment l'article L. 1311-2 du CGCT afin de permettre aux collectivités locales de passer des BEA « *en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements* ».

[906] Une diversification des textes liée également à une multitude de sources telles que le droit interne et européen notamment.

[907] La question de la distribution publique d'électricité étant toujours d'actualité de ce point de vue ; V. P. Terneyre, « Sur quelques problèmes juridiques à haute tension, A propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité », AJDA 2009, p. 1640 ; S. Nicinski, « A propos des concessions locales de distribution d'électricité, Evitons les surtensions ! », AJDA 2010, p. 1737.

II. Le contenu des contrats: une préoccupation désormais majeure

La nature du projet conditionne le contenu du contrat, ce phénomène illustré par les cas concrets, offerts par les premiers retours de l'exécution des contrat de PPP aujourd'hui, permet de mettre en lumière les choix parfois discutables réalisés tant par l'Etat que par les collectivités territoriales dans l'externalisation de leur démarche. Un tel contrat passé par l'Etat dans le cadre de la construction et de la gestion des portiques « *écotaxe* »[908], au delà de la symbolique de la délégation à un opérateur privé de la perception de l'impôt, apparaît comme la démission de la personne publique face à la gestion d'une opération complexe tant d'un point de vue technique qu'administratif. Le recours à un contrat de PPP a pourtant été validé par la MAPPP[909] qui a retenu le bénéfice de l'utilisation d'un tel outil en considérant que « *L'intégration des risques accroit significativement l'avantage du contrat de partenariat* » malgré le fait que « *les conclusions de l'étude sont peu discriminantes entre les deux choix technologiques* »[910]. Dès lors, la construction et l'installation des ouvrages nécessaires et la perception de ladite taxe constituaient-elles une opération d'une complexité technique, juridique ou financière que l'Etat n'aurait su assumer ? Ce phénomène est un exemple (de plus ?) d'un mouvement de « facilité » auquel ont cédé les personnes publiques souhaitant externaliser le plus possible la gestion de missions, pour certaines essentielles, sous couvert d'un meilleure « *bancabilité* »[911] au regard des autres composantes de la « *boîte à outils* »[912] contractuelle française.

Dès lors la véritable question d'une évaluation préalable, notion prise en dehors de celle prévue par les textes dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de PPP *stricto sensu*, précédant l'externalisation de l'action d'une personne publique et notamment le choix de l'outil contractuel adéquat, doit redevenir le principal élément d'attention avant l'engagement de toute procédure. Le choix d'un contrat pour la réalisation d'un projet donné, qu'il soit local ou national, doit se centrer sur une analyse rationnelle se basant sur des réponses objectives apportées aux questions posées par la satisfaction de l'intérêt général.

---

[908] F. Rolin, préc.

[909] MAPPP, Avis n° 2009-4, « Projet de tarification de l'usage du réseau routier national non concédé par les poids lourdes (TPL), Paris, 12 fév. 2009 ; V. également, CE, 24 juin 2011, « Ministre de l'Ecologie, du développement durable, des transports et du logement et société Autostrade per l'Italia SPA », req. n° 347720 et 347779, concl. N. Boulouis et Obs. T. Dal Farra, BJCP, n°78, sept.-oct. 2011, p. 375.

[910] MAPPP, Avis préc., p. 15.

[911] Par exemple : P.-E. Spitz, « La sécurisation des contrats des collectivités territoriales : exemple de la ville de Paris », AJCT 2012, p. 179.

[912] Table ronde, préc.

C'est ainsi que le choix du contrat doit reposer uniquement sur la nature du projet poursuivi par la personne publique et non pas d'éventuels avantages présumés apportés par telle ou telle formule contractuelle. Concernant les contrats de partenariat en particulier, l'évaluation préalable, véritable « *poutre maîtresse de tout projet* »[913], se doit d'être en mesure de montrer objectivement l'avantage réel qu'aurait l'Administration à s'engager dans ce type de voie[914]. Pour autant, le temps passant permet de mettre en évidence, pour ces contrats qui sont de très longue durée le plus souvent, que la pratique démontre que l'utilisation d'un tel contrat n'était pas la façon la plus optimale de réaliser un projet donné[915]. D'autant qu'il est relevé que le « *contrat de partenariat ne saurait devenir un outil standardisé dont l'usage pourrait se dispenser de toute adaptation spécifique* »[916].

De manière générale, notre propos n'a pas pour objet de condamner sans procès le contrat de partenariat public-privé au regard du recul pris par dix ans de pratique. Les échecs constatés ne doivent pas masquer les bénéfices retirés de son utilisation. Pour autant le recours à cette procédure complexe se doit d'être maîtrisée afin d'être pertinente [917] et, ainsi, ne pas condamner les finances des personnes publiques de manière à grever les budgets sur une longue période, les empêchant potentiellement de réaliser les dépenses de fonctionnement et d'investissement inhérentes aux missions de service public dont elles ont la charge. Le critère de la complexité, au stade de l'évaluation préalable, a été retenu dans la majorité des cas pour légitimer le recours au contrat de PPP. Le bilan, qu'il est possible de tirer à l'heure actuelle du fait du recul qu'il est désormais possible de prendre sur ces contrats, montre qu'il est possible de constater l'ensemble des difficultés posées par leur exécution. D'autant que les conditions de recours à cette formule contractuelle, à défaut d'être bien connues, sont mal maîtrisées. Le critère de complexité technique ou juridique reste celui qui est le plus souvent employé afin de justifier le recours au PPP, le critère d'urgence (Conseil général de Seine-Saint-Denis[918]) ou du bilan « coût/avantage » le sont moins. Les premiers projets pouvant être réalisés par ce biais ont suscité nombre d'interrogations au sein des collectivités dont la principale attention

[913] S. Braconnier, « Les contrats de partenariat et les collectivités territoriales locales : entre mythe et réalisé », BJCP 2004, p. 343.

[914] J.-B. Morel, « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », Contrats et marchés publ., nov. 2013, n°11, étude 9.

[915] Ce que rappelle, notamment, le rapport rendu par les sénateurs Portelli et Sueur au mois de juillet 2014, préc.

[916] B. Majza, « La standardisation des contrats de partenariat : étendue et limite de l'exercice de rationalisation », Contrats et marchés publ., Août 2012, n°12, étude 6.

[917] V. G. Le Chatelier, « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », CP-ACCP, n°78, janv. 2008, p. 40-45.

[918] « PPP : trois lots pour 110 millions d'euros », Le Moniteur n°5769 20/06/2014 MAGAZINE p.71.

s'est portée sur la démonstration de la satisfaction des critères légaux d'utilisation et sur les procédures de passation. L'exercice fut particulièrement difficile pour les collectivités territoriales de petite et moyenne taille souhaitant se lancer dans l'expérimentation du contrat de PPP. En effet, la précision et l'expertise nécessaire à la simple élaboration d'une évaluation préalable, tant dans la prévision des perspectives offertes par le PPP que la précision nécessaire pour ce faire, exigeaient une mobilisation de moyens bien supérieure à préparation de traditionnelles délibérations sur la passation de marchés publics. De telle sorte que certaines collectivités ont pu faire l'expérience pour la première fois de la phase de dialogue compétitif de ou de procédure négociée à l'occasion de l'élaboration d'un contrat de PPP[919]. De façon générale, le bilan tiré *a posteriori*, tel que l'a réalisé[920] la mission de la commission des lois du Sénat dans son rapport de l'été 2014, demeure mitigé en ce sens qu'elle a relevé un certain nombre d'incohérences et de faits relativement graves dus à une mauvaise utilisation (dans le sens d'une utilisation dévoyée des contrats de PPP) au delà même des questions d'ordre purement juridique. C'est ainsi que la réduction massive de la concurrence et la désertion des petites et moyennes entreprises a été constatée, notamment en raison de la globalité de la mission octroyée à une grande entreprise se limitant à soumissionner à des PME dont elles sont propriétaires. Du point de vue fiscal, la récupération de la TVA ne peut se faire que sur la part de rémunération versée à l'entreprise pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA, cette dernière étant parfois difficile à délimiter[921]. Le contrat de partenariat public-privé semblant être adéquat à un nombre limité de cas afin d'être utilisé avec pertinence et ne pas se transformer en « *bombe à retardement* »[922].

III. Le contrat de PPP: un contrat d'exception pour des projets particuliers

Le contrat de PPP implique une attention particulière de la part des collectivités publiques. Les procédures de négociation, de suivi et d'adaptation au fil de l'exécution du contrat bouleversent les pratiques connues jusqu'alors par les services financiers et juridiques des personnes publiques. En parallèle, et presque paradoxalement, la gestion de ces projets par les entreprises privées a pris un tournant presque standardisé alors que ces derniers

[919] V. Le cas de la ville de Thiers qui a passé un contrat de PPP pour l'éclairage public, Le Moniteur n°5424 09/11/2007 CAHIER DETACHE p.36 ; Defawe Philippe, « Premier partenariat public-privé (PPP) pour Vinci Energies à Thiers », LE MONITEUR.FR - Publié le 13/10/2006.

[920] Le bilan de l'enquête réalisée sur la « mission campus » apportant les mêmes observations.

[921] V. Dossier spécial, « Problématiques fiscales en matière contractuelle », CP-ACCP, n° 133, juin 2013 ; Notam., A. Burel, « Les conditions d'éligibilité au FCTVA », préc., p. 32-35.

[922] Sénat, rapport, préc.

doivent avoir chacun leur identité voire une identité unique. La complexité que doit détenir la mission confiée par la personne publique devant être gérée par le cocontractant privé. Cela fait évoluer la méthodologie en raison de la rupture intellectuelle qu'offre la pratique de ce type de relation contractuelle. En effet, le contrat de PPP offre à la fois une grande marge de manœuvre ainsi qu'une souplesse dans ces relations que les marchés publics traditionnels avaient tendance à figer. Les relations ne sont pas figées pour la durée du contrat bien qu'il soit fortement préférable que l'essentiel de ce qui servira de bases à la poursuite des relations entre la personne publique et le cocontractant privé soit clairement défini dans les clauses du contrat de départ. Le cas de la ville de Lourdes a également illustré, comme d'autres[923], que le regroupement de collectivités dans la poursuite d'un même projet est un facteur qui peut également être de nature à complexifier encore un peu plus la démarche.

Malgré son ancienneté relative en 2014, le contrat de partenariat n'a pas révolutionné la commande publique dans son volume d'investissements, en particulier locaux, il s'est fondu dans un cadre général de la commande publique tout en en bouleversant la pratique et les codes, suscitant successivement curiosité et inquiétudes. Cet outil contractuel est certes l'objet de vives critiques à l'heure actuelle, de la part de juristes, parfois d'économistes ainsi que de praticiens de la commande publique dont les architectes et les PME se sont fait les porte-voix. Ils suscitent en effet un regard critique sur la pratique qui en a été faite depuis leur avènement il y a maintenant dix ans. Pour autant une analyse objective permettra de conclure au fait que leur pratique dans ce laps de temps amène à tirer un bilan plus que mitigé tout en faisant plusieurs observations. En effet le contrat de partenariat ne doit pas symboliser l'ouverture d'une boîte de Pandore au sein de la commande publique, c'est un outil novateur dont la tentation du préfinancement par le cocontractant privé a pu faire tourner les têtes au sein des exécutifs des collectivités publiques, territoriales notamment. Pour autant il s'inscrit dans un mouvement de modernisation de la commande publique dont il aura marqué un tournant et dont il semble nécessaire, aujourd'hui, qu'il engendre une démarche de révision générale. La commande publique a été marquée par d'importants bouleversements depuis une trentaine d'années, nous l'avons dit. Connaissant inlassablement la naissance de nouvelles formules contractuelles, chacune sortant de terre afin de palier aux difficultés tirées de la pratique d'une formule précédente. L'avènement des contrats de partenariat public-privé aura fait prendre une plus grande ampleur à ce phénomène en faisant pénétrer, plus que jamais, le

[923] La même configuration se retrouve dans le cas de la piscine de la Communauté de communes du Grand Pic-Saint-Loup par exemple ou de l'éclairage de la Communauté d'agglomération du Val-de-Seine par exemple).

secteur privé dans la gestion publique, au risque que les personnes publiques n'aient pas conscience que cet outil ne devait pas être mis « *entre toutes les mains* »[924].

Le phénomène « partenariat public-privé » a bouleversé la commande publique, tant d'un point de vue économique, juridique que politique. Il a prouvé que les collectivités publiques n'étaient pas toujours prêtes à avoir recours à des procédés contractuels se révélant par la suite être trop complexes pour elles. Les contrats de partenariat se retrouvent, aujourd'hui, être à « *l'épreuve de leur exécution* »[925], de telle sorte qu'il semble nécessaire de tirer un certain nombre de conclusions de leur pratique.

[924] P.-M. Vague, « Le contrat de partenariat, dix ans après. Quel bilan pour les collectivités territoriales ? », RFFP, n°126, 1er mai 2014, p.151 et s.

[925] « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », CP-ACCP, n° 125, oct. 2012, Dossier spécial, p. 29- 52.

Chapitre 3 – Leçons à tirer de l'utilisation concrète des contrats globaux de la commande publique

Les marchés globaux de la commande publique, en particulier les contrats de partenariat public-privé, se sont essentiellement développés dans le secteur du bâtiment, des travaux publics (voirie, réseaux, transports en particulier) et des nouvelles technologies. Depuis leur création par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[926], l'évolution du contexte économique et budgétaire de l'Etat et des collectivités locales n'a pas freiné leur besoin de financements et a pourtant freiné leur capacité d'investissement. Le contrat de partenariat a ainsi apporté une « *réponse juridique supplémentaire au besoin économique d'infrastructures et d'efficacité accrue de l'action publique* »[927]. Pourtant les retours de diverses expérimentations de cette formule contractuelle ont montré les dérives budgétaires et techniques engendrées par le recours au contrat de PPP. Dès-lors, se pose la question de savoir si ce contrat est « *un outil à haut risque pour la puissance publique* »[928] dans son esprit et sa constitution ou son utilisation est faite dans le seul but de faire supporter le financement à un partenaire privé. L'actualité judiciaire[929] et les évolutions législatives à venir afin de transposer les nouvelles directives « marchés » et « concessions »[930] laissent penser que la typologie des contrats va être amenée à changer. La transposition des directives européennes est en cours[931] Cela devrait être l'occasion de procéder à une refonte massive de l'ensemble des instruments de la commande publique.

Dans cette optique il est nécessaire de procéder à un bilan de l'utilisation des contrats de partenariat public-privé (section 1) qui demeure être une formule contractuelle intéressante mais nécessitant une expertise particulière pour pouvoir être utilisé à bon escient. Pour autant

---

[926] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[927] Rapport CE 2008, p. 28

[928] Rapport Sénat juillet 2014, p. 23.

[929] Cf infra.

[930] DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et DIRECTIVE 2014/25/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE.

[931] M.-C. de Montecler, « La transposition des directives Marchés sur les rails », AJDA 2014, p. 2448. ; S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », RDI 2015, p. 8 ; V. également N. Khalid, « La DAJ de Bercy évoque un « meilleur encadrements des conditions de recours » aux PPP », LeMoniteur.fr, 10 oct. 2014 ; B. Rallu, « Transpositions des directives : en 2015, les PPP seront des marchés publics ! », LeMoniteur.fr, 20 oct. 2014.

son régime et son environnement nécessite de profondes modifications afin de permettre aux acteurs publics comme privés de bénéficier d'une plus grande sécurité dans leurs relations. De cet impératif de repenser le système actuel, se pose la question de ce que seront les contrats globaux demain et, de manière plus lointaine, quelle sera l'architecture de la commande publique. Car le constat d'un désordre concret et pratique au sein de la catégorie des contrats globaux ne fait plus aucun doute. L'expérience tirée d'une décennie de pratique des contrats de partenariat public-privé est devenue le symbole de la nécessité de réorganiser la matière contractuelle, la catégorie des contrats globaux en premier lieu (section 2).

Section 1 – Bilan du recours au contrat de partenariat public-privé

La décennie venant de passer a permis au contrat de partenariat public-privé d'être utilisé voire expérimenté et de donner ses premiers résultats. Ces derniers ont parfois été critiqués ou *a contrario* loués. Pour autant le bilan mitigé qu'il est objectivement possible de faire à l'heure actuelle met en évidence la nécessité qu'il y a de repenser leur architecture (paragraphe 1) et, par voie de conséquence, celle de la typologie générale des contrats de la commande publique (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le contrat de partenariat, un outil d'exception devenu un bon principe ?

Le recours au contrat de partenariat public-privé a révélé que le choix d'externalisation fait par une personne publique au profit d'un contrat global ne l'oblige pas fatalement à avoir recours un tel outil (I). Il est cependant possible qu'elle le fasse et que la pertinence de son utilisation soit de nature à produire de bons ou de mauvais résultats (II). Cette dernière conditionnant nettement les difficultés qui seront ou non rencontrées au moment de son exécution (III), révélant ainsi que la relative facilité de recourir à ce contrat global ne rime pas obligatoirement avec une facilité d'utilisation (IV).

I. Du choix d'externalisation au recours au contrat de partenariat public-privé

Les personnes publiques et les collectivités territoriales en particulier ont de véritables difficultés à ne pas externaliser des activités ne relevant pas de la « gestion courante » propre

à chaque collectivité. Ce phénomène a pris une ampleur non négligeable ces dernières années au point d'alimenter un certain nombre de tables rondes[932] et rapports[933]. Les collectivités territoriales ont de plus en plus un réflexe contractuel qui peut se justifier par le nombre croissant de domaines dans lesquels elles interviennent et le large choix qui leur est offert par un éventail contractuel toujours plus fourni[934]. Bien que des domaines resteront toujours exclus par nature du champ contractuel (le domaine du pouvoir de police étant l'exemple le plus probant), les projets des personnes publiques ont acquis, ces dernières années, des particularismes qui ont pour effet de n'avoir d'autre choix que de recourir à l'expertise privée. Face à un environnement juridique dans lequel les catégories contractuelles sont de moins en moins identifiables du fait de leur proximité, l'avènement du contrat de PPP devait apporter une éclaircie dans un domaine particulier : celui des contrats globaux de la commande publique dont l'existence était bien plus due à une légalisation de pratiques se répandant qu'à une volonté du législateur d'offrir une porte d'entrée de plus en plus grande aux acteurs privés dans la démarche contractuelle des personnes publiques[935]. Les contrats globaux, appelés également contrats complexes, et les montages contractuels complexes semblent aussi nombreux que difficilement cernables à un tel point qu'il est possible de se demander dans quelle mesure les collectivités territoriales peuvent encore jouir de leur liberté contractuelle tant le choix semble être prédéterminé. Pour autant, les marchés globaux ne sont pas un phénomène totalement nouveau[936] et les pratiques ont permis aux personnes publiques de cerner les enjeux de chaque formule globale existante. Apres les baux emphytéotiques et les autorisations d'occupation temporaire du domaine public notamment, le contrat de partenariat public privé est venu combler un vide laissé par la disparition des Marchés d'entreprise de travaux publics[937].

Le développement rapide de l'utilisation des contrats de partenariat public-privé a révélé la volonté des personnes publiques de « co-produire » un ouvrage avec un partenaire

---

[932] Entretiens du Palais Royal, « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public … Que choisir et comment choisir ? », 16 déc. 2008.

[933] CE, Rapp. Public, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », EDCE, Doc. Fr., 2008 ; G. Pellissier, « Pour un développement maîtrisé du procédé contractuel », JCPA 2008, n° 27, p.5 ; F. Tiberghien, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », JCPA 2008, n° 27 p. 3.

[934] V. « Choix du contrat : étude transversale », CP-ACCP 2008, n° 73, Dossier spécial ; V. « Actualité de la gestion déléguée », CP-ACCP, 2010, n° 95, Dossier spécial.

[935] V. N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », Ed. Le Moniteur, Paris, 2010.

[936] V. P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA 1994, n° spéc., p. 43 ; M. Guibal et L. Rapp, « Contrats des collectivités locales », Ed. F. Lefebvre, 1995.

[937] A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », AJDA, 27 sept. 2004, p. 1737.

privé, a fortiori lorsqu'il est question d'un important projet nécessitant une certaine technicité. L'introduction de ces contrats en droit français par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004[938] participe à une modernisation de la commande publique en favorisant l'amélioration de la gestion du service public ainsi que de leur financement. Malgré cet élan de modernité apparent, ce contrat de PPP, par l'importance des procédures, ne semblait être destiné qu'à des grands projets d'infrastructures[939]. La réalité aura trahi cet *a priori* puisque, nous l'avons vu, les collectivités territoriales ont massivement recours à cet outil contractuel et représentent ainsi les deux tiers (129 contrats de PPP étaient signés par les collectivités territoriales à la fin de l'année 2012 contre 38 pour l'Etat)[940] des contrats signés depuis 2004 (bien que l'Etat conserve l'avantage dans la comparaison des engagements financiers : 9,5 milliards contre 3,2)[941]. L'outil contractuel a évolué depuis ses origines et pourtant il semble connaître à l'heure actuelle une période d'accalmie de nature à faire envisager la fin d'une deuxième phase précédant celle qui sera instaurée par les réformes opérées par la transposition des directives « marchés » et « concessions »[942]. Cela n'empêche pas de pouvoir tirer un premier bilan de l'utilisation des contrats de PPP par les personnes publiques françaises. En effet, les contrats d'ores et déjà signés vont engager les finances de l'Etat et des collectivités territoriales pour plusieurs décennies.

De plus leur complexité intrinsèque, due à une multitude d'acteurs, à des « sous-montages » contractuels[943] on également participé à la constitution d'un mouvement émanant tant d'une partie de la doctrine, d'acteurs socio-professionnels ainsi que de personnes publiques elles mêmes. De telle sorte que, dix ans après leur arrivée dans le paysage juridique français et après une première réforme législative visant à leur relance après des débuts bien timides, les contrats de partenariat se trouvent être mis « *à l'épreuve de leur exécution* »[944] afin d'établir le double constat portant sur leur inadéquation structurelle ou à la mauvaise utilisation qui est faite de cet outil.

---

[938] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[939] S. Laguina et L. Deruy, « L'ordonnance relative aux contrats de partenariat : dépasser la polémique », BJCP 2004, n°16, p. 358.

[940] MAPPP, Rapport d'activité 2012, MAPPP/RA/2012, p. 13.

[941] MAPPP, Rapport d'activité 2012, MAPPP/RA/2012, p. 12.

[942] DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et DIRECTIVE 2014/25/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE.

[943] Des sous montages qui ne concernent que les relations entre le groupement privé titulaire du contrat et ses sous-traitants mais qui ne permettra pas d'avoir une vision extrêmement claire pour la personne publique.

[944] « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », CP-ACCP 20120, n° 125, Dossier spécial, p.29-52.

II. Le risque financier lié au recours au contrat de partenariat public-privé

A propos de ce contrat, la doctrine comme la jurisprudence, ont eu souvent tendance à ne s'intéresser qu'aux conditions de passation de ces contrats, ce formalisme garantissant au moins la légalité du contrat à défaut de garantir la pertinence de son utilisation. L'adéquation de forme l'emportant sur la pertinence de fond. C'est le chemin suivi par l'ensemble des commentaires et observations lors de l'apparition des contrats de PPP avec l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[945]. Cette préoccupation de la place du contrat global et notamment du contrat de PPP dans la « *boîte à outil* »[946] contractuelle se manifestant de façon plus visible après la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008[947] dont la vocation première était d'alléger les conditions, jusque-là extrêmement restrictives, au contrat de PPP. Ce contrat de longue durée n'aura commencé à produire ses premiers effets que ces dernières années, favorisant ainsi les encouragements de ses supporters[948] ainsi que de ses détracteurs[949] (le discours de ces derniers étant largement alimenté par l'actualité tant judiciaire[950] que liée aux premiers résultats de leur exécution[951]). Pour autant, l'utilisation de cette formule contractuelle n'a pas en, en volume de contrats signés[952], bouleversé l'action contractuelle de l'Administration, reléguant les formules existantes préalablement aux oubliettes. Malgré cela le volume financier concerné est très important, de telle sorte que les contrats signés il y a quelques années ont figé les budgets des personnes publiques. En effet le motif principal de recours à ce contrat global était de nature financière, un élément considéré comme un avantage face à l'aspect compétitif du financement privé par rapport au financement public au milieu des années 2000.

Le contexte économique ayant largement changé à la fin de l'année 2008 suite à la crise financière, les enjeux financiers liés aux contrats de partenariat ont vite été qualifiés de « *bombes à retardement* »[953]. Philippe Seguin désignait, dès 2009, les risques liés à ces

---

[945] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[946] A. Ménéménis, « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique – avantages comparatifs et bons usages », LPA 2010, n°171, p. 9 ; P. Delvolvé, « Contrat de partenariat et typologie des contrats », Droit et ville, 2005, n°6, p. 66 et s.

[947] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n°0175, 29 juillet 2008 p. 12144.

[948] A ce sujet, V. observations du Rapport 2012 de la MAPPP, préc.

[949] Ordre des architectes : voir réf en C2

[950] A ce sujet, V. CAA Bordeaux et Lyon

[951] Divers cas de figure : Hôpital Essonne, EcoTaxe, Plan Campus, Ministère Défense (voir article presse le Monde)

[952] 167 projets signés au 31 décembre 2012 seulement mais représentant un volume financier de 13 milliards d'euros ; V. MAPPP/RA/2012, préc., p. 12.

[953] Terme encore d'actualité aujourd'hui puisque repris lors de la publication du rapport des sénateurs Portelli et Sueur le 16 juillet 2004, V. « Partenariat public-privé : une bombe à regardement budgétaire », LaTribune.fr, 16 juill. 2014.

contrats à ceux du crédit revolving pour les particuliers[954]. Prenant ainsi l'exemple du centre des archives du Ministère des Affaires étrangères dont l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public engendrait 41% de surcoût pour l'Etat avant d'inciter les personnes publiques à « *une réflexion approfondie sur l'intérêt réel de ces formules innovantes* »[955]. Car s'il semble délicat de juger de la pertinence de fond du recours au contrat de partenariat, le juge s'est limité récemment à évaluer le respect des critères permettant le recours à cette formule contractuelle. De l'illégalité tirée des motifs avancés ressort d'ores et déjà la non justification prônée par certaines personnes publiques lors de l'élaboration de l'évaluation préalable. Ce qui ne remettra pas en cause les contrats en cours d'exécution mais obligeant par la suite à une grande vigilance pour les projets en cours d'élaboration.

Ce qui permet d'estimer également de la pertinence du recours au contrat de PPP reste l'élément de comparaison financier. Car si cet outil contractuel a le mérite de permettre une démarche unique pour une personne publique afin de réaliser une opération globale et complexe (bien que la globalité de l'opération ne conditionne pas forcément sa complexité), son principal défaut, lorsque les enjeux sont mal évalués, demeure la « *rigidification budgétaire* »[956]. L'Inspection Générale des Finances relèvera à ce propos que « *plusieurs défaillances dans l'utilisation des PPP, qui justifient un encadrement plus rigoureux et plus sécurisant de leur usage. Les PPP soulèvent en effet de nombreux risques budgétaires, financiers et juridiques. À ce titre, les PPP ne sont pas adaptés à tous les acheteurs publics et à tous les projets. Par ailleurs, le recours aux PPP, incite l'acheteur public à investir au- delà de ce que ses ressources lui permettent d'envisager avec raison* »[957].

Le cas de la ville de Lourdes aura permis de mettre en évidence que les objectifs fixés, lorsqu'il a été envisagé de recourir au contrat de PPP, peuvent être atteints sans pour autant que cette voie contractuelle soit spécialement utilisée. Certes la décision qui a été prise par cette collectivité est le résultat d'une réflexion menée en interne, faite d'analyse et de comparaison de l'adéquation du projet à l'outil contractuel, ainsi que de l'observation des

---

[954] Cour des comptes, Rapport public annuel, fév. 2008.

[955] Cour des comptes, Rapport public annuel, fév. 2008, p. 675, « *De manière générale, cette opération pose la question des conséquences budgétaires et financières des opérations de partenariat public-privé notamment dans le cas des autorisations d'occupation temporaire du domaine public. Cette formule apparaît inopportune s'agissant d'un service public non marchand puisqu'en l'absence de recettes elle fait entièrement reposer sur les finances de l'Etat une charge disproportionnée au regard de l'allègement de la charge budgétaire immédiate qu'elle permet sur le montant du déficit comme sur celui de la publique. La Cour invite à une réflexion approfondie sur l'intérêt réel de ces formules innovantes qui n'offrent d'avantages qu'à court terme et s'avèrent finalement onéreuses à moyen et long termes* ».

[956] Rapport Sénat juillet 2014, p. 24-25.

[957] Inspection Générale des Finances, Rapport d'activité 2012, p. 35.

premiers retours d'expérience qui ont montré le danger que pouvait constituer une telle démarche au regard de la taille de la collectivité, ainsi que de la relative importance des investissements nécessaires à la réalisation des infrastructures souhaitées. Cette conclusion appelle à apporter des éclaircissements à la question de savoir si ces contrats ne doivent finalement répondre qu'à un besoin d'une telle importance qu'il ne devrait alors être réservé qu'à des catégories de personnes publiques capables d'assumer des investissements apparaissant exorbitants au regard du quotidien contractuel des collectivités locales notamment de taille modeste.

Le premier bilan qu'il est possible de tirer après dix années d'exécution est que le contrat de PPP amène des craintes budgétaires dans un environnement financier incertain. Mais de manière plus pratique, il n'est pas sans poser de réels problèmes d'exécution tant pour les personnes privées que publiques.

III. Les problématiques de l'exécution du contrat de partenariat public-privé

La passation actuelle des contrats de partenariat public-privé fait l'objet d'une vigilance bien plus accrue de la part de tiers susceptibles de pouvoir former des recours ainsi que de la part du juge qui veille, de plus en plus, au strict respect des conditions de recours malgré les assouplissements opérés par la loi du 28 juillet 2008[958]. Nombre d'observations sont faites en ce sens, pour autant l'exécution même de ces contrats soulève également des difficultés en particulier en raison de la complexité de leur exécution qui est à l'image de celle du contrat en lui-même. La particularité d'un tel outil juridique demeure la multiplicité des enjeux et des acteurs. En effet l'exécution du contrat, du démarrage des travaux à la réception de l'ouvrage ne relève pas de la même logique qu'un traditionnel marché de travaux[959]. Car si la constitution d'une société « *ad hoc* » pour chaque contrat (appelées « *sociétés de projets* »[960]) est un point de difficulté qui ne concerne que le cocontractant privé, les relations entre cette dernière et les sous-traitant n'est pas un gage de clarté pour la personne publique, précisément en cas de mise en cause de garanties (bien que les relations contractuelles entre le partenaire principal de la personne publique soit le premier mis en cause, à charge pour lui par la suite de se retourner contre ses sous-traitant).

---

[958] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n°0175, 29 juillet 2008, p. 12144.

[959] E. Fatôme et L. Richer, « Contrat de partenariat immobilier : réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages », CP-ACCP 2004, n°36, p. 24.

[960] I. Wien, « Difficultés d'exécutions du contrat de PPP : le point de vue du partenaire privé », CP-ACCP 2012, n° 125, p. 33.

Malgré cela le partenaire privé doit faire également avec des difficultés qui n'émanent ni des exigences de la personne publique ni même de la particulière complexité du contrat. La propriété du foncier est l'exemple par excellence de ce cas de figure. En effet, la propriété du terrain d'assiette du projet ne pose en réalité aucun problème dans le cadre du contrat de PPP lui même puisque si la personne publique n'est pas propriétaire du terrain concerné par le projet elle peut procéder à son acquisition lors de la phase préalable à la signature du contrat ou laisser le partenaire privé s'en charger. Cet aspect de la procédure, il est vrai, peut paraître anecdotique puisqu'il reste possible, à défaut d'accord amiable avec un propriétaire qui serait privé, de procéder à une expropriation ; pour autant le partenaire privé ne saurait avoir l'accord du prêteur[961] (le plus souvent, la banque) avant que l'ensemble des risques soient écartés quant aux difficultés qui pourraient être rencontrées avant même le début de l'exécution du contrat.

Si tout est prévu pour écarter au maximum les risques à la signature du contrat, c'est-à-dire essentiellement les risques de contentieux nés d'illégalités constatées lors de sa passation ou de questions factuelles de nature à bloquer le financement de la part du prêteur, la question de la répartition des risques propres à l'exécution du contrat lui-même est également un élément majeur parmi les clauses du contrat. Ces difficultés qui semblent délicates à gérer pour une personne publique de taille modeste dont les services administratifs ne peuvent matériellement pas affronter une telle démarche si volumineuse. Ce qui démontre ainsi que chaque contrat demeure unique à l'image de chaque projet porté par des personnes publiques différentes.

La majorité des contrats étant signés par des collectivités territoriales, la « *standardisation des procédures, des modèles économiques et des matrices contractuelles* »[962] ne semble pas pouvoir être envisageable tant les projets portés diffèrent, chacun avec leurs particularités.

---

[961] En ce sens, V. X. Matharan et P. Pintat, « Les risques et leurs garanties dans les contrats de partenariat », CP-ACCP 2004, n°36, p. 40 ; E. de Fenoyl et C. Rasoamanana, « La poursuite de l'exécution du projet en cas de recours contre le contrat de partenariat : la « clause Nice Stadium », Contrats et marchés publ. 2011, étude n°5 ; M. Lequien et P. Cuche, « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipements publics », Dr. Adm. 2004, chron. n°22 ; TA Bordeaux, M. Rouveyre, 19 déc. 2012, req. n° 1105079, note S. Braconnier, AJDA 2013, p. 529 ; J. Léraut et T. Reynaud, « Contrat de partenariat : du financement ajustable à la procédure de confirmation des engagements financiers de l'offre finale : Aspects pratiques à l'attention des personnes publiques », BJCP 2011, n°78, p. 327 ; M. Scialom, « Financement obligataire des contrats de partenariat », CP-ACCP 2012, n°127, p. 71 ; N. Symchowitz, « Maîtrise d'ouvrage publique ou PPP : quel procédé choisir ? », CP-ACCP 2009, n° 87, p. 66.

[962] B. Majza, « La standardisation des contrats de partenariat : étendue et limite de l'exercice de rationalisation », Contrats et marchés publ. 2012, n°8, étude 6.

Les contrats de PPP font l'actualité judiciaire en raison des failles constatées par le juge lors de leur passation[963]. L'exécution des premiers contrats de PPP est à l'image du manque de maîtrise dont ont fait preuve, ces dix dernières années, une partie des personnes publiques s'étant engagées dans cette voie. Au delà des problèmes liés à la particulière difficulté inhérente à la pratique de ces contrats, du fait de la multitude de missions qu'ils comprennent et qui est pourtant, de façon tout à fait paradoxale, la principale innovation qu'ils doivent apporter. Les obstacles rencontrés par les personnes privées se révèlent être en effet le résultat, la plupart du temps, d'une mauvaise maîtrise du processus précédant la signature du contrat. Car si l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004[964] précise que les contrats doivent contenir des clauses obligatoires concernant les mesures dont disposent les personnes publiques en matière de contrôle de l'exécution du projet[965], la bonne exécution du contrat ne saurait exister sans une bonne négociation préalable à sa signature tant concernant le respect des délais de réalisation que le bon déroulement de l'entretien maintenance par exemple[966].

IV. Contrats de partenariat public-privé: entre facilité de recours et difficultés d'utilisation

Le contrat de partenariat public-privé n'est pas un outil anodin parmi l'éventail contractuel constituant la « *boîte à outil* »[967] de la commande publique. Par la possibilité extrêmement intéressante qu'ils offrent de pouvoir procéder à l'élaboration, la réalisation et

---

[963] CAA Lyon, *Commune de Commentry*, n° 12LY°2827, 2 janv. 2014 ; G. Chaming's, « Le contrat de partenariat à l'épreuve de la complexité », AJDA 2014, p. 985 ; G. Eckert, « La construction d'une piscine municipale n'est pas un projet complexe », Contrat et marchés publ., n°3, mars 2014, comm. 74 ; CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, n°363007.

[964] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JO n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[965] Ord. n°2004-559 préc., Art 11 : […] « *e) Aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public ; f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci ; g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ; h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, 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 ; i) Au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat* ».

[966] Pour un point de vue d'ensemble, v. « Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », CP-ACCP 2012, n°125, dossier spécial, p. 31 et s.

[967] Entretiens du Palais Royal, « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public … Que choisir et comment choisir ? », 16 déc. 2008.

l'entretien d'un ouvrage (ainsi que la gestion du service public dédié éventuellement)[968], il s'agit là véritablement d'un élément novateur par l'efficacité devant être apportée à l'action des personnes publiques. De ce point de vue il est tout à fait possible de souscrire aux observations de certains auteurs relevant les problèmes d'exécution des contrats de PPP[969]. Cet outil contractuel est complexe à appréhender intellectuellement, peut être sujet à une instabilité tant judiciaire que législative et comporte un nombre de clauses aussi multiples et complexes que le partenaire privé compte de soumissionnaires. Car si la personne publique ne connaîtra dans ses relations contractuelles que le groupement preneur (constitué en général par un grand groupe du secteur du bâtiment et des travaux publics et ses partenaires[970]), ce dernier a ensuite recours à des entreprises sous-traitantes qui ont elles même leur sous-traitant et dont chacun se voit attribué par association les mêmes obligations que la société *ad hoc* preneuse du contrat global[971] : ce phénomène étant appelé « *back to back* »[972].

Le choix d'un contrat tel que le contrat de PPP a souvent été réalisé dans le cadre de véritables campagnes de relance engagées principalement par l'Etat qui a voulu montrer l'exemple entre l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004[973] et la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008[974]. Cette dernière devant assouplir les règles de recours au contrat de PPP, jugées trop rigides par les personnes publiques et les partenaires privés[975]. Elle devait permettre un recours plus aisé, ce fut chose faite puisque la Mission d'appui aux partenariats public-privé a enregistré une nette progression des projets attribués à partir de la seconde moitié de l'année 2008[976].

---

[968] Art. L. 1414-1. CGCT : « *Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période 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, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* […] »

[969] P. Terneyre, « Le diable est-il dans les principes mêmes du contrat de partenariat ou dans les détails ? », CP-ACCP 2012, n°125, p. 31-32.

[970] I. Wien, « Difficultés d'exécutions du contrat de PPP : le point de vue du partenaire privé », CP-ACCP 2012, n° 125, p. 33.

[971] Ce phénomène étant appelé « back to back »

[972] Cela signifiant que les engagements pris par la société dédiée au contrat de PPP répercute à l'identique les engagements que doivent avoir ses entreprises sous-traitantes à celles qu'elle a prises vis-à-vis de la personne publique contractante.

[973] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[974] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n°0175, 29 juillet 2008, p. 12144.

[975] L. Deruy, « L'élargissement des conditions de recours », CP-ACCP 2008, n°81, p. 37 ; De manière générale V. « Loi du 28 juillet 2008 : quelle modernisation des PPP », CP-ACCP 2008, préc., dossier spécial, p.23 et s. ; A. De Breville et B.Majza, « Quel contrat de partenariat pour les entités adjudicatrices ? », CP-ACCP 2008, n°82, p 55.

[976] MAPPP, Rapport d'activité 2012, p. 11. ; A noter que le nombre de projets attribués suivait une pente ascendante sans pour autant être aussi importante que ce qu'il sera constaté par la suite.

Les difficultés rencontrées durant l'exécution du contrat relèvent, pour l'essentiel, d'un manque de préparation face à l'intégralité des enjeux que comprennent les contrats de PPP. Ce constat qui est fait par nombre d'observateurs, particulièrement à l'endroit des projets menés par les collectivités territoriales, se retrouve de manière bien plus visibles dans les grands travaux lancés par l'Etat. Qu'il s'agisse du secteur hospitalier[977], universitaire[978] ou pénitentiaire notamment, les observations critiques concernant le choix du contrat de PPP ainsi que de ses conséquences ne manquent pas, d'autant que les similarités apparaissent malgré les différences inhérentes aux secteurs concernés. S'il est toujours fait référence à une « *procédure mal maîtrisée* »[979] , des « *procédures engagées de façon précipitée* »[980] et d'un « *accompagnement trop faible* »[981], il est également relevé qu'il est regrettable que cet outil, ait vu ses atouts bien trop ignorés du fait des critiques qui s'accumulent ces derniers mois. En effet, il s'avère que les PPP ont bien plus servi de levier financier que de véritable contrat global en vue de réaliser des opérations complexes. De ce fait, les relations nées de la négociation des clauses du contrat entre le partenaire privé et la personne publique se révèlent être, au moment de l'exécution, déséquilibrées. Un déséquilibre qui tourne presque exclusivement à l'avantage du preneur tant en raison du manque d'expertise des personnes publiques que de l'absence de prise en considération d'éléments tels que le gel d'une partie de leur budget, particulièrement après l'arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M.14[982] indiquant que le « *compte 167 « Emprunts et dettes assortis de conditions particulières »* […] *enregistre également les dettes afférentes aux contrats de partenariat public-privé (PPP) lorsqu'à la date de mise en service du bien, la part investissement n'a pas encore été intégralement versée* […]»[983]. Ce manque d'accompagnement est relevé par la MAPPP elle-même concernant le domaine médical puisqu'elle rappelle qu'elle ne peut être saisie pour avis pour les baux emphytéotiques

[977] Cour des comptes, Rapport public annuel, fév. 2014, p. 369 et s.

[978] Rapport plan campus

[979] Cour des comptes, Rapport public annuel, 2014, préc.

[980] Préc.

[981] Préc.

[982] Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à *l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif*, JORF. 23 déc. 2010, p. 22566, texte n°29 ; Voir également : Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à *l'instruction budgétaire et comptable M. 52 des départements et de leurs établissements publics administratifs*, JORF n°0297 du 23 décembre 2010 page 22572, texte n° 34 ; Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à *l'instruction budgétaire et comptable M. 71 des régions*, JORF n°0297 du 23 décembre 2010 page 22569, texte n° 31; A. Hélias, « Le PPP devient officiellement une dette », GazComm., 11 fév. 2011 ; D. Gerbeau, « Comment sont comptabilisés les PPP et les baux emphytéotiques dans les documents comptables des collectivités locales ? », GazComm, 27 fév. 2013 ; Question écrite n° 00822 de M. Michel Savin, JO Sénat, 19 juill. 2012, p. 1626 ; Rép. Min. Economie et finances, JO Sénat du 21 fév. 2013, p. 607.

[983] Préc.

hospitaliers[984]. La répartition des risques entre personne publique et partenaire privé suppose alors un examen approfondi des clauses du contrat. Qu'il s'agisse des risques en lien avec la construction (concernant les délais de livraison et le respect de la réglementation de sécurité et de respect de l'environnement voire des indemnisations liées à la force majeure par exemple) ou à la conformité de la destination de l'ouvrage à l'utilisation qui est fixée dans le programme afin qu'il puisse répondre aux attentes de la collectivité et, éventuellement, du service public afférent. Cette répartition devant faire l'objet d'une phase de négociation entre les parties, le déséquilibre pouvant parfois en ressortir met en exergue le manque d'expertise de certains acteurs publics (les collectivités territoriales de tailles modestes en particulier, souvent en raison du fait qu'elles ne mettent pas à disposition de la gestion du contrat une partie de leur personnel et que les services juridiques, techniques et financiers peuvent vite être dépassés face à des experts régionaux appartenant aux grands groupes qui décrochent les contrats). Ainsi, si la phase préalable à sa signature est bien menée, ce qui sous-entend un partage des risques équilibré ainsi que, de façon générale, des clauses contractuelles mettant en évidence une bonne foi, l'exécution du contrat ne devrait pas connaître de déconvenues sérieuse pour peu que le projet initial ait justifié véritablement l'emploi du contrat de PPP. Car si ce dernier a été vu, à tort, comme un levier financier, il est relevé à très juste titre par certains auteurs que « *l'intérêt du PPP est plus à attendre en terme de performance et de développement du service rendu aux usagers qu'en terme de marge de manœuvres financières* »[985].

L'utilisation de ces contrats amène à tirer un bilan mitigé du développement du mouvement de démocratisation qui a été opéré depuis plusieurs années. Malgré cela, il apparaît difficile de mettre les mauvais retours d'expériences, connus, sur le compte de l'outil contractuel lui-même. Il ouvre, nous l'avons dit, des brèches qui peuvent théoriquement être évitées. Dans un contexte précédant la crise financière qu'a connu le monde lors de l'année 2008, l'attrait pour un préfinancement privé d'un ouvrage qui ferait l'objet du paiement d'un loyer était attrayant. Cette possibilité a eu également tendance à engendrer chez les personnes publiques un engouement qui les a amenées à procéder à la réalisation d'ouvrages surdimensionnés pouvant se révéler être inadéquat par rapport au besoin induit de la gestion du service public. Ainsi la réalisation d'opérations immobilières dans le cadre du « *Plan*

[984] MAPPP, Rapport activité, 2012, préc., p. 6.

[985] G. le Chatelier, « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace », CP-ACCP 2008, n°73, p.40.

campus »[986] a mis en évidence l'inadéquation d'une utilisation automatique du contrat de PPP pour l'ensemble des projets poursuivis. De la même façon, le rapport des sénateurs Portelli et Sueur rendu public le 16 juillet 2014 relève que le « *surdimensionnement peut résider dans la plasticité des critères de recours à un contrat de partenariat* » puisque le critère de la « *complexité peut inciter la personne publique à accroître artificiellement le champ du contrat et le niveau d'exigences du projet afin de répondre à ce critère* »[987].

« *Le diable est-il dans les principes mêmes du contrat de partenariat ou dans les détails ?* »[988], telle est la question que se sont posés certains auteurs, de nombreux contrats de PPP étant en phase d'exécution, un grand nombre d'observations ont été faites afin de dresser un premier bilan de la qualité des prestations fournies aux personnes publiques. Les constats effectués de part et d'autre ont montré qu'au delà de l'absolue nécessité de bien maîtriser chaque phase de la démarche, la problématique née des mauvais retours d'expérience est plus à mettre à l'actif d'une utilisation artificielle de cet outil contractuel. Nous l'avons vu, qu'il s'agisse d'une volonté de décaler le financement d'un ouvrage dans le temps (une motivation neutralisée par l'arrêté du 16 décembre 2010[989]) ou de se décharger de la maîtrise d'ouvrage afin de « faire faire », nombre de critiques à l'égard de l'outil contractuel pourraient se retourner contre les personnes publiques qui l'ont employé de façon injustifiée.

Une utilisation raisonnée de ce type de contrat global emporte de bons retours de la part des acteurs publics. Ainsi une collectivité locale, d'une importance comparable à la ville de Lourdes, a réussi l'expérimentation du contrat de PPP. La ville de Mennecy[990], commune de l'Essonne comptant un peu plus de 13 000 habitants, a réhabilité deux écoles en faisant le choix de procéder à une rénovation par un marché public de travaux (projet loi MOP) et à une reconstruction en utilisant un contrat de PPP[991]. L'utilisation de deux contrats différents pour des projets similaires et qui auraient pu être regroupés au sein d'un seul et même contrat de

---

[986] Les conclusions de la Mission nationale d'évaluation de l'opération campus proposant notamment d'utiliser « *le contrat de partenariat, dans le respect des conditions limitatives posées par la législation, seulement en cas de nécessité avérée, les modalités classiques étant en principe la règle, cela n'excluant pas la recherche d'alternatives à titre expérimental* », précisant également que « *sur une dizaine de sites, elle a proposé des réorientations de montages notamment en MOP pour une partie des opérations* » ; V. Rapport préc., p. 19 et s ; V. également, D.-A. Camous et C. Piettre, « Pour la Mission nationale d'évaluation du Plan Campus : le PPP n'est pas la panacée », Semaine juridique administration et CT 2012, n° 47, act. 798.

[987] Rapport sénateur sueurs et portelli, 16 juil. 2014, p. 28

[988] P. Terneyre, « Le diable est-il dans les principes mêmes du contrat de partenariat ou dans les détails ? », CP-ACCP 2012, n°125, p. 31.

[989] Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif, préc.

[990] http://www.insee.fr/fr/bases-de-donnees/esl/comparateur.asp?codgeo=com-91386

[991] B. Rallu, « La loi MOP pour rénover, le contrat de partenariat pour reconstruire », Le Moniteur, 29 nov. 2013, p. 59.

PPP révèle tout le pragmatisme dont les collectivités locales doivent faire preuve en la matière et ainsi adapter le contrat à la réalisation projetée et non l'inverse. Dans ce cas de figure, la rénovation d'un ouvrage existant est une opération qui présente des incertitudes d'exécution tenant à l'état d'usure par exemple qui n'est pas obligatoire décelable a priori. De telle sorte que le marché de travaux a paru plus adapté car plus souple pour ce type d'opération. Cette dernière, d'un montant de 8 millions d'euros, a vite connu des aléas et un avenant de 100 000 euros a du être passé (ce qui est évidemment plus délicat pour un contrat de PPP puisque cela impacte le financement). La reconstruction de la deuxième école (projet d'un montant de 12 millions d'euros) a produit beaucoup moins de difficultés et une fois le programme défini, l'exécution se déroule fidèlement à ce qui a été convenu avec le partenaire privé. De cette opération le maire et le directeur général des services en tireront un constat simple et révélant toute l'efficacité ressortant du choix du bon outil pour un projet donné. En effet, reconnaissant que le « *projet en loi MOP était moins précis et les faiblesses (réseaux, etc.) ont reparu en cours de chantier* » et mettant en avant la souplesse du marché de travaux et des avenants qu'il est possible de réaliser. A contrario c'est par soucis de précision que « *le dialogue compétitif n'est pas une bonne méthode pour un CP* », admettant qu'une collectivité ne définissant pas suffisamment ses besoins « *laisse trop de liberté aux candidats* »[992]. De la même façon sur le plan procédural, l'Etat a également prouvé qu'une bonne utilisation des contrats de PPP pouvait être faite. Le cas du contrat signé avec le groupement DCI/PROTEUS[993] dans le cadre de l'achat d'heures de vol d'hélicoptères au profit de l'école d'application de l'aviation légère de l'armée de terre à Dax (EA-ELAT). Après avoir fixé la liste des candidats autorisés à participer au dialogue compétitif, le Ministère de la Défense a vu cette décision déférée devant le juge administratif[994] par un candidat évincé. L'ordonnance rendue a eu le mérite d'être pédagogue en ce qu'elle analyse différents points tels que les griefs faits à l'endroit de l'avis de publicité, de la participation au dialogue compétitif et de l'égalité de traitement notamment. Cet exemple, s'inscrivant à contre courant des critiques traditionnelles, émises a propos du manque de précision et des mauvais résultats que donnent ces contrats, a le mérite de mettre en exergue qu'un partenariat bien préparé par une personne

[992] Propos de J. Feret, maire de la commune de Mennecy et G. Gallet, directeur général des services, recueillis par B. Rallu, préc.
[993] L. Vidal, « Contrat de partenariat : l'ordonnance du 17 juin 2004 appliquée à bon escient », CP-ACCP 2008, n°76, p. 59.
[994] TA Versailles, 22 janv. 2008, *Société Heli Union*, ord. n° 0800043.

publique sur la base d'un projet adéquat à l'emploi de cet outil juridique ne peut donner de mauvais résultats et permet d'éviter le « *symptôme de l'Etat impotent* »[995].

Il est difficile de ne pas avoir un avis sur la pertinence de l'utilisation des contrats de partenariat public-privé, tant des acteurs publics qui s'inquiètent des dérives budgétaires qu'ils peuvent engendrer que des professionnels de la construction qui constatent une mise à l'écart au profit des géants des travaux publics[996]. Le coupable, puisqu'il en faut un, de ce phénomène qui a connu des années de succès était alors tout trouvé : l'outil contractuel lui-même. Nous l'avons vu, des exemples traduisent fidèlement les critiques émises, pour autant d'autres démontrent de manière implacable qu'une utilisation à la fois raisonnée et adéquate à l'objectif poursuivi permet d'avoir un résultat satisfaisant. De telle sorte que, paradoxalement, par une certaine liberté laissée lors de l'élaboration et de la négociation précédant la signature d'un tel contrat, les acteurs publics ont pu se laisser dépasser (inconsciemment ou non) par l'ampleur, à tous points de vue, qu'engendre le recours à un tel instrument juridique. Ainsi, malgré la réforme opérée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008[997], il s'avère que la principale chose dont ont besoin les personnes publiques est une sécurisation de l'utilisation du contrat de PPP, au risque que cette sécurisation passe par une certaine limitation lorsqu'il est manifeste que le recours n'est pas pertinent, ce que le juge s'emploie à faire.

Paragraphe 2. La nécessité d'une sécurisation des contrats de partenariat public-privé

Le recours à tel ou tel type de contrat n'appelle de commentaires juridiques uniquement lorsqu'il est question de la légalité de son utilisation. Les contrats de partenariat public-privé, par le singularisme qu'ils incarnent dans la sphère de la commande publique, appellent des observations d'autre nature sans pour autant s'éloigner de ce thème principal. Cet outil contractuel, bien qu'ayant nourri l'actualité juridique dès son avènement, ne fait parler de lui que de manière négative ces derniers temps. En effet, les mauvais retours d'expérience de contrats lancés il y a plusieurs années se succèdent presque inlassablement. Du scandale lié au contrat dit « *Ecotaxe* »[998] aux retards pris par la construction du futur site

[995] F. Rollin, « Le contrat de partenariat « écotaxe », symptôme d'un Etat impotent », AJDA 2013, n°39, Trib., p. 2225.
[996] Préc.
[997] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JO n°0175, 29 juillet 2008 p. 12144, préc.
[998] Préc.

du Ministère de la Défense[999] en passant par les différents rapports de la Cour des comptes[1000] notamment ainsi que, dernièrement, le rapport de la Commission des lois du Sénat[1001]. Regretter les mauvais résultats produits par l'utilisation d'un instrument est une chose, l'incriminer trop facilement en est une autre. Que les contrats de PPP aient créé un appel d'air à l'externalisation du financement des ouvrages souhaités par les personnes publiques est, dix ans après, un fait. Que de mauvaises utilisations en aient été faites par des personnes publiques mal préparées est une chose. Qu'elles se soient laissées séduire voire dépasser par des partenaires privés conscients de la potentialité financière qui était à leur portée[1002] est également une réalité. Il apparaît nécessaire à l'heure actuelle de rigidifier les conditions de recours au contrat de PPP (I) afin d'endiguer un risque contentieux qui prend de l'importance à l'endroit des contrats d'ores et déjà signés et en cours d'exécution (II), en particulier au regard des difficultés d'utilisations rencontrées par les acteurs : signe que le choix du recours à un tel instrument juridique n'a pas toujours été bien réfléchi (III).

I. La nécessité de rigidifier le recours aux contrats de PPP

La démocratisation des contrats globaux a été principalement marquée par l'avènement et le développement des contrats de PPP[1003], les possibilités offertes de regroupement de plusieurs opérations en un seul contrat, en lieu et place d'une succession de passation de différents contrats et d'autant de cocontractants, fut un avancée remarquable pour la commande publique quand bien même certains auteurs se sont interrogés sur la pertinence[1004] de la création d'un nouvel outil juridique alors qu'une refonte de la typologie des contrats aurait peut-être suffi. L'Institut de la Gestion Déléguée voyant dans le contrat de partenariat un outil « *global et de long terme,* [dont] *on peut attendre les gains suivants :*

[999] v. gazComm ou le moniteur

[1000] A propos des observations faites sur le « Plan Hôpital 2007 » par exemple, V. Cour des comptes, Rapport public annuel 2014.

[1001] Sénat juillet 2014, rapport Portelli et Sueur

[1002] I. Rey-Lefebvre et L. Clavreul, « Les collectivités ne peuvent plus se passer des PPP », Le Monde, Mardi 24 janv. 2012, p 12-13 ; J. Arthuis, « Une fuite en avant qu'on ne pourrait plus contrôler », interview in Le Parisien, 9 janv. 2012 ; M. Tendil, « Alain Rousset sonne la charge contre les PPP », Localtis.info, 4 oct. 2012.

[1003] Y. Gaudemet, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs – la réforme de la commande publique et le partenariat public privé », CJEG, janv. 2004, n°605, p. 1 ; P. Delvolvé, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », RFDA, 2004, p. 1709 ; V. Colloque « Le contrat de partenariat », organisé par l'Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme et de la construction (IEJUC) de l'Université Toulouse Capitole sous la direction de Madame le Professeur F. Fraysse, Droit et Ville 2005, n°60, p. 9 et s., F. Crouzatier-Durand, « La création d'un nouveau contrat administratif : le contrat de partenariat », LPA, 30 nov. 2005, n°195, p.11 ; V. Dossier spécial, « Une nouvelle forme de contrat : le contrat de partenariat », CP-ACCP, n°36, sept. 2004, p. 36 et s.

[1004] J.-M. Auby, « Le cas des contrats de partenariat – Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ? », RFDA, nov.-déc. 2004, p. 1095 et s ; A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », AJDA, 27 sept. 2004, p. 1737.

intégration dans une procédure unique de contrats normalement séparés, réduction des risques d'interface entre conception, réalisation et exploitation ou gestion, économies d'échelles potentielle sur des séries longues et gains de productivité tenant au recours à une gestion privée dont la qualité est contractualisée et financièrement sanctionnée »[1005]. Ces contrats globaux n'ont jamais eu comme vocation, initiale ou acquise au fil du temps, de remplacer les contrats classiques de la commande publique que sont les marchés publics et les concessions. La réserve originelle de la part des acteurs locaux s'est transformée en un attrait sous fond de curiosité ainsi que d'intérêt pour les possibilités offertes par la réforme de la loi du 28 juillet 2008[1006], en particulier sur la souplesse amenée dans le recours à ces contrats[1007]. Cette loi a élargi et facilité les conditions de recours au contrat de PPP, par la création d'une « *troisième voie* »[1008] qu'est le bilan coût/avantage positif tiré de l'analyse comparative de l'emploi de ce contrat global par rapport à un autre voire à la démarche traditionnelle qu'offre une délégation de service public ou un marché public par exemple[1009]. Les faibles résultats qu'ont produit les contrats de PPP lors des premières années de vie de l'ordonnance du 17 juin 2004 ont poussé le législateur à vouloir démocratiser ce système afin de permettre la continuité de l'investissement national ainsi que local. De cette noble intention sont ressortis des résultats qui s'avèrent être inquiétants sur le plan budgétaire tant pour l'Etat et ses établissements publics que, plus particulièrement, pour les collectivités territoriales (et leurs établissements publics également). Bien que certains auteurs aient relativisé cet élargissement des conditions de recours[1010], les analyses réalisés a posteriori et notamment les rapports effectués par différentes missions telles que la Mission nationale d'évaluation du plan

[1005] IGD, note du groupe de travail sur les « dimensions macro-économiques des partenariats public-privé », 2005.

[1006] L. n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

[1007] V. Dossier spécial, « Loi du 28 juillet 2008 : quelle modernisation des PPP », CP-ACCP, oct. 2008, n° 81 ; Dossier spécial, « La réforme du partenariat public-privé », MTPB, 10 oct. 2008, n°5472, cahier détaché n°2 ; N. de Saint Pulgent, « Les avancées de la loi du 28 juillet 2008 sur les contrats de partenariat », BJCP, n°60, p. 322 ; T. Reynaud, « La loi du 28 juillet 2008 : une seconde chance pour les contrats de partenariat », BJCP, n°60p. 317 ; F. Kuchère, « La réforme des partenariats public-privé », Contrats et marchés publ., oct. 2008, p. 7.

[1008] L. Deruy, « L'élargissement des conditions de recours au contrat de partenariat », CP-ACCP, oct. 2008, n°81, p. 37 ; V. Dossier spécial, « Loi du 28 juillet 2008 : quelle modernisation des PPP », CP-ACCP, oct. 2008, n°81, p. 23 et s.

[1009] L'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat précisant, après la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008, précisant en son article 2-II que : « Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère : « *1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ; 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ; 3° Ou bien encore que, 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, 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* ».

[1010] E. de Fenoyl, « Timide avancée pour le contrat de partenariat, occasion manquée pour le partenariat public-privé », AJDA, 22 sept. 2008, p. 1711.

campus[1011] ou encore le rapport réalisé par messieurs les sénateur Sueur et Portelli[1012] se révèlent être beaucoup plus pessimistes à l'égard de l'emploi qui a été fait du contrat de PPP ces dix dernières années.

Car s'il n'est nullement question de critiquer l'outil en lui-même, c'est vers l'utilisation faite par les personnes publiques qui semble sévèrement critiquable. Le contrat de PPP devant rester un outil dérogatoire pour des opérations exceptionnellement complexes et de grande ampleur, la pratique allant dans le sens de sa banalisation commence à produire des effets néfastes qui n'ont pas été sérieusement envisagés lors de leur passation. Que certaines personnes publiques aient utilisé le contrat de partenariat sans en mesurer l'ensemble des enjeux et des conséquences, cela est aujourd'hui un fait et nombre de contrats se voient être renégociés[1013] voire tout simplement résiliés. Le cas du Centre Hospitalier Sud-Francilien est le meilleur exemple d'un projet d'une ampleur considérable, construit par le biais d'un contrat de PPP qui, ne donnant pas satisfaction, sera d'abord renégocié entre les partenaires[1014] avant d'être finalement résilié[1015]. Le processus amenant à la signature d'un contrat de PPP précède une évaluation préalable dont la Mission d'Appui aux Partenariats Public-Privé se trouve saisie (de façon obligatoire pour les PPP de l'Etat et facultative pour ceux des collectivités territoriales)[1016], qui là encore montre son inefficacité tant le fond que sur la forme.

Les personnes publiques sont pourtant censées être accompagnées dans la passation, pour certaines dans l'expérimentation du contrat de partenariat, notamment les collectivités territoriales[1017] pour lesquelles le recours à l'avis de la MAPPP demeure paradoxalement facultatif (ce qui au demeurant reste problématique au vu de certains mauvais retours

---

[1011] V. Rapport préc., p. 19 et s ; V. également, D.-A. Camous et C. Piettre, « Pour la Mission nationale d'évaluation du Plan Campus : le PPP n'est pas la panacée », Semaine juridique administration et CT 2012, n° 47, act. 798, préc.

[1012] H. Portelli et J.-P. Sueur, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », Sénat, Commission des lois, Rapport d'information, 16 juillet 2014.

[1013] L'exemple phare étant la renégociation d'une partie du contrat de PPP passé pour la construction du Centre Hospitalier Sud-Francilien (CHSF) entre la direction du CHSF et Eiffage, V. « l hôpital sud-francilien renégocie avec Eiffage une partie du PPP », GazComm., Actu, 9 avril 2013.

[1014] Note préc.

[1015] « Hôpital sud-francilien : vers une sortie du bail avec Eiffage », GazComm, actu, 26 févr. 2014 ; M. Chauvot, Eiffage arrête le PPP de l'hôpital sud francilien », LesEchos.fr, 14 avril 2014 ; V. Cour des comptes, Rapport public annuel, fév. 2014, préc.

[1016] Ord. n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat précisant, pour l'Etat et ses établissements publics, en son article 2-I que : « *Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat* […] », le Code des collectivités territoriales ne fixant pas une telle obligation pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, V. CGCT, art. L 1414-1 et s.

[1017] A ce sujet, une circulaire a été réalisée par le Ministère de l'Intérieur afin de constituer un guide méthodologique à l'attention des collectivités territoriales, V. Circulaire du 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, NOR : EFIT1206010C

d'expérience, il est à craindre que l'exécution de certains contrats fasse émerger des contentieux importants d'ici quelques années). Quand bien même elle serait saisie, le rôle de la MAPPP est vivement remis en question par le rapport sénatorial publié le 16 juillet 2014[1018]. Cet organisme de conseil créé par le décret n° 2004-1119[1019] en application de l'ordonnance n° 2004-559 fait l'objet de critiques de deux natures.

La première étant son aspect de juge et partie en ce sens qu'elle est à la fois compétente pour fournir « *aux personnes publiques qui le demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat. A ce titre, il peut, en fonction de chacune des demandes : - rendre une expertise sur l'économie générale des projets de contrat ; - assister les personnes publiques dans le cadre de l'élaboration des projets. Cette assistance peut porter sur la négociation des contrats* »[1020]. Ainsi cette mission de contrôle des évaluations préalables réalisées par les personnes publiques désireuses de s'engager dans cette voie complexe demeure, au regard de nombreux observateurs, relative en ce sens que la MAPPP ayant également pour rôle de promouvoir[1021] et encourager le recours aux contrats de PPP, il semble difficile pour elle de censurer trop sévèrement les évaluations préalables au sein desquelles le respect des critères autorisant le recours est parfois discutable comme le montre la jurisprudence récente[1022]. Le rapport sénatorial précisant que « *le triple rôle confié à la Mappp est problématique. […] Cette configuration met de facto la Mappp en situation de potentiel conflits d'intérêts* »[1023].

Outre cette mission, qui peut être vue comme relevant de l'accessoire en comparaison de sa fonction principale qui est le conseil et l'évaluation, les avis rendus par cet organisme ne sont pas épargnés non plus. Sur la forme, leur importance est relativisée en ce que les avis rendus ne lient pas la personne publique et ne conditionnent pas la suite de la procédure « *en particulier sur le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence ou du dialogue*

[1018] H. Portelli et J.-P. Sueur, préc.

[1019] Décr. n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, JORF n°246 du 21 octobre 2004 p.17821, texte n° 19.

[1020] Décr. n°2004-1119, préc., art. 2.

[1021] Par la rédaction de clausiers type, de rapports annuels et de diverses études de nature à démocratiser le contrat de PPP par rapport à l'image qu'il a pu avoir lors de sa première phase d'existence comprise entre le 17 juin 2004 et la loi du 28 juillet 2008.

[1022] CAA. Bordeaux, 26 juill. 2012, n° 10BX02109, *M. J.-B. A…*, P. Le Bouëdec, « Contrat de partenariat et critère de complexité », CP-ACCP, 2012, n° 125, p. 55 et s ; AJCT 2012, p. 563, obs. J.-D. Dreyfus, V. également, W. Salamand, « Le contrat de partenariat bute sur la preuve de la complexité », Le Moniteur, 12 oct. 2012, p. 54-55 ; CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, n°363007 ; CAA Lyon, *Commune de Commentry*, n° 12LY°2827, 2 janv. 2014 ; G. Chaming's, « Le contrat de partenariat à l'épreuve de la complexité », AJDA 2014, p. 985 ; G. Eckert, « La construction d'une piscine municipale n'est pas un projet complexe », Contrat et marchés publ., n°3, mars 2014, comm. 74.

[1023] Rapport préc., p. 18.

compétitif »[1024]. Les rapporteurs de la mission d'information du Sénat regrettant que « *l'évaluation préalable soit devenue une simple formalité et non un étape essentielle de la réflexion de la personne publique pour choisir la formule juridique la plus adaptée pour la réalisation d'un projet* »[1025]. Dès lors cette phase préalable à la signature du contrat de PPP prend bien plus la forme d'un argumentaire justifiant le recours à un tel contrat plus qu'à une véritable analyse comparative de fond qui pourrait conclure à l'intérêt d'utiliser un autre outil juridique composant le panel contractuel à la disposition des personnes publiques désireuses d'externaliser la réalisation d'un projet, en particulier d'un ouvrage.

Ainsi il est souhaitable que l'évaluation préalable devienne une étape véritablement décisive dans l'élaboration d'un contrat de PPP afin que le collectivités territoriales notamment soient placées face à la question principale que pose financièrement un tel mécanisme : la soutenabilité budgétaire de l'engagement pris. Ce dernier critère informel apparaissant bien plus important qu'il n'était depuis l'arrêté du 16 décembre 2010, relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif[1026], faisant entrer le montant d'un contrat signé par une collectivité locale dans le champ de sa dette et gelant de facto sa capacité d'investissement en immobilisant une partie de ses budgets annuels au remboursement des loyers (il en va de même pour les départements et les régions avec les arrêtés en date du 16 décembre portant respectivement relatifs aux à l'instruction budgétaire et comptable M.52[1027] et M.71[1028]).

Il est indéniable que le contrat de PPP est une bonne formule qui permet un étalement dans le temps de dépenses importantes concernant à la fois l'investissement principal (généralement d'un ouvrage) et la phase d'entretien-maintenance offrant la possibilité de rentabiliser la réalisation en procédant à des économies d'échelles, rendant ainsi possible une efficacité que les traditionnels marchés publics et les allotissements ne permettraient pas. Pour

[1024] Rapport préc., p. 18 citant le Rapport de l'Inspection générale des Finances, Mission d'évaluation des partenariats public-privé, n°2012-3-027-02, déc. 2012.

[1025] Préc., p. 19.

[1026] Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif, JO. 23 déc. 2010, p. 22566, texte n°29 ; A. Hélias, « Le PPP devient officiellement une dette », GazComm., 11 fév. 2011 ; D. Gerbeau, « Comment sont comptabilisés les PPP et les baux emphytéotiques dans les documents comptables des collectivités locales ? », GazComm, 27 fév. 2013 ; Question écrite n° 00822 de M. Michel Savin, JO Sénat, 19 juill. 2012, p. 1626 ; Rép. Min. Economie et finances, JO Sénat du 21 fév. 2013, p. 607.

[1027] Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 52 des départements et de leurs établissements publics administratifs, JORF n°0297 du 23 décembre 2010, p. 22572, texte n° 34.

[1028] Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 71 des régions, JORF n°0297 du 23 décembre 2010, p. 22569, texte n° 31.

autant de nombreux avis, auxquels nous nous associons, prônent une utilisation raisonnée à de tels types de contrats en prenant en compte la nature du projet ainsi qu'une véritable complexité de réalisation justifiant de déroger aux règles traditionnelles de la commande publique. Pour autant le contrat de partenariat public-privé tel que nous le connaissons en France et par l'influence anglo-saxonne qui a conduit à son intégration dans le droit français fait l'objet des mêmes critiques que son homologue d'outre Manche[1029]. Qu'une utilisation déraisonnée ait pu être faite de ces contrats après la réforme de leur régime par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 est un phénomène que nombres de cas concrets démontrent à l'heure actuelle. Qu'ils puissent constituer une « *bombe à retardement budgétaire* »[1030], reste une éventualité à craindre. La seule certitude demeurant est que l'outil en lui-même n'est pas intrinsèquement la cause des dérives qui peuvent être constatées à l'heure actuelle bien que la manque de garde-fous ait permis d'en arriver à ces cas de figure. Ces contrats, comme le régime général des contrats globaux, devra faire l'objet d'un certain nombre d'interventions législatives afin de donner plus de clarté et de mieux sécuriser leur passation ainsi que leur exécution[1031]. Ce que préconise par ses recommandations le rapport d'information du Sénat.

La première étape d'un durcissement des conditions de recours au contrat de partenariat public-privé va résulter de la loi du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019[1032] avec une littérale mise sous tutelle des organismes de l'Etat[1033] et une surveillance poussée des collectivités territoriales[1034].

En raison de ses spécificités, du minimum de préparation voire d'expertise qu'il nécessite, des situations particulières auxquelles il semble adapté et à l'utilisation prudente

---

[1029] J. Pentecoste et E. Villateau, « Les mêmes critiques peuvent être adressées au PFI britannique et aux PPP français », LeMoniteur.fr, 22 fév. 2013.

[1030] H. Portelli et J.-P. Sueur, Rapport d'information n°733, enregistré à la Présidence du Sénat le 16 juillet 2014.

[1031] V. CP-ACCP octobre 2012 : difficultés d'exécution des PPP par PPQ (1) et difficultés liées au transfert de l'ouvrage (2).

[1032] L. n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, JO n°0301 du 30 décembre 2014, p. 22786, texte n° 1.

[1033] L. n° 2014-1653 préc., Art. 34-II : « *l' Etat peut conclure, pour le compte d'une personne publique mentionnée au I, un des contrats mentionnés aux 1° et 2° du même I sous réserve que : 1° Le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet ; 2° L'opération soit soutenable au regard de ses conséquences sur les finances publiques et sur la situation financière de la personne publique* ». V. également, L. n° 2014-1653 préc., annexe III-E-2 : « *la LPFP prévoit de procéder à une sécurisation du recours aux contrats de PPP. La LPFP pose ainsi un principe d'interdiction de la conclusion directe d'un de ces contrats. Si un recours aux PPP dans ces établissements reste possible, il implique que ceux-ci aient recours à l'expertise de leur ministère de tutelle pour l'instruction des dossiers et la signature des contrats, afin de centraliser l'expertise relative à ce type de contrat dans un pôle unique et d'éviter ainsi la dispersion du savoir-faire* ».

[1034] L'article 34-III de la loi n° 2014-1653 préc., insérant l'article L. 1414-2-1 dans le CGCT qui dispose : « *Lorsqu'elles concluent un contrat de partenariat, au sens de l'article L. 1414-1, les collectivités territoriales et leurs établissements publics produisent, pour les projets dont l'avis d'appel public à la concurrence a été publié après le 1er janvier 2016, une évaluation préalable, au sens de l'article L. 1414-2, et la transmettent aux services de l'Etat compétents. Les services de l'Etat compétents produisent un avis sur l'évaluation préalable du projet et une analyse de l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances de la collectivité concernée* ».

qu'il faut en faire, le contrat de PPP est un outil à « *ne pas mettre entre toutes les mains* »[1035] et qui est à « *manier avec prudence* »[1036]. La Cour des comptes, l'Inspection générale des finances, des rapports de commissions parlementaires alertent et ont alerté sur les pratiques qui étaient faites du PPP en particulier du point de vue financier. Insistant particulièrement sur les conséquences budgétaires pour les collectivités territoriales ainsi que pour l'Etat. Les observations réalisées à l'endroit du peu de rigueur que peuvent avoir les avis de la MAPPP, validant majoritairement les projets d'évaluation préalable lui étant soumis (ce qui pose également la question des projets de PPP qui pourraient, pour les collectivités territoriales, ne pas lui être présentés et donc non recensés), commencent à avoir des conséquences contentieuses. Le juge s'inscrit dans un mouvement assez strict de censure de contrats validés par la MAPPP et passés sans que les critères nécessaires pour ce faire soient sérieusement respectés. Des exemples récents[1037] ont mis en avant toute la détermination du juge à ne pas transiger avec le respect de critères autorisant le recours au contrat de PPP, d'autant que l'office du juge administratif du contrat a connu des évolutions manifestes ces dernières années.

II. Un risque de contentieux de plus en plus présent sur les contrats de partenariat public-privé

Les contrats de partenariat public-privé sont « *mieux connus et plus appréciés* »[1038] pour certains, « *un miroir aux alouettes* »[1039] et présentent des « *idées reçues et des vrais dangers* »[1040] pour d'autres voire une « *bombe à retardement budgétaire* »[1041]. Les avis se multiplient et se superposent, entre les ardents défenseurs et les observateurs acerbes, le contrat de PPP vit. La jurisprudence les concernant n'a pas été extrêmement fournie depuis leur création et se développe beaucoup plus ces dernières années. L'opportunité du choix du contrat, et en amont de celui d'externaliser l'exercice d'une compétence, que constitue la

[1035] P.-M Vague, « Le contrat de partenariat, dix ans après. Quel bilan pour les collectivités territoriales ? », RFFP, 1er mai 2014, n°126, p. 151.

[1036] B. Menguy, « Un outil juridique à manier avec prudence », GazComm., 16 juin 2014, p. 24, Dossier spécial « Dix ans de PPP : Idées reçues et vrais dangers », GazComm., préc., p.21 et s.

[1037] CAA. Bordeaux, 26 juill. 2012, n° 10BX02109, *M. J.-B. A…*; CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, n°363007 ; CAA Lyon, *Commune de Commentry*, n° 12LY°2827, 2 janv. 2014 préc.

[1038] S. Saussier et P. Tra Tan, « Les CP : mieux connus, plus appréciés », PPP Mag, janv.-mars 2013, p. 49 et s., étude.

[1039] F. Proux, « Les PPP, encore un miroir aux alouettes », GazComm., 21 oct. 2013, Contrepoint, p. 46.

[1040] B. Menguy et C. le Gall, « Dix ans de PPP : Idées reçues et vrais dangers », GazComm., 16 juin 2014, Dossier spécial, p. 21 et s.

[1041] H. Portelli et J.-P. Sueur, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », Sénat, Commission des lois, Rapport d'information, 16 juillet 2014.

liberté contractuelle des collectivités locales, se reposant sur le principe de libre administration des collectivités territoriales[1042], ne prête à aucune discussion, la rigueur nécessaire au recours aux contrats de PPP devient un sujet sur lequel le juge administratif est de plus en plus vigilant.

Le premier élément qui a fait l'objet d'une analyse rigoureuse fut la condition d'urgence[1043], qui a été très tôt l'objet de précisions apportées par le juge constitutionnel[1044] et administratif[1045], nécessaire à justifier l'utilisation d'un contrat de PPP. Le Conseil d'Etat a eu à connaître d'une affaire concernant la construction d'un collège sur le territoire de la commune de Villemandeur dans le Loiret. Le Conseil général a justifié le recours au contrat de PPP du fait de l'urgence née de l'absence d'établissement d'enseignement secondaire dans le secteur engendrant la surpopulation d'un collège voisin. Le tribunal administratif d'Orléans, saisi de la délibération attribuant le contrat, a annulé la délibération en considérant que l'urgence n'était pas démontrée[1046]. La Cour administrative d'appel de Nantes[1047] va néanmoins infirmer le jugement, considérant que la situation était bien constitutive d'une urgence de nature à justifier le recours au PPP et le Conseil d'Etat va venir confirmer cette position tout en profitant de cette affaire pour apporter les précisions utiles à une bonne pratique de ce critère[1048]. Cet arrêt *Lenoir* a approfondi la position qu'il avait prise dans l'arrêt *Sueur* puisque l'urgence demeure la situation dans laquelle il est nécessaire de rattraper un

---

[1042] Cette liberté fut érigée en « *liberté constitutionnelle* » par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993 « Prévention de la corruption » ; V. Cons. const n°92-316 DC, Rec., p.14 ; RFDC 1993, p.375, note L.Favoreu et autres ; RFDA 1993, p.902 , note Pouyaud ; LPA 2 juin 1993, p.4, chron. B. Mathieu et M .Verpeaux ; M. Bourjol, « Statut constitutionnel – Exercice de la libre administration », Jcl. Collectivités territoriales, fasc. 23 ; F. Llorens, « *La liberté contractuelle des collectivités territoriales* », Contrats et marchés publ., mai 2007, p.10 ; P. Terneyre, « *Secteur public et concurrence : la convergence des principes. A propos de la liberté contractuelle* », AJDA, 2007, p. 1906 ; F. Leveneur, « La liberté contractuelle en droit privé », AJDA, 1998, p. 676 et s. ; D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », LPA, 6 mai 1998 ; M.-L Mathieu-Izorche, « La liberté contractuelle », Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2006, 12e éd.

[1043] CGCT., Art. L1414-2-II : « *Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :* […] *3°* […] *que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de 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* ».

[1044] Le Conseil constitutionnel précisant que l'urgence « *s'attache en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable* », V. Cons. const. déc. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Rec. Cons. const. p. 382, consid. 18.

[1045] Le Conseil d'Etat apportera une précision à la position du Conseil constitutionnel en considérant que l'urgence doit découler « *objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs* », CE, 29 oct. 2004, MM. Sueur et a, Rec. CE 2004, p. 393, conc. D. Casas ; AJDA 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lénica ; Contrats et marchés publ., 2004, comm. 249, not G. Eckert ; Dr. adm. 2005, comm. 3, 4, 5, note A. Ménéménis.

[1046] TA Orléans, 29 avr. 2008, n°0604132, *Lenoir et Syndicat national des entreprises du second œuvre du bâtiment*, Jurisdata n° 2008-361555 ; AJDA 2008, p. 1203, note J.-D. Dreyfus ; BJCP 2008, p. 189, concl. G. Borot et obs. P. Terneyre ; Contrats et marchés publ. 2008, comm. 123, note G. Eckert ; Dr. adm. 2008, comm. 92, note F. Melleray.

[1047] CAA, Nantes, 23 janv. 2009, *Département du Loiret*, Jurisdate n° 2009-012021 ; AJDA 2009, P. 779, Note J.-D. Dreyfus ; Contrats et marchés publ. 2009, comm. 80, note P. Labayle-Pabet et N. Gardères.

[1048] CE, 23 juill. 2010, n°326544 et n°326545, *M. Lenoir et autres*, Jurisdata n° 2010-012225 ; F. Brenet, « Les conditions du recours au contrat de partenariat : les clarifications du Conseil d'Etat », RJEP 2011, n°682, comm. 2.

retard important étant de nature à affecter le bon fonctionnement du service public[1049] tout en pouvant être le fait de la personne publique concernée[1050]. La Haute juridiction administrative fixant simplement comme impératif que la condition d'urgence soit réelle et objective, quitte à ce que l'Administration se prévale de ses propres turpitudes en déconnectant la cause de l'urgence et l'état de fait lui-même la justifiant. C'est également une évolution qui sera apportée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[1051] et dont on peut retenir que cette affaire dans son ensemble aura fait le lien entre cette dernière et la première vie des contrats de PPP issus de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004[1052]. Dans ce même souci de précision, le Conseil d'Etat précisera également « *qu'il n'appartenait pas à la cour administrative d'appel, pour apprécier la justification du recours à un contrat de partenariat, de recherche si celui-ci permettait la construction et la mise en service de l'équipement dans un délai plus bref qu'à l'issue d'autres procédures* »[1053], mettant ainsi en évidence que le gain de temps n'est pas de nature à justifier le recours au PPP car n'est pas une condition de fond.

Suite à l'apport de quelques précisions utiles sur le fond de la condition d'urgence, le juge administratif a continué d'exercer son office sur la notion de complexité, elle aussi constitutive d'un élément de justification du recours au contrat de PPP. Après le Tribunal administratif de Pau[1054] et la Cour administrative d'appel de Bordeaux[1055], les juges du Palais Royal ont eu à apprécier la teneur de la complexité avancée dans l'évaluation préalable sur laquelle la Mission d'appui au partenariat public-privé a rendu un avis a propos de la réalisation de la Cité du surf et de l'extension du musée de la mer[1056]. La Haute juridiction administrative a livré une interprétation très rigoureuse de la complexité inhérente au recours à un contrat de PPP, l'assimilant presque à une incapacité de la personne publique puisque, à propos de l'extension et de la rénovation du Musée de la mer, jugeant que « *la seule*

[1049] CE, 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, préc.

[1050] CE, 23 juill. 2010, *M. Lenoir et autres*, préc.

[1051] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n°0175, 29 juillet 2008, p. 12144.

[1052] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[1053] CE, 23 juill. 2010, *M. Lenoir et autres*, préc. consid. 5.

[1054] TA Pau, 30 juin 2010, n° 0801791.

[1055] CAA Bordeaux, n°10BX02109, *Saint Cricq c/ Commune de Biarritz*, 26 juill. 2012, JurisData n° 2012-018582 ; D.-A. Camous et A. Audibert, « Contrat de partenariat : de la notion de complexité à celle d'incapacité », JCP éd. Collectivités territoriales, 17 déc. 2012, n°50, comm. 2389 ; L. Erstein, « Contrat de partenariat : la charge de la preuve », Semaine Juridique ed. ACT., 10 sept. 2012, n° 36, veille ; M. Ubaud-Bergeron, « La complexité justifiant le recours au contrat de partenariat doit être démontrée », Contrats et marchés publ., oct. 2012, n°10, comm. 274 ; J.-D. Dreyfus, « Une collectivité ne peut se contenter d'invoquer la complexité du projet qu'elle envisage pour justifier le recours au contrat de partenariat », AJCT, 2012, p. 563 ; W. Salamand, « Le contrat de partenariat bute sur la preuve de la complexité », Mon. TP, 12 oct. 2012, p. 54.

[1056] MAPPP, « Avis n°2007-4 sur le projet d'extension du Musée de la Mer et de construction de la Cité du Surf et de l'Océan de Biarritz », Paris, 9 mars 2007.

invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat, en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il était impossible à la commune de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins »[1057]. Concernant le projet de réalisation de la Cité de l'océan et du surf, il est relevé que « *si la commune fait état de la complexité de la scénographie de la « Cité de l'océan et du surf » et de la nécessité de faire appel à des équipements de haute technologie, elle n'invoque aucune circonstance particulière de nature à établir que cet aspect particulier du projet* […]*, l'empêchait de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* »[1058]. Le Conseil d'Etat semble véritablement assimiler la satisfaction de la condition de complexité à la démonstration de la réelle incapacité voire impossibilité de la personne publique de définir seule ses besoins[1059].

Un autre cas d'espèce a été l'occasion préciser non pas la notion de complexité mais les projets dans lesquels elle ne semble pouvoir être invoquée. Un arrêt qui aurait pu concerner la ville de Lourdes puisqu'il s'agissait de la réalisation d'une piscine municipale. La Cour administrative d'appel de Lyon[1060] a en effet considéré que la réglementation en vigueur pour ce type de travaux[1061] ne satisfait pas la complexité telle que définie par l'article L. 1414-2-II du Code général des collectivités territoriales, confirmant ainsi la position prise par Cour administrative d'appel de Bordeaux en 2012 et préfigurant celle du Conseil d'Etat dans l'affaire « ville de Biarritz ». Toutefois, la CAA de Lyon se distingue de son homologue bordelais en ce qu'elle tire les conséquences de l'illégalité de l'acte détachable du contrat

---

[1057] CE, « Commune de Biarritz », 30 juill. 2014, n° 363007, consid. n° 11.

[1058] CE, « Commune de Biarritz », préc., consid. n° 14.

[1059] CE, préc., consid. n° 17 : « *Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que si l'évaluation préalable du projet « Biarritz-Océan » effectuée par la commune de Biarritz en application de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales faisait apparaître de nombreux éléments de complexité technique, il ne ressort pas des pièces du dossier que, compte tenu de l'ensemble des circonstances particulières exposées ci-dessus, la commune aurait été 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 ; qu'ainsi le projet ne remplissait pas la condition de complexité, seule invoquée par la commune, pour qu'il fût légalement possible de recourir au contrat de partenariat pour le réaliser* ».

[1060] CAA Lyon, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne et Bouesnard*, 2 janv. 2014, n° 12LY02827, JurisData : n° 2014-002285 ; G. Eckert, « La construction d'une piscine municipale n'est pas un projet complexe », Contrats et marchés publ., mars 2014, n° 3, comm. 74.

[1061] CAA Lyon, préc., consid. n° 5 : « *Considérant* […] *; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que ces contraintes, même en tenant compte en outre de la nécessité de respecter les normes en vigueur pour ce type d'ouvrage, sont insuffisantes pour caractériser, dans les circonstances de l'espèce, une complexité telle que la commune n'ait pas été objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins, compte tenu notamment de la faculté dont elle disposait d'établir pour la piscine municipale et, en l'absence de particularité suffisante du projet, des spécifications techniques en terme de fonctionnalité ou de performance ; qu'il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que la collectivité n'ait pas été en mesure d'établir le montage financier ou juridique du projet ; que, dans ces conditions, le critère de complexité* […]*, n'était pas satisfait en l'espèce* ».

estimant que l'irrégularité en cause est d'une « *particulière gravité* »[1062] et, tirant les conséquences de l'annulation de la délibération, se prononçant ainsi sur la légalité de la convention elle-même en invitant les parties en cause à aboutir à la résolution de leur relation contractuelle.

Ces précisions jurisprudentielles ne sont en tout état de cause, pas le signe d'une censure automatique et perpétuelle des contrats de PPP. En effet, lorsque la complexité du projet justifie un recours à un tel contrat dérogatoire des principes de la commande publique, en raison de sa particulière complexité (intrinsèque au projet, justifiée par le lieu de réalisation et en raison des objectifs du projet notamment), le juge reconnaît la légalité du recours à un tel contrat. Ce phénomène met en exergue que c'est bien la nature même de l'opération envisagée qui justifie l'emploi d'un contrat de PPP et non pas un plaidoyer tendant à faire oublier l'inadéquation de l'ouvrage en lui-même au profit de la facilité que peut constituer, sur certains points, le recours à un tel instrument juridique.

Cet état de fait a été illustré très récemment par un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Paris concernant la réalisation du futur Palais de justice de Paris des Batignolles[1063]. Le juge, en analysant très précisément les arguments avancés, lors de l'évaluation préalable, tenant à l'urgence et la complexité du projet. Ainsi, la Cour d'appel de Paris va confirmer la légalité du contrat en rappelant les conditions nécessaires à la légalité du recours au contrat de PPP[1064] et en démontrant très précisément la satisfaction desdites conditions. Ainsi la Cour va rappeler que l'urgence du projet ressort véritablement de « *l'urgence qui s'attache à la nécessité de mettre fin à une situation particulièrement grave et préjudiciable à l'intérêt général affectant le bon fonctionnement du service public de la justice*

[1062] CAA Lyon , préc., consid. n° 8 : « *Considérant qu'en l'espèce le vice entachant la délibération et la décision en litige, tiré de l'illicéité du recours au contrat de partenariat, a affecté le bien-fondé*».

[1063] CAA Paris, *Association la justice dans la Cité, M. Bourayne*, 3 avril 2014, n° 12PA02766, 13PA02769, 13PA2770 ; « Le partenariat public-privé conclu pour la réalisation du futur palais de justice de Paris est légal », AJDA 2014, p. 1322, Concl. O. Rousset.

[1064] CAA Paris, *Association la justice dans la Cité, M. Bourayne*, 3 avril 2014, préc., consid. n° 23 : « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le recours au contrat de partenariat constitue une dérogation au droit commun de la commande publique, réservée aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général qui y sont définis ; que l'urgence, objectivement constatée, s'attachant à la réalisation d'un projet envisagé par l'Etat ou un établissement public est au nombre des motifs d'intérêt général de nature à justifier qu'il soit procédé à la conclusion d'un contrat de ce type ; qu'une telle urgence peut notamment résulter de la nécessité de rattraper un retard, quelles qu'en soient les causes, affectant de façon préjudiciable à l'intérêt général la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public dans un secteur ou une zone géographique déterminés ; que constitue également un motif d'intérêt général justifiant le recours au contrat de partenariat la complexité du projet envisagé, lorsque celle-ci met objectivement la personne publique dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique propre à permettre la réalisation de ce projet* ».

à Paris »[1065] et que la complexité était telle que « *l'EPPJP était dans l'impossibilité de définir seul et à l'avance, y compris en recourant aux moyens mis à sa disposition par l'Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ), qui n'a jamais conduit une opération d'une telle ampleur, les moyens techniques permettant la réalisation du projet envisagé* »[1066]. Il apparaît dans cette décision que le juge sait reconnaître la légalité de l'utilisation d'un contrat de partenariat public-privé lorsque le projet est tel qu'il correspond tant à l'esprit global du contrat qu'aux conditions à satisfaire pour en avoir une juste et bonne utilisation, du moins a priori. Ces différents cas d'espèce mettent bien en évidence que le juge s'adonne à un véritable travail de surveillance de la bonne utilisation des contrats globaux de la commande publique, en particulier ici du contrat de PPP dans sa phase qui semble être la plus importante puisqu'elle va déterminer la suite de sa vie. Malgré l'attention portée par le juge administratif, nombre de contrats ont été passés depuis des années et des difficultés d'exécution on fait leur apparition, avec le risque contentieux allant nécessairement avec.

[1065] CAA Paris, préc., consid. n° 24 : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, en particulier de l'évaluation préalable réalisée par l'EPPJP en application des dispositions précitées du I de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée, que la dispersion géographique des services du tribunal de grande instance de Paris sur neuf sites différents, ainsi que la configuration et la vétusté du Palais de justice de l'île de la Cité, ne permettent pas un fonctionnement normal de cette juridiction, s'agissant tant des conditions matérielles dans lesquelles les magistrats, les agents du greffe et les avocats sont amenés à y exercer leurs fonctions que des exigences d'accessibilité, de sûreté et de sécurité des personnes et des biens requises dans les locaux qui lui sont affectés ; que, dès lors, le recours au contrat de partenariat pour la conception et la construction du nouveau palais de justice se trouve justifié par l'urgence qui s'attache à la nécessité de mettre fin à une situation particulièrement grave et préjudiciable à l'intérêt général affectant le bon fonctionnement du service public de la justice à Paris, sans que soient de nature à infirmer cette appréciation, d'une part, l'existence de travaux effectués ces dernières années en vue d'atténuer les difficultés ainsi constatées* ».

[1066] CAA, Paris, préc., consid. n° 25 : « *Considérant, en outre, qu'il ressort des pièces du dossier que les dimensions exceptionnelles de l'ouvrage à réaliser, qui aura une surface de plus de 60 000 m2 et abritera quatre-vingt-dix salles d'audience, le nombre et la nature des juridictions qui y seront hébergées, impliquant notamment la présence du pôle anti-terroriste et la tenue de procès à forte résonance médiatique, et l'importante fréquentation du bâtiment, évaluée à près de 9 000 personnes par jour, incluant à la fois des magistrats, personnels de greffe, auxiliaires de justice et fonctionnaires de police, mais aussi de nombreux détenus, des journalistes et un large public, confèrent au projet envisagé une particulière complexité ; que celle-ci est encore accrue par les contraintes techniques et fonctionnelles induites par le choix, retenu par les pouvoirs publics, de la construction à Paris, dans une zone en cours d'aménagement sur d'anciennes emprises ferroviaires non viabilisées, d'un immeuble de très grande hauteur, dont il a notamment été décidé, de surcroît, qu'il devrait être exemplaire en matière de performance énergétique et de développement durable ; que, du fait de ces différentes caractéristiques, la réalisation de ce projet pose, en matière de sécurité et de sûreté, de performance acoustique et thermique, d'insertion de l'édifice dans son environnement, de maintenance et d'entretien des équipements, ainsi que de maîtrise des risques liés à un chantier d'une aussi grande ampleur, des difficultés telles que l'EPPJP a pu, sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur d'appréciation, estimer qu'il était nécessaire de recourir à un contrat global pour assurer la parfaite cohérence des solutions architecturales et techniques proposées par la maîtrise d'oeuvre, les entreprises de construction et les entreprises d'exploitation et de maintenance ; que l'EPPJP soutient, sans être contredit, que certaines des réponses à ces difficultés, en ce qui concerne la sécurité incendie, l'évacuation des eaux, ainsi que le choix des matériaux de façade et des matériaux permettant l'isolation acoustique de la salle des pas perdus et de certaines salles d'audience, n'ont pu être apportées qu'après discussions, au cours de la procédure, entre les services de l'Etat, l'architecte et les entreprises chargées de la construction et de la maintenance de l'immeuble ; qu'il est ainsi établi que l'EPPJP était dans l'impossibilité de définir seul et à l'avance, y compris en recourant aux moyens mis à sa disposition par l'Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ), qui n'a jamais conduit une opération d'une telle ampleur, les moyens techniques permettant la réalisation du projet envisagé* ».

III. L'apparition de difficultés d'exécution des contrats de partenariat public-privé

Le contentieux gravitant autour du contrat de partenariat public-privé se concentre, dans la plupart des cas, sur la formation de ce dernier et sur le respect des conditions nécessaires à sa conclusion. Nous avons constaté que ces contrats inquiètent différents observateurs de la vie publique en particulier dans un souci de sécurité budgétaire face au gouffre financier qu'ils peuvent constituer s'ils sont mal élaborés et négociés. Pour autant les difficultés ne se trouvent pas exclusivement au moment préalable à la formation du contrat (bien qu'ils cristallisent la majorité de l'attention) mais également dans la phase d'exécution du contrat[1067]. Une fois l'ouvrage en cours de réalisation, il est de la responsabilité de la personne publique de veiller à la bonne exécution des clauses. L'existence du pouvoir de contrôle et de sanction existe[1068] et ne pose théoriquement aucune difficulté. Pour autant la réalité peut, là encore, différer très nettement de ce que les textes prévoient et ainsi laisser la personne publique dans une gestion délicate du contrat de PPP lors de l'exécution, en particulier lorsqu'il s'agit de veiller au respect des clauses contractuelles[1069]. D'autant que la mutabilité d'un tel contrat est bien plus complexe à réaliser qu'un avenant à un marché public de travaux[1070]. Paradoxalement, concernant la phase d'exécution, les contrats de PPP ne connaissent pas un régime différent d'autres contrats publics bien que la majeure partie de la relation contractuelle doive être anticipée dans les clauses. Malgré cela, un tel contrat reste certes complexe de par sa structuration, la mission globale attribuée au cocontractant privé et par sa durée en particulier. Pour autant ledit partenaire n'est pas affranchi d'un certain nombre d'obligations inhérentes aux contrats administratifs, en particulier le pouvoir de contrôle et de sanction de la personne publique. Le meilleur exemple étant le respect des objectifs de performance, en particulier ceux de performance énergétique qui vont pouvoir engager la responsabilité des constructeurs[1071] notamment en terme de garantie décennale[1072]. De plus, une partie de la doctrine relève que le principal contentieux qui pourrait émerger est celui du

---

[1067] Il pourrait être soutenu que les difficultés d'exécution du contrat ne sont que la conséquence d'une phase préalable à la signature mal menée, ce qui n'est pas toujours le cas puisque des questions spécifiques se posent dans le cadre des contrats de partenariat public-privé puisque le rôle et la responsabilité du partenaire ne s'arrêtent pas lors de l'achèvement des travaux de l'ouvrage par exemple.

[1068] V. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats*, LGDJ, 1984.

[1069] A ce sujet, V. J.-F. Sestier, « Les difficultés des personnes publiques dans l'exécution des contrats de partenariat », CP-ACCP, oct. 2012, n°125, p. 49 et s.

[1070] B. Rallu, « La loi MOP pour rénover, le contrat de partenariat pour reconstruire », Le Moniteur, 29 nov. 2013, p. 59.

[1071] A. Caston, « La responsabilité des constructeurs à l'aune de la performance énergétique », Mon. TP, 8 fév. 2013, p. 46.

[1072] P. Dessuet, « La non-performance énergétique peut engager la décennale », Mon. TP, 13 déc. 2013, p. 74.

transfert de l'ouvrage[1073]. En effet la principale difficulté étant la réception des travaux une fois l'ouvrage achevé avant d'entrer dans l'utilisation et l'exploitation de ce dernier. Car achèvement des travaux ne rime pas, ici, avec réception de l'ouvrage puisqu'il va être utilisé par l'entreprise chargée de son exploitation et/ou de sa maintenance. Dès-lors les régimes juridiques vont se croiser entre le régime légal définissant les garanties post-contractuelles. Des questions restent en suspens dans l'attente d'une prise de position jurisprudentielle ou d'une réforme législative à venir. La principale étant de savoir ce qu'il adviendra en cas de désordre constaté au moment du transfert de propriété de l'ouvrage à la fin du contrat de PPP ? Qui aura la responsabilité de réparer les dommages constatés afin que la personne publique récupère l'ouvrage en état d'usure normale inhérent à une longue période d'exploitation intégrant cependant l'entretien-maintenance et le gros entretien renouvellement ? Autant de questions qui ne peuvent trouver de réponses tant que le législateur ne prendra pas à bras le corps cette question ou que le juge ne sera pas amené à connaître d'un litige portant sur des faits de cette nature.

L'exécution des contrats globaux de la commande publique et du contrat de partenariat public-privé en particulier devait nécessairement faire émerger ce corpus d'inquiétudes et de questionnements face à un outil dont seuls le régime général et le mode de passation ont été au centre des préoccupations de l'époque. La pratique des contrats globaux les situe aujourd'hui dans un environnement contractuel trouble et bien rempli. Les contrats de PPP retrouvent leur image de contrat d'exception[1074] et il apparaît évident maintenant que les contrats globaux, ou le partenariat public privé en général, doivent faire l'objet d'une refonte profonde afin de donner un peu de clarté à l'éventail contractuel français[1075].

Section 2 – Quel avenir concret pour l'utilisation des contrats globaux ?

L'environnement juridique des contrats globaux de la commande publique a connu plusieurs phases dans son existence, l'avènement et l'expérience des contrats de partenariat public-privé semble en marquer un tournant. Dans un moment où le juge prend le relai d'une législation imprécise ouvrant la voie à certaines dérives pouvant avoir de graves conséquences

[1073] P. Dieterlé, « Emergence d'un contentieux de l'exécution : les difficultés liées au transfert de l'ouvrage », CP-ACCP, n°125, oct. 2012, p. 39 et s ; V. également, « Cessions immobilières et propriétés publiques », CP-ACCP, déc. 2013, n°138, Dossier spécial, p. 26 et s.

[1074] V. Dossier, « Le contrat de partenariat : une solution exceptionnelle pour réaliser des investissements », La lettre du contentieux – Risques et responsabilités territoriales, n° 111, 8 mars 2012, p. 6-7.

[1075] F. Bergère, « Il faut uniformiser le régime des PPP autour d'un seul contrat de partenariat », LeMoniteur.fr, 10 juill. 2013.

tant pour les personnes publiques que pour la stabilité de leurs engagements contractuels et pour les projets qu'elles portent. Ce mouvement semble être en marche et nombreux sont ceux qui attendent le « *choc de simplification* »[1076] tant attendu. L'adoption des nouvelles directives européennes devant être l'occasion de repenser à la fois l'architecture des marchés globaux au sens français du terme (paragraphe 1) et surtout, bien que cette entreprise audacieuse mais nécessaire ait vocation à être bien plus longue car plus profonde, la typologie des contrats de la commande publique (paragraphe 2).

Paragraphe 1. De la nécessité pratique de repenser l'architecture des contrats globaux de la commande publique

Les contrats globaux de la commande publique se sont démocratisés sans pour autant apporter une clarté nécessaire à une bonne utilisation de ces derniers. Les contrats de partenariat public-privé, élément majeur de cette catégorie, ayant eux-mêmes toujours des difficultés symbolisées, non plus par les critères de complexité ou d'urgence mais par la question presque paradoxale de leur financement (I). De façon générale, l'ordre à trouver dans la catégorie des marchés globaux ne sera que la première étape de clarification de la « *boîte à outil* »[1077] de la commande publique (II).

I. La paradoxale question du financement du contrat de partenariat public-privé toujours source d'incertitudes

Les contrats de partenariat public-privé devaient faciliter la réalisation de projets complexes en permettant de confier une « *une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public* »[1078]. Pourtant, en grande partie à cause des effets de la crise financière, les contrats de PPP ont rencontré des difficultés de financement. Ce qui semble presque paradoxal tant le préfinancement privé d'un ouvrage destiné à être public était vu comme l'un des avantages majeurs de cette formule contractuelle. Les acteurs publics et privés en particulier ont du, encore une fois, faire preuve d'ingénierie afin de trouver une solution aux réserves souvent

[1076] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le choc de simplification et la commande publique », Contrats et marchés publ., n°4, avril 2014, repère 4.

[1077] Entretiens du Palais Royal, « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public … Que choisir et comment choisir ? », 16 déc. 2008.

[1078] Art 1er, Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JO n°141, 19 juin 2004, p. 10994, texte n° 2.

manifestées par les banquiers afin de financer les projets menés en contrat de PPP[1079]. Ainsi, le cocontractant privé et la personne publique ont pris l'habitude d'avoir recours à un « *accord autonome* »[1080] par lequel les établissements de crédit s'engagent à assurer un financement bancaire[1081] du projet en contrepartie d'un certain nombre de garanties permettant d'assurer une sécurité à cette dette, notamment en cas de recours contre le contrat ou d'une fin anticipée de ce dernier.

Cet accord n'étant absolument pas prévu par les textes, pour autant c'est un accessoire auquel les parties à un contrat de partenariat ont de plus en plus recours. La question de l'identification de sa nature s'est rapidement et naturellement posée, le Tribunal administratif de Bordeaux[1082] a considéré que « *cet accord n'en constitue pas moins un accessoire du contrat de partenariat passé par la réalisation du nouveau stade, et relève, par suite, de la compétence du juge administratif* »[1083]. Cette pratique originale n'est pas de nature à remettre en question la fin anticipée du contrat ou une indemnisation du cocontractant, pour autant elle met en avant la question de la nécessité de l'encadrement afin d'officialiser une méthode qui relève aujourd'hui de l'ingénierie contractuelle. Bien que cela reste encadré par le juge qui n'en apporte pas de définition tout en procédant par exclusion en considérant que « *cette convention ne constitue pas un contrat de partenariat visé par l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales* […] *alors même que cette convention constitue l'accessoire du contrat de partenariat ; qu'eu égard à son objet, la convention tripartite ne constitue pas davantage un marché public au sens du code des marchés publics et des directives européennes applicables* […] *; qu'elle ne constitue donc pas une transaction au sens des dispositions de l'article 2044 du code civil* »[1084]. Le juge bordelais va cependant s'assurer du respect des obligations d'égalité de traitement et de transparence pour les candidats, régime auquel est soumis n'importe quel contrat de la commande publique. La Cour précisera également que cela n'influence en rien les possibilités de recours contre le

[1079] A. Djemaoun et L. Laviole, « L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer le contrat de partenariat », BJCP 2012, n°84, p. 319.

[1080] S. Braconnier, « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », AJDA 2013, p. 529 ; A. Djemaoun et L. Laviole, « L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer le contrat de partenariat », préc. ; D. Katz, « Les « accord autonomes » à l'épreuve de la jurisprudence Mergui », AJDA 2014, p. 1662, concl ; CAA Bordeaux, *M. Rouveyre*, n° 13BX00563 et n°13BX00564, 17 juill. 2014, concl. D. Katz, préc ; V. également, M. Scialom, « Financement obligataire des contrats de partenariat », CP-ACCP, 2012, n° 127, p. 71.

[1081] A la différence d'un financement obligataire, pratique très développée au Canada et inexistante en France, V. M. Scialom, « Financement obligataire des contrats de partenariat », préc.

[1082] TA Bordeaux, *M. Rouveyre*, n°1105079, 19 déc. 2012 ; S. Braconnier, « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », AJDA 2013, préc.

[1083] TA Bordeaux, préc.

[1084] CAA Bordeaux, *M. Rouveyre*, n°13BX00564, 17 juin 2014, préc., consid. n° 6 et n° 8.

contrat de partenariat ou un de ses actes détachables[1085] et que l'accord autonome « *déterminant la garantie due par la commune de Bordeaux* », si un recours devait être introduit contre le contrat de PPP « *la convention en cause n'a pas pour effet de contraindre la personne publique à verser une libéralité prohibée par la règle d'ordre public* »[1086] et ne serait pas ainsi de nature à méconnaître la jurisprudence issue de la décision *Mergui*[1087] du Conseil d'Etat.

Cette question de l'accord autonome semble presque anecdotique au regard de la complexité gravitant autour de la catégorie des contrats globaux, pour autant cette pratique ayant un fort potentiel de développement, elle semble destinée à devoir être encadrée par une intervention du législateur afin de sécuriser leur conclusion et d'assurer leur validité. Cet exemple n'est néanmoins qu'une partie émergée de l'ensemble des modifications que semble devoir connaître le droit de la commande publique, tout d'abord au sein de ses contrats globaux ainsi que de manière générale par la suite. Le contrat de partenariat public-privé constitue cependant à la fois le symbole et la première étape de la démarche.

II. Le contrat de partenariat public-privé: une réorganisation nécessaire

Le procédé contractuel joue un rôle capital dans l'action publique depuis toujours mais a pris une importance particulière ces dernières années. Du souci de sécuriser la passation des contrats publics[1088] à la création du Code des marchés publics[1089] jusqu'à la création de contrats nouveaux, l'éventail des contrats publics n'a cessé de s'enrichir au risque de se complexifier. Les contrats appartenant à la catégorie des contrats globaux, telle que définie précédemment, ont marqué un tournant dans la contractualisation de l'action publique, faisant passer les collectivités publiques du traditionnel dirigisme inhérent aux marchés publics à un véritable lien partenarial avec le cocontractant privé. Ces contrats qui apparaissent successivement depuis plusieurs années ont attiré l'intérêt des personnes publiques et des opérateurs économiques, pour autant la multitude de contrats globaux existant à l'heure actuelle force à

[1085] Le contrat ayant été signé avant que la décision *Tarn et Garonne* ait été rendue publique par le Conseil d'Etat.

[1086] CAA Bordeaux, préc., consid. n° 8.

[1087] CE, Section, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, Rec. p. 235.

[1088] L. n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JO n°25, 30 janvier 1993 p. 1588.

[1089] L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JO, n°288, 12 décembre 2001 p. 19703, texte n° 1.

mettre au cœur des réflexions la nécessaire réorganisation qu'il semble nécessaire de réaliser, dans un premier temps, au sein de cette catégorie.

Les contrats de partenariat public-privé devraient être les premiers à faire l'objet de ce mouvement de clarification, déjà entamé par le juge administratif[1090], afin d'adapter au mieux les critères permettant de les utiliser à bon escient[1091] afin de leur faire conserver leur aspect dérogatoire et de remettre en avant les outils de droit commun de la commande publique manifestement plus adaptés à certains projets portés par les personnes publiques[1092]. Apporter le minimum de précisions aux deux critères phares du recours au contrat de PPP que sont l'urgence et la complexité permettrait également de ne supprimer celui de l'efficience économique afin que l'utilisation d'un tel outil, complexe et dérogatoire de la commande publique, se justifie par la réelle difficulté propre au projet porté ainsi qu'à l'urgence objective de la situation[1093]. Cette rénovation de l'environnement des contrats de PPP devra également, et c'est ce que préconise le rapport d'information du Sénat sur les partenariats public-privé rendu public le 16 juillet 2014, par un renforcement de l'objectivité de la Mission d'Appui au Partenariat public-privé[1094]. D'autant que ces contrats ont connu une période de crise ces trois dernières années (l'année 2013 ayant comptabilisé la signature de 25 contrats pour un montant de 2 milliards d'euros contre 41 contrats pour 5,6 milliards d'euros en 2011)[1095], étant confrontées au regain de méfiance des personnes publiques constatant l'échec ou les difficultés naissantes lors de l'exécution , voire encore les problématiques budgétaires nées de l'intégration du montant total des loyers aux comptes des collectivités locales de telle sorte que cet outil contractuel n'apparaissait plus simplement comme un levier financier permettant d'externaliser la dépense publique. Les acteurs eux-mêmes ont reconnu que la situation était

---

[1090] CE, 29 oct. 2004, *MM. Sueur et a*, Rec. CE 2004, p. 393, conc. D. Casas ; AJDA 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lénica ; Contrats et marchés publ., 2004, comm. 249, not G. Eckert ; Dr. adm. 2005, comm. 3, 4, 5, note A. Ménéménis ; CE, 23 juill. 2010, n°326544 et n°326545, *M. Lenoir et autres*, Jurisdata n° 2010-012225 ; F. Brenet, « Les conditions du recours au contrat de partenariat : les clarifications du Conseil d'Etat », RJEP 2011, n°682, comm. 2 ; CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, n°363007 ; CAA Lyon, *Commune de Commentry*, n° 12LY°2827, 2 janv. 2014 ; G. Chaming's, « Le contrat de partenariat à l'épreuve de la complexité », AJDA 2014, p. 985 ; G. Eckert, « La construction d'une piscine municipale n'est pas un projet complexe », Contrat et marchés publ., n°3, mars 2014, comm. 74 ; CAA Paris, *Association la justice dans la Cité, M. Bourayne*, 3 avril 2014, n° 12PA02766, 13PA02769, 13PA2770 ; « Le partenariat public-privé conclu pour la réalisation du futur palais de justice de Paris est légal », AJDA 2014, p. 1322, Concl. O. Rousset.

[1091] Sénat, Rapport d'information sur les PPP, « Revenir à un encadrement strict du recours à des contrats de partenariat », p.35.

[1092] B. Rallu, « La loi MOP pour rénover, le contrat de partenariat pour reconstruire », Le Moniteur, 29 nov. 2013, p. 59

[1093] Cas dans lequel le recours au contrat de PPP est logiquement admis par le juge, ce qu'illustre parfaitement l'affaire dite du « Palais de justice des Batignolles ». V. CAA Paris, « Association la justice dans la Cité, M. Bourayne », 3 avril 2014, n° 12PA02766, 13PA02769, 13PA2770, préc. ; « Le partenariat public-privé conclu pour la réalisation du futur palais de justice de Paris est légal », AJDA 2014, p. 1322, Concl. O. Rousset

[1094] Sénat, Rapport préc., p. 43.

[1095] E. Cloâtre, « Rencontres internationales des PPP : les contrats de partenariat en crise », LeMoniteur.fr, 24 oct. 2013.

de nature à justifier l'uniformisation du « *régime des PPP autour d'un seul contrat de partenariat* »[1096], ce que prône le rapport de l'Inspection générale des finances réalisé lors de l'année 2012 qui a salué l'opportunité offerte par de tels contrats tout en soulignant qu'ont été remarquées « *plusieurs défaillances dans l'utilisation des PPP, qui justifient un encadrement plus rigoureux et plus sécurisant de leur usage* » et que *« Les PPP soulèvent en effet de nombreux risques budgétaires, financiers et juridiques. À ce titre, les PPP ne sont pas adaptés à tous les acheteurs publics et à tous les projets. Par ailleurs, le recours aux PPP, incite l'acheteur public à investir au- delà de ce que ses ressources lui permettent d'envisager avec raison* »[1097].

A un environnement réglementaire comprenant les contrats de partenariat public-privé au sens strict ainsi que les autorisations d'occupation du domaine public (AOT), la location avec option d'achat (LOA), les baux emphytéotiques administratifs et leurs déclinaisons sectorielles (BEA hospitaliers[1098] et les BEA LOPSI[1099] et LOPJ[1100]) notamment devrait succéder un cadre unifié et, donc, plus clair. D'autant, si nous prenons l'exemple de l'évaluation préalable qui doit être faite lors de la passation de BEA de l'Etat (pour les besoins de la justice et de la police)[1101] que certains régimes semblent se rapprocher. Cela permettrait de ne faire subsister que le « contrat de partenariat » qui serait une base générique au sein de laquelle il serait possible de procéder au choix des opérations en son sein en fonction des projets souhaités par les personnes publiques.

Cela nécessitera un gros travail de refonte du cadre existant mais permettra, par la clarification apportée à ce domaine qui en a bien besoin, de faciliter l'action des personnes publiques confrontées à de réels projets complexes et le contrat de partenariat redeviendra le moyen qu'il aurait toujours du être et non plus un objectif en ce qu'il a permis à ses de débuts d'externaliser la dépense publique. A plus forte raison que malgré la réforme opérée par la loi

---

[1096] S. d'Auzon, « Il faut uniformiser le régime des PPP autour d'un seul contrat de partenariat », LeMoniteur.fr, 10 juill. 2013.

[1097] Inspection Générale des Finances, Rapport d'activité 2012, p. 35.

[1098] Ord. n° 2003-850 du 4 septembre 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, JORF n°206 du 6 septembre 2003 p. 15391, texte n° 26

[1099] L. n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ; JORF du 30 août 2002, p. 14398, texte n° 1.

[1100] L. n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, JORF du 10 septembre 2002 p. 14934, texte n° 1.

[1101] Décr. n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs, JO n°0303 du 31 décembre 2011, p. 23003, texte n° 36.

n° 2008-735 du 28 juillet 2008[1102], certains auteurs appelaient de leurs vœux la refonte du cadre des contrats de PPP[1103] en mettant en perspective l'externalisation par l'utilisation des contrats publics d'affaires[1104]. Ce travail d'unification des régimes des marchés globaux devrait également être le moment de combler les défauts d'inadaptation des standards contractuels des contrats de PPP élaborés pour l'Etat et transposés par la suite aux collectivités territoriales qui pose également un certain nombre de difficultés à l'échelon territorial[1105].

Le régime des contrats globaux de la commande publique va devoir connaître une refonte générale, ce qui semble être plus que jamais nécessaire au regard des nouvelles directives européennes en matière de marchés publics et de concessions[1106] que les autorités publiques vont exploiter afin de procéder à un « *choc de simplification* »[1107] tant attendu. Ce dernier devrait en effet rationnaliser le système existant éparpillé entre le Code des marchés publics et différents textes spécifiques. Cette réforme générale tant attendue devrait cependant être progressive et ne pas bouleverser du jour au lendemain le système actuel. Gageons néanmoins qu'elle soit suffisamment solide et bien préparée pour aboutir, à termes, à la naissance d'un « *Code de la commande publique* »[1108]. L'attente de cette réforme de grande ampleur étant à la mesure du risque pesant sur les contrats publics au regard de l'évolution de l'office du juge du contrat au delà même du cadre des contrats de PPP.

[1102] L. n° 2008-735, 28 juill. 2008, relative aux contrats de partenariat, JO 29 juill. 2008, p. 12144, préc.

[1103] J.-B. Vila, « De l'urgence et de la complexité à repenser la réforme relative aux partenariats public-privé », JCP. éd. ACT, n° 28, 6 juill. 2009, p. 30 et s.

[1104] J.-B. Morel, « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexions », Contrats et marchés publ., nov. 2013, p. 6 et s.

[1105] A. Maurer et E. de Fenoyl, « Collectivités territoriales et PPP : un cadre réglementaire à améliorer [1]» et « Collectivités territoriales et PPP [2] : Inadaptation de certains « standards de marché » », GazComm., 14 nov. 2011, p. 40 et s.

[1106] DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et DIRECTIVE 2014/25/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE

[1107] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? », Contrats marchés publ., n°4, avril 2014, repère 3; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le choc de simplification et la commande publique », Contrats marchés publ., n°4, avril 2014, repère 4 ; G. Clamour, « Nouvelle directive marché, premier panorama », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2014, comm. 71 et 72 ; F. Linditch, « Discours de M. Moscovici, vers un Code de la commande publique ? », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, alerte 24.

[1108] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et Marchés publ., n° 4, Avril 2007, étude 4.

Paragraphe 2. Le constat d'un désordre contractuel global

Au delà de l'influence que vont nécessairement avoir les deux nouvelles directives communautaires dites « marchés » et « concessions » qui seront transposées en droit lors de l'année 2015[1109], l'état des lieux actuel met en exergue la nécessité voire l'urgence qu'il y a repenser l'environnement contractuel français. Le désordre, théorique et surtout pratique, règne au sein du droit de la commande publique soit désormais un fait établi. Qu'il suscite à la fois inquiétude et hésitations dans la pratique quotidienne des personnes publiques est une évidence. Que ce phénomène cause une mauvaise pratique ou que ses failles permette une utilisation détournée de certains contrats globaux est également une réalité. Le désordre régnant au sein de la catégorie des contrats globaux en étant le premier des symptômes (I). La prolifération normative des dernières décennies justifiant dorénavant de réorganiser et de remettre un certain ordre au sein de la matière contractuelle (II).

I. Un constat fondé sur le désordre régnant au sein de la catégorie des contrats globaux de la commande publique

L'existence même des contrats globaux justifie à elle seule un travail de réfection de la typologie des contrats de la commande publique. Etant une « *réponse à une contrainte nouvelle* » et ayant connu une « *consécration désordonnée* »[1110], créée d'une certaine manière par la doctrine[1111] avant de faire son apparition dans la jurisprudence[1112], cette catégorie de contrats a connu évolution aussi rapide que dense qui a commencé timidement dans les années 1980 pour connaître une véritable accélération dès 2002[1113]. Cette catégorie dans laquelle le contrat de partenariat public-privé constitue un étage de plus au « *mille-feuilles* »[1114] existant, il ouvre une discussion sur les sous distinctions qu'il est possible de faire au sein

[1109] Projet d'ordonnance disponible sur le site de la DAJ du Ministère de l'Economie et des Finances : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/projet-ordonnance-volet-legislatif-directives-mp.pdf

[1110] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », préc., p. 17 et 23.

[1111] P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA, 1994, numéro spécial, p. 43, préc. ; P. Delvolvé, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », RFDA, 2004, p. 1079 ; F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., mai 2005, étude 7.

[1112] CE, 29 oct. 2004, « MM. Sueur et a », n° 269814, 271119, 271357 et 271362 ; Rec. CE 2004, p. 393, conc. D. Casas ; AJDA 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lénica ; Contrats et marchés publ., 2004, comm. 249, not G. Eckert ; Dr. adm. 2005, comm. 3, 4, 5, note A. Ménéménis.

[1113] F. Llorens, « La typologie des contrats de la commande publique », préc. ; N. Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., déc. 2004, p. 8 ; Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-rivé : étude historique et critique », BJCP, 2004, n°36, p. 31.

[1114] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., avril 2007, n°4, étude 4.

même des contrats globaux, mettant, là encore, en avant la nécessité d'une refonte dans son ensemble et, au delà même, de la catégorisation des contrats de la commande publique eux-mêmes.

En effet, si les contrats de PPP bénéficient d'une définition et d'une assise législative grâce, principalement, à l'ordonnance du 17 juin 2004[1115] et la loi du 28 juillet 2008[1116], permettant de leur reconnaître leur caractère global, il n'en va pas de même pour d'autres instruments juridiques appartenant de fait à la même catégorie. En effet les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels (AOT), les baux emphytéotiques administratifs (BEA) classiques et hospitaliers (BEH) par exemple sont de nature à être intégrés à des montages complexes ou à participer à des contrats globaux sans en avoir pour autant les caractéristiques intrinsèques (bien que leur principal objet demeure de permettre le financement privé d'un ouvrage destiné à devenir public). Une refonte de la catégorie des contrats globaux devra alors trouver ses critères de distinction. Que le droit communautaire ait fait le choix de les considérer comme des marchés publics est une chose mais la clarté tant nécessaire à l'échelon français doit pousser la logique de distinction, voire de sous distinction en la matière un peu plus loin (quitte à opérer une summa divisio contractuelle strictement conforme au droit communautaire). Il va de soi qu'une l'usine à gaz que constitue la typologie contractuelle de la commande publique à l'heure actuelle ne doit pas être remplacée par une autre, pour autant la simplification (autant que faire se peut) et la clarté (devant amener une facilité d'utilisation) doivent présider à la réflexion d'un remaniement de fond des contrats publics français. Paradoxalement d'ailleurs, certains observateurs, qui appellent ce changement de leurs vœux, considéraient que l'arrivée des contrats de PPP n'était pas d'une utilité absolue[1117] au regard des outils existant et des objectifs que cherchait à atteindre le législateur puisque les AOT et BEA permettaient déjà de confier la maîtrise d'ouvrage privée à un cocontractant privé pour la réalisation d'ouvrages publics. Il faut certes reconnaître que le contrat de PPP permet de confier une mission globale à ce type de partenaire, pour autant cette distinction non négligeable n'aurait-elle pas justifié soit un aménagement des contrats existants soit être l'occasion de la refonte que presque tous appelons de nos vœux ? Le manque de clarté évident des contrats de la commande publique prend tout son sens lorsque les AOT (instrument créé pour permettre à l'Etat de procéder à

[1115] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[1116] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n°0175, 29 juillet 2008 p. 12144.

[1117] A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureux innovation ou occasion manquée ? », AJDA 2004, p. 1737 ; N. Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », préc.

une démarche similaire à celle d'une collectivité locale par le prisme du BEA) ont été transposées au niveau local, d'autant que ces AOT-Locales (AOTL) n'apportent rien de plus que ce que le BEA leur offrait déjà. Cette observation peut également se transposer au domaine des contrats de PPP en ce sens que leur première vie, c'est-à-dire la période précédant la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008, a eu le succès modeste que nous leur connaissons et qui a été largement commenté, du fait que ce contrat global ait été fait pour l'Etat et ensuite (mal) transposé afin d'être ouvert aux collectivités locales[1118].

Au delà de la nécessité de mettre de l'ordre dans la catégorie des contrats globaux et, de manière générale, dans l'ensemble de la commande publique, pour des questions de lisibilité et de sécurité juridique, c'est avant tout pour faciliter le recours au procédé contractuel qui est devenu un phénomène à part entière dans la vie des personnes publiques. Concernant les contrats globaux, il relève, outre de l'évidence, d'une particulière nécessité de refondre la catégorie des contrats globaux au sein d'un seul « contrat de partenariat », la tâche paraît difficile[1119], elle est pourtant nécessaire. D'autant que, l'histoire récente des contrats administratifs l'a montré, il paraît capital que cette réforme du système contractuel français se fasse par le biais d'une codification et non pas par une régulation que feraient tantôt le législateur puis le juge. Le droit de la commande publique répond également à une logique économique puisque la contractualisation en son principe même implique un rapport aux entreprises privées et, sachant l'importance de l'action contractuelle publique, pour ces dernières[1120], cela mérite de redéfinir un cadre clair et permettant des procédures plus simples afin de dynamiser l'action du secteur privé français. Sans être d'un pessimisme absolu, les prises de consciences sont telles aujourd'hui[1121] que le moment semble propice au démarrage d'une opération d'envergure afin de revenir à un contexte simple (et non pas simpliste) et clair permettant une meilleure action de l'Administration afin que la complexité actuelle ne fasse plus perdre de temps et permette une bonne utilisation des deniers publics, ce qui n'est pas toujours le cas à l'heure actuelle, de nombreux exemples l'ont montré. Ainsi, pour reprendre le Professeur Léon Duguit, il faut revenir à une conception ayant pour objectif premier que

---

[1118] Cf supra.

[1119] J.-M. Pontier, « Des PPP aux PPP. Remarques sur une apparente insignifiance », Droit Adm., fév. 2014, n° 2, étude 3.

[1120] La commande publique en France représentant environs 200 milliards d'euros, soit 10% du Produit intérieur brut (PIB), pour autant elle pourrait être bien plus importante ; V. à ce sujet, H. d'Angrain, « Commande publique : l'exception française », La Tribune.fr, 7 mars 2014, http://www.latribune.fr/opinions/tribunes/20140307trib000818825/commande-publique-l-exception-francaise.html.

[1121] A ce sujet, V. F. Linditch, « Discours de M. Moscovici, vers un Code de la commande publique ? », Contrats et marchés publ., mai 2014, n°5, alerte 24.

« *Le point capital est de déterminer exactement ce qu'est le contrat.* […] *On doit réserver le mot contrat pour désigner une certaine espèce d'acte plurilatéral et seulement celle-là* »[1122].

II. Un constat justifiant la nécessité d'une réorganisation des normes en matière contractuelle

Le phénomène contractuel dans l'action administrative a pris une importance considérable ces dernières années[1123]. Ce développement a été nourri à la fois par une ingénierie contractuelle des personnes publiques, essayant parfois de contourner les difficultés inhérentes au droit administratif[1124], ainsi que par des interventions législatives successives afin d'intégrer un nouvel élément parmi ceux existant au sein de la commande publique ou pour homologuer un système que la pratique des personnes publiques avait mis au point. Aussi, il apparaît de plus en plus difficile de maintenir le système établi qui consisterait en la distinction des contrats de la commande publique en, essentiellement, trois catégories que sont :

- Les marchés publics dont les modes de passation et d'exécution sont soumis au Code des marchés publics ;
- Les délégations de service public issues de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993[1125] ;
- Les contrats de partenariat public-privé de l'ordonnance du 17 juin 2004[1126].

Cette typologie ne semble pas pouvoir perdurer en raison des évolutions, d'ores et déjà constatées, du droit national et en particulier du droit communautaire car la multiplication des contrats ainsi que le rapprochement de certains d'entre eux ne permettent pas de garantir la clarté nécessaire afin de permettre aux acteurs publics de faire un choix pertinent de l'outil contractuel le plus adapté à leur besoin. Sans qu'il soit question de bouleverser le droit français des contrats administratifs, l'objectif de l'apparition d'un Code de la commande

---

[1122] L. Duguit, « Traité de droit constitutionnel », 1921, Tome I.

[1123] A ce sujet, V. : Conseil d'Etat, « Le contrat mode d'action publique et de production des normes », rapport public annuel, La Documentation française, 2008.

[1124] V. P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA, 1994, numéro spécial, p. 43 ; N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », éd. Le Moniteur, 2ème éd., Paris, 2010 ; J.-B. Auby et B. Faure, « Les collectivités locales et le Droit : les mutations actuelles », Dalloz, 2001.

[1125] L. n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JO. n°25, 30 janvier 1993, p. 1588 ; V. également : L. n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement, JO. n°168 du 21 juillet 2005 p. 11833, texte n°1.

[1126] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JO n°141 du 19 juin 2004, p. 10994, texte n° 2.

publique semble être une issue inéluctable[1127], peu importe le temps nécessaire à l'aboutissement d'une si ambitieuse démarche. Car la nécessité d'assurer un cadre clair permettant un usage facilité des contrats de la commande publique s'inscrit dans un mouvement beaucoup plus large de décomplexification du droit dans un environnement juridique, dépassant le seul cadre de la commande publique, actuel vaste, sophistiqué et donc compliqué[1128]. Le temps de la structuration de la commande publique autour des deux principales notions que sont les marchés publics et les concessions de service public est révolu. La décentralisation, la pénurie de ressources foncières comme budgétaires et le recours aux montages contractuels complexes permettant aux personnes publiques d'externaliser le financement jusqu'à la maîtrise d'ouvrage. La prolifération de normes en la matière a été vue comme le symbole d'un « *Etat de droit qui n'est pas statique et qui se modernise* »[1129], ce qui n'est pas contestable bien que le désordre auquel cette modernisation a abouti ne peut également être ignoré[1130].

Les trois grandes catégories de contrats citées, ci-avant, que sont les marchés publics, les délégations de service public et les contrats globaux ne permettent plus de considérer dans son ensemble le droit de la commande publique et ne bénéficient plus d'une clarté d'identification nécessaire à assurer la sécurité juridique des contrats passés par les personnes publiques[1131]. Après une décennie marquée par la succession[1132] de textes concernant la matière contractuelle, il est remarquable de constater que, comme souvent, la jurisprudence intervient pour apporter les précisions nécessaires à certains vides laissés par les textes[1133]. De plus, l'actualité remet en lumière la nécessité de régler les questions de différence de conception que peuvent avoir les législations communautaires et françaises, la délégation de service

[1127] D. Linotte, « L'évolution récente des contrats de la commande publique », La Gazette du palais, 5, déc. 2009, n°339, p.2 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le choc de simplification et la commande publique », Contrats marchés publ., n°4, avril 2014, repère 4.

[1128] Conseil d'Etat, « De la sécurité juridique », Rapport public annuel, 1991, La Documentation française ; Déclaration du Président du Sénat, « Surabondance de lois nuit au citoyen », Libération, 18 janvier 2005 ; Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », Rapport public 2006, La Documentation française.

[1129] N. Symochowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., avril 2007, n°4, étude 4.

[1130] V. N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », préc.

[1131] Insécurité juridique d'autant plus gênante que les contrats passés, notamment des contrats globaux, sont d'une relative importance et, par conséquent, sont de nature à engager les personnes publiques sur de très longues périodes et pour des montants financiers extrêmement importants.

[1132] A partir de la création du Code des marchés publics avec la loi L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (JO n°288, 12 déc. 2001, p.19703, texte n° 1) jusqu'à la création des contrats de réalisation-entretient-maintenance et de conception-réalisation-entretient-maintenance du Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique (JO n°0197 du 26 août 2011 p. 14453, texte n° 17).

[1133] Les précisions apportées sur la notion même de complexité et d'urgence en matière de contrats de partenariat public-privé en étant l'exemple le plus concret et récent.

public en étant le symbole depuis un certain temps[1134]. Le droit communautaire a en effet, essayé, de simplifier au maximum le droit de la commande publique, les spécificités du droit français ont résisté. Pour autant le souci de clarification et de facilité d'accès poursuivi par les directives communautaires semble arriver à leur but avec les deux nouvelles directives « marchés publics » et « concessions »[1135] dont les impacts sur la typologie des contrats de la commande publique seront étudiés ci-après. La catégorie des contrats globaux n'échappe pour autant pas à cette nécessité de réorganisation de fond, d'autant qu'une telle démarche de clarification et, par conséquent, de sécurisation pourrait être de nature à en faciliter l'usage et donc à en encourager le recours.

[1134] A ce sujet, V. H.-G. Hubrecht et F. Melleray, « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique. Retour sur les contrats de service public », in Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Vol. 1, 2006, p. 809.

[1135] DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et DIRECTIVE 2014/25/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE ; V. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des directives marchés publics ? », Contrats et marchés publ., oct. 2013, n° 10, repère 9.

TROISIEME PARTIE

AVENIR DES CONTRATS GLOBAUX AU SEIN DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

« *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 ne sont pas les seuls qui permettent de confier à un cocontractant le financement, la conception, la construction, la gestion d'équipements publics ou de services publics. S'y ajoutent des contrats crées par d'autres textes : marchés d'entreprises de travaux publics, baux emphytéotiques, conventions de bail. Leurs différences n'empêchent pas des points communs. Tous mériteraient d'être rassemblés* »[1136]. Le Professeur Delvolvé illustre, par ses propos, les réflexions menées depuis des années par la doctrine et qui continuent de l'être particulièrement à l'heure actuelle. Par les praticiens, politiques et par le législateur à propos de la réforme à opérer du droit de la commande publique. S'il faut se féliciter de la diversité des contrats existant à la disposition des personnes publiques, qu'ils soient traditionnels au sens du Code des marchés publics ou dérogatoires, cela ne peut être sans inconvénients. Ici, le manque de lisibilité du domaine des contrats publics français, son instabilité normative et son insécurité juridique sont autant d'éléments qui nuisent à ce qui est pourtant considéré, à juste titre, comme un « *mode d'action publique et de production des normes* »[1137]. L'ensemble des normes afférentes au droit des contrats publics, appelé par la doctrine le « *droit de la commande publique* »[1138], de la jurisprudence et des positions doctrinales reflètent l'état de ce droit : complexe et incertain. Le domaine des contrats globaux, qui fut essentiellement transposé par le législateur après une période d'expérimentation née de « *l'ingénierie contractuelle* »[1139], met en exergue la difficulté que ressentent tant les observateurs que les acteurs de ce domaine à appréhender, avec la facilité nécessaire à la bonne exécution de la réalisation des ouvrages et des projets des personnes publiques. Les évolutions législatives en la matière ont été réalisées de telle sorte que chaque nouvelle réforme, emportant généralement la création d'un nouvel outil juridique, vient combler les défauts – voire les illégalités[1140] – constatés sur le contrat préexistant. Cette construction de la catégorie des contrats globaux de la commande publique, a été marquée par son empirisme et sa désorganisation[1141].

[1136] P. Delvolvé, « Les contrats globaux », RFDA 2004, p. 1079.

[1137] Conseil d'Etat, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », Rapport public annuel 2008, La Documentation française, 2008.

[1138] J.-D. Dreyfus et B. Basset, « Autour de la notion de "droit commun de la commande publique" », AJDA 2004, p. 2256 ; F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., mai 2005, n°5, étude 7.

[1139] N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », Ed. Le Moniteur, 2010, p. 14 et s.

[1140] Les Marchés d'Entreprise de Travaux Publics (METP) en étant le meilleur exemple, V. supra.

[1141] P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA 1994, numéro spécial, p. 43 ; V. N. Symchowitz, préc. ; P. Delvolvé, « Les contrats publics dans le désordre », RDCO, 2006, n°3, p. 951 ; Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP 2010, n° 2, p. 313 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », Contrats et marchés publ., 2005, n° 1, repère 1 ; N. Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariats », Contrats et marchés publ., déc. 2004, p. 8 ; F. Llorens et P. Soler-

La volonté d'apporter clarté et simplicité dans la « *boîte à outil* »[1142] contractuelle est un sujet qui a pris une place particulière dans la réflexion générale, l'arrivée des contrats de partenariat public-privé va marquer un tournant dans la préoccupation de clarification des catégories contractuelles de la commande publique. Ce cheminement intellectuel mené par nombre d'observateurs va certainement, voire paradoxalement, profiter de l'adoption des nouvelles directives « *marchés* »[1143] et « *concessions* »[1144] afin que le législateur et le gouvernement entreprennent une démarche globale et profonde à l'égard de l'ensemble de la réglementation actuelle concernant les contrats publics français.

La catégorie des contrats publics comporte une multitude d'instruments juridiques. Cette multitude ainsi que les frontières infimes pouvant exister entre certains types de contrats ne sont pas de nature à faciliter une utilisation optimale et sécurisée pour les personnes publiques, cela étant particulièrement vrai pour les contrats globaux de la commande publique. Ainsi, la principale question qui se pose est de savoir si la palette de contrats publics constitue un système efficace et satisfaisant. Il ne sera pas surprenant d'apporter, à cette interrogation, une réponse négative. L'actualité juridique et politique mettent en évidence que l'ensemble des parties concernées sont prêtes à démarrer une refonte du droit de la commande publique, cela devant nécessairement passer par une véritable clarification de la principale dichotomie devant exister afin que les différences entre les différentes types de contrats puissent être claires pour les acteurs publics et économiques en ayant une utilisation quotidienne.

Cette réforme de fond va évidemment être influencée par les nouvelles directives européennes[1145] tout en prenant en considération les particularités du droit français en matière de commande publique. Il semble naturel qu'une clarification permettant de scinder entre,

---

Couteaux, « La réforme permanente du droit des marchés publics : nouvel épisode », Contrats et marchés publ., 2011, n° 10, repère 9 ; Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », BJCP 2004, n° 36, p. 331.

[1142] Les Entretiens du Palais-Royal : Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public... Que choisir et comment choisir ? 16 décembre 2008, à l'Ecole Nationale d'Administration 2 avenue de l'Observatoire, 75006 PARIS

[1143] Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE.

[1144] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE 28 mars 2014, L 94/1.

[1145] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des directives marchés publics ? », Contrats et marchés publ., oct. 2013, n° 10, repère 9 ; J. Maïa, « Revisiter le droit français de la commande publique : pourquoi ? comment ? », CP-ACCP, mai 2014, n°143, p. 3 ; V. Dossier spécial « Les nouvelles directives "marchés" (1ère partie) », CP-ACCP, mai 2014, n°143, p. 22 et s ; C. Frackowiak et G. Delaloy, « Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions : quels changements pour le droit français de la commande publique ? », BJCP, mai-juin 2014, n°94, p. 155 et s.

d'une part, les contrats administratifs comprenant une opération simple d'achat de fourniture, de service et de travaux et, d'autre part, les contrats comprenant l'exercice d'une activité de service public. Cela fera écho aux dispositions portées par les nouvelles directives européennes mais devra évidemment prendre en considération la particularité des contrats globaux français qu'il faudra, pour être en adéquation avec le droit communautaire, faire artificiellement appartenir à l'une ou l'autre de ces deux catégories. Pour autant, il sera important de mettre de l'ordre au sein même de cette catégorie[1146] qui *de facto* continuera de constituer une « troisième voie » dans le paysage contractuel français.

La complexité et l'insécurité qui semblent être inhérentes aux contrats globaux, notamment aux contrats de partenariat public-privé, à l'heure actuelle justifient une réorganisation de fond de cette partie de la boîte à outils contractuelle française (chapitre 1). Cette entreprise ambitieuse ne saurait pour autant avoir de sens qu'à la condition qu'une grande mise à plat soit également faite pour l'ensemble du droit de la commande publique (chapitre 2). Prenant en considération les évolutions jurisprudentielles, les avis des personnes publiques ainsi que l'ensemble des textes existant, il apparaît inévitable qu'une refonte doive être opérée pour, éventuellement, déboucher sur un socle commun à l'ensemble de la commande publique, puisse t'il être un Code[1147]. L'adoption, lors de l'année 2014, des directives européennes a marqué une étape décisive dans cette démarche. Leur transposition en droit français, notamment par l'ordonnance , dont le projet est actuellement en cours d'élaboration[1148], qui devrait préconiser un certain nombre des modifications nécessaires envisagées précédemment.

[1146] S. d'Auzon, « En 2014, le pipeline des PPP devrait être réduit mais plus sécurisé et mieux hiérarchisé », LeMoniteur.fr, 17 janv. 2014 ; F. Bergère, « Il faudra peut être rebaptiser les partenariats public-privé », Mon. TP, 17 janv. 2014, p. 51.

[1147] F. Linditch, « Discours de M. Moscovici, vers un Code de la commande publique ? », Contrats et marchés publ., mai 2014, n° 5, alerte 24 ; J.-M. Pastor, « Le Gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », AJDA, 2014, p. 538 ; L. Richer, « Le Code de 2016 », AJDA 2014, p. 705N. Symchowitz, « Pour un Code de la commande publique », Contrats et marchés publ., avril 2007, étude 4, p. 7.

[1148] Projet d'ordonnance disponible sur le site de la DAJ de Bercy, préc.

Chapitre 1 – La nécessité d'une réorganisation de la catégorie des contrats globaux

La catégorie des contrats globaux s'ajoute à la traditionnelle *summa divisio* de la commande publique constituée par les marchés publics et les concessions. Des auteurs se sont demandé « *comment en est-on venu à créer des contrats globaux qui s'ajoutent aux contrats "classiques"* »[1149] afin d'engager une réflexion plus générale sur la nécessité, qui s'impose actuellement, de réorganiser de façon générale cette partie du droit. Le bon usage des deniers publics implique que l'acte par lequel les personnes publiques vont procéder à des achats de travaux, de fournitures, de services ou à la délégation de l'exercice d'un service public soit encadré par des règles de publicité et de mise en concurrence afin que cette démarche soit la plus optimale possible. Pour autant, la multiplication des catégories et des sous catégories de contrats ainsi que de la réglementation afférente a considérablement complexifié un paysage dans lequel les personnes publiques ne devraient pas être désorientées. Cette « *stratification* »[1150] du droit de la commande publique par la multiplication des contrats ne permet pas aux personnes publiques de disposer d'une carte claire afin de s'orienter au moment du choix d'une formule.

La notion de contrat global ainsi que la catégorie afférente ne sont pas des choses nouvelles dans l'environnement juridique français[1151], l'apparition de formules contractuelles différentes des traditionnels marchés publics et concessions a considérablement complexifié le droit depuis une trentaine d'années. Nés de la nécessité de faire face à des contraintes et du besoin de leur apporter des réponses adaptées, les premiers contrats globaux ont une origine pratique puisqu'ils ont pour origine ce qui peut être qualifié d'« ingénierie contractuelle » (dont le principal objectif était de réunir un financement pour la réalisation d'ouvrages publics dépassant les capacités des personnes publiques[1152]). Cette démarche pratique et expérimentale dans un premier temps fut reprise en partie par le législateur dès le début des années 1980[1153]

[1149] F. Lichère, in « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », LPA, 27 août 2010, n° 171, p. 9.

[1150] S. Nicinski, « Contrat public mode d'emploi », CP-ACCP, janv. 2008, n° 73, p. 3 ; V. Dossier spécial, « Choix du contrat : étude transversale », CP-ACCP, janv. 2008, n° 73, p. 24 et s.

[1151] V. N. Symchowitz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Ed. Le Moniteur, 2010, p. 14 et s.

[1152] V. G. Jestin, « Le financement de grands équipements collectifs », RFFP, 1988, n° 22, p. 141.

[1153] Les débuts législatifs des contrats globaux étant marqués par l'avènement du crédit-bail immobilier créé par la loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, JO du 16 juillet 1980, p. 1783 dont l'article 30 permettait de « *financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier, de crédit ou sous forme de location*

avant que s'ouvre une période de production intense de textes qui ont certes diversifié l'offre contractuelle au profit des personnes publiques tout en complexifiant de façon extrêmement significative le domaine de la commande publique[1154].

La catégorie des contrats globaux de la commande publique est aujourd'hui associée au contrat de partenariat public-privé, outil dont les qualités ne sont pas contestables mais dont le régime actuel, permettant une pratique parfois critiquable, justifie une ultime modification afin de redevenir une voie dérogatoire de la commande publique (section 1). Cette démarche devra ainsi être l'occasion d'une clarification de la catégorie des contrats globaux afin de leur donner une meilleure lisibilité (section 2), éventuellement en les unifiant autour du contrat de PPP dont le projet d'ordonnance, visant à transposer les directives européennes adoptées lors de l'année 2014, tend à les faire entrer dans la catégorie des marchés publics[1155]. La Direction des affaires juridiques de Bercy ayant lancé une concertation au mois de décembre 2014[1156], ses conclusions ainsi que l'arrêt du projet d'ordonnance devraient suivre cette piste[1157].

Section 1 – La clarification des contrats de partenariat public-privé au sein de la catégorie des contrats globaux

Le contrat de partenariat public-privé tels qu'issus de l'ordonnance n°2004-559[1158] du 17 juin 2004 se révèle être un seul contrat au sein de la catégorie des contrats globaux[1159] alors

---

simple, des installations ou des matériels destinés à économiser l'énergie, à développer les sources d'énergie de remplacement des hydrocarbures ou à promouvoir les utilisations du charbon ainsi que des terrains d'emprise de ces installations ou matériels ».

[1154] A ce propos, V. Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », BJCP, 2004, n° 36, p. 331, N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », préc. ; N. Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., déc. 2004, p. 8.

[1155] B. Rallu, « Transposition des directives marchés publics et création du Code de la commande publique : le chantier démarre ! », Gaz.comm., 20 juin 2014.

[1156] V. M.-C. de Montecler, « La transposition des directives Marchés sur les rails », AJDA 2014, préc. ; F. Linditch, « Mise en concertation du projet d'ordonnance relative aux marchés publics et projet de fiche d'impact », Contrats et marchés publ., n° 2, févr. 2015, alerte 8.

[1157] S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », RDI 2015, préc.

[1158] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[1159] La rédaction issue de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 le définissant, pour l'Etat, comme « *un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, 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* » et celle de l'article L. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales, pour ces dernières, comme « *un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, 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* ».

qu'il véhicule l'image d'un outil globalisant plusieurs autres types d'instruments juridiques préexistants par la multitude d'opérations qu'il permet de réaliser. De plus l'arrivée du contrat de PPP a été analysée par une partie de la doctrine comme superflue voire inutile au regard des dispositifs qui existaient préalablement et qui étaient, de manière générale, bien connus et maîtrisés par les personnes publiques[1160]. Pour autant, cette formule contractuelle est née et a vécu depuis une décennie. Cette existence révèle un paradoxe particulièrement intéressant en ce qu'elle vient ajouter une strate de plus à « *une collection de catégories juridiques, dont la cohérence ne va pas de soi* »[1161] tout en apparaissant, *a posteriori*, comme le déclencheur d'une réorganisation d'une partie particulière des contrats publics que sont les contrats globaux de la commande publique. Avant d'envisager la très ambitieuse et profonde refonte de la typologie générale des contrats de la commande publique, sous l'influence des deux nouvelles directives « marchés »[1162] et « concessions »[1163] bientôt transposées en droit français, il est nécessaire de s'attacher à la façon dont le contrat de partenariat public-privé actuel doit être réformé (paragraphe 1) afin d'être le fer de lance d'une catégorie des contrats globaux de qui sera, non pas simplifiée en terme de qualité d'offre contractuelle mais, réunifiée autour d'un modèle permettant une action contractuelle optimale (paragraphe 2).

Paragraphe 1. De la nécessaire clarification de la notion de contrat de partenariat public-privé

La notion de « partenariat » a pris une place particulière dans l'activité contractuelle de l'Administration ces dernières années. Habituée à un rôle de commande face à un opérateur privé se limitant à exécuter une mission de réalisation de travaux, de fourniture ou de service ; la place prise par les contrats de partenariat public-privé (marquant une unification *de facto* de la catégorie des marchés globaux) a opéré un changement à la fois de pratique et de logique, élevant l'entrepreneur privé à un grade qui pourrait presque être

[1160] V. P. Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI, nov.-déc. 2003, p. 481 et s. ; Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé, étude historique et critique », BJCP 2004, n°36, p. 331 ; A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », AJDA, 27 sept. 2004, p. 1746 ; N. Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., déc. 2004, p. 8 ; F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., mai 2005, p. 12.

[1161] A. Ménéménis, « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatif et bons usages », LPA, 27 août 2010, n°171, p.9.

[1162] Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

[1163] Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE.

qualifié de collaborateur en lieu et place d'exécutant ou de titulaire d'un marché[1164]. Malgré cela, la première décennie de pratique des contrats de partenariat public-privé a montré à la fois les aspects positifs d'un outil contractuel se voulant être novateur et offrant plus de souplesse aux collectivités publiques tout en mettant en évidence les failles de leur utilisation. Les leçons tirées d'une décennie de pratique des contrats de partenariat public-privé ont mis en évidence le juste équilibre qu'il faut retrouver entre l'euphorie de leurs débuts et le pessimisme probablement excessif existant actuellement à leur endroit (I). D'autant qu'une utilisation raisonnée de cet outil contractuel démontre que son maintien en vie, au sein des contrats de la commande publique, relève de l'évidence (II) et qu'il n'est nul besoin de le sacrifier pour procéder à une réorganisation de la catégorie des contrats globaux. Pour autant, les changements nécessaires à cette démarche devront obligatoirement passer par une réforme de fond de cet instrument si particulier (III).

I. Contrat de partenariat public-privé, entre euphorie des débuts et leçons de l'expérience

Les contrats de partenariat public-privé sont nés d'une volonté de simplifier le droit[1165], ce qui peut paraître paradoxal en ce que cette réforme est venue instituer une nouvelle strate au mille-feuilles contractuel existant. Pourtant, de grandes ambitions étaient entretenues pour cet outil voulu à la fois novateur et affranchi des contraintes juridiques empêchant jusque là des réalisations nécessaires à la bonne exécution des missions de service public. Le premier bilan à tirer est juridique, après la réforme opérée par la loi du 28 juillet 2008, le recours au contrat de partenariat, son élaboration, son exécution sont ils devenus optimaux ? Ce contrat qui a vocation à devenir un pilier de la commande publique connaît pourtant des débuts mitigés (A) qui ne doivent pour autant pas le condamner de façon définitive (B).

[1164] Le Conseil d'Etat précisant dans son rapport annuel de l'année 2008 que « *la contractualisation correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l'action politique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité* » ; V. Conseil d'Etat, « Le contrat : mode d'action publique et de production des normes », Rapport public annuel, 2008, EDCE, p. 15.

[1165] L. n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JORF n°152, 3 juill. 2003, p. 11192, texte n° 2 ; Pour les partenariats public-privé, V. art. 6 de cette loi.

A. Le bilan mitigé des premiers pas du contrat de partenariat public-privé

Les contrats de partenariat public-privé à peine créés par l'ordonnance du 17 juin 2004, des interrogations quant à la nécessité de leur émergence se posaient déjà[1166]. Nous l'avons dit, différentes raisons, insuffisances pouvaient être autant de justifications à leur création. Malgré cela, l'émergence de ce nouvel outil contractuel a t'il permis de mettre de l'ordre dans les catégorie des contrats administratifs ? La réponse est évidemment négative, même après les réformes, s'apparentant plus à des opérations de relance[1167] des contrats de partenariat, de 2008 et de 2009.

Il pourra nous être opposé que la création de ces contrats avait seulement pour but de débrider l'action de l'Administration afin que le développement des infrastructures et autres opérations indispensables à la bonne exécution des missions de service public puisse se faire sans être bloqué par des questions juridiques pouvant apparaître anachroniques[1168]. Chose à laquelle il pourra être répondu que les contrats de partenariat ne sont que la face visible de l'iceberg que doit être la question générale des contrats, notamment globaux, de la commande publique.

Au delà des questions d'accès au contrat, de son élaboration et de son exécution notamment ; des points qui auront, d'une certaine façon, marqués le faux départ des contrats de partenariat ; les critiques que nous retrouvons à leur endroit sont les mêmes que celles dont faisaient l'objet les Marchés d'Entreprise de Travaux Publics (METP). Sans en faire une liste approfondie, les contrats de partenariat sont envisagés avec interrogations, parfois inquiétudes par les acteurs publics, notamment de taille moyenne, en ce que leur complexité de pratique, au delà de leur complexité structurelle, laisse envisager qu'une collectivité puisse perdre le contrôle dans l'exécution et être noyée sous une procédure administrative inextricable. De plus, le contrat de partenariat est vu, notamment par ses détracteurs, comme un moyen de dissimuler un endettement ou de créer un endettement indirect plus important qu'un emprunt réalisé traditionnellement et n'apparaissant pas dans les comptes de la collectivité[1169].

[1166] J-F. Auby, « Le cas des contrats de partenariat, ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ? », RFDA, nov.-déc. 2004, p. 1095.

[1167] F. Olivier, « Le contrat de partenariat, vecteur de relance », Contrats et marchés publ., n°3, mars 2009, étude 3.

[1168] V. G. Le Chatelier, « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », CP-ACCP, n°73, janv. 2008, p.40.

[1169] V. P. Lignières, « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat », In Mélanges Guibal, T.2, p. 575 et s.

Le recours aux contrats de partenariat a été progressivement, à la fois, assoupli, encadré, en bref redessiné pour apparaître abordable pour les collectivités territoriales notamment et en particulier. La Mission d'Appui aux Partenariats public-privé[1170] a pris la pleine mesure de son rôle à cette occasion. Cet organisme devant accompagner, tant l'Etat que les collectivités territoriales dans l'élaboration et l'exécution de leurs contrats de partenariat public-privé, a un rôle de conseil à la fois juridique et économique notamment, pouvant parfois combler le manque d'expertise des collectivités en la matière, particulièrement en raison de leur taille. La MAPPP joue alors un rôle important, notamment en raison du fait que l'Etat a l'obligation de la saisir pour avis avant de conclure un contrat de partenariat[1171]. La chose peut sembler paradoxale puisque l'Etat est dans l'obligation de passer par cette étape afin que la MAPPP rende un avis sur le « bilan avantageux », notamment, de l'opération alors que ce passage demeure facultatif pour les collectivités territoriales. Bien que la vigilance soit de mise dans la réflexion que mènent les collectivités territoriales dans l'élaboration de leurs projets, le contrat de partenariat conserve une attractivité certaine dans une période où les ressources publiques se font de plus en plus rares.

Les contrats de partenariat public-privé essuient néanmoins de nombreuses critiques de la part d'acteurs comme d'observateurs de la commande publique. L'analyse de la Cour des comptes réalisée en 2011 au sujet des contrats de partenariat public-privé pénitentiaires semble déjà assez sévère[1172], relevant notamment le manque de visibilité à long terme ainsi que des coûts significativement plus élevés, et posant ainsi la question de la « soutenabilité » de ces contrats et du danger de retrouver une Administration captive à long terme[1173]. Il faut néanmoins reconnaître que le recul nécessaire afin d'analyser les « retours d'expérience » de l'utilisation et des effets de l'exécution de ces contrats est encore mince et qu'il faudra encore attendre afin de pouvoir tirer des conclusions objectives. C'est précisément ce que souligne la Chambre régionale des comptes Centre Limousin dans son rapport concernant la gestion du département du Loiret[1174]. De ces échanges entre la chambre régionale des comptes et le

---

[1170] Organisme chargé d'accompagner les acteurs publics souhaitant avoir recours à de tels contrats, créé par le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, JO n°246 du 21 octobre 2004 p. 17821, texte n° 19.

[1171] V. Art. 48 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

[1172] Cour des comptes, Les partenariats public-privé pénitentiaires, Communication à la commission des finances de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, octobre 2011.

[1173] C. Conrad et D. Dessus, « Les PPP ? Une bombe à retardement ! », Le Moniteur – Point de vue, 4 mars 2013.

[1174] V. Rapport d'observations définitives arrêtées par la chambre régionale des comptes du Centre, Limousin, sur la gestion du département du Loiret, séance du 6 juin 2013 ; Voir également la réponse apportée à ces observations par le département du Loiret, 24 juillet 2013.

département en cause, nous pouvons retenir que les contrats de partenariat ainsi que leur utilisation doivent faire l'objet de beaucoup d'attention et de prudence, pour autant le recul manque encore pour analyser véritablement les effets[1175].

Les contrats de partenariat public-privé font aujourd'hui l'objet, tour à tour, d'enthousiasme ou de scepticisme mais demeurent néanmoins un outil d'actualité dont le succès ne cesse de se confirmer. La question de la compatibilité générale aux projets de l'ensemble des collectivités, importantes comme modestes, reste néanmoins en suspens. Elle se règlera probablement par la pratique et surtout par l'expérience acquise de certains acteurs publics. Ces contrats demeurent aujourd'hui un élément central dans le développement des infrastructures publiques, c'est en ce sens que leur avenir semble être dégagé, bien qu'il ne faille pas pêcher par excès.

B . La nécessité de confirmer l'intérêt de ce contrat global

Les contrats de partenariat public-privé font l'objet de beaucoup d'attention aujourd'hui, tant de part l'engouement qu'ils suscitent que des inquiétudes qu'ils causent. Pour autant, nous l'avons dit, l'expérience ne permet pas encore de tirer les véritables leçons de l'utilisation de ce nouvel outil. Malgré cela, de nombreuses perspectives demeurent et la question de la pertinence de l'utilisation des contrats de partenariat reste entière, tant à l'échelle de l'Etat et des grandes collectivités territoriales d'une part, que des collectivités plus modestes d'autre part.

Les partenariats public-privé doivent donc confirmer leur place au sein d'une palette contractuelle déjà bien fournie et dont, parfois, la simplicité d'approche (due notamment à l'ancienneté des procédés) peut constituer un élément de concurrence non négligeable. Pour autant, ce contrat global peut tout à fait être utilisé dans l'ensemble des domaines dans lesquels ont été et sont toujours utilisés d'autres contrats. Il peut tout à fait en être ainsi pour le secteur de l'électricité[1176], de l'eau, du gaz, de la réalisation et de l'exploitation

---

[1175] Ce qui souligne la chambre régionale des comptes dans son rapport en précisant que « *il convient de souligner que ni le département, ni la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPP) qui conseille l'Etat en matière de contrats de PPP, ni la Chambre, ne disposent de recul suffisant pour permettre de comparer les coûts de fonctionnement générés par l'exploitation d'infrastructure, de collèges notamment.* […] *Faute d'un recul suffisant, la question de la comparaison des coûts de fonctionnement entre la formule « PPP » et la formule « MOP » reste donc ouverte*. »

[1176] Y.-R Guillou et J.-M Glatt, « Eclairage public et contrats de partenariat », CP-ACCP, oct. 2008, n°81, p.68.

d'infrastructures autoroutières, du transport – notamment ferroviaire[1177] – et ne pas se limiter aux secteurs hospitalier, pénitentiaire ou de défense.

Dès-lors, le contrat de partenariat se retrouve directement en concurrence avec des modes de gestion dont l'utilisation pourrait se révéler tout à fait pertinente en vue de la réalisation d'un projet bien précis. C'est dans ce contexte que la pertinence de l'utilisation d'un contrat de partenariat public-privé prend tout son sens. La question se posant étant de savoir quel est le meilleur moyen d'assurer le bon fonctionnement d'un service public. La globalité de l'opération peut être tout aussi efficace que la segmentation de la démarche via la succession de marchés publics notamment, voire de délégations de service public. Ainsi, il ne faudrait pas que les partenariats soient simplement un moyen de palier à un manque de capacité financière des collectivités, notamment dans un contexte économique et budgétaire difficile[1178].

Sachant que la personne publique n'est jamais contrainte, pour une opération donnée, dans le choix de son mode de gestion (déléguée ou retenue) ainsi que par le choix du contrat découlant du mode de gestion déterminé. Les arbitrages effectués en vue d'une telle prise de décision se basent sur des considérations d'ordre financières, techniques, d'efficacité voire même politiques. Ainsi, pour reprendre les propos d'Alain Ménéménis[1179], il faut partir du postulat que le client, qu'est le service public, dispose d'un certains nombre de contrats afin de mener à bien ses missions. La question est donc de savoir si cette « palette » est aujourd'hui lisible et facile d'utilisation afin de pouvoir répondre aux « *préoccupations des politiques publiques* » puisque « *il faudra par exemple mesurer si ces contrats fournissent des instruments équilibrés et suffisamment plastiques pour permettre au service public de ne pas être excessivement contraint par ce à quoi il s'est engagé avec un cocontractant* »[1180].

Au delà des contrats de partenariat, la simplicité et l'efficacité sont deux choses de plus en plus recherchées dans le domaine de la commande publique, notamment et en particulier dans la catégorie des contrats globaux. C'est sur ce point que l'arrivée des contrats de partenariat public-privé est un échec. Leur naissance émane d'un texte portant

---

[1177] C. Salque, « Les contrats de partenariat public-privé (PPP) : une innovation pour financer les projets ferroviaires ? », Contrats et marchés publ., fév. 2007, p.7.

[1178] X. Beszançon, « Le PPP, véritable instrument de relance économique ? », CP-ACCP, n°89, juin 2009, p. 34.

[1179] A. Ménéménis, « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », LPA, 27 août 2010, n°171, p.9.

[1180] Idem.

« simplification du droit », nous avons vu que les textes successifs[1181] depuis l'ordonnance du 17 juin 2004 n'ont pas été de nature à donner cette impression tant aux collectivités territoriales qu'aux opérateurs économiques.

II. L'inévitable maintien de la formule contractuelle

« *Le partenariat public-privé est-il un simple phénomène de mode* […] *ou constitue-t-il une réponse véritablement adéquate aux problèmes posés par le financement, la réalisation et la gestion des grands équipements publics* »[1182] ? A cette question posée il y a plus d'une décennie, une réponse semble encore aujourd'hui difficile à apporter. L'expérience a montré que l'avènement de ce contrat, bien que loin de constituer une révolution[1183], pouvait engendrer de bons résultats comme de mauvais[1184]. Au delà des opportunités offertes, pendant un temps[1185], de différer le paiement d'équipements pour les personnes publiques et de la facilité de recours ouverte par la réforme du contrat de PPP opérée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008[1186], la formule a fait l'objet de beaucoup d'attention, de commentaires et de critiques. Pour autant cette troisième catégorie de contrats, au sens français du terme, doit être maintenue, quitte à entrer dans l'une des deux grandes catégories contractuelles communautaires[1187]. Le phénomène de contractualisation a pris une place majeure dans l'action publique depuis que la fin du vingtième siècle, son développement empirique a donné des résultats parfois brouillons[1188]. La « *contractualisation* »[1189] a fait pénétrer la négociation et, au sens large, un véritable esprit de partenariat entre l'entrepreneur privé et la personne publique. Cela n'a pas vocation à remettre en cause l'autorité de la personne publique, dans

---

[1181] Nous retiendrons notamment la loi du 28 juillet 2008, ses trois décrets d'application du 2 mars 2009: n°2009-242, n°2009-243 et ,n°2009-244 ; V. P. Novat et A.Guimet : « Contrats de partenariat : vers une normalisation au sein de la commande publique ? », CP-ACCP, n°89, juin 2009, p. 44 ; V. également, S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », RDI 2015, préc.

[1182] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « L'irrésistible ascension du partenariat public-privé », Contrats et marchés publ., n° 11, nov. 2002, repère 10.

[1183] V. Notamment, P. Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI, 2003, p. 481.

[1184] V. supra.

[1185] L'intégration du montant du contrat de partenariat public-privé étant comptabilisé au passif des collectivités territoriales ayant véritablement freiné le recours à ce type de formule contractuelle. V. Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif, JO. 23 déc. 2010, p. 22566, texte n°29 ; Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 52 des départements et de leurs établissements publics administratifs, JORF n°0297 du 23 décembre 2010, p. 22572, texte n° 34 ; Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 71 des régions, JORF n°0297 du 23 décembre 2010, p. 22569, texte n° 31.

[1186] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n°0175, 29 juillet 2008, p. 12144.

[1187] Ce qui devrait être le cas à la lecture du projet d'ordonnance relative aux marchés publics, cf infra.

[1188] V. N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », Ed. Le Moniteur, 2010, préc.

[1189] V. Conseil d'Etat, « Le contrat : mode d'action publique et de production des normes », Rapport public annuel, 2008, EDCE, préc ; L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA, 2003, p. 973.

un pays dont la culture de l'Etat central est encore bien présente (le Professeur Gaudemet rappelant que « *jusqu'au milieu du XIX^e siècle, le Conseil d'Etat considère les marchés comme des actes de puissance publique dont le cahier des charges est conçu comme un règlement* »[1190]), tout en opérant un véritable changement de logique relationnelle[1191].

Ce phénomène de contractualisation doit permettre aux personnes publiques d'externaliser leur action de manière segmentée ou globale, se traduisant par la construction d'ouvrages, leur entretien ou la gestion d'un service public, par le prisme d'une « *boîte à outils* »[1192] efficace. Cette recherche d'optimisation de l'action contractuelle ne doit pas engendrer nécessairement de faire table rase de l'ensemble de l'existant, ce qui comprend inévitablement la notion de partenariat public-privé au delà même de l'édifice du contrat lui même tel qu'il existe aujourd'hui[1193]. L'avènement du contrat de PPP est venu répondre à un besoin lui-même tiré de la disparition du Marché d'entreprise de travaux publics (METP). Dès lors, que la formule ne soit pas pleinement satisfaisante à l'heure actuelle est un élément admis par l'ensemble des acteurs et du monde juridique. Pour autant la philosophie opérationnelle qu'il véhicule est devenue une nécessité dans un environnement réglementaire et législatif, notamment, devenu trop rigoureux et ne permettant pas d'envisager des opérations de grande ampleur justifiant de façon intrinsèque une démarche globale. Cela fait longtemps qu'une partie de la doctrine dénonce, à raison, un « *droit des contrats publics en miettes* »[1194], en ce qu'il est extrêmement varié et confus. Il n'est pour autant pas utile, dans une logique de remise à plat de fond du droit des contrats de partenariat public-privé en particulier, des contrats globaux également et du droit de la commande publique de façon plus générale, de balayer les miettes du droit actuel afin de repartir sur des bases qui seraient faussement neuves puisque reprenant nécessairement une partie de l'existant pour le remettre à jour.

Cette logique générale s'applique évidemment au contrat de PPP, il a été constaté que l'outil lui-même, s'il est utilisé à mauvais escient, peut conduire à une catastrophe économique et budgétaire locale comme nationale. Malgré cet état de fait, cette formule

---

[1190] Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP, 1er mars 2010, n° 2, p. 313.

[1191] G. J. Guglielmi, « Contrat et globalisation », Actes du colloque Les mutations des contrats publics, Université de Tunis-El Manar, Tunisie, 12 et 13 mars 2009.

[1192] Les Entretiens du Palais-Royal, « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir », 16 déc. 2008, ENA, Paris.

[1193] D. Linotte, « L'évolution récente des contrats de la commande publique », La Gazette du Palais, 5 déc. 2009, n° 339, p. 2.

[1194] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », Contrats et marchés publ., janv. 2005, n°1 repère 1.

contractuelle globale prouve toute son adéquation aux préoccupations actuelles quand il y est recouru de façon objectivement juste. Le dernier grand exemple en date étant la validation, par la Cour administrative d'appel de Paris à propos de la réalisation du nouveau Palais de justice de Paris[1195]. Cette affaire montre bien la particulière vigilance, qui s'est accrue au fil des décisions qu'il a eu à rendre à l'endroit de la pertinence de l'utilisation des contrats de PPP[1196], du juge ainsi que l'évaluation rigoureuse faite des critères de l'urgence et de la complexité du projet. Ce type de contrat global, appelé contrat de partenariat public-privé aujourd'hui, a vocation à continuer d'exister. Pour autant, la logique d'efficacité et de démarche globale ayant justifié son existence, cela pousse nécessairement à envisager de le réformer une ultime fois, en particulier dans un contexte propice à une refonte générale et tout aussi nécessaire du droit de la commande publique. Une refonte qui devra être simplificatrice sans pour autant donner un résultat simpliste.

III. L'obligation de réformer la notion de partenariat public-privé: les apports du projet d'ordonnance relative au marchés publics

La notion même de contrat de partenariat public-privé nécessite d'être, à défaut de redéfinie, recentrée en particulier sur la forme. En effet, le concept de partenariat public-privé comprend un certain nombre de mécanismes à la fois contractuels et institutionnels qui ne sont pas de nature à constituer la clarté nécessaire à un usage facilité de ces outils. La récente initiative parlementaire consistant en l'introduction en droit français du mécanisme communautaire dit du « *partenariat public-privé institutionnalisé* »[1197] (PPPI), qui pourtant

---

[1195] CAA Paris, « Association la justice dans la Cité, M. Bourayne », 3 avril 2014, n° 12PA02766, 13PA02769, 13PA2770 ; « Le partenariat public-privé conclu pour la réalisation du futur palais de justice de Paris est légal », AJDA 2014, p. 1322, Concl. O. Rousset ; L. Cuzzi et T. Sermot, « Validation du recours au contrat de partenariat pour le nouveau Palais de justice de Paris », CP-ACCP, sept. 2014, n° 146, p. 68.

[1196] A ce sujet, V. P. Delelis, « Partenariats public-privé, 10 ans de jurisprudence », septembre 2014, Ed. Anne Rideau éditions.

[1197] V. Prop. L. n° 78, D. Raoul, tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat, 16 oct. 2013 ; Prop. L. n°80, A. Lefèvre, tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat, 16 oct. 2013 ; Prop. L. Sénat. N°81, J.-L. Dupont tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat, 16 oct. 2013 ; Prop. L. AN n° 1484, P. Vigier, tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat, 23 oct. 2013 ; Prop. L. AN n° 1487, J.-P. Sermier, tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat, 23 oct. 2013 ; Prop. L. AN n° 1521, E. Binet, tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat, 6 nov.. 2013 ; A propos des partenariats public-privé institutionnalisés, V. notamment, L. Rapp, N. Symchowitz, P. Terneyre, « Droit public des affaires », préc., p. 1375 et s. ; S. Brameret, « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé institutionnalisé à la française ? », JCP A, 2 déc. 2013, n° 49, étude 2347 ; S. Braconnier et J.-B. Morel, « La société mono-contrat en matière de délégations de service public et de contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., mai 2008, p. 9; F. Llorens et P.-Soler Couteaux, « Les nouvelles perspectives du partenariat public-privé institutionnalisé », Contrats et marchés publ., mars 2008, p. 1 ; R. Noguellou, « La Commission européenne et les partenariats publics-privé institutionnalisés », Drt. Adm., avril 2008, p. 3.

semblait vouée à l'échec[1198], en témoigne. Il est remarquable de noter la volonté parlementaire de fournir aux collectivités territoriales un instrument supplémentaire et se différenciant de la société d'économie mixte[1199]. Pour autant, la notion même de partenariat public-privé tendrait à se subdiviser entre une partie institutionnelle et une partie contractuelle. Bien que certains commentateurs proclament que « *Le PPP est mort* »[1200] suite à l'adoption de la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014[1201], il n'est pas certain que le paysage institutionnel des établissements publics industriels et commerciaux soit cohérent et d'une lisibilité attractive pour les personnes publiques. Malgré le fait que ce phénomène ne prenne pas une place centrale dans la réflexion menée, il demeure probable que ce domaine doive également gagner en clarté afin, éventuellement, de voir le partenariat se recentrer sur un aspect principalement contractuel. La refonte appelée de la part de nombreux observateurs à l'égard du droit de la commande publique se retrouve également à l'endroit de la multitude de d'outils institutionnels existant puisque « *le paysage institutionnel de l'action publique locale, s'étoffe, au risque de perdre toute cohérence et lisibilité pour les acteurs locaux, publics ou privés* »[1202]. La création récente des sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) marque la fin de la phase d'introduction des PPPI en droit français est vu comme un tournant dans l'action partenariale des collectivités territoriales : l'aspect institutionnel devant renforcer la stabilité et l'équilibre des relations.

Là encore, la constitution de SEMOP ne devrait pas être un phénomène de grande ampleur tant cet outil semble circonscrit à un des opérations bien particulières comme peuvent l'être des sociétés d'économies mixtes chargées de la gestion de sites touristiques par exemple. De l'exception qu'elles constitueront doit néanmoins exister un principe partenarial dont la majeure partie a vocation à être contractuel. Pour autant, la volonté de simplifier le droit de la commande publique demeure un élément majeur des réformes à venir, sous l'impulsion des nouvelles directives européennes. Cela sera l'occasion d'apporter des clarifications sur la nature de certains outils contractuels et de certaines catégories (dont les deux principales que sont les marchés publics et les concessions au sens communautaire ont vocation à être plus que jamais renforcées). Ainsi le contrat de partenariat public-privé est

---

[1198] H. Hoepffner, « L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés. A propos de l'avis de la section administrative du Conseil d'Etat n° 383264 du 1er décembre 2009 », Contrats et marchés publ., 2010, étude 11.

[1199] V. CE, avis, n° 383264, 1er déc. 2009, EDCE, 2010, p. 353 et s.

[1200] O. Laffitte, « Le PPP est mort, vive le PPP ! », CP-ACCP, n° 146, sept. 2014, p. 3.

[1201] L. n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, JO n°0151 du 2 juillet 2014, p. 10897, texte n° 3.

[1202] H. . Hoepffner, préc.

appelé à nécessairement évoluer, notamment de façon intrinsèque afin de faciliter à la fois son usage lorsque cela se justifie et, de fait, apporter son aide à la mise en ordre des contrats de la commande publique.

Le projet d'ordonnance relative aux marchés publics[1203] va clore les hypothèses diverses ainsi que les prévisions qui pouvaient être faites concernant la catégorisation future des contrats de partenariat public-privé. En effet, la simple lecture de la deuxième partie du projet d'ordonnance précise la nature nouvelle, du moins précise, des contrats de partenariat puisque s'intitulant « *dispositions spécifiques aux marchés de partenariat* »[1204]. Cet élément ne va pas bouleverser le droit de la commande publique tant cette clarification[1205] était souhaitée et attendue[1206] (a plus forte raison que les contrats de PPP étaient déjà considérés comme des marchés publics par le droit européen[1207]). Ainsi le droit européen va introduire un brin de simplicité dans les multiples catégories existantes en droit français. Le projet d'ordonnance prévoit ce statut de marché public aux contrats de PPP, ce qui est d'ores et déjà une source de clarté, ce qui est d'autant plus satisfaisant puisqu'il va également en préciser les conditions permettant son utilisation (et ainsi la sécuriser).

Paragraphe 2. La nécessité de clarifier l'utilisation du contrat de partenariat public-privé

Le contrat de partenariat public-privé semble arrivé à la fin d'un cycle par le constat très mitigé de ce qu'il est et de la façon dont il a été utilisé majoritairement jusqu'à présent. Le droit des contrats publics et l'empilement des instruments juridiques qu'il englobe semble également être arrivé à bout de souffle. Les deux nouvelles directives européennes du 26 février 2014 devraient apporter les modifications nécessaires à ce dernier, pour autant le contrat de partenariat doit faire sa révolution avant d'être intégré dans ce mouvement plus général de refonte de la commande publique française. S'il a marqué les esprits par le changement et la nouveauté qu'il a insufflés dans ce milieu, il doit pour autant connaître des

[1203] Projet d'ordonnance de transposition des directives européennes relatives aux marchés publics et aux concessions adoptées en 2014, préc.

[1204] Projet d'ordonnance relative aux marchés publics, deuxième partie, p. 23.

[1205] Projet d'ordonnance préc., art. 59-I : « Un marché de partenariat est un marché qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale […] ».

[1206] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle) la réforme des directives marchés publics ? », Contrats et marchés publ., n° 10, oct. 2013, repère 9 ; V. en ce sens également, S. Braconnier, RDI 2015, préc.

[1207] CE, 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, préc.

transformations significatives afin de redevenir un outil véritablement dérogatoire et, par conséquent, redorer son image. Ces modifications doivent être à la fois intrinsèques, en particulier concernant les conditions de recours dont l'objective satisfaction prouve la pertinence de son utilisation (I). Le fond pouvant conditionner la forme, c'est également un réel changement de vision que devront en retirer les acteurs du secteur afin qu'une véritable « *doctrine du recours aux contrats de partenariat* »[1208] permette d'en sécuriser et d'en justifier l'utilisation (II).

I. Une clarification nécessaire des conditions de recours au contrat de partenariat public-privé

Dès l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[1209], le contrat de partenariat devait rester circonscrit au rang de contrat d'exception dans la commande publique dont les personnes publiques auraient eu un usage conditionné, outre par la satisfaction des critères de recours, par l'impossibilité de réaliser un projet par le biais d'une autre formule contractuelle. Depuis, la pratique parfois encouragée par l'Etat, parfois exagérée par les collectivités territoriales, a montré les limites du système. En effet, de l'image de moyen de faire supporter l'endettement d'un projet public à une personne privée jusqu'à l'assouplissement des critères d'utilisations issu de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[1210], l'utilisation des contrats de partenariat public-privé a montré ses limites et nécessite, dans le cadre d'une refonte de la commande publique, d'apporter un certain nombre de précisions dans leur structure. Cette nécessité est relevée par plusieurs auteurs depuis un certain temps[1211] et a été mise en exergue par le rapport sénatorial rendu public le 14 juillet 2014[1212].

[1208] Sénat, Rapport n° 733, session extraordinaire 2013-2014, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les partenariats publics-privés, par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, 16 juill. 2014, p. 43.

[1209] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[1210] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n°0175, 29 juillet 2008, p. 12144

[1211] V. notam. F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., mai 2005, étude 7 ; J.-D. Dreyfus et B. Basset, « Autour de la notion de "droit commun de la commande publique" », AJDA 2004, p. 2256 ; D. Linotte, « L'évolution récente des contrats de la commande publique », Gaz. Pal., 5 déc. 2009, n° 339, p. 2 ; J.-B. Vila, « De l'urgence et de la complexité à repenser la réforme relative aux partenariats public-privé », JCP. éd. ACT, n° 28, 6 juill. 2009, p. 30 et s. ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le choc de simplification et la commande publique », Contrats et marchés publ., n°4, avril 2014, repère 4.

[1212] Sénat, Rapport n° 733, session extraordinaire 2013-2014, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les partenariats publics-privés, par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, 16 juill. 2014.

Des différentes observations qui ont pu être faites à l'endroit des contrats de partenariat public-privé[1213], toutes convergent vers un socle minimum de changements importants à apporter à leur régime. Le contrat de PPP doit redevenir un contrat dérogatoire, non pas qu'il ait jamais cessé de l'être mais de nombreux exemples, de jurisprudence comme de démarches partenariales stoppées en cours d'élaboration ou encore résiliées en cours d'exécution l'on montré. La réforme opérée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 a élargi et assoupli les conditions de recours, offrant ainsi de plus grandes facilités aux personnes publiques d'utiliser cet instrument contractuel de façon parfois inadéquate. L'augmentation du nombre de contrats signés a pourtant été freiné par l'intégration dans la dette des collectivités locales, du montant total du contrat[1214]. Pour autant, cette régulation *de facto* ne saurait donner satisfaction au maintien de la réglementation en vigueur.

Ainsi les deux premières réformes à opérer doivent concerner les critères de recours au contrat de PPP, en particulier celui de la complexité ainsi que de l'urgence (dont la mauvaise appréciation faite en amont par les personnes publiques devient le principal sujet de contentieux devant les juridictions administratives[1215]) comme le précisent MM. Les sénateurs Sueur et Portelli dans leur rapport intitulé « *Les contrats de partenariat : une bombe à retardement ?* »[1216].

En effet le critère de la **complexité** a été trop souvent utilisé et validé par la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) non pas en fonction de la véritable difficulté issue de la complexité intrinsèque du projet mais d'une difficulté particulière qui en serait constitutive. Les dernières interventions du juge ont apporté des précisions rigoureuses sur le sujet, la Cour administrative d'appel de Bordeaux précisant que « *ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis de la mission d'appui au partenariat public-privé ne sauraient constituer, devant le juge, la preuve de la complexité invoquée ; que la possibilité ouverte à la collectivité publique par l'article L. 1414-13 de ne confier à son cocontractant qu'une partie de la conception de l'ouvrage ne saurait la dispenser de justifier de son incapacité à mener à son terme la part de l'ouvrage réalisée en partenariat, du fait de sa*

[1213] Cf. Supra

[1214] V. Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif, JO. 23 déc. 2010, p. 22566, texte n°29 ; Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 52 des départements et de leurs établissements publics administratifs, JORF n°0297 du 23 décembre 2010, p. 22572, texte n° 34 ; Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 71 des régions, JORF n°0297 du 23 décembre 2010, p. 22569, texte n° 31.

[1215] V. P. Delelis, « Partenariats public-privé, 10 ans de jurisprudence », septembre 2014, Ed. Anne Rideau éditions, préc.

[1216] préc.

complexité »[1217]. Pour autant la position n'est pas automatiquement hostile à l'analyse de ce critère puisque le juge reconnaît son existence après une analyse néanmoins fine, telle que l'illustre le récent arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris sur l'affaire dite du « *Tribunal des Batignolles* »[1218] en opérant toute une démonstration tendant à reconnaître le bien fondé de l'utilisation de la complexité[1219]. Dès lors que la complexité ne saurait être satisfaite du simple fait de la difficulté particulière née d'un projet, par comparaison avec les autres outils contractuels, la substance de ce critère doit être porté, comme le souligne le rapport sénatorial de l'été 2014, sur l'appréciation de la complexité propre au projet porté par les personnes publiques. La complexité technique, financière, fonctionnelle ou encore contractuelle ayant déjà montré ses limites, c'est celle véritablement intrinsèque à l'ouvrage ou au projet dans son ensemble qui doit servir de justification au recours au contrat de PPP. Les sénateurs, dans leur rapport d'information, proposent très judicieusement de « *restreindre ce critère à la complexité intrinsèque du projet* »[1220] en s'appuyant sur la définition donnée par le considérant n°31[1221] de la directive européenne 2004/18/CE[1222] qui détermine les conditions

---

[1217] CAA. Bordeaux, 26 juill. 2012, n° 10BX02109, « M. J.-B. A… », P. Le Bouëdec, « Contrat de partenariat et critère de complexité », CP-ACCP, 2012, n° 125, p. 55 et s ; AJCT 2012, p. 563, obs. J.-D. Dreyfus ; P. Delelis, « Où le droit commun de la commande publique déferle sur Biarritz, emportant le PPP sur son passage », in « Partenariats public-privé, 10 ans de jurisprudence », préc., p. 135 et s.

[1218] CAA Paris, « Association la justice dans la Cité, M. Bourayne », 3 avril 2014, n° 12PA02766, 13PA02769, 13PA2770 ; « Le partenariat public-privé conclu pour la réalisation du futur palais de justice de Paris est légal », AJDA 2014, p. 1322, Concl. O. Rousset ; P. Delelis, préc., p. 171 et s.

[1219] CAA, Paris, préc., consid. n° 25 : « *Considérant, en outre, qu'il ressort des pièces du dossier que les dimensions exceptionnelles de l'ouvrage à réaliser, qui aura une surface de plus de 60 000 m2 et abritera quatre-vingt-dix salles d'audience, le nombre et la nature des juridictions qui y seront hébergées, impliquant notamment la présence du pôle anti-terroriste et la tenue de procès à forte résonance médiatique, et l'importante fréquentation du bâtiment, évaluée à près de 9 000 personnes par jour, incluant à la fois des magistrats, personnels de greffe, auxiliaires de justice et fonctionnaires de police, mais aussi de nombreux détenus, des journalistes et un large public, confèrent au projet envisagé une particulière complexité ; que celle-ci est encore accrue par les contraintes techniques et fonctionnelles induites par le choix, retenu par les pouvoirs publics, de la construction à Paris, dans une zone en cours d'aménagement sur d'anciennes emprises ferroviaires non viabilisées, d'un immeuble de très grande hauteur, dont il a notamment été décidé, de surcroît, qu'il devrait être exemplaire en matière de performance énergétique et de développement durable ; que, du fait de ces différentes caractéristiques, la réalisation de ce projet pose, en matière de sécurité et de sûreté, de performance acoustique et thermique, d'insertion de l'édifice dans son environnement, de maintenance et d'entretien des équipements, ainsi que de maîtrise des risques liés à un chantier d'une aussi grande ampleur, des difficultés telles que l'EPPJP a pu, sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur d'appréciation, estimer qu'il était nécessaire de recourir à un contrat global pour assurer la parfaite cohérence des solutions architecturales et techniques proposées par la maîtrise d'oeuvre, les entreprises de construction et les entreprises d'exploitation et de maintenance ; que l'EPPJP soutient, sans être contredit, que certaines des réponses à ces difficultés, en ce qui concerne la sécurité incendie, l'évacuation des eaux, ainsi que le choix des matériaux de façade et des matériaux permettant l'isolation acoustique de la salle des pas perdus et de certaines salles d'audience, n'ont pu être apportées qu'après discussions, au cours de la procédure, entre les services de l'Etat, l'architecte et les entreprises chargées de la construction et de la maintenance de l'immeuble ; qu'il est ainsi établi que l'EPPJP était dans l'impossibilité de définir seul et à l'avance, y compris en recourant aux moyens mis à sa disposition par l'Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ), qui n'a jamais conduit une opération d'une telle ampleur, les moyens techniques permettant la réalisation du projet envisagé* ».

[1220] Rapport, préc., p. 35.

[1221] Ce considérant précisant que « *Les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de*

dans lesquelles les personnes publiques peuvent déroger aux règles traditionnelles de la commande publique et notamment de la libre concurrence.

La même logique s'opère au niveau du second principal critère de justification de l'utilisation du contrat de PPP qu'est l'**urgence**[1223]. Le juge administratif a eu une approche plutôt souple de cette condition puisque reconnaissant que cette dernière puisse être invoquée alors même qu'elle est du fait de la personne publique[1224], lui permettant ainsi de se prévaloir de ses propres turpitudes. Là encore cet argument devant justifier et autoriser le recours à la formule du contrat de PPP plutôt qu'à un autre instrument contractuel traditionnel de la commande publique doit être apprécié non pas au regard de critères théoriques prédéfinis mais bien en considération d'éléments factuels propres au dossier lui-même. Pour autant, ce critère n'a jamais été justifié de censure de la part du juge administratif qui en a pourtant précisé les contours afin d'éviter toute utilisation abusive sans pour autant lui assurer un véritable aspect restrictif. Cette condition, restreinte au départ puis élargie par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008, demeure néanmoins le moyen de justifier de façon relativement large le recours au contrat de PPP puisqu'il est apparu qu'il pouvait être utilisé à bon escient, a priori, dès qu'il était en mesure de pouvoir faire gagner du temps dans la réalisation du projet en comparaison d'autres formules contractuelles. La Cour administrative d'appel de Paris en donnera récemment une appréciation néanmoins plus stricte en précisant que le recours à cet outil dérogatoire « *se trouve justifié par l'urgence qui s'attache à la nécessité de mettre fin à une situation particulièrement grave et préjudiciable à l'intérêt général affectant le bon*

---

transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Toutefois, cette procédure ne doit pas être utilisée de manière à restreindre ou fausser la concurrence, en particulier par des modifications d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels au soumissionnaire retenu, ou en impliquant tout autre soumissionnaire que celui ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse ».

[1222] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ; JO n° L 134, 30 avril 2004, p. 0114-0240.

[1223] Art. L1414-2-II, CGCT : « *Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :* […] *3°* […] *que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de 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* ». Le Conseil constitutionnel précisant que l'urgence « *s'attache en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable* », V. Cons. const. déc. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Rec. Cons. const. p. 382, consid. 18.

[1224] A ce sujet, V. CE, 23 juill. 2010, n° 326544 et n° 326545, *M. Lenoir et autres*, Jurisdata n°2010-012225, F. Brenet, « Les conditions du recours au contrat de partenariat : les clarifications du Conseil d'Etat », RJEP, n°682, janv. 2011, comm. 2 ; V. TA Orléans, 29 avr. 2008, n° 0604132 et n° 0604140, *Lenoir et Synd. Nat. Ent. De second œuvre du bâtiment*, Jurisdate n° 2008-361555, G. Eckert, « Conditions de recours au contrat de partenariat : une appréciation stricte de la notion d'urgence », Contrats et marchés publ., n°6, juin 2008, comm. 123 ; BJCP 2008, p. 189, concl. G. Borot et obs. P. Terneyre ; V. également, CE, 29 oct. 2004, Sueur et autres.

fonctionnement du service public »[1225]. Bien que la vigilance du juge administratif se soit renforcée à l'égard des justifications de recours au contrat de PPP s'apparentant parfois à un « *véritable détournement de procédure* »[1226], des propositions ont également été formulées afin de le durcir et ainsi redonner à ce marché global un véritable aspect dérogatoire. C'est ainsi que MM. Les sénateurs Sueur et Portelli ont, à très juste titre, émis l'hypothèse d'une rigidification de ce critère, là encore, sur la base du considérant n°31 de la directive 2004/18/CE précisant, au sujet de l'urgence, qu'elle « *résulte d'évènements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs* » afin que « *les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs* »[1227]. Il est intéressant de remarquer qu'une telle logique ferait passer le critère de l'urgence à celui de l'urgence impérieuse, renforçant *de facto* l'aspect dérogatoire du contrat de PPP et permettant également de renforcer la légitimité de son utilisation lors du constat de la satisfaction objective de critères plus exigeants.

Dans un même temps, il a également été proposé, à l'été 2014[1228], la suppression du critère dit de l'efficience[1229] au regard de son manque de « *précision* » encourageant un « *recours à un contrat de partenariat sur des données souvent difficiles d'objectiver* » du fait de son « *caractère arbitraire* »[1230], d'autres commentateurs relevant que « *il ne fallait d'ailleurs pas être doué d'un sens critique bien développé pour s'interroger sur l'éligibilité de*

[1225] CAA Paris, « Association la justice dans la Cité, M. Bourayne », 3 avril 2014, n° 12PA02766, 13PA02769, 13PA2770, notamment consid. n° 23 et 24 ; Concl. O. Rousset, « Le partenariat public-privé conclu pour la réalisation du futur palais de justice de Paris est légal », AJDA 2014, p. 1322, Concl.

[1226] Sénat, Rapport, préc., p. 35.

[1227] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, préc., art. 31 al 1 : « *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché dans les cas suivants: 1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services: […] c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs* ».

[1228] Sénat, Rapport prec., p. 37.

[1229] Pour les contrats de l'Etat et de ses établissements publics, V. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, Art. 2-II-3 : « *3° Ou bien encore que, 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, 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* » ; Pour les contrats de PPP des collectivités locales, V. Art. L1414-II-3, CGCT : « *3° Ou bien encore que, 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, 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* ».

[1230] Sénat, Rapport prec., p. 37.

certains projets au partenariat public-privé »[1231]. Il est vrai que ce troisième critère introduit par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 se trouve peu utilisé en pratique et ne vient en général que finaliser l'argumentaire démontrant l'intérêt du recours à un tel contrat dérogatoire dans les évaluations préalables. *De facto* il n'a pas fait l'objet d'une analyse poussée par le juge, hors les restrictions posées par le Conseil constitutionnel lors du contrôle de ladite loi[1232]. La proposition faite de supprimer ce critère semble pour autant un peu radicale, néanmoins il ne peut être négligé qu'il devrait être placé en seconde position par rapport aux deux principaux précités. En effet, de l'analyse de l'adéquation de l'urgence et/ou de la complexité d'un projet donné au recours à un contrat de PPP doit pouvoir être agrémenté de la démonstration que l'utilisation de cette voie contractuelle dérogatoire est, de plus, la meilleure au regard des autres outils disponibles dans la sphère de la commande publique. Ainsi l'efficience arriverait pour finaliser la mise en exergue de la véritable pertinence d'un passage par cette voie contractuelle partenariale. Ainsi, envisager la suppression de cet élément ne semble pas être chose utile mais il ne peut être nié qu'il doit être replacé à son juste niveau et ainsi ne pas constituer un argument décisif à la reconnaissance de la légitimité d'un recours au contrat de PPP.

Que les contrats de partenariat aient pu être qualifiés de « *bombes à retardement* »[1233] ne doit pas pour autant laisser penser que leur disparition est une absolue nécessité pour rétablir l'ordre et l'équilibre dans la commande publique. Qu'il puisse être, à juste titre, considéré que les contrats de partenariat sont « *dans la tourmente* »[1234], il n'en demeure pas moins que leur survit peut en partie dépendre de la révision qui en sera faite. En effet, au bout de dix années d'existence, les interrogations ou les soupçons qui pouvaient parfois freiner les personnes publiques à s'engager dans cette voie contractuelle, a succédé le bilan d'une longue période de pratique. De ce constat est ressorti la confirmation de plusieurs doutes portés dès les premières heures par nombres d'observateurs. Dès-lors, il est vrai que le rapport fait par Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur n'a pas vocation à être suivi à la lettre par les parlementaires et le juge, il a réussi là, où beaucoup n'ont pas trouvé d'écho, réussir à frapper un grand coup l'opinion afin de faire cesser une certaine loi du silence qui régnait et ainsi

---

[1231] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le partenariat public-privé dans la tourmente », Contrats et marchés publ., n°10, oct. 2014, repère 9, préc.

[1232] Cf supra.

[1233] Sénat, rapport préc. ; C. Conrad et D. Dessus, « Les PPP ? Une bombe à retardement ! », Mon. TP, Point de vue, 4 mars 2013, source LEMONITEUR.FR.

[1234] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le partenariat public-privé dans la tourmente », Contrats et marchés publ., n°10, oct. 2014, repère 9.

engager la voie du changement afin de faire perdurer un outil contractuel dont, nous l'avons dit, le principe n'est pas une mauvaise chose malgré les utilisations malencontreuses qui en ont été faites.

Il pourra être regretté néanmoins que la question de l'évaluation préalable n'ait pas été approfondie au point prêtant le plus à discussion au regard du volume de contrats que cela représente : l'absence d'obligation de saisine de la MAPPP pour les collectivités territoriales a contrario de l'Etat et de ses établissements publics[1235]. Cela se comprend tant en prenant en considération le fait que le volume financier des contrats de PPP signés par les collectivités territoriales ne représente qu'un tiers du total des contrats signés en France tout en rassemblant paradoxalement les deux tiers du volume des contrats passés. L'Etat contractant moins de PPP mais pour des volumes financiers bien plus importants[1236]. De plus, il ne peut être négligé qu'un contrat mal préparé par une autorité locale, pouvant engendrer des dérives budgétaires et financières peut se voir sanctionner par l'expression du suffrage universel, l'administré pouvant avoir un pouvoir direct (ce qui peut être vrai à l'échelle municipale voire départementale tout en paraissant peu probable à un échelon régional). Ce qui est une obligation pour l'Etat et une simple faculté pour les collectivités locales s'expliquant bien plus aisément au regard du principe de libre administration des collectivités territoriales qui ne saurait souffrir d'un contrôle étatique[1237].

Au-delà des changements techniques à opérer sur les conditions de recours au contrat de partenariat public-privé, c'est également un véritable changement de philosophie qui doit être entrepris afin de leur faire prendre le train, lancé par les nouvelles directives européennes, en marche.

II. Un changement de vision du contrat de partenariat public-privé à réaliser

L'arrivée du contrat de partenariat public-privé dans la sphère de la commande publique française a modifié la vision traditionnelle du rôle de la personne publique dans son

---

[1235] Ce que précise la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat public-privé dans chaque rapport d'activité annuel que « *La MAPPP est obligatoirement saisie pour avis sur tout projet de contrat de partenariat lancé au niveau de l'Etat ou d'un de ses établissements publics, et ce avant l'engagement et après le déroulement de la procédure d'attribution* […].*Les collectivités locales, quant à elles, peuvent saisir la MAPPP si elles le souhaitent et sous couvert du Préfet, pour bénéficier d'un avis motivé sur l'éligibilité au CP sur la base de l'évaluation transmise* », V. notamment, Rapport d'activité MAPPP 2012, MAPPP/RA/2012, p. 2-3 ; V. Art. 48 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

[1236] Cf supra.

[1237] Cf supra.

action contractuelle[1238]. Il peut être regretté que leur avènement ait été réalisé par la création d'une nouvelle catégorie de marché sans que soit menée une réflexion plus large sur le droit de la commande publique[1239] de telle sorte que la pertinence de leur avènement ait pu être remise en cause[1240]. Pour autant, il ne peut être nié que la logique impulsée par ce nouvel outil contractuel a singulièrement modifié la façon de fonctionner des personnes publiques. Que la contractualisation ait été un vecteur de changement de la façon de fonctionner est un fait, le contrat ayant pris un certain avantage sur l'acte unilatéral ces dernières années[1241]. Le changement opéré de la sorte n'a pour autant pas démontré son efficacité tant pour l'Etat que pour les collectivités locales de telle sorte que le contrat lui même doit connaître des modifications afin de rendre ce mouvement véritablement opérationnel. En effet, le contrat de PPP arrive après l'échec rencontré par le marché d'entreprises de travaux publics et a fait l'objet des mêmes critiques. Les dix années de pratique ont montré les dérives causées par un usage inadéquat de ce marché global, pour autant cela n'est pas de nature à remettre en cause son existence – comme le soulignent ceux qui le qualifient pourtant de « *bombe à retardement* »[1242] – tout en insistant sur la nécessité de procéder à des changements profonds. Cette réforme du l'outil contractuel semble presque paradoxale en ce qu'elle se base principalement sur la mise en place de balises permettant d'assurer un recours pertinent et non plus une utilisation inadéquate voire dévoyée.

Au delà du contrat lui-même c'est également la philosophie partenariale des personnes publiques qui doit également être modifiée. Ce changement ne saura se produire que lorsque ce dernier aura connu des modifications intrinsèques poussant ainsi les collectivités locales et l'Etat à changer les « mauvaises habitudes » prises durant cette première décennie d'existence et de pratique. Cette modification de fond du contrat de PPP est liée à une révision plus

---

[1238] V. Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2008, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », EDCE 2008 ; Les Entretiens du Palais-Royal, « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir », 16 déc. 2008, ENA, Paris ; A. Ménéménis, « La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », LPA, 27 août 2010, n°171, p. 9 et s.

[1239] A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », AJDA 2004, p. 1737, préc.

[1240] J.-F. Auby, « Le cas des contrats de partenariat : ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ? », RFDA 2004, p. 1095, préc.

[1241] V. notamment, R.Denoix-de Saint Marc, *« L'administration contractuelle »*, AJDA 2003, p.971 ; L.Richer, *« La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques »*, AJDA 2003, p.973 ; P. Lignières, « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat », in Mélanges Guibal, Tome 1, p. 575 et s.

[1242] Sénat, Rapport n° 733, session extraordinaire 2013-2014, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les partenariats publics-privés, par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, 16 juill. 2014, préc.

profonde (et qui prendra certainement plus de temps) de l'ensemble du droit concernant la commande publique, qu'une grande partie de la doctrine appelle de ses vœux[1243].

Malgré cela, et c'est ce que Messieurs les sénateurs Sueur et Portelli rappellent, l'approche même de la démarche partenariale qui doit être repensée par les personnes publiques. En effet, les retours d'expériences ont montré que le contrat de PPP avait été parfois vu et utilisé comme un moyen de se désengager, de « faire faire », ainsi que de permettre – du moins pendant un temps – de déplacer le poids du financement et de l'endettement sur le cocontractant privé. Ce tournant à opérer dans la pratique se retrouve dans les recommandations réalisées par les deux sénateurs à travers une section consacrée à la définition d'une « *doctrine de recours aux contrats de partenariat* »[1244], relevant presque d'une objectivité qui aurait du présidé à la passation de bons nombres de contrats. C'est ainsi qu'il semble tout à fait logique de considérer que cette doctrine doit participer au fait qu'un contrat de partenariat ne soit pas utilisé pour un projet manifestement peu ou pas adapté[1245]. De la même façon, il ne semble pas incohérent que lorsqu'une personne publique, une collectivité locale en particulier, se lance dans une telle démarche, elle fasse en sorte d'avoir constitué, au sein de ses services, une équipe dont la mission sera de gérer la constitution, la passation et l'exécution du contrat de partenariat[1246]. Le recours à cette troisième catégorie de contrat de la commande publique nécessité également l'accompagnement d'un organisme expert et le changement décrit dans la façon d'appréhender l'outil juridique ne saura se faire sans que la MAPPP telle qu'elle existe aujourd'hui connaisse également des modifications profondes. Cela a été relevé et constaté, la dualité de sa mission repartie entre contrôle de l'évaluation préalable et promotion de la formule contractuelle discrédite son action, en particulier au regard de certains fiascos constatés sur des projets qu'elle a pourtant validés[1247].

[1243] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », Contrats et marchés publ., n°1, janv. 2005, repère 1 ; N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n°4, avril 2007, étude 4 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme du Code des marchés publics et la globalisation des marchés publics », Contrats et marchés publ., n°4, avril 2011, repère 4 ; R. Noguellou, « Des nouvelles du projet de Code de la commande publique », Drt. Adm., n° 10, oct. 2012, alerte 48 ; F. Linditch, « Discours de M. Moscovici, vers un Code de la commande publique ? », Contrats et marchés publ., n°5, mai 2014, alerte 24 ; J.-M. Pastor, « Le gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », AJDA 2014, p. 538 ; L. Richer, « Le Code de 2016 », AJDA 2014, p. 735.

[1244] Rapport, préc., p. 43 et s.

[1245] Rapport, préc., recommandation n°8 : « *Définir une doctrine qui permette de ne pas recourir au contrat de partenariat pour les services pour lesquels ils sont peut adaptés* ».

[1246] Rapport, préc., recommandation n° 9 : « *Favoriser la mise en place par la personne publique d'équipes de projet recouvrant des compétences de haut niveau à tous les stades de la vie d'un contrat de partenariat* ».

[1247] En ce sens, V. Sénat, Rapport préc., recommandations n°10, 11, 12 et 13.

Là encore les discussions et réflexions entamées par le passé voient une réponse se constituer avec les dispositions prévues dans le **projet d'ordonnance relative aux marchés publics**. Si le premier point demeure la classification des contrats de PPP dans la famille des marchés publics, les restrictions et les clarifications apportées par le texte concernant les conditions de recours et d'utilisations en constituent assurément le second. En effet les conditions de « *lancement de la procédure* » et de « *recours* » [1248] définies se veulent à la fois restrictives, claires et sécurisantes. Ainsi la phase de **l'évaluation préalable** est définie comme une étape « *faisant apparaitre les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent le pouvoir adjudicateur à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Cette évaluation préalable comporte une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques ou locales et la disponibilité des crédits* »[1249]. Le **volet financier** des contrats apparaît désormais comme un point majeur dans l'argumentation tendant à justifier le recours à ces contrats.

De plus, la véritable **pertinence** de l'utilisation d'un tel contrat global doit être définie en fonction « *des caractéristiques du projet envisagé* »[1250], fermant ainsi la porte à certaines possibilités d'utilisations détournées de l'outil contractuel. Le recours à ce contrat se trouve donc être à la fois clarifié et plus, voire mieux, encadré. La nouveauté que constitue la soutenabilité budgétaire est évidemment issue du rapport dit « Sueur – Portelli » du 16 juillet 2014. Cet encadrement est une ultime fois matérialisé par le fait que les autorités administratives compétentes selon les personnes publiques (Ministère pour l'Etat et assemblées délibérante pour une collectivité territoriale) doivent se prononcer sur le recours à un contrat de PPP en fonction du rapport de l'évaluation préalable.

Le contrat de PPP a changé les relations entre les personnes publiques et les entreprises, il a également pris une place importante dans le droit de la commande publique et permis un maintien de l'investissement dans des secteurs clés pour l'Etat par exemple à travers les universités, les hôpitaux, le secteur pénitentiaire ou encore de la défense. Malgré cela, les bonnes intentions de départ ont parfois été rattrapées par des dérapages financiers en cours d'exécution. Les modifications que cet outil doit nécessairement connaître, sans pour

---

[1248] Projet d'ordonnance préc., articles 66 à 69.

[1249] Projet préc., art. 66.

[1250] Projet préc., art. 68, qui dispose également que les caractéristiques du projet, pour justifier le recours à un contrat de PPP doivent tenir compte des « *des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont le pouvoir adjudicateur 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 que ceux d'autres contrats de la commande publique* ».

autant avoir une ancienneté significative, doivent être et seront le premier pas d'une réorganisation et surtout d'une clarification de la catégorie des contrats globaux qui précèdera elle même le grand chantier de la refonte de ce droit qui est d'ores et déjà appelé « droit de la commande publique ».

Section 2 – De l'impératif de procéder à une réorganisation au sein de la catégorie des contrats globaux

L'évolution du droit de la commande publique, faite de différentes catégories de contrats, amène à se demander si « *cette palette d'instruments contractuels, dont les limites ne sont pas clairement définies et dont la diversité laisse perplexe, disposons nous d'une boîte à outils efficace ?* »[1251]. Le droit des contrats publics s'est construit sur une logique tendant à créer une formule nouvelle, tant par la voie législative que par l'ingénierie contractuelle[1252], à chaque problème rencontré vis-à-vis d'une existante[1253]. L'apparition des contrats de partenariat public-privé, au milieu des contrats globaux tels que les baux emphytéotiques administratifs ou les conventions d'occupation, symbolise parfaitement ce mouvement après l'échec des marchés d'entreprise de travaux publics[1254]. Le contrat de PPP symbolise aujourd'hui à lui seul la catégorie des contrats globaux. Que ce soit à tort ou à raison, cela n'enlève à rien la nécessité de procéder à une réorganisation au sein de catégorie afin que puisse ensuite être engagé le si important et tant attendu chantier de réforme du droit de la commande publique. Cette démarche devra nécessairement passer par une clarification de la place du contrat de PPP au sein de la catégorie des contrats globaux (paragraphe 1) et, ainsi, pouvoir envisager la réunification des contrats globaux autour d'un instrument contractuel[1255] de type global (paragraphe 2) avec pour objectif principal la satisfaction de l'intérêt général au travers d'une action administrative devenue majoritairement contractuelle (paragraphe 3).

[1251] A. Ménéménis, « La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », LPA, 27 août 2010, n° 171, p. 9.

[1252] La seconde précédant généralement un mouvement législatif tendant à homologuer une pratique établie.

[1253] V. notam. N. Symchowitz, « Partenariats publics privés et montages contractuels complexes », Ed. Le Moniteur, 2ème éd., 2010 ; L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, « Droit public des affaires », Ed. Lamy, 2013.

[1254] P. Delvolvé, « Les contrats globaux », RFDA 2004, p. 1079 ; P. Delvolvé, « Les contrats publics dans le désordre », Revue des contrats, 1er juillet 2006, n°3, p. 951 ; « Quatre ans de réforme du droit de la commande publique – Bilan et perspectives », Colloque organisé par l'Université René Descartes, 4 mars 2005, Contrats et marchés publ., mai 2005, p. 3 et s.

[1255] François Bergère, directeur de la Mission d'appui à la réalisation des partenariats public-privé, concédant qu'il est nécessaire « *d'engager le chantier de la réunification des PPP autour du seul contrat de partenariat* » dont il faudra certainement changer le nom afin de « *trouver un nom moins connoté, moins chargé en émotions…* », V. S. d'Auzon, « En 2014, le pipeline des PPP devrait être réduit mais plu sécurisé et mieux hiérarchisé », LeMoniteur.Fr, 17 janv. 2014.

Paragraphe 1. La place du contrat de partenariat public-privé à préciser au sein de la catégorie des contrats globaux de la commande publique

Le droit français consacre le contrat de partenariat public-privé de telle sorte qu'il ne peut être directement et facilement classé dans l'une ou l'autre des traditionnelles catégories que sont les marchés publics et les concessions. Il appartient au contraire à une catégorie à la fois générale et constituée de fait qu'est celle des contrats globaux. Malgré cela, leur arrivée récente dans le secteur bien fourni des instruments contractuels de la commande publique, leur actualité médiatique, économique, juridique voire judiciaire en ont fait, lors de cette dernière décennie, l'élément phare parmi ses semblables (I). De cette prépondérance ainsi que de la nécessité de voir leur régime évoluer, notamment avec l'adoption des deux nouvelles directives européennes 2014/24/UE[1256] et 2014/25/UE[1257], la refonte envisagée des contrats globaux de la commande publique devrait nécessairement être influencée par le contrat de PPP (II).

I. La prépondérance actuelle du contrat de partenariat public-privé au sein des contrats globaux de la commande publique

Le contrat de partenariat public-privé a une place particulière dans, voire entre, la *summa divisio* traditionnelle des contrats publics. Il n'en va pas différemment au sein de la catégorie des contrats globaux. Bien que le droit communautaire le considère depuis toujours comme un « *marché public* »[1258], il a pris une place particulière tant la « *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, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne*

[1256] Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

[1257] Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE.

[1258] P. Terneyre, « Les nouveaux contrats de partenariat et la typologie des instruments du partenariat public-privé », RDI, nov.-déc. 2003, p. 520 ; N. De Saint-Pulgent et S. Lagumina, « Le contrat de partenariat, nouvel outil de gestion publique », JCP., éd. G, I-180, 24 nov. 2004 ; V. Directive Européenne n°92-50 du 18 juin 1992 N0 9250 portant Coordination des procédures de passation des marchés publics de service, JOUE du 24 juillet 1992, p. 1; Directive 93/37/CEE du Conseil, 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JO. L. 199, 9 août 1993, p. 54 ; Directive Européenne n°93-36,14 juin 1993 N° 9336 Portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, JOUE, 9 août 1993, p.1 ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE n°134, 31 mars 2004 p.114 ; Qualification que le Conseil d'Etat va reconnaître lui-même en précisant que

publique, de la mission de service public dont elle est chargée »[1259] offre un spectre extrêmement large aux responsabilités qui peuvent être confiées au cocontractant privé par opposition aux contrats globaux qui se limitent à des opérations de construction tels que le bail emphytéotique administratif, la vente en l'état futur d'achèvement ou l'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels et location avec option d'achat[1260]. Ainsi le contrat de PPP a, à la fois, la possibilité de pouvoir être mis en pratique dans le cadre d'un très large spectre d'opérations réunies au sein d'une démarche globale de la part d'une personne publique. Cet aspect hybride participe à en faire sa force tout en considérant le risque que constitue la mise à disposition d'un tel outil à la portée de mains non expertes. Ainsi, son arrivée récente parmi les autres formules contractuelles, globales ou traditionnelles de la commande publique, marquée par un certain volontarisme de la part de l'Etat prônant un développement large et rapide, allant jusqu'à faciliter les conditions permettant son utilisation, au risque de prendre à contre-pied la position du Conseil constitutionnel qui avait affirmé que cet instrument juridique devait rester une formule contractuelle dérogatoire au sein de la boîte à outils de la commande publique[1261]. Bien qu'en apparence le contrat de partenariat ait l'image du contrat global « roi », le désordre constaté se retrouve également au sein de la catégorie des contrats globaux. En effet, bien que ce instrument juridique bénéficie d'une notoriété indiscutable parmi les acteurs de la commande publique, ses limites ne sont pour autant pas clairement définies puisque sa constitution en fait une élément hybride au regard du droit français. Le droit communautaire se borne à le considérer comme un marché public, un positionnement catégorique demeurant encore sujet à controverses. Du point de vue communautaire, la qualification du contrat de PPP peut varier en fonction l'objet principal de la mission globale confiée au cocontractant privée. C'est ce que le Conseil d'Etat va admettre[1262], statuant sur la légalité de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004[1263], en lui reconnaissant la qualité de marché public tout en n'apportant pas plus de précisions[1264].

[1259] Art. 1, ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JO n°141, 19 juin 2004, p. 10994, préc.

[1260] V. Notam., L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, « Droit public des affaires », éd. Lamy, 2013 ; N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », éd. Le Moniteur, 2010 ; B. Tardivel, « La place des contrats de partenariat dans l'ordre des contrats publics », in Mélanges Guibal, Tome 2, p. 847 et s. ;D. Linotte, « L'évolution récente des contrats de commande publique », Gaz.Pal., 5 déc. 2009, n°339, p.2.

[1261] Cons. const., 24 juillet 2008, déc. n°5008-567 DC.

[1262] CE, 29 oct. 2004, *MM. Sueur et a*, Rec. CE 2004, p. 393, conc. D. Casas ; AJDA 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lénica ; Contrats et marchés publ., 2004, comm. 249, not G. Eckert ; Dr. adm. 2005, comm. 3, 4, 5, note A. Ménéménis.

[1263] Cf. supra.

[1264] CE, 29 oct. 2004, préc., consid. n° 14 : « *Considérant qu'aux termes du a) du deuxième paragraphe de l'article premier de la directive 2004/18/CE : Les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive ; que, sous réserve que les personnes publiques*

Les critères de classification des contrats publics retiennent traditionnellement l'analyse du fond du contrat ou de son formalisme afin de le faire rentrer dans une catégorie ou une sous-catégorie de contrats. La prépondérance du contrat de PPP s'explique également par sa transversalité et des limites qui sont relativement larges pour qu'il puisse réunir bon nombre d'opérations[1265]. Contrat hybride, « *d'inspiration concessive* »[1266] tout en étant proche du marché public, le dernier grand arrivé au sein de la commande publique n'a apporté qu'un peu plus de complexité à un domaine qui n'en avait certainement pas besoin.

Paradoxalement, le mouvement d'analyse, de pratique ou encore de réflexion impulsé par les contrats de PPP soulève véritablement la problématique de l'absence totale de clarté qui règne à l'heure actuelle. Que cet instrument juridique global ne soit pas exempt de tout reproches est un fait désormais majoritairement acquis. Pour autant les problématiques liées aux défauts révélés par la (mauvaise ?) pratique ou par les difficultés d'identification ou de classification ont permis de remettre à l'ordre du jour la nécessité devenue absolue de réorganiser les contrats globaux et plus largement le droit de la commande publique[1267]. Le moment est opportun à l'aune de l'introduction en droit français de la réglementation issue des deux directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Cet impératif de remise en ordre du droit français de la commande publique est actuellement symbolisé par le rapport sénatorial rendu public à l'été 2014, les qualifiant de « *bombe à retardement* »[1268]. La critique est justifiée tout en ne négligeant pas les imperfections de l'environnement juridique actuel, de telle sorte qu'il serait utile que le contrat de PPP joue un rôle dans la redéfinition du régime des contrats globaux de la commande publique.

---

procédant à leur passation puissent être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs au sens du paragraphe 9 de l'article 1er de la même directive et qu'ils rentrent, par leur montant et par leur objet, dans les prévisions du chapitre II du titre II de celle-ci, 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 ; que, dans cette mesure, l'ordonnance attaquée s'inscrit dans le champ d'application de la directive 2004/18/CE* » ; V. également, Conseil d'Etat, Rapport public annuel, 2008, « Le contrat mode d'action publique et de production des normes », préc.

[1265] L'une des rares limites qu'ils connaissent étant constituée par l'impossibilité de déléguer la gestion d'un service public, domaine réservé traditionnellement aux délégations de service public.

[1266] B. Tardivel, préc.

[1267] A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? » AJDA, 27 sept. 2004, p. 1746, préc.

[1268] Sénat, Rapp., préc.

II. L'influence du contrat de partenariat sur la redéfinition du régime des contrats globaux

Les contrats de Conception-réalisation-entretien-maintenance (CREM) et de réalisation-entretien-maintenance (REM) ont marqué le dernier épisode de l'évolution de la catégorie des contrats globaux[1269]. Il paraît difficile d'admettre que la logique est dorénavant tournée vers la simplification de la commande publique[1270] au regard de son évolution ces trente dernières années. L'arrivée du contrat de partenariat a eu un impact sur les autres contrats globaux, notamment domaniaux. Les personnes publiques avaient l'habitude de procéder à une démarche partenariale consistant en l'association de cocontractants privés dans la réalisation d'ouvrages publics. C'est ainsi que les baux emphytéotiques administratifs issus de la loi n°88-13 du 5 janvier 1988[1271] et les autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels sur le domaine public de l'Etat créées par la loi n°94-631 du 25 juillet 1994[1272] ont permis aux personnes publiques d'avoir recours à des investisseurs privés dans des cas de figure où leur rémunération ne pouvait pas être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation comme cela aurait été possible dans le cadre d'une délégation de service public. Les contrats globaux préexistants, qu'il s'agisse du BEA, des BEH, de l'AOT voire de la VEFA, pouvant également être qualifiés de « PPP spéciaux ». L'arrivée du contrat de partenariat public-privé aura eu le mérite de constituer une tentative de clarification des procédures de passation, notamment au regard des exigences de mise en concurrence, de dialogue compétitif, d'appels d'offres et de négociation[1273].

Le régime des contrats globaux est arrivé à un stade de complexité, voire de confusion, extrême en particulier en raison de la difficulté croissante que les observateurs les plus avisés peuvent avoir à discerner encore des frontières[1274] qui parfois n'en n'ont plus que le nom. La logique portée par ces formules contractuelles demeure essentiellement le financement de

[1269] V. notamment, Dossier spécial, « Marchés de REM/CREM : vers une globalisation des marchés publics ? », CP-ACCP, n°126, nov. 2012 ; V. notam., B. Louis, « Contrats globaux et allotissement » ; C. Romon, « Les marchés de CREM au regard de la loi MOP ».

[1270] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des directives marchés publics ? », Contrats et marchés publ., oct. 2013, repère 9 ; J. Maïa, « Revisiter le droit français de la commande publique : pourquoi ? Comment ? », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 3.

[1271] L. n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, JO, 6 janv. 1988, p. 208.

[1272] L. n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JO n°171, 26 juill. 1994, p.10749.

[1273] L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, « Droit public des affaires », préc.; N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », préc. ; X. Bezançon, C. Cucchiarini et P. Cossalter, « Le guide de la commande publique », éd. Le Moniteur, 2011 ; F. Lichère, B. Martor, G. Pedini et S. Thouvenot, « Pratique des partenariats public-privé, Choisir, évaluer, monter et suivre son PPP », 2ème éd., Litec.

[1274] N. Symchowitz, « Contrats de PPP et autres formules : une réforme inachevée ? », CP-ACCP, n°81, oct. 2008, p.8.

projet au-delà de l'unité de la démarche, de telle sorte que les techniques contractuelles demeurent différentes pour autant elles « *tout de même des points communs qui mériteraient de les regrouper* »[1275]. La logique de l'évolution des instruments de la commande publique a toujours été, et l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 en est l'exemple parfait, d'ajouter une couche supplémentaire au lieu d'apporter les modifications nécessaires au système existant afin de l'adapter aux évolutions. La démarche doit être radicalement différente dorénavant puisque l'heure est précisément au regroupement de contrats qui peuvent l'être afin de donner à ce domaine qui en a bien besoin, de la lisibilité ainsi que plus de sécurité.

Pour autant l'étape consistant à rassembler les contrats globaux autour d'un seul contrat global qui serait, en partie, inspiré structurellement du contrat de PPP devrait être logiquement la prochaine étape[1276] que devrait connaître la catégorie, tant dans un souci de clarification de ce secteur de la commande publique que pour participer efficacement au grand mouvement de réforme qui attend le droit français de la commande publique.

Paragraphe 2. Vers l'unification de la catégorie autour d'un contrat global unique ?

L'apparition, le développement et essentiellement la consolidation de la catégorie des contrats globaux de la commande publique sont d'autant d'évènements qui se sont réalisés en nourrissant un droit parallèle et particulièrement dérogatoire à la pratique traditionnelle née de la *summa divisio* entre marchés publics et concessions. Les frontières et les qualifications existantes jusqu'à la fin du vingtième siècle ont connu des modifications de nature à rendre une certaine partie des contrats de la commande publique difficilement catégorisables entre les deux grandes familles préétablies[1277]. L'arrivée progressive des contrats globaux a quelque peu brouillé les cartes de cette répartition séculaire et leur développement a également débouché sur un manque de clarté au sein même de leur famille. La globalité de certains contrats ainsi que le « *bouillonnement* »[1278] des critères permettant de traditionnellement

[1275] N. Symchowitz, « Pour un Code de la commande publique », Contrats et marchés publ., n°4, avril 2007, étude 4.

[1276] P. Lignières et A. Ménéménis, « Débat sur les contrats de partenariat », Dr. Adm., nov. 2004, p. 6 ; B. Tardivel, préc., Y. Gaudemet, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs (la réforme de la commande publique et le PPP), CJEG, n° 605, janv. 2004, p. 1 et s.

[1277] Dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat « Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais (SMITOM) », 30 juin 1999, n° 198147, Catherine Bergeal écrira que « *les parties contractuelles s'ingénieront à des montages complexes destinés à brouiller les catégorie définies et notamment, la pratique le montre, à fuir celle des marchés* » ; concl. sur CE, préc., AJDA 1999, p. 714, BJCP, n °1999/7, p. 607.

[1278] N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », préc.

qualifier les contrats administratifs ont été autant d'élément de nature à perturber l'ordre établi en matière de classification contractuelle. L'évolution et l'ajout progressif de nouveaux instruments à la catégorie des contrats globaux a été largement appréciée par la doctrine[1279], pour autant les propositions sur la refonte de la catégorie des contrats globaux restent dans l'expectative de la réforme à venir d'un éventuel *Code de la commande publique*. Au regard du rapprochement de certaines procédures entre certains de ces contrats (I), de la dernière tentative que constitue la création des contrats de CREM-REM (II) ainsi que d'une logique commune gravitant autour du contrat global (III), la création d'un contrat global unique[1280] commence à apparaître comme une solution viable(IV).

I. Vers l'unification du régime des contrats globaux

Les contrats globaux de la commande publique, autrefois appelés « *montages contractuels complexes* »[1281], réunissent traditionnellement l'ensemble des instruments juridiques dont l'élément principal est de permettre à la personne publique de déléguer la maîtrise d'ouvrage. Pourtant, leur apparition a été progressive et les instruments juridiques se sont succédés et empilés pour en arriver à un stade ou la catégorie dans son ensemble, complexe par nature, est devenue quasiment illisible. Qu'il s'agisse de la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)[1282], du bail emphytéotique administratif, de l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels, du bail emphytéotique hospitalier,

[1279] V. notamment : P. Délvolvé, « Les contrats globaux », RFDA 2004, p. 1079 ; N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2007, étude 4 ; N. Symchowitz, « Contrats de PPP et autres formules : une réforme inachevée ? », CP-ACCP, n°81, oct. 2008, p.8 ; J. Maïa, « Revisiter le droit français de la commande publique : pourquoi ? Comment ? », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 3 ; A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? » AJDA, 27 sept. 2004, p. 1746 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », Contrats et marchés publ., janv. 2005, n°1 repère 1 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le partenariat public-privé dans la tourmente », Contrats et marchés publ., n°10, oct. 2014, repère 9 ; S. d'Auron, « Les baux emphytéotiques administratifs en clair », Le Moniteur, 20 janv. 2012, p.49 ; K. Ben Khelil et F. Tenaillau, « Contrats globaux de performance ou contrat de partenariat », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 48, dossier spécial préc ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme du Code des marchés publics et la globalisation des marchés publics », Contrats et marchés publ., n°4, avril 2011, repère 4 ; F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n°5, mai 2007, étude 7 ; M. Gheza, « Le contrat de partenariat : état des lieux et perspectives », LPA, 27 août 2008, n° 172, p. 3 ; « Le place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », Table ronde LPA, 27 août 2010, n° 171, p. 9 ; D. Linotte, « L'évolution récente des contrats de la commande publique », Gaz. Pal. 5 déc. 2009, n°339, p. 2 ; Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP, 1er mars 2010, n° 2, p. 313 ; B. Tarvidel, « La place du contrat dans l'ordre des contrats publics », In Mélanges Guibal, Tome 2, p. 847 ; G. Clamour, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », In Mélanges Guibal, Tome 2, p. 637 ; J. Caillosse, « Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration », In Mélanges Guibal, Tome 2, p. 469 ; S. Braconnier, « L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique », JCP. éd. G, I-181, 24 nov. 2004.

[1280] Dont l'intitulé restera à définir, notamment en raison d'une certaine volonté de faire le deuil formel du contrat de partenariat public-privé ainsi que de ses déboires.

[1281] N. Symchowitz, préc.

[1282] V. R. Crône, « Vente en l'état futur de rénovation et d'achèvement – Régime et formule », Defrénois, 2004.

du contrat de partenariat public-privé l'ensemble des PPP dits « sectoriels » ou encore des contrats de réalisation-exploitation-maintenance ou de conception-réalisation-exploitation-maintenance, la catégorie regroupe des contrats globaux qui portent soit sur la réalisation d'opérations et de biens immobiliers ou sur la réalisation et l'exploitation d'infrastructures publique. Leur apparition progressive ainsi que les habitudes pratiques acquises au fil du temps par les personnes publiques leur ont permis de conserver une certaine indépendance les uns vis-à-vis des autres. Malgré cela les évolutions de la pratique et la nécessité de rendre à l'action contractuelle lisibilité et sécurité, n'ont pas ralenti au point que certaines procédures laissent envisager que la voie d'une réunification autour d'un seul contrat est plus que jamais envisageable.

Au delà de la superposition des BEA, tout d'abord destinés aux collectivités territoriales puis ouverts à l'Etat, ainsi que des AOT, dont le cheminement aura été l'inverse de celui des baux emphytéotiques ; le cas des premiers est tout à fait symbolique d'un mouvement qui ne devrait qu'être enclenché. En effet le décret du 30 décembre 2011[1283], introduisant les articles R. 1311-1[1284] (concernant les BEA passés dans le cadre des besoins de la gendarmerie, de la police ou de la justice) et R. 1311-2[1285] (rappelant les mesures de publicité et de mise en concurrence devant précéder la conclusion de BEA) dans le Code général des collectivités territoriales, fixe le montant des loyers annuels au dessus desquels la passation d'un BEA, conclus pour des besoins régaliens (police, gendarmerie et justice) doit être précédée d'une évaluation préalable et rappelle les mesures de publicité et de mise en concurrence adéquates.

Le terme même d'évaluation préalable ne va pas sans rappeler celui employé pour la conclusion des contrats de partenariat public-privé. Le fond ne s'en détache pas plus puisque cette procédure doit permettre de déterminer la pertinence de l'emploi d'un tel contrat puisqu'elle doit permettre de mettre en exergue les modalités de financement. De la même

---

[1283] Décr. n° 2011-2065, 30 déc. 2011, relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs, JO, n°0303, 31 déc. 2011, p. 23003, texte n° 36.

[1284] Disposant que « *le montant annuel du loyer, au-delà duquel tout projet de bail emphytéotique administratif présenté pour la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales est soumis à la réalisation d'une évaluation préalable en vertu du troisième alinéa de l'article L. 1311-2, est fixé à un million d'euros hors taxes* […] ».

[1285] « *Lorsque l'un des baux emphytéotiques administratifs mentionnés à l'article L. 1311-2 est accompagné d'une convention non détachable constituant un marché public au sens de l'article 1er du code des marchés publics, une délégation de service public au sens de l'article L. 1411-1 du présent code, un contrat de partenariat au sens de l'article L. 1414-1 ou un contrat de concession de travaux publics au sens de l'article L. 1415-1, sa conclusion est précédée des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions applicables à ce contrat* […] ».

façon que pour la conclusion des contrats de PPP de l'Etat, cette évaluation est obligatoire lorsque le seuil d'un million d'euros est dépassé.

L'article R. 1311-2 du CGCT s'inscrit dans la même logique puisqu'il rappelle que la conclusion des BEA doit, lorsqu'ils sont « *accompagnés* »[1286] d'une convention non détachable constituant un marché public, d'une délégation de service public, d'un contrat de partenariat ou d'un contrat de concession de travaux publics, être précédé d'une mise en concurrence traditionnelle en fonction des règles liées à chaque contrat.

Bien que cela ne soit pas encore un tournant majeur dans la refonte de la catégorie des contrats globaux de la commande publique, un mouvement semble s'amorcer tendant à un rapprochement des régimes tout en gardant à l'esprit que chaque contrat conserve certaines de ses spécificités. Pour autant cela ne devrait pas être de nature à permettre l'élaboration, par la réunification de l'ensemble des éléments constituant cette famille, d'un contrat global unique dont la substance lui permettrait d'avoir plusieurs versants, qu'il s'agisse d'occupation du domaine public, de la réalisation d'ouvrages ainsi que de leur exploitation ou encore entretien[1287]. La logique contractuelle étant, aujourd'hui, d'aller vers plus de simplicité afin d'assurer plus d'efficacité à l'action administrative et la prémunir de l'ensemble des difficultés qui ont pu être rencontrés, par exemple, par les contrats de PPP sur la décennie qui les a vu être mis en pratique, il semble que la logique globale qui émerge tend à envisager cette unification de la catégorie des contrats globaux de la commande publique comme une nécessité objective.

II. Les contrats de REM-CREM, dernière étape avant la refonte globale des contrats de la commande publique?

L'avènement des contrats de réalisation-exploitation-maintenance et de conception-réalisation-exploitation-maintenance, au delà de l'innovation non négligeable qu'ils ont constitué, marque une étape importante dans l'évolution des contrats administratifs et, plus particulièrement, dans celle des contrats globaux de la commande publique. « *Et si le droit*

[1286] Art. R. 1311-2, CGCT, préc.

[1287] En ce sens, V. C. Mamontoff, « Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public », In Mélanges Guibal, Tome 1, p. 517 et s. ; S. Plunian, « La réception du bail emphytéotique par le droit des contrats administratifs », In Mélanges Guibal, Tome 1, p. 719 et s.

des marchés publics venait à ne plus être modifié de manière incessante ? » ironisait une partie de la doctrine lors de l'adoption du décret du 25 août 2011[1288].

Au-delà de l'hyperactivité manifeste existante autour des contrats administratifs, la succession de divers contrats, notamment globaux encore une fois, ces dernières années tend à donner de moins en moins de lisibilité aux collectivités publiques, faisant ainsi peser un fort risque contentieux. Une telle multiplication des instruments de la grande « *boite à outils* [1289]» qu'est la commande publique, par l'insécurité juridique qu'elle crée tant du point du de vue de la clarté générale de la grande famille des contrats publics que des risques de porosité existant entre les différents contrats[1290] (A) ainsi que l'inéluctable émergence[1291] de ce qui est communément appelé le « *droit de la commande publique* »[1292] poussent les esprits de bonne foi à admettre que les contrats de CREM-REM seront probablement la dernière génération à avoir vu le jour avant que le droit de la commande publique connaisse un grand changement (B), notamment à l'endroit des marchés globaux (C).

A. Le droit des contrats publics : le danger des évolutions successives

La catégorie des contrats, notamment globaux, de la commande publique s'est significativement enrichie lors de la dernière décennie, des partenariats dits « sectoriels » jusqu'aux de CREM et REM en passant par les contrats de partenariat public-privé, notamment, sans oublier les baux emphytéotiques administratifs, pour ne citer que les plus « *célèbres* »[1293]. Dire que le domaine des contrats publics a perdu de sa clarté, pour autant qu'il en ait jamais eu, semble relever de la bonne foi. Il a en effet gagné en complexité : l'hétérogénéité des régimes juridiques, la cohabitation des jurisprudences nationales[1294] et communautaires, la naissance puis la multiplication des contrats globaux ou encore le

---

[1288] F. Llorens et P.Soler-Couteaux, « La réforme permanente du droit des marchés publics : nouvel épisode », Contrats et marchés publ. n°10, oct. 2011, repère 9.

[1289] A. Méneménis, Table ronde, préc.

[1290] La frontière entre la délégation de service public et concession (au sens communautaire) restant encore le parfait exemple de la nécessité de clarifier la typologie des contrats administratifs.

[1291] Notion de commande publique à laquelle fait référence le Conseil constitutionnel lui-même et relativement tôt si nous prenons comme référence l'année 2001 marquée par la naissance du premier Code des marchés publics.

[1292] V. Cons. const., 26 juin 2003, déc. n°2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ; J.E Schoettl, AJDA, 2003, p. 1391 ; F. Linditch, Contrats et marchés publ. 2003, chron. 18 ; A. Méneménis, Dr. adm, 2003, comme 191 et 198 ; E. Dreyfus et B. Basset, Autour de la notion de « droit commun » de la commande publique, AJDA 2004, p. 2256; E. Fâtome et L. Richer, Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique, AJDA 2003, p. 2348.

[1293] V. infra et, notamment : L.Rapp, P. Terneyre et N. Symchowitz, Droit public des affaires, Ed. Lamy, 2013, p. 1083 et s ; N. Symchowitz, Partenariats public-privé et montages contractuels complexes, préc ;

[1294] La juridiction administrative étant au moins aussi active sur cette question que le Conseil constitutionnel.

développement du contentieux contractuel renforçant l'office du juge sont autant de réalités, parmi tant d'autres[1295], qui participent à la fragilisation de « l'édifice contractuel » français. Le Conseil d'Etat, dans son rapport annuel de l'année 2008, précisait qu'il fallait « *s'attendre à ce que le droit administratif des contrats continue à subir des chocs importants durant plusieurs années* »[1296], ce que les réformes opérées concernant le contrat de partenariat public-privé ainsi que les contrats de performance énergétique ne permettront pas de démentir.

Bien qu'il faille se satisfaire de la multiplication des outils dont les collectivités publiques peuvent disposer afin de pouvoir réaliser la construction de différents ouvrages ou la gestion de certains services publics, quantité rime rarement avec qualité et il est à craindre que le phénomène des créations « tout azimut » de contrats globaux ne devienne un piège. Car si une grande insécurité juridique se profile, c'est à la fois en raison de l'existence d'un trop grand nombre de contrats administratifs et, notamment et en particulier, de contrats globaux[1297]. Le cas des contrats de CREM-REM illustrant encore le danger d'une énième réforme du droit des contrats puisque à peine « nés », ils sont déjà l'objet de critiques ou du moins d'inquiétudes[1298]. Il faut donc repenser le paysage général des contrats globaux de la commande publique, notamment en trouvant une réponse à la question de savoir si les contrats de partenariat, notamment, doivent conserver leur aspect « dérogatoire » avec la complexité qui touche aux conditions à satisfaire pour y avoir recours. La traditionnelle summa divisio marchés publics – délégations de service public et concessions, sans compter les contrats globaux, appartient au passé. Il est aussi nécessaire de mettre de l'ordre dans la catégorie générale des contrats administratifs[1299] qu'à l'intérieur même des contrats globaux.

Car si la multiplication des contrats constitue bel et bien une avancée dans les possibilités offertes aux collectivités publiques de diversifier tant leur action que leurs moyens d'action, une « prolifération » des contrats apparaît dangereuse en ce qu'elle jette le trouble tant au sein de l'Administration que chez les opérateurs économiques. Cette situation peut tout à fait être mise en parallèle avec la prolifération législative qui, sans qu'elle concerne

[1295] V. EDCE n°59, 2008, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes »,

[1296] EDCE, 2008, préc., p.253.

[1297] Contrats globaux de la commande publique étant différenciés des marchés publics d'une part et des délégations de service public d'autre part.

[1298] J-M. Peyrical, « CREM et REM : une ambition limitée ? », CP-ACCP, n°126, nov. 2012, p. 3 ; V. également : D-A Camous, « Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? », Jcl éd. Adm. et Collectivités territoriales, n°45, nov. 2011, p. 2351.

[1299] V. F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., mai 2005, p. 12 ; G. Kalflèche, *Des marchés publics à la commande publique. – l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse, Paris 2004 ; V. également : Rapport du colloque « Quatre ans de réforme du droit de la commande publique – Bilan et perspectives », Contrats et marchés publ., mai 2005, p.3 et s.

exclusivement les contrats administratifs voire les contrats globaux plus précisément, est déjà une grande source d'inquiétudes au sein des autorités politiques ainsi que parmi les plus hautes sphères de la juridiction administrative notamment. Le rapport annuel du Conseil d'Etat de l'année 2006[1300] se faisant le témoin de la complexification du droit, d'un droit devenu « *instable, peu lisible et en partie imprévisible* »[1301]. Ainsi, des réformes qui se sont accumulées, sont à l'image de l'état du droit de la commande publique : une succession de textes de valeur législative modifiant ou créant la plupart du temps un nouveau contrat ou une nouvelle variante d'un contrat existant afin de palier à des difficultés rencontrées par la pratique (phénomène pouvant laisser penser que le contrat, quel que soit l'exemple retenu, fut mal élaboré au départ). Cela a pu être le cas des différents contrats ayant marqué l'évolution de la commande publique : créés pour « homologuer » des pratiques devenues courantes ou alors pour palier à des défauts ou limites posés par un contrat existant. La prolifération des contrats globaux depuis 2002 en est un exemple probant, nourrissant une diversité source de complexité et cela, paradoxalement, en particulier pour les décideurs publics.

Marchés publics, délégations de service public, d'une part, et contrats de partenariats public-privé, baux emphytéotiques administratifs, baux emphytéotiques hospitaliers, contrats de performance énergétiques, d'autre part (pour ne citer qu'eux), peuvent être utilisés pour une seule et même démarche[1302]. Avoir le choix est une bonne chose, gage de liberté d'action et de bonne gestion tant du service public que des deniers publics. Pour autant, que trop de choix freine, en partie, l'action publique ou jette un trouble de nature à empêcher la réalisation de certains projets est aujourd'hui une réalité. L'influence communautaire, tant textuelle que jurisprudentielle, a sa part de responsabilité en la matière, semblant sacrifier l'équilibre de la typologie des contrats publics sur l'autel du sacro-saint principe de concurrence. La multiplication des catégories de contrats implique également de plus en plus de difficultés à les discerner, leurs frontières se réduisant parfois à des points de détail. Dès lors, les grands principes de clarté et d'intelligibilité de la loi ne semblent pas prévaloir dans le milieu contractuel malgré leur rang d'objectif à valeur constitutionnelle[1303]. Certes le droit des contrats publics a connu une série de réformes ayant véritablement permis de libérer l'action

---

[1300] Conseil d'Etat, Rapport public annuel, 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, La Documentation française.

[1301] « Rapport annuel du Conseil d'Etat : sécurité juridique et complexité du droit », aperçu, Droit Fiscal n°13, 30 mars 2006, act. 55.

[1302] J-M. Glatt, « La catégorisation des contrats de la commande publique : source d'insécurité juridique », Note sous CJCE, 10 sept. 2009, *EUROWASSER*, aff. n° C-206/08), LPA, 11 fév. 2011, n°30, p.3.

[1303] Cons. const., déc. n°2004-500 DC, 29 juill. 2004, cons. 13 ; V. également, O. Dutheillet de Lamothe, La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel, EDCE 2006 préc., p. 369.

des collectivités publiques[1304] mais l'arrivée du premier Code des marchés publics en 2001 va correspondre au début de ce que certains membres de la doctrine n'hésitent pas à appeler la « *frénésie* »[1305]. En effet, à ce Code succèderont deux « nouvelles versions » dans les cinq années suivantes, profitant également pour homologuer une définition jurisprudentielle de la délégation de service public et pour déterminer que tout marché public passé en application du Code était un marché public[1306].

Près de dix ans plus tard, les trois principales catégories de contrats administratifs ne sont plus clairement identifiables. Le système semble être, d'une certaine façon, être à bout de souffle, de telle sorte qu'il apparaît urgent de le réformer en profondeur et non plus de pratiquer la « *fuite en avant* »[1307].

B. La nécessité d'une refonte globale du domaine des contrats administratifs

Ce que nous pouvons appeler la « *typologie des contrats de la commande publique* »[1308] va devoir connaître une profonde remise à plat pour ne pas se perdre dans la complexité de sa diversité et de son ampleur actuelles. Entre la nécessité de devoir « *mieux articuler le droit communautaire et le droit national* »[1309], notamment à un moment où différents contrats[1310] sont encore la source de discussions voire de polémiques, et le fait de devoir réorganiser le droit interne des contrats administratifs ; une grande réforme n'a jamais semblé être aussi inévitable[1311]. En effet, le peu de lisibilité qu'offre aujourd'hui le droit de la commande publique constitue une grande source d'instabilité et d'insécurité juridique tant pour les collectivités publiques que pour les opérateurs économiques privés. Le Conseil d'Etat lui-même, dans son rapport public annuel de 2003 précise qu'il « *faut s'attendre à ce que le*

[1304] Nous pouvons penser principalement aux lois du 5 janvier 1988 (sur le bail emphytéotique administratif), du 30 décembre 1980 concernant le recours au crédit-bail immobilier ainsi que la loi du 26 juillet 1994 sur l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public.

[1305] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n°4, avril 2007, étude 4.

[1306] N. Symchowitz et P. Proot, Vers la mort des critères du contrat administratif, CP-ACCP n°1, juin 2001, p.54.

[1307] Fuite en avant symbolisée, nous l'avons dit, par la création d'un nouveau contrat dès que la dernière version en vigueur présente des difficultés d'exécution notamment.

[1308] V. F. Llorens, « Cadre général de la commande publique », Contrats et marchés publ., n°2, Févr. 2004 ; N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ. n°4, avril 2007, étude 4 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des directives marchés publics ? », Contrats et marchés publ., oct. 2013. ; V. également à ce sujet, Rapport public annuel du Conseil d'Etat, Le contrat, mode d'action publique et de production des normes, EDCE, 2003, P.253 et s. ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le grand désordre du droit de la commande publique », Contrats et marchés publ., juill. 2009, repère 7.

[1309] Comme le préconise le Conseil d'Etat dans son rapport public annuel de 2003 précité, voir notamment p.235 et s.

[1310] Notamment les concessions d'aménagements, les contrats de concessions et les partenariats public-privé pour ne citer que les plus en vue.

[1311] G. Eckert, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats administratifs », RFDA, 2006, p.238.

droit administratif des contrats continue à subir des chocs importants pendant plusieurs années »[1312], les différentes réformes intervenues lui ont donné raison. Ses recommandations n'auront, malheureusement, pas été suivies d'effets, le législateur se bornant à continuer de créer de nouveaux contrats ou de nouvelles définitions à des contrats existants, poussant toujours un peu plus loin la spécificité de certains contrats au point de faire disparaître les frontières pouvant exister entre eux. En effet, les définitions, régimes et spécificités des différents contrats administratifs se sont précisés voire affinés au fil des évolutions législatives, réglementaires et jurisprudentielles notamment, pour autant la place prise de plus en plus par les contrats globaux de la commande publique tend à complexifier le paysage contractuel français. Dès lors, une meilleure articulation ne semble pouvoir se faire que par une remise à plat du « système ».

Jusqu'à présent, les contrats semblaient se scinder en deux catégories bien précises dont la différence principale résidait dans leur objet puis dans leur régime de passation notamment[1313] avec d'un côté les marchés publics et de l'autre, ce que pouvons appeler aujourd'hui, les délégations de service public. L'arrivée des contrats globaux dans ce monde « bipolaire » a, à la fois transformé les logiques de la commande publique et bouleversé l'ordonnancement du droit des contrats publics. Dans une période de l'histoire où le procédé contractuel est devenu un standard de l'action administrative, l'objectif est de redonner un peu de clarté et de vision à cette si importante boite à outils. La consécration des différents contrats globaux de la commande publique n'a pas été de nature à aider ce domaine à gagner en clarté, nous l'avons dit, l'arrivée successive de nouveaux contrats s'est faite de façon désordonnée, le législateur s'étant limité, un temps, à reprendre des formules nées de la pratique[1314].

Ces propos peuvent sembler alarmistes dans un secteur où des contrats (marchés publics, DSP, PPP) sont signés tous les jours par différentes collectivités publiques en France, il ne faut évidemment pas verser dans l'urgence de la passion. Car si le projet envisagé par une collectivité, son objet notamment, va le plus souvent définir l'outil contractuel qui sera utilisé, il arrive qu'un même projet puisse être réalisé par le biais de différentes procédures. Et

---

[1312] Rapport préc., p.253.

[1313] Systématisation que nous retrouvons dans le *Traité des contrats administratifs* d'André de Laubadère (LGDJ 1983).

[1314] V. notamment, N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », Ed. Le Moniteur, 2010.

c'est bien dans ce cas de figure précis que des inquiétudes naissent[1315], notamment et en particulier dans une époque où le juge administratif du contrat n'a jamais eu autant de pouvoir, précisément de requalification d'un contrat. C'est de ce point que la masse de contrats à la disposition de la personne publique peut sembler problématique pour ne pas dire dangereuse et qu'une réorganisation semble devoir être réalisée. Ainsi, afin de permettre aux collectivités de mener à bien la réalisation de leurs projets, de façon à la fois sécurisée et maîtrisée, la catégorie des contrats globaux comme le droit général des contrats publics doit être repensé, la mission est audacieuse, elle est pourtant indispensable. Va t'il falloir repenser la *summa divisio* existante ? La modifier ? La remplacer ? Au sein des contrats globaux, va t'il falloir réorganiser la catégorie autour d'un unique modèle que sont les contrats de partenariat ? Comment appréhender les montages contractuels complexes *sui generis* issus de l'emprunt au droit privé[1316] ? Tant de questions auxquelles nous essaierons d'apporter une réponse, tant d'interrogations soulevées depuis plusieurs années par la doctrine[1317].

Cette nécessité de réorganiser la catégorie des contrats globaux de la commande publique semble d'autant plus actuelle qu'une notion émerge petit à petit : le droit de la commande publique.

C. L'inéluctable émergence d'un droit de la commande publique

La question de la refonte générale du droit concernant la commande publique, et les contrats publics par voie de conséquence, n'est pas une réflexion nouvelle, un certain nombre d'auteurs la menant déjà depuis plusieurs années[1318]. Le constat n'est pas nouveau, les tentatives pour y remédier non plus, nous pouvons retenir à ce sujet l'occasion ratée que fut la loi dite de « *simplification du droit* »[1319] autorisant au Gouvernement de procéder par ordonnance en vue d'élaborer le « *Code de la commande publique* ». Malheureusement cette réforme ambitieuse ne verra jamais le jour. Nous l'avons déjà dit, la véritable inflation législative et réglementaire que connaît le pays depuis plusieurs années[1320] ne contribue pas à

[1315] P. Lignières, « La frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat », Drt. Adm, juillet 2005, p.40.

[1316] Notam. VEFA, Crédit-bail immobilier ; V. N.Symchowitz, préc.

[1317] F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ. n°5, mai 2005, étude 7.

[1318] V. notamment, G. Eckert, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », RFDA 2006, p. 238 ; N. Symchowitz, « Pour un code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ. n°4, avril 2007, étude 4.

[1319] L. n°2004-1343, 9 déc. 2004, JO du 10 déc. 2004.

[1320] Voir à ce sujet le « Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative » établi par Alain Lambert et Jean-Claude Boulard, 26 mars 2013, Ministère de la réforme de l'Etat et de la décentralisation et de la fonction publique. V. également, G.

donner au droit national, notamment et en particulier le droit des contrats publics, l'intelligibilité, la clarté et donc l'accessibilité qu'il est pourtant censé avoir. La décentralisation a accéléré un mouvement plutôt calme avant les années 1980[1321], le temps passant est venu le constat d'un désordre manifeste dans la catégorie des contrats publics amenant à ce que les trois grands types de contrats que sont les marchés publics, les délégations de service public et les contrats globaux soient difficilement identifiables du fait de la ressemblance pouvant parfois les toucher[1322]. La définition même de la fameuse notion de délégation de service public a été la source d'un trouble important[1323]. De la même manière la notion de marché public semble être arrivée au bout de sa « *logique* »[1324], notamment à un moment où le droit communautaire n'a jamais été aussi influent[1325].

L'arrivée des contrats globaux n'aura pas ajouté de simplicité à la question. Il peut d'ores et déjà être souligné que l'émergence des partenariats public-privé, qui ont vocation à englober demain l'appellation générale de « contrat global » fut vivement critiquée puisque jugée inutile par une certaine partie de la doctrine, toujours au regard des outils existants lors de leur création[1326].

De cette situation que certains qualifient de « *trop plein juridique* »[1327], doit alors émerger un mouvement de simplification du droit des contrats publics, une mutation de la situation massive qui devrait alors déboucher sur la consécration d'un « *droit de la commande publique* »[1328]. Le premier objectif sera alors que cette situation gagne en simplicité et donc en sécurité juridique. Cette première étape franchie, le moment sera alors venu de procéder à une « recomposition en profondeur des classifications en matière contractuelle »[1329]. De cette

---

Mouly, Question écrite n°4335, JO Sénat 8 mai 2008 – Réponse, JO Sénat 19 juin 2008 ; P-C Taittinger, Question écrite n°21583, JO Sénat 11 juin 1992, Réponse JO Sénat 6 août 1992.

[1321] V. G. Eckert, préc.

[1322] V. B. Tardivel, « La place du contrat de partenariat dans l'ordre des contrats publics », In mélanges Guibal, Vol I, P. 847.

[1323] Un flou ayant commencé avec la loi n°93-122 du 29 janvier 1993, l'arrêt du Conseil d'Etat, *Préfet des Bouches du Rhône*,15 avril 1996 pour continuer avec la loi n°2001-1168 dite MURCEF du 11 décembre 2001.

[1324] V. R.Rouquette, L'usure de la loi MOP, in dossier spécial « Les 20 ans des décrets relatifs à la maîtrise d'œuvre – 1ère partie », CP-ACCP n°136, oct.2013, p. 17 et s.

[1325] G. Alberton, « Vers une inévitable refonte du droit français des contrats publics sous l'effet des exigences communautaires ? », In Mélanges Guibal, Vol I, p. 761 et s.

[1326] V. A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée », AJDA 2004, p. 1737 ; N. Symchowitz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », Contrats et marchés publ. déc. 2004, p.8 ; Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », BJCP 2004, n° 36, P.331 ; H-G Hubrecht et F. Melleray, « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique – retour sur les contrats de service public », In Mélanges Guibal, Vol I, p. 809.

[1327] P. Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI 2003, p.481 et s.

[1328] En ce sens, V. Y. Gaudemet, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs », CJEG n°605, janv.2004, p.1 et s ; B. Tardivel préc. Note 279.

[1329] N. Symchowitz préc.

refonte globale, concernant alors l'ensemble des contrats publics dont les personnes publiques se servent pour satisfaire leurs besoins, naîtrait alors ce droit général de la commande publique, qui pourrait également englober (mais la tâche serait alors plus ambitieuse) également le droit de la concurrence.

Le contrat de partenariat en lui-même pourrait alors disparaître pour qu'apparaisse une logique partenariale comprenant alors le contrat de partenariat tel que nous le connaissons aujourd'hui ainsi que les baux emphytéotiques administratifs (traditionnels comme hospitaliers), les autorisations d'occupation du domaine public voire prolonger cette refonte aux concessions. Il va de soi que la refonte des catégories générales précitées que sont les marchés publics et les délégations de service public seront une source de discussion infinie, pour autant celle des contrats globaux permettrait de faire couler autant si ce n'est plus d'encre, paradoxalement à leur « jeune âge ». Car l'utilisation de ces contrats par les collectivités territoriales est d'autant moins évidente qu'ils sont plus amples et complexes à mettre en œuvre, donnant alors une impression « d'insaisissabilité » à leur profit. Les contrats globaux, et notamment les partenariats public-privé peuvent être un outil particulièrement intéressant pour ces collectivités publiques à condition que leur utilisation puisse être adaptée aux services dont ils disposent[1330]. En effet une commune de 15 000 habitants peut tout à fait, en théorie du moins, avoir recours à un contrat de partenariat public-privé. Pour autant la mobilisation des services étant nécessairement plus importante, le manque de personnel pour pouvoir gérer une telle démarche peut être une source d'empêchement et donc de recherche d'une autre formule contractuelle afin de réaliser des équipements.

L'émergence d'un droit de la commande publique n'est pas imminent, nous en conviendrons, pour autant c'est une voie dans laquelle la doctrine s'est aventurée depuis quelques années déjà, démarrant pour certains au moment même de la naissance des partenariats public-privé. Quel que soit le temps nécessaire, la machine semble lancée et il ne manquera qu'un écho politique afin que la logique juridique débouche sur la création d'un Code de la commande publique. Cette mesure semble revenir à l'ordre du jour du Gouvernement français qui a annoncé récemment un certain nombre de réformes touchant à la commande publique, notamment et en particulier la création d'un « *méga code* »[1331]

[1330] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le contrat de partenariat au service des collectivités territoriales », Contrats et marchés publ. n°3, mars 2006, repère 3.

[1331] S. D'Auzon, « Bercy dévoile le tempo des réformes de la commande publique », Le Moniteur, http://www.lemoniteur.fr/165-commande-publique/article/actualite/23850218-bercy-devoile-le-tempo-des-reformes-de-la-commande-publique

La complexité tant décrite de l'état actuel des contrats de la commande publique, et notamment de ses contrats globaux, est la source d'une situation dans laquelle les spécialistes de la matière ont parfois du mal à se retrouver. De là à avancer l'argument que cet état de fait peut être de nature, en les comprimant dans une utilisation traditionnelle pour ne pas dire archaïque des contrats publics, à nuire à la liberté contractuelle[1332] des collectivités territoriales, remettant peut être même en cause, d'une certaine façon leur sacro-saint principe de « *libre administration* »[1333], il n'y a qu'un pas.

Quoi qu'il en soit, les techniques contractuelles, pour pouvoir être qualifiées de « complexes », doivent nécessairement comporter des incertitudes quant à leur régime juridique et donc leur qualification, mettant en évidence la grande insécurité juridique de la situation.

III. Une logique favorable à l'unification autour d'un seul contrat global de la commande publique

Les contrats globaux se sont développés par le biais de l'ingénierie contractuelle le plus souvent relayée par la suite par le législateur. Ce paradoxe dans leur développement explique le nombre important de formules contractuelles. Pour autant, leur logique est souvent commune et doit permettre leur fusion au sein d'un seul et unique instrument juridique qui doit pour autant permettre aux personnes publiques de conserver la faculté de l'utiliser pour une opération globale sans que la formule soit globalisante. En d'autres termes ce contrat global unique devrait fournir un socle commun pour l'ensemble des opérations couvertes à l'heure actuelle par les BEA, AOT-LOA, CPPP, VEFA, BEH et CREM-REM tout en permettant à la personne publique d'élaborer un contrat global unique à « la carte » en fonction de ses besoins. Il s'agirait ainsi d'un contrat global dont l'objet principal serait une opération de construction (réunissant ainsi VEFA, BEA, BEH, bail à construction, AOT-LOA, crédit bail immobilier entre autres) ou encore de réalisation, de financement et d'exploitation d'une infrastructure publique (ce qui inclurait des formules utilisables simplement pour une opération de construction tels que les BEA tout en reprenant également la philosophie du contrat de PPP). De plus, l'ensemble de ces contrats demeurant des contrats

---

[1332] La liberté contractuelle étant une composante du principe de Libre administration des collectivités territoriales. V. à ce sujet : Cons.const. n°92-316 DC, 20 janv. 1993, Rec., p14.

[1333] Principe consacré par la Constitution dans son article 72 à l'alinéa 3 : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

dérogatoires des règles traditionnelles de la commande publique, dont le recours est conditionné et encadré afin que leur utilisation ne constitue pas un détournement de procédure (bien que leur logique et leur existence même se soient forgées dans la volonté de s'affranchir de certaines lourdeurs inhérentes à la commande publique), cette unicité dans le fait de constituer une « exception » aux principes[1334] portés par les deux grandes familles de contrats classiques que sont les marchés publics et les concessions justifie voire nécessite (au regard de la complexité significative qui caractérise cette catégorie) qu'une simplification à la fois structurelle, au sens de l'unification autour d'un seul contrat comprenant pour autant ses subdivisions en fonction de l'opération envisagée par la personne publique, et quantitative, en ce que la réduction à une seul instrument juridique permettrait de donner plus de lisibilité aux personnes publiques qui auraient la faculté de « composer » la substance du contrat à passer en fonction de l'objectif poursuivi, soit opérée. L'objectif d'une telle démarche, ou plus modestement d'une telle réflexion, n'étant pas de bouleverser un système bien établi et qui a fait les preuves de ses qualités mais bien de procéder à une réorganisation dont le but est de fournir un instrument simple (sans être simpliste), clair et utilisable par l'ensemble des personnes publiques sous réserve de la satisfaction de critères d'utilisation déjà établis et qui ont également vocation à évoluer, notamment au regard des observations et des recommandations produites par le rapport sénatorial[1335] réalisé par MM. les sénateurs Sueur et Portelli.

Dans l'hypothèse, qui ne pourrait être que bénéfique selon nous, d'un processus de réorganisation de cette famille si floue des contrats globaux, il semble difficile de douter que les évolutions ayant touché les contrats de PPP (ainsi que leur structure globalisante) ne puisse avoir d'influence sans que l'objectif soit de rapprocher le reste des contrats globaux de son régime.

IV. La construction d'un contrat global unique inspiré du contrat de partenariat public-privé?

A la différence des autres instruments appartenant à la catégorie des contrats globaux, le contrat de partenariat public-privé a une vocation globalisante de part les multiples

[1334] Au premier rang desquels le principe l'obligation de recourir à la maîtrise d'ouvrage publique.

[1335] Sénat, Rapport n° 733, session extraordinaire 2013-2014, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les partenariats publics-privés, par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, 16 juill. 2014, préc.

possibilités qu'il offre en permettant la conception, le financement, la réalisation, l'entretien, la maintenance ou encore l'exploitation d'un équipement public. Les autres ont un spectre nécessairement plus limité de par leur spécialisation intrinsèque tels que par exemple les baux emphytéotiques ou les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels dont le recours peut se limiter à la réalisation d'un équipement public sous maîtrise d'ouvrage privée. Ces formules n'ont de différences que les limites aux possibilités offertes, qui, au lieu d'être élargies, pourraient être regroupées au sein d'un contrat qui serait plus au moins limité en fonction de l'opération envisagée. L'intérêt du contrat global pouvant être la globalité de sa mission comme la nature de son financement, il est tout à fait juste de s'associer à l'analyse soutenant que « *ces différentes techniques contractuelles ont tout de même des points communs qui méritent de les regrouper* »[1336] notamment au regard du fait que « *l'identification de leur champs d'application respectifs relève de la prouesse intellectuelle* »[1337]. D'autant, que les contrats de PPP ont constitué, pour certains, un énième élément ajouté à un domaine qui était déjà bien fourni au risque de lui donner une impression de trop plein[1338]. L'avènement d'une seule et unique formule contractuelle permettant d'assurer l'ensemble des opérations décrites précédemment sous maîtrise d'ouvrage et financement privés devrait donc passer par la refonte autour d'une formule offrant les possibilités les plus larges possibles (à la manière du contrat de PPP actuel) tout en laissant l'opportunité aux personnes publiques de limiter l'objet du contrat en choisissant les options adéquates à la réalisation de leur projet. Cela permettrait d'avoir un instrument juridique à la fois plastique et encadré afin de l'adapter au mieux à l'objectif poursuivi en vue de la satisfaction de l'intérêt général et non plus une masse d'outils contractuels parfois difficilement identifiables les uns des autres et dont les collectivités publiques ont parfois bien du mal à faire correspondre les opérations qu'elles souhaitent réaliser aux cadres fixés par tel ou tel contrat. L'objectif d'une telle démarche de fusion des catégories existantes, du moins formellement, autour d'un seul instrument juridique global est d'autant plus soutenable qu'il s'inscrit dans une démarche d'ores et déjà entamée de simplification d'accès aux contrats de PPP opérée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008[1339]. La question de la méthode est

[1336] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2007, étude 4.

[1337] N. Symchowitz, préc.

[1338] A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », AJDA 2004, p. 1737 ; P. Délvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI, 2004, p. 481 et s.

[1339] En ce sens, V. « Les contrats de partenariat : guide méthodologique de la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) », http://www.economie.gouv.fr/ppp, également V. Circ. 9 mai 2012, relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, NOR : EFIT1206010 C.

néanmoins envisagée avec précaution par une partie de la doctrine, unanime sur la nécessité de procéder à une refonte de l'existant sans pour autant se risquer à affirmer clairement une solution objectivement satisfaisante et se risquant tout au plus à proposer des voies de réflexion[1340].

La refonte d'un contrat global unique afin de redynamiser cette catégorie en apportant sécurité juridique et lisibilités aux personnes publiques peut suivre cette modeste proposition. D'autant, qu'à la différence d'observateurs experts[1341], il ne semble pas opportun de supprimer littéralement la catégorie des contrats globaux, cette troisième voie si spécifique au droit des contrats publics français, afin de les intégrer tant bien que mal soit à la catégorie des marchés publics soit à celle des concessions afin de satisfaire la *summa divisio* française ou communautaire. Dans le cadre de l'élaboration du projet d'ordonnance visant à transposer les directives marchés adoptées lors de l'année 2014, la *fiche d'impact du projet de texte réglementaire*[1342] prévoit que « *l'unification des PPP autour du marché de partenariat aura pour impact de clarifier la frontière entre les outils d'occupation du domaine public et les contrats de la commande publique* »[1343]. Cela permettrait de « *recentrer les contrats de type BEA et AOT sur leur vocation d'origine, c'est-à-dire les relations entre l'occupant du domaine public et la collectivité propriétaire* »[1344].

Cette réflexion à l'endroit de la réorganisation des contrats globaux de la commande publique reste une porte d'entrée sur une réflexion plus large qui doit être menée, et qui est déjà impulsée par l'intégration imminente dans notre droit des deux directives 2014/24/UE et 2014/25/UE[1345]. La famille des contrats globaux, à l'instar de l'évolution du droit des contrats publics cette dernière décennie, symbolise un véritable tournant opéré par l'Administration devenue de plus en plus « *contractuelle* »[1346] aux dépends de la prépondérance classique de l'acte unilatéral.

[1340] A ce sujet, V. B. Mjaza, « La standardisation des contrats de partenariat : étendue et limite de l'exercice de rationalisation », Contrats et marchés publ., n° 8, août 2012, étude 6.

[1341] N. Symchowitz, préc.

[1342] Disponible sur le site de la DAJ de Bercy : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/fiche-impact-volet-legislatif-directives-mp.pdf

[1343] V. fiche d'impact préc., paragraphe 3.2.3 « Impacts ».

[1344] V. fiche d'impact préc., paragraphe 3.1.2 « Objectifs ».

[1345] Préc.

[1346] Conseil d'Etat, Rapport annuel, 2008, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », EDCE, 2008 ;

Paragraphe 3. Les contrats globaux, symboles d'une Administration contractuelle contemporaine

« *Les modes d'action publique se sont profondément renouvelés dans notre pays. Parmi eux, il en est un dont l'essor est considérable : le contrat* »[1347], il est peu dire que la place du procédé contractuel a pris une place particulière dans l'action des personnes publiques. Ce phénomène appelé par l'ensemble des observateurs la « *contractualisation* »[1348] correspond à un nouveau contexte économique ainsi qu'à un nouveau mode de fonctionnement des personnes publiques[1349] dont il sera possible de regretter le recul de l'autorité symbolisé par les actes unilatéraux de l'Administration, eux mêmes symbole de la prérogative de puissance publique[1350]. L'avènement et le développement des procédés partenariaux, notamment par le prisme des contrats de partenariat public-privé ainsi que des autres contrats globaux[1351], a accéléré le phénomène d'externalisation de la gestion des compétences des personnes publiques. L'apparition progressive de ces instruments juridiques particuliers est également le signe de l'existence de carences de plus en plus importantes à gérer pour les personnes publiques, qu'il s'agisse du manque de capacité de financement ou du manque d'expertise pour la réalisation d'ouvrages techniques, la pratique a montré que les personnes publiques ont un mal croissant à se passer de l'assistance de cocontractants privés. C'est ainsi que les apparitions de formules contractuelles se sont succédées à un rythme effréné jusqu'à en arriver à un stade de « *grand désordre* »[1352] tant législatif et réglementaire au regard d'une véritable prolifération des normes aboutissant à un corpus à la fois peu lisible et indigeste. De ce constat unanime en ressort le lancement de l'ambitieux chantier de réorganisation du droit de la commande publique. Cette préoccupation est particulièrement intéressante en ce qu'elle symbolise précisément la véritable dépendance des collectivités publiques au procédé contractuel[1353].

[1347] J.-M. Sauvé, « Pour un développement maîtrisé du contrat », CE, Rapp. 2008, préc., p. 7 ; V. également, « La question de l'Administration contractuelle », Dossier spécial, AJDA 2003, p. 970 et s.

[1348] Notam. CE. Rapp. préc., p. 15

[1349] J.-M. Pontier, « Des PPP aux PPP. Remarques sur une apparente insignifiance », Drt. Adm., n° 2, fév. 2014, étude 3.

[1350] L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA 2003, p. 973.

[1351] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme du Code des marchés publics et la globalisation des marchés publics », Contrats et marchés publ., n°4, avril 2011, repère 4.

[1352] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le grand désordre du droit de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 7, juill. 2009, repère 7.

[1353] J.-B. Morel, « L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », Contrats et marchés publ., n° 11, nov. 2013, étude 9.

La réelle difficulté à l'heure actuelle est de permettre à l'Administration de disposer d'outils efficaces afin de lui permettre de mener une action efficace. Le développement de l'action contractuelle des collectivités publiques a été de pair avec une complexification du droit des contrats publics de façon aussi significative que paradoxale. La distinction traditionnelle entre les marchés publics et les concessions semble être arrivée à bout de souffle[1354] tant l'élaboration de montages contractuels ignore ostensiblement cette traditionnelle dichotomie. Ainsi les réalisations d'équipements publics se réalisent dans un contexte particulier de flou presque intégral et d'insécurité juridique importante[1355]. Ce manque de clarté peut avoir des conséquences importantes pour les collectivités dont le projet mis en œuvre peut se voir menacé par le risque né de l'insécurité juridique pouvant peser notamment par le danger d'une requalification du contrat par le juge. Malheureusement la commande publique et notamment la catégorie des contrats globaux ne sont pas unifiées et ce manque de vision d'ensemble à un point tel que les acteurs privés eux-mêmes en viennent à souhaiter que « *un jour les contrats de partenariat deviennent un outil juridique à part entière* »[1356].

Les contrats globaux sont donc autant le symbole du développement du procédé contractuel des personnes publiques que du grand désordre né précisément de la regrettable multiplications des outils pour ce faire. Fort heureusement ce phénomène propre aux contrats globaux devrait trouver une solution, espérons le, pérenne dans le grand chantier de réforme profonde du droit de la commande publique qui va s'engager et dont les enjeux se trouvent être éminemment juridiques mais également et principalement économiques.

La zone de confusion existante à l'heure actuelle mérite donc d'être à elle seule la justification de ce grand chantier de réforme qui n'a que trop tardé. La concurrence existante entre les différentes catégories de contrats ainsi qu'entre différents instruments au sein de ces catégories s'est faite, pour les contrats globaux, au profit du contrat de PPP durant un temps en raison de l'ensemble des opérations qu'il permet de réaliser ainsi que par son aspect

---

[1354] V. Cochi et G. Terrien, « Concession de service public et marché public : quelle distinction en droit communautaire ? », CP-ACCP, n° 72, déc. 2007, p. 76 ; S. Bracq, « Les opérations d'aménagement : des montages complexes en quête de simplification », CP-ACCP, n° 145, juill.-août 2014, p. 3 ; E. Cloâtre, « S'appuyer sur l'exemple britannique pour avancer, Mon. TP, 5 avril 2013, p. 41 ; R. Noguellou, « Avenir des partenariats public-privé », Drt. Adm., n° 10, oct. 2013, alerte 84 ; Rep. Min, n° 31835 : JOAN, Q, 3 sept. 2013, p. 9246.

[1355] La jurisprudence, bien que récente, notamment des contrats de PPP mais également celle concernant les difficultés de distinction entre différentes catégories de contrats et leur éventuelle requalification par le juge en étant le parfait exemple ; V. par exemple, F. Melleray, « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique. Retour sur les contrats de service public », in Mélanges Guibal, Tome 1, p. 809.

[1356] J.-M. Kiviatkowski, Table ronde « La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », LPA, 27 août 2010, n° 171, p. 9

évolutif[1357] et au regard du fait que son emploi peut se révéler être plus favorable et donc plus justifié après avoir fait une comparaison avec le régimes d'autres contrats, globaux ou non, de la commande publique[1358]. Le système n'en est pour autant pas parfait mais il ne fait guère de doute que le régime des contrats de PPP devrait logiquement influencer[1359] les changements indispensables à opérer au sein de la catégorie des contrats globaux afin de lui donner plus de force et ainsi lui permettre de perdurer tout en faisant beaucoup moins l'objet de critiques aussi justifiées soit-elles. En effet, il est unanimement reconnu que ce contrat global par excellence est « *dans la tourmente* »[1360] et que les observations et recommandations qui ont pu être formulées durant l'été 2014 n'ont pas toutes vocation à être reprises à la lettre par le législateur, pour autant une partie de la doctrine admet qu'il « *ne saurait contester la pertinence des objectifs poursuivis, ni la nécessité de refonder le partenariat public-privé sur des bases plus saines* »[1361].

Ce contexte particulier lié au fait que le système des contrats globaux est arrivé à un point de saturation, l'influence que vont avoir les directives européennes dont l'avènement est encore récent, le passage à vide que connaissent les contrats de partenariat public-privé, les l'inquiétude et les observations des différents acteurs du secteur, le contexte de crise économique ainsi que la nécessité de maintenir un certain niveau d'investissement public (en particulier à l'échelon le plus local) sont autant d'éléments qui vont guider les pouvoirs publics et le législateur en particulier à procéder à une nécessaire refonte du régime des contrats globaux. D'autant que le contexte n'a jamais été aussi pressant mais également favorable à ce que soit réalisée une refonte générale et profonde de l'ensemble du droit de la commande publique.

[1357] F. Linditch, « Mieux acheter pour un meilleur service public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé », Contrats et marchés publ., juill. 2008, n°7, p. 3 ; S. Pignon, « L'évolutivité du contrat de partenariat public-privé, un atout pour les projets publics ? », LPA, 10 juin 2008, n° 116, p. 11.

[1358] La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, modifiant l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 pour les contrats de l'Etat et modifiant l'article L. 1414-2 du CGCT pour ceux des collectivités territoriales, offrant de justifier l'utilisation d'un contrat de PPP s'il « *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* ».

[1359] J.-M. Peyrical, F. Martin, F. Gabillon, « Le contrat de partenariat : un outil de gestion du patrimoine et des services publics », CP-ACCP, n° oct. 2008, n° 81, p. 77 ; J. Grand d'Esnon, « La nouvelle loi PPP : grandes satisfactions et petits regret », RLCT, oct. 2008, n° 39, p. 2 ; V. également. F.Saulier, « Essai sur la gouvernance et les transformations actuelles du droit public », RRJ, 2007, p. 305.

[1360] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le partenariat public-privé dans la tourmente », Contrats et marchés publ., n° 10, oct. 2014, repère 9 ; Y. Blanc, « L'Etat survivra-t-il à la prolifération des normes ? », AJCT 2014, p. 313.

[1361] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, préc.

Chapitre 2 – Un contexte favorable à une refonte globale du droit de la commande publique

Etablir une typologie claire et précise de l'ensemble des contrats de la commande publique est, à l'heure actuelle, une mission, sinon impossible, presque insurmontable. Certains s'y essaient depuis quelques années déjà[1362] sans succès en raison principalement de l'évolution perpétuelle de ce domaine qui les rattrape inlassablement. En cela tous les avis convergent pour en arriver à la conclusion que le droit des contrats publics français est devenu une masse indigeste. Au delà de ce sentiment de désordre, tout à fait légitime au demeurant, c'est la difficulté à comprendre et à choisir l'outil contractuel adéquat pour les personnes publiques qui devient la principale problématique puisque ce phénomène est de nature à complexifier significativement leur action guidée par la satisfaction de l'intérêt général. Qu'une réorganisation générale et de fond soit nécessaire et se justifie de façon relativement aisée soit une chose, il n'est nullement question, dans l'ensemble des esprits, d'opérer une destruction générale des catégories et, plus généralement, des repères établis depuis des décennies. Cela serait « *la marque de la plus grande superficialité que de trouver en toute chose du mal et ne rien voir du bien positif qui s'y trouve* »[1363], ainsi si le système existant et bien connu de tous doit être conservé dans sa globalité, il doit cependant connaître des changements intrinsèques plus ou moins radicaux. Si faire le bilan de l'évolution du droit de la commande publique et, surtout, envisager des perspectives aux réformes à entreprendre est

[1362] V. Notam. P. Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI, 2003, p. 481 ; F. Llorens, « Cadre général de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 2, févr. 2004, 2 ; F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 7 ; V. également, « Quatre ans de réforme du droit de la commande publique », Colloque « Quatre ans de réforme du droit de la commande publique – Bilan et perspectives », 4 mars 2005, Sénat; dossier spécial, Contrats et marchés publ., mai 2005, p. 3 et s., notam. J. Arthuis, « Discours d'ouverture du colloque "Quatre ans de réforme du droit de la commande publique – Bilan et perspectives », Contrats et marchés publ., préc., p. 3 ; N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2007, étude 4 ; G. Clamour, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », In Mélanges Guibal, 2005, Tome 2, p. 637 ; Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP, n° 2, 1er mars 2010, p. 313 et s ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme du Code des marchés publics et la globalisation des marchés publics », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2011, repère 4 ; F. Tiberghien, « Il faut un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », AJDA, 2008, p. 1228 ; G. Clamour, « L'accès des personnes publiques à la commande publique », note sous CE, 10 juill. 2009, Département de l'Aisne, req. n° 324156 ; G. Kalflèche, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », AJDA, 2007, p. 2420 ; J.-M. Peyrical, « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires », AJDA 2009, p. 965 ; J.-D. Dreyfus, « L'émergence d'un droit commun de la commande publique en matière de procédures de recours », a propos du décr. n° 2009-1456, 27 nov. 2009, relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JO 28 nov. 2009, p. 20566, AJDA 2010, p. 148

[1363] F. Hegel, « La raison dans l'histoire », 1830.

un « *pari audacieux* »[1364], il est surtout une chose plus que jamais nécessaire. La notion de « *droit de la commande publique* »[1365] semble être une nouveauté presque philosophique puisque ce changement a vocation à donner une vision plus globale de l'action contractuelle des personnes publiques, à la différence du *Code des marchés publics*[1366], lui donnant une image plus limitée. Le droit des contrats publics français a connu une évolution par la création récurrente de formules contractuelles se superposant les unes aux autres de telle sorte que des avis se sont parfois interrogés sur la pertinence de l'avènement d'un énième instrument juridique[1367].

Les contrats globaux cristallisent ce constat d'échec à l'endroit de l'efficacité déclinante de l'architecture actuelle du droit de la commande publique : un nombre pléthorique d'instruments contractuels impliquant un nécessaire manque d'expertise des personnes publiques et pouvant engendrer contentieux, dérives budgétaires et, de façon plus générale, une mauvaise gestion des deniers publics dans le cadre de la réalisation d'équipements nécessaires à la bonne gestion des missions de service public[1368]. Les contrats de partenariat public-privé devaient symboliser la relance de la commande publique[1369], pourtant dix années de pratiques (et de jurisprudence[1370]) accompagnées d'évolutions supplémentaires de législation, auront abouti à, ce que la doctrine qualifiait dès les premiers temps d'existence du contrat de PPP, un « *droit des contrats publics en miettes* »[1371].

Les changements indispensables à une amélioration de cette situation ne pouvant qu'avoir une origine gouvernementale ou parlementaire, du moins politique, cette réforme profonde ne pourra que prendre la forme d'une intervention de plus en la matière. Pour autant,

---

[1364] J. Arthuis, préc.

[1365] V. Notam., J.-D. Dreyfus et B. Basset, « Autour de la notion de « droit commun de la commande publique », AJDA 2004, p. 2256.

[1366] Code créé par le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, NOR: ECOX0104721D, JO, n°57, 8 mars 2001, p. 37003, texte n° 6 ; modifié par le décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, NOR: ECOZ0300023D ; et dont la dernière version est issue du décret n°2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, JO n°179, 4 août 2006, p. 11627, texte n° 20 NOR: ECOM0620003D.

[1367] J.-F. Auby, « Le cas des contrats de partenariat : ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ? », RFDA, nov.-déc. 2004, p. 1095 et s ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme permanente du droit des marchés publics : nouvel épisode », Contrats et marchés publ., n° 10, oct. 2011, repère 9.

[1368] V. Les Entretiens du Palais-Royal, « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir ? », 16 déc. 2008.

[1369] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « L'irrésistible ascension du partenariat public-privé », Contrats et marchés publ., n° 11, nov. 2002, 10 ; E. Delacour, « Modernisation de la commande publique et développement du partenariat contractuel public-privé », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2003, 91 ; A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », AJDA 2004, p. 1737 ; A. Breville, « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », AJDA 2004, p. 1754.

[1370] P. Delelis, « Partenariat public-privé – 10 ans de jurisprudence », éd. Anne Rideau, 2014.

[1371] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », Contrats et marchés publ., n° 1, janv. 2005, repère 1.

ces changements attendus par l'ensemble des acteurs de la commande publique devraient arriver plus tôt que prévu sous l'influence et l'impulsion[1372] des deux nouvelles directives européennes dites « *marchés* »[1373] et « *concessions* »[1374].

Cet ensemble amène fort logiquement à encourager une démarche qui tendrait à ce qu'une réforme profonde et d'envergure soit réalisée pour l'ensemble des contrats publics français. Le chantier est de taille, il se heurtera nécessairement à des réticences, une éventuelle force d'inertie face à des habitudes établies. Pour autant ce changement indispensable à la sauvegarde de la bonne marche de la commande publique n'a pas vocation à faire table rase du système passé afin d'établir de nouvelles fondations. Il est au contraire nécessaire de conserver un corpus efficace tout en retravaillant les éléments qui ont fait ou font encore défaut. Les réflexions engagées afin de poursuivre dans cette voie ne peuvent qu'objectivement conduire à une inévitable évolution du droit français des contrats publics (section 1). Par droit français des contrats publics, il faudra alors penser à l'ensemble des règles, des classifications, des frontières et des caractéristiques composant chaque strate de cette grande famille. L'apport de modifications profondes et nécessaires à ce corpus devrait logiquement permettre d'arriver à la seconde étape de cette démarche d'envergure : l'avènement du Droit de la Commande publique (section 2).

Section 1 – De l'inévitable et nécessaire évolution du droit des contrats publics français

Inévitable semble être effectivement les évolutions que nombreux prédisent à l'endroit de la commande publique, car tous s'accordent autour de la réponse à apporter à la question de savoir si *« avec cette palettes d'instruments, dont les limites ne sont pas clairement*

[1372] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des marchés publics ? », Contrats et marchés publ., oct. 2013, repère 9 ; L. Idot, « Une étape décisive dans la modernisation du droit des marchés publics », Europe, n°2, févr. 2014, alerte 6 ; G. Clamour, « Nouvelle directive marchés, premier panorama », Contrats et marchés publ., mars 2014 ; F. Lichère, J.-C. Car, N. Fouilleul, C. Lambert et F. Lombard, « La réforme des directives marchés publics : propositions françaises », BJCP n° 77, p. 247 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés publics et concessions ? », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2014, repère 3.

[1373] Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

[1374] Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE.

définies et dont la diversité laisse perplexe, disposons-nous d'une boîte à outils efficace »[1375] ? Tous les avis s'accorderont, là-encore, pour répondre par la négative à une autre observation de M. le Président Ménéménis sur le fait de savoir dans quelle mesure « *disposons-nous d'une boîte à outils efficace* »[1376] ? Reprenant sa métaphore, il est possible d'affirmer aujourd'hui que le « *client* » qu'est le service public, vis-à-vis de la commande publique, est confronté à une offre complexe, opaque et dont la mise en œuvre relève d'une particulière difficulté pouvant engendrer des conséquences extrêmement dangereuses. L'évolution du droit de la commande publique devra nécessairement évoluer vers plus de simplicité formelle pour gagner en efficacité et rompre avec cette tradition de la multiplication, voire de la superposition, infinie de normes (paragraphe 1). Ce phénomène constituant une grande insécurité juridique, notamment au regard de l'évolution du contentieux contractuel (paragraphe 2). Ce mouvement de simplification devra également être l'occasion, si les voies précédemment décrites sont suivies, de permettre une clarification de la catégorisation des contrats de la commande publiques et notamment une clarification (paragraphe 3) devenue plus nécessaire que jamais face à la confusion générale tant des acteurs que des observateurs. L'avènement des deux nouvelles directives « *marchés* »[1377] et « *concessions* »[1378], et surtout de leur transposition en droit français[1379], va symboliser la possibilité de prendre le train du changement en marche (paragraphe 4) afin d'opérer une réforme de fond tant attendue et souhaitée par tous.

Paragraphe 1. Une évolution propice à régler la problématique de l'insécurité juridique en matière contractuelle

L'évolution implique généralement un changement lissant les défauts du système antérieur et apportant un certain nombre d'améliorations inexistantes auparavant. Il aurait été une bonne chose que cette logique touche les nombreuses interventions législatives,

[1375] A. Ménéménis, « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages » in « Entretiens du Palais-Royal : Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir ? », LPA, 27 août 2010, n°171, p.9.

[1376] A. Ménéménis, Table ronde préc.

[1377] Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.

[1378] Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE, préc.

[1379] Le projet d'ordonnance « relative aux marchés publics » étant en cours d'élaboration et disponible sur le site de la DAJ de Bercy.

notamment, qu'a connu le droit des contrats publics afin de ne pas en arriver à un stade auquel « *quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'un oreille distraite* »[1380]. La véritable « *prolifération des textes* »[1381] n'a pourtant pas eu pour conséquences d'apporter clarté et fluidité à ce domaine. Au contraire, ce foisonnement législatif a, au contraire, eu pour effet de multiplier les instruments juridiques à disposition des personnes publiques dont les plus récents ont bien du mal à tenter de trouver une place dans l'une ou l'autre des deux familles traditionnelles. Bien que le droit français ne consacre pas le principe de sécurité juridique[1382], à la différence des juridictions européennes, le principe d'insécurité juridique ne manque pas d'être évoqué pour qualifier l'instabilité juridique et le manque d'intelligibilité liés aux évolutions législatives perpétuelles. Ce constat touche, bien entendu, l'ensemble du droit français[1383] sans éviter celui de la commande publique.

Cette insécurité a plusieurs sources juridiques et différentes raisons d'exister. Le développement et l'influence du droit international, européen notamment, sur le droit national est en partie l'une des raisons de l'apparition de la frénésie législative ayant conduit à un nombre important de formules contractuelles, sans procéder à une réorganisation progressive ces vingt dernières années. Il est intéressant de remarquer l'attention particulière du Conseil d'Etat sur le sujet, dédiant deux rapports annuels en trois années à la thématique de la sécurité juridique[1384] en premier lieu puis à celle du contrat et de l'action contractuelle de l'Administration[1385]. Paradoxalement, au regard de l'évolution de l'environnement juridique français et communautaire, les personnes publiques et les cocontractants privés recherchent cette stabilité et cette sécurité qui se font de plus en plus présents dans l'inconscient collectif[1386] au regard de l'évolutivité et du manque d'organisation de la commande publique. La prolifération des normes est presque devenue une chose commune dans la pratique politique française[1387], l'influence communautaire[1388] ne faisant qu'aggraver ce phénomène

---

[1380] Conseil d'Etat, Rapport public annuel 1991, « De la sécurité juridique », La Documentation française.

[1381] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », Contrats et marchés publ., n° 1, janv. 2005, repère 1.

[1382] B. Mathieu, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in Mélanges Patrice Gélard , 2000, p. 301

[1383] V. Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit », La Documentation française.

[1384] Rapport annuel 2006, préc.

[1385] Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2008, « Le contrat mode d'action publique et de production des normes », La Documentation française ; V. Y. Claisse, « Qu'est-ce que la technique contractuelle ? », CP-ACCP, n° 129, févr. 2013, p 62.

[1386] P.-E. Spitz, « La sécurisation des contrats des collectivités territoriales : exemples de la ville de Paris », AJCT 2012, p 179.

[1387] « Rapport annuel du Conseil d'Etat : Sécurité juridique et complexité du droit », Rev. Droit fiscal, n° 13, 30 mars 2006, act. 55.

puisque chaque nouvelle transposition ou chaque nouvelle création de contrat n'a jamais été l'occasion pour le législateur français de procéder à une réorganisation. Dès-lors, à la façon du citoyen qui peut être déboussolé par un trop grand nombre de règles existantes pour en connaître ne serait-ce qu'une infime partie, les personnes publiques et les entreprises craignent de faire un mauvais choix dans le panel d'instruments contractuels qui aurait de graves conséquences sur la gestion des affaires, notamment locales, tant le droit est devenu illisible voire presque instable.

La réunion de l'ensemble des contrats existants autour de catégories unifiées permettrait d'apporter un début de réponse à cette problématique de la complexité absolue de l'état actuel du droit et de son inhérente insécurité. Cette réorganisation vise, notamment, à assurer plus de sécurité aux intervenants publics comme privés, elle se doit de mettre un terme au brouillard né de la superposition, parfois de l'enchevêtrement, de formules contractuelles dont il est difficile de cerner les distinctions et reposant sur des dispositions disséminées « *aux quatre coins de textes divers* » et dont certaines se révèlent être « *dénuées d'utilité réelle* »[1389] mais dont l'existence participe à semer le trouble. L'arrivée d'un certain nombre de formules contractuelles nouvelles dans un contexte de crise économique et financière n'est pas un facteur participant à faciliter et rassurer tant les personnes publiques que les entreprises privées. Concernant les contrats de partenariat public-privé, les modifications apportées par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009[1390] en est le meilleur exemple. La volonté du législateur d'atténuer la rigidité et les contraintes telles qu'un formalisme exacerbé, propres au droit de la commande publique, a pourtant bouleversé un certain nombre d'habitudes, notamment à l'endroit du financement des équipements publics, objets des contrats de PPP. Cette question d'un financement[1391] qui, dorénavant, peut n'être que partiel de la part du partenaire privé change la philosophie de l'utilisation de cet outil contractuel. En effet, l'évolution de la réglementation dans un domaine troublé et sur des questions aussi sensibles que le

[1388] J. Maïa, « La contrainte européenne sur la loi », Rev. Pouvoirs, n° 114, sep. 2005, p. 54 ; G. Hispalis, « Pourquoi tant de lois ? », Rev. Pouvoirs, n° 114, sept. 2005, p 109.

[1389] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le grand désordre du droit de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 7 juill. 2009, repère 7.

[1390] L. n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JO n°0041 du 18 février 2009, p. 2841, texte n° 1 ; V. F. Tenailleau, « Regard critique d'un praticien sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat », JCP. A, 2009, act. 254 ; F. Tenailleau et H. Chalmeton, « Réforme des partenariats public-privé par la loi du 28 juillet 2008 : parution des textes d'application », JCP. A, 2009 ; act. 293 ; F. Tenailleau, « Les contrats de partenariat, la crise financière et la loi », JCP. ACT, 2009, n° 14, mars 2009, p 2078 ; P. Terneyre et T. Reynaud, « Réforme du droit de la commande publique et plan de relance de l'économie : le volet législatif », BJCP, 2009, n° 63, p. 98.

[1391] L. n° 2009-179, préc., art. 13 al 1 : « *En 2009 et 2010, par dérogation aux articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et aux articles L. 1414-7, L. 1414-8, L. 1414-8-1 et L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, la personne publique peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable. Mention en est portée dans l'avis d'appel public à la concurrence* ».

financement du projet porté par la personne publique, bien qu'il soit appréciable par l'apport d'une certaine souplesse, ne participe pour autant pas, et ce malgré la vigilance du Conseil constitutionnel qui veille à apporter des précisions se voulant être des frontières[1392], à la démarche de réelle intelligibilité dont le droit de la commande publique a tant besoin.

Le volontarisme semble être de mise afin de tenter de solutionner cet état de fait, puisqu'un grand mouvement de réforme a été annoncé dès le début de l'année 2014[1393] et a connu son premier acte par l'adoption d'un décret « *portant mesures de simplification applicable aux marchés publics* »[1394]. Ce mouvement de simplification a la particularité de commencer par la création du partenariat d'innovation[1395], devant permettre aux personnes publiques d'associer leurs commandes à des projets de recherche et de développement. Les deux nouvelles directives présagent d'une simplification des procédures, pour autant les modifications d'envergure à appliquer au droit de la commande publique devront nécessairement gommer au maximum la complexité actuelle bien plus liée au manque de visibilité lié à l'addition d'innombrables textes et contrats sans qu'il soit pour autant question de faire disparaître une complexité inhérente à l'encadrement des opérations d'achat public qui le sont par essence. L'insécurité juridique tant dénoncée par la doctrine et l'ensemble des acteurs de ce secteur ne pourra être tempérée que si l'environnement juridique se stabilise à défaut de se simplifier de façon caricaturale. Les opérations réalisées par la voie des contrats globaux ne gagneront pas en simplicité technique ou financière du simple fait de la clarification de l'environnement juridique de la commande publique. Pour autant la transposition des directives et la codification tant attendue pourront et devront permettre

---

[1392] A propos de la loi n° 2009-179 dite « LAPCIPP », V. Cons. const., déc. n° 2009-575 DC du 12 fév. 2009, notam. consid. n° 4 : « *Considérant que ces dispositions, qui permettent au seul candidat pressenti de faire varier le coût définitif de son offre, ont pour objet de prendre temporairement en compte l'instabilité des marchés financiers dans la détermination des " modalités de financement " du projet de partenariat ; qu'elles ne sauraient avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant la collectivité de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ; qu'elles ne sauraient davantage avoir pour effet de permettre au candidat pressenti de bouleverser l'économie de l'offre de partenariat ; qu'en particulier, l'ajustement du prix ne saurait porter que sur la composante financière du coût global du contrat et ne pourrait avoir comme seul fondement que la variation des " modalités de financement " à l'exclusion de tout autre élément ; que, sous cette réserve, l'article 13 de la loi déférée ne porte atteinte ni au principe d'égalité devant la commande publique qui résulte de l'article 6 de la Déclaration de 1789, ni à l'exigence de bon emploi des deniers publics qui découle de ses articles 14 et 15* ».

[1393] Discours de P. Moscovici, Ministre de l'Economie, colloque sur la transposition des directives européennes relatives aux marchés publics, 12 mars 2014, Bercy ; V. « Pierre Moscovici donne le coup d'envoi à la transposition des nouvelles directives européennes », http://www.economie.gouv.fr/commande-publique-transposition-nouvelles-directives-europeennes; B. Menguy et J. Joannes, « Pierre Moscovici annonce un nouveau code des marchés publics avant l'été », Gaz.Comm., 12 mars 2013 ; J.-M. Pastor, « Le Gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », AJDA 2014, p. 538 ; L. Richer, « Le Code de 2016 », AJDA 2014, p. 705 ; F. Linditch, « Discours de M. Moscovici, vers un Code de la commande publique ? », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, alerte 24 ;

[1394] Décr. n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, JO n°0225 du 28 septembre 2014 p. 15782, texte n° 31.

[1395]

d'offrir « *une vue panoramique* »[1396] à ce qui ressemble encore aujourd'hui à des eaux troubles. Certains observateurs pourraient y voir légitimement une certaine ironie du sort tant le droit communautaire a été et demeure considéré comme « *le premier des facteurs de complexité et d'instabilité du droit, sur lesquels les pouvoirs publics nationaux n'ont pas de prise directe* »[1397].

Le sentiment légitime d'insécurité juridique qui pourra être qualifié de textuel, face à une masse indigeste de textes à la clarté relative et à la vue d'ensemble impossible, se trouve être complété par une insécurité juridique « contentieuse » du fait de l'évolution particulièrement importante de l'office du juge du contrat ces dernières années. Le développement des possibilités de recours tend également à mettre en danger la validité des contrats administratifs faisant l'objet de recours. Cette double évolution devra être un autre des éléments majeurs à prendre en considération afin que la position traditionnelle du juge administratif, tenant en la recherche du juste équilibre entre respect de la légalité, la garantie de recours de tiers au contrat ainsi que l'assurance d'une certaine sécurité juridique pour sa survie.

Paragraphe 2. L'ombre de l'évolution du contentieux contractuel sur l'état actuel du droit des contrats publics

Le domaine contentieux des contrats publics n'est pas un lieu commun de la simplicité juridique. Il présente « *tellement d'originalités, de paradoxes et de spécificités* »[1398] qu'il participe certes à la sécurisation des contrats tout en offrant une multitude de possibilités de recours dans une optique de recherche du juste équilibre entre stabilité des relations contractuelles, respect de la légalité et effectivité des recours. L'étude du contentieux contractuel n'est pas un phénomène récent tant l'évolution de l'office du juge du contrat que l'ouverture de possibilités de recours envers les contrats publics n'ont jamais été aussi grandes[1399]. L'évolution effrénée de la législation en matière contractuelle ainsi que de la

[1396] L. Richer, « Le Code de 2016 », AJDA 2014, préc.

[1397] « Rapport annuel du Conseil d'Etat : Sécurité juridique et complexité du droit », Rev. Droit fiscal, n° 13, 30 mars 2006, actu. 55 ; V. Conseil d'Etat, Rapport annuel 2006, préc., notam. « La multiplication des sources externes et internes du droit, en même temps que l'apparition de nouveaux domaines », p. 234 et s. ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La Société du Grand Paris et ses contrats ou de l'art de légiférer par dérogations », Contrats et marchés public., n° 11, nov. 2010, repère 10.

[1398] L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, « Lamy droit public des affaires », ed. Lamy, 2013, p 2341 et s.

[1399] Par ex. V. P. Terneyre, « Les paradoxes de l'annulation des contrats administratifs », EDCE 1988, n° 39, p. 69 ; D. Pouyaud, « La nullité des contrats administratifs », LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1991 ; N. Dantonel-Cor, « L'annulation de l'acte détachable », Dr. Adm., 1999, p. 7.

jurisprudence ont débouché sur une situation paradoxale en ce que l'équilibre traditionnellement recherché entre respect de la légalité et conservation des droits de recours semble aujourd'hui déstabilisé. En particulier, par une trop grande ouverture des voies contentieux au profit des tiers au contrat. Le domaine du contentieux contractuel est lui aussi, et pour les mêmes raisons de développement rapide et important, touché par une impression de complexité hors normes qui mériterait d'être influencé par une logique de réorganisation formelle gravitant autour de la typologie des contrats de la commande publique. Car si la clarté doit présider au bilan de ce qu'est aujourd'hui l'office du juge du contrat (I) afin de voir comment ce dernier influence le droit des contrats publics (II).

I. L'office du juge administratif du contrat: élément décisif dans la sécurisation du droit des contrats publics

Le rôle et le pouvoir du juge administratif saisi de la validité d'un contrat et de l'acte détachable s'est considérablement transformé ces dernières années, au rythme d'une jurisprudence substantielle tant en volume qu'en apports[1400], tendant toujours à concilier la volonté de préserver l'effectivité du recours à l'encontre d'un contrat tout en faisant en sorte d'éviter sa disparition. Cette démarche n'est pas encore terminée et un arrêt récent est venu poser une pierre de plus à un mouvement considérant que le contentieux doit déboucher, autant que faire ce peut, sur la survie du contrat[1401]. Le chemin pris il y a quelques années avait pour but d'arriver à ce juste équilibre, objectif qui semble être atteint avec la décision du Conseil d'Etat « *Département du Tarn et Garonne* »[1402]. Cette dernière décision d'une longue série, marque l'ouverture du recours en contestation de validité du contrat à « *tout tiers à un contrat susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par*

[1400] V. Notam. O.J.-F. Lafaix, « Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration », Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2009 ; « Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer », LGDJ, coll. Mélanges, nov. 2013 ; E. Langelier, « L'office du juge administratif et le contrat administratif », Thèse juin 2011, Poitiers ; L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, « Lamy droit public des affaires », ed. Lamy, 2013, p 2341 et s. ; P. Rees, « État des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 1, janv. 2010, étude 1, « Un nouveau juge de la validité du contrat », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2010, comm. 123 ; J. Gourdou et P. Terneyre, « Renouvellement de l'office du juge du contrat », RJEP n° 676, Juin 2010, comm. 30 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le contentieux administratif des contrats poursuit sa mue : quelques réflexions à propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, repère 5 ; P. Rees, « Tropic II est arrivé . - À propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994) », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, étude 5 ;

[1401] D. Truchet, « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et pourquoi ? », In Mélanges Richer, LGDJ, nov. 2013, p. 715

[1402] CE Ass., 4 avril 2014, « Département du Tarn et Garonne », req. n° 358994, Lebon, concl. B. Dacosta ; RFDA 2014, p. 425 ; JCP. G, 25 juin 2014 ; S. Braconnier, AJDA 2014, p 945 ; S. Braconnier, RDI 2014, p. 344 ; S. Brameret, RLCT, mai 2014, p. 20 ; F. Brenet, Dr. Adm, juin 2014, comm. 36 ; A. Bretonneau et J. Lessi, AJDA 2014, chr. P 1035 ; P. Delvolvé, RFDA 2014, p. 438 ; J.-D. Dreyfus, AJCA 2014, p. 80 ; E. Glaser, RLCT, mai 2014, p. 25.

sa passation ou ses clauses »[1403]. Cela concerne à la fois le recours en contestation de validité du contrat au profit du concurrent évincé[1404], la fin du référé précontractuel[1405], l'ouverture aux parties au contrat du recours en contestation de validité de ce dernier[1406], l'abandon de l'automaticité entre irrégularité d'un acte détachable et disparition du contrat[1407] (et ses conséquences sur la résiliation[1408]), l'extension du recours en contestation de validité du contrat au représentant de l'Etat chargé du contrôle de légalité[1409]. Cette inflation jurisprudentielle pourrait être de nature à effrayer les justiciables que sont les personnes publiques et les entreprises.

Pour autant, l'office du juge administratif du contrat a nettement évolué, le dernier épisode en date aurait pu laisser craindre une dérive de la possibilité ouverte à des recours de tiers à l'encontre de la substance même du contrat, ce qui paraîtrait à juste titre paradoxal puisque la possibilité qu'un tiers – quand bien même il pourrait se prévaloir d'être lésé par une illégalité, aussi significative soit-elle – puisse mettre à mal la validité d'un contrat semblait être une voie dangereuse que le juge n'a pas tout à fait permise. De telle sorte que le

---

[1403] CE. Ass., « Département du Tarn et Garonne », préc., consid. n° 2 : « *Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet* ».

[1404] CE. Ass., 16 juill. 2007, « Société Tropic Travaux signalisation », req. n° 291545, concl. D. Casas, BJCP 2007, n° 54, P. 704, , note C. Maugüe, R. Scwartz et P. Terneyre ; P. Delvolvé, RJEP, oct. 2007, p. 327 ; Concl. D. Casas, AJDA, 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; V. num. spécial, « Concurrents évincés le nouveau recours de l'arrêt "Société Tropic Travaux" », CP-ACCP, n° 70, 2007.

[1405] CE. Sect., 3 oct. 2008, « Syndicat Mixte de Réalisation et de Gestion pour l'Elimination des Ordures Ménagères de l'Est Sarthois » (SMIRGEOMES), req. n° 305420 ; B. Dacosta, concl., BJCP, déc. 2008, p. 451 et obs. T. Dal Farra, p. 394 ; B. Dacosta, concl., RFDA nov. 2008, p. 1128, comm. P. Delvolvé ; B. Bonnet et A. Lalanne, Dr. Adm., nov. 2008, p. 47 ; S. Braconnier, RDI, nov. 2008, p. 499 ; P. Cassia, AJDA 2008, p. 1585.

[1406] CE. Ass., 28 déc. 2009, « Commune de Béziers », req. n° 304802, Lebon p. 509 ; concl. E. Glaser, RFDA 2010, p. 506 et BJCP, avril 2010, p. 138 ; J. Gourdou et P. Terneyre, RJEP, juin 2010, p. 19, comm. 30 ; R. Noguellou, RDI mai 2010, p. 265.

[1407] CE. 21 fév. 2011, « Société Ophrys », req. n° 337349 ; Concl. B. Dacosta, BJCP n°75, 2011, p. 133, obs. N. Dourlens et autres ; F. Brenet, Dr. Adm. 2011 n° 47.

[1408] CE. sect. 21 mars 2011, « Commune de Béziers » (dite « Béziers II »), req., n° 304806, concl. E. Corto-Bouchet, RFDA 2011, p. 507 et s. ; F. Brenet et F. Melleray, Dr. Adm., 2011, n° 46.

[1409] CE. 23 déc. 2011, « Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration », req. n° 348647, concl. B. Dacosta, BJCP, n° 81, 2012, p. 125 ; P. Delvolvé, RFDA, 2012, p. 683 ; R. Lauret et P. Proot, CP-ACCP, n° 119, 2012, p. 73.

juge s'est défini un rôle bien précis en fonction de différents contextes. Ainsi, s'il est saisi d'une contestation de validité du contrat par les parties, il va prendre la posture d'un arbitre jugeant du respect ou non des obligations contractuelles fixées librement par ces dernières et les poussera, autant que faire se peut, à les respecter. De telle sorte qu'il sera bien plus un gardien de la légalité au sens que les engagements contractuels entre les parties font office de loi entre elles ainsi que le gardien de la légalité au sens strict dans le cas du constat d'une illégalité manifeste.

A contrario, dans le cadre de la contestation de la validité du contrat par un tiers[1410], le juge empruntera un rôle de gardien de la légalité, notamment et en particulier, de la passation du contrat. Dans cette logique, l'évolution du contentieux contractuel peut surprendre s'il ne prenait pas en compte le juste milieu imposé par la juridiction administrative suprême. Il serait en effet surprenant et dangereux que le juge offre la possibilité à un tiers, évincé comme lésé, de pouvoir contester sans un minimum de conditions la validité du contrat[1411]. C'est dans cette logique précise que le Conseil d'Etat a ouvert le recours au concurrent évincé, au sens de la jurisprudence « Tropic Travaux »[1412], et l'ouvre également à tout tiers ayant intérêt à agir en définissant pour autant les conditions de cette démarche[1413]. La recherche, marquée par l'évolution de l'office du juge dans un contentieux vaste et complexe, aurait pu être bouleversée par cette décision. Fort heureusement la stabilité des relations contractuelles

---

[1410] Au sens d'une personne physique ou morale non partie au contrat.

[1411] Cette éligibilité au droit de contester la validité du contrat par un tiers serait en effet aussi dangereuse pour la bonne marche de l'action contractuelle de l'Administration que le manque de contrôle objectif qui a pu avoir lieu sur la validation des évaluations préalables, réalisées dans le cadre de la procédure d'élaboration de certains contrats de partenariat public-privé, et conduisant nécessairement à certaines dérives.

[1412] Concurrent évincé qui est le premier concerné par les illégalités touchant au formalisme objectif des conditions de passation du contrat, qu'il s'agisse des obligations de publicité ou de mise en concurrence notamment. Avec cette décision de 2007, le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs fait que prendre une certaine avance sur les obligations que lui aurait imposé la directive n° 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 *modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics*, dite « directive recours », JOUE n° L33520, 30 déc. 2007, p. 31.

[1413] CE. Ass. 4 avril 2014, « Département du Tarn et Garonne », préc., consid. n° 2, préc., et consid. n°4 : « *Considérant que, saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés* ».

demeurera car bien que le recours *Tropic* ait été ouvert à une notion plus élargie de « *tiers* »[1414], la définition des conditions permettant de contester la validité du contrat restent bien encadrées et seront appréciées strictement par le juge. Ce tournant jurisprudentiel ne bouleversera pas les relations contractuelles mais, comme le souligne la doctrine, « *même si elle était préparée, et dans une certaine mesure avancée par l'ouverture du même recours aux candidats évincés, la solution de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne n'en est pas moins un tournant* »[1415]. Cette position prise, à défaut de simplifier la matière contentieuse, a le mérite de participer à une certaine clarification sans pour autant en simplifier la structure. En effet les recours en validité du contrat de « certains tiers » perdurent (tiers évincé, parties au contrat et préfet) voire fusionnent[1416] tout en supprimant les possibilités de recours en contestation des actes préalables au contrat. Paradoxalement, certains recours vont survivre, notamment la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir tels que le recours contre les clauses réglementaires[1417] ainsi que celui contre les actes administratifs détachables des contrats de droit privé.

Le contentieux contractuel a une influence directe sur le succès ou non de l'utilisation de certains contrats, le Marché d'Entreprise de Travaux Publics (METP) en étant le meilleur exemple « récent ». A l'aune d'une, espérons, ultime évolution du droit de la commande publique, qui devra emporter une nouvelle typologie, l'évolution de l'office du juge administratif du contrat demeure de nature à rassurer les acteurs de la commande publique. Gageons qu'il saura à terme devenir, lui aussi, plus lisible et que, pour reprendre les vœux de Nicolas Boulouis : « *à la trinité juridictionnelle excès de pouvoir, exécution, contrat, doit succéder l'unicité d'un juge* »[1418].

[1414] Justifiant que cette décision du Conseil d'Etat ait été surnommée décision « *Tropic II* ».

[1415] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le contentieux administratif des contrats poursuit sa mue : quelques réflexions à propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », Contrats et marchés publ., 2014, repère 5.

[1416] O. Guézou, « Le recours des tiers en contestation de la validité du contrat », Dossier spécial, Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux – Complément commande publique, sept. 2014, Hors-série.

[1417] Au sens de la décision CE. Ass., 10 juillet 1996, « Cayzeele », req. n° 138536, p.273 ; D. Chauvaux et T.-X. Girardot, AJDA 1996 ; P. Delvolvé, RFDA 1997, p. 89.

[1418] CE 9 avril 2010, *Commune de Levallois Perret,* req. n° 309480 : Rec., p. 106 et *BJCP* n° 71, p. 274, concl. Nicolas Boulouis.

II. L'influence du contentieux contractuel sur l'évolution du droit des contrats publics

La disparition, ou quasi disparition, du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat aura apporté une conclusion à la démarche entreprise par la décision *Tropic*. C'est une démarche jurisprudentielle qui a le mérite de connaître une fin et de poser, espérons le, des bases solides pour l'avenir contentieux du contrat. La théorie de l'acte détachable[1419], aussi ancienne soit-elle, demeurait une curiosité jurisprudentielle tant elle permettait de compromettre la validité d'un contrat pour des raisons qui pourraient être qualifiées d'accessoires au regard de la nécessité de la conservation de la bonne exécution des relations contractuelles en prenant en considération que l'illégalité mise en exergue n'était pas de nature à justifier une annulation *stricto sensu* du contrat. Le droit de la commande publique tel qu'il devrait évoluer ne peut que prendre en considération les positions récentes du juge, notamment et en particulier à l'endroit de la catégorisation à apporter aux différentes formules contractuelles existantes. S'il est question d'une remise en ordre simplifiant les critères et ainsi l'appartenance de tel instrument juridique à telle catégorie contractuelle, cela doit se faire dans une logique de sécurisation afin d'éviter un contentieux qui serait de nature à compromettre l'exécution d'un contrat et, par conséquent, la gestion du service public. L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* bouleverse d'une certaine façon le contentieux contractuel tel qu'il semblait s'être stabilisé au lendemain de l'arrêt *Tropic*. Ses apports sont malgré tout importants mais poussent à s'interroger sur les conséquences pratiques qui pourront se traduire vis-à-vis d'un système contentieux bien établi et qu'il va pourtant être amené à évoluer dans ses procédures de recours, bien évidemment en fonction de la nature des requérant[1420]. S'il est vrai qu'il va falloir mener un travail de réflexion sur les conséquences de l'arrêt d'Assemblée ayant marqué l'année 2014, notamment sur les procédures d'urgence en matière contractuelle, il va également s'avérer nécessaire d'apporter un minimum de clarification dans l'identification des différentes catégories de contrats. Cette dernière évolution jurisprudentielle devra, à l'aune de la révolution à laquelle doit s'attendre le droit de la commande publique, être l'occasion de clarifier l'état du droit en matière contentieuse, notamment au regard des procédures d'urgence que sont les référés qui demeurent

[1419] CE, 4 août 1905, « Martin », req. n° 14220, Rec. CE 1905, p. 749, concl. Romieu ; GAJA 16e éd., n° 16 ; V. F. Brenet, « L'avenir du contentieux des actes détachables en matière contractuelle », AJDA 2014 p. 2061.

[1420] V. Dossier spécial « , Mutations du contentieux contractuel », AJDA 2014, n° 46, p. 2044 et s.

aujourd'hui satisfaisants pour le tiers au contrat[1421] mais dont le rééquilibrage en matière de contentieux de l'exécution du contrat est nécessaire[1422]. Là encore il ne s'agit que d'apporter des modifications à l'apparence de rééquilibrages à l'état du droit existant tout en gardant à l'esprit que la jurisprudence fait déjà en sorte que l'insécurité juridique qui pouvait menacer le contrat, par la voie de recours aussi diverses que variés, prenne fin.

La réforme de la commande publique engagée, c'est au tour du contentieux du contrat administratif d'opérer ses changements. La vague d'arrêts récents met en exergue le souci du juge de clarifier les procédures et de les simplifier autant que faire ce peut afin de préserver le traditionnel et juste équilibre entre le recours effectif d'un tiers ou d'une partie lésée par la passation ou l'exécution d'un contrat sans pour autant que cet édifice contractuel s'écroule au moindre engagement d'une procédure aussi accessoire soit-elle. Cette clarification passe, la doctrine s'en saisit, un rééquilibrage des procédures d'urgence ainsi que par la mise en place d'une nomenclature de la nature des requérants. Cette démarche assez paradoxale de catégorisation des requérants[1423], dans une époque où il est d'ores et déjà question de catégorisation des contrats, sera malgré tout de nature à constituer un véritable guide du contentieux après avoir connu le « *guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics* »[1424].

Paragraphe 3. Une importante clarification à apporter à la typologie et à la catégorisation des contrats publics

La typologie des contrats administratifs français, nous l'avons vu, pose un certain nombre de difficultés et fait donc l'objet de griefs. La période de réflexion et de mouvement engagée par la succession de textes depuis une vingtaine d'années allait nécessairement déboucher sur un moment de mise à plat du système. Il semble venu, à l'aune de la transposition des nouvelles directives européennes. Cela doit commencer par une clarification de la typologie des contrats de la commande publique ainsi que, par voie de conséquence et à

[1421] Bien que ne semblant pas satisfaisant a priori puisque « *l'ensemble des actions en référé pouvant être intentées par les tiers au contrat est la résultante d'une évolution assez chaotique faite d'avancées désordonnées et parfois partiellement concurrentes, si bien qu'il donne souvent l'impression d'une incomplétude, sinon lieu à incompréhension* », V. J. Gourdou et P. Terneyre, « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », AJDA 2014, p. 2055.

[1422] J. Gourdou et P. Terneyre préc. ; P. Delelis, « Les insuffisances des procédures de référé », AJDA 2011, P. 320.

[1423] B. Dacosta, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », AJDA 2014, p 2049.

[1424] Circ. 14 févr. 2012 portant guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, NOR EFIM201512C, JO 15 févr. 2012 ; C. Prebissy-Chassal, « Le nouveau Guide des bonnes pratiques du droit des marchés publics à la lumière du droit de la concurrence », Contrats concurrence et conso., n°4, avril 2012, comm. 101.

l'échelle franco-française, une réorganisation de fond des contrats globaux. Cette démarche semble prendre le chemin d'une réaffirmation de la distinction binaire bien connue de notre droit (I) puisqu'il semble que chaque contrat va être recentré sur sa fonction première (II).

I. Vers la réaffirmation de la dualité des contrats de la commande publique

Elaborer une typologie précise des contrats de la commande publique est une entreprise que certains esprits audacieux ont tenté, pour autant les évolutions récentes l'ont rendue difficile, du fait d'une prolifération textuelle engendrant une superposition voire un enchevêtrement des textes et des contrats[1425]. La multiplication de la législation créant ou modifiant des contrats spéciaux, la plupart étant dérogatoires des principes de la commande publique, participe évidemment à l'entretien de ce désordre. Ainsi la complexité qui gangrène ce domaine est donc liée à la difficulté d'identification dont souffrent les trois grandes catégories qui constituent tant bien que mal la commande publique : les marchés publics, les concessions (ou délégations de service public pour conserver une vision française) et les contrats globaux. Malgré les efforts de définition des textes auxquels il peut être reconnu une certaine rigueur, l'expérience a montré qu'il était parfois bien difficile de faire rentrer telle ou telle formule dans une catégorie existante. Ainsi, si la distinction entre les différentes familles de contrats est aujourd'hui confuse, la globalisation des instruments juridiques ne permet pas, en l'état actuel des choses, de faciliter une démarche de clarification générale.

L'objectif principal d'une telle démarche est de donner une certaine cohérence voire unité aux règles régissant la commande publique, la grande problématique en la matière étant d'avoir une succession de textes qui définissent la substance de certains outils juridiques, leurs modes de passation sans en définir clairement les frontières qui, vu les critères, peuvent être difficilement visibles.

Ainsi, bien que le droit européen ne reconnaisse que deux catégories de contrats que sont les marchés publics d'une part, et les concessions d'autre part ; le droit français de la commande a tout intérêt à reconnaître officiellement l'existence d'une troisième catégorie que sont les contrats globaux, a fortiori si la démarche d'unification du régime de cette dernière était remplie. La distinction entre délégation de service public et contrat de partenariat public-privé peut être délicate à réaliser, ce qui peut être également le cas avec un certain nombre de contrats de la commande publique tels que les marchés publics, les conventions d'occupation

[1425] F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 7.

du domaine public entre autres[1426]. Face à ce contexte brouillon voire flou, les appels à la refonte du droit de la commande publique ne peuvent que légitimement se faire entendre, en particulier par l'expression du souhait de la création d'un Code de la commande publique[1427]. C'est donc un véritable « *choc de simplification* »[1428] dont a besoin le droit de la commande publique à un moment où l'externalisation de l'action des collectivités publiques n'a jamais été aussi importante et représente un enjeu financier majeur. Cela passera nécessairement par une réorganisation de la typologie existante. Cela n'a pas vocation pour autant à bouleverser la répartition existante et la *summa divisio* telle que connue et établie depuis fort longtemps ne disparaîtra pas du paysage contractuel français. Pour autant, la mise en ordre de ces deux familles, chose actée par les nouvelles directives marchés et concessions[1429], ne sera pas de nature à ce que soit reconnue l'existence d'une troisième voie composée des contrats globaux ainsi que d'un contrat global unifié qui pourrait porter sur des opérations de construction, de rénovation, d'entretien et/ou de maintenance, au financement assuré en partie par un opérateur privé, comportant l'occupation du domaine public constitutive de droits réels etc.… Ce contrat global, du moins – en l'état actuel du droit – cette famille des contrats globaux demeurera par essence dérogatoire, appartenant ou se rapprochant parfois de la définition des marchés publics et d'autres de celle des délégations de service public ou des concessions si nous retenons les termes européens[1430]. Malgré cela, la particularité du droit français aurait pu conserver un certain pré-carré à travers la survie de cette fameuse troisième catégorie que sont les contrats globaux, une certaine continuité qui pour autant n'aurait pas permis de prendre le virage de la clarification également.

La catégorie des contrats globaux peut toutefois connaître des subdivisions au moins formelles. La véritable interrogation se situera au stade de la première division, devra-t-elle se faire en fonction du critère du financement en premier lieu ? Si cela ne devait pas être le cas, de l'opération envisagée ? Il est vrai que la catégorie des contrats globaux telle qu'il serait bénéfique qu'elle soit pourrait se répartir autour de trois types d'opérations :

[1426] A ce sujet, voir l'excellente thèse de J. Leplat, « Quel montage juridique pour l'exercice externalisé des compétences des collectivités territoriales ? », Pau, 1er déc. 2008.

[1427] N. Symchowitz, « Pour un Code de la commande publique », Contrats et marchés publ., avril 2007, p. 7 ; G. Eckert, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », RFDA, mars-avril 2006, p. 238 ; F. Tiberghien, « Il faut un Code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », AJDA 2008, p. 1228.

[1428] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le choc de simplification et la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2014, repère 4.

[1429] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession..

[1430] F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 7.

- Conception, construction, entretien et maintenance
- Mission globale du contrat de partenariat public-privé existant
- Opérations immobilières emportant occupation du domaine public constitutive de droits réels.

Au final se retrouveraient au sein d'une même famille la transposition de modèles bien établis tout en étant réunis au sein de sous catégories. Ne pourrait-il pas être envisagé que l'ensemble de ces instruments actuels soient réunis sous la forme d'un seul et unique contrat global qui permettrait de procéder à des opérations répondant à un minimum d'exigences, en terme de complexité réelle et objectivement analysée en amont, afin de constituer un contrat global qui ne serait non pas à la carte mais dont la souplesse de constitution permettrait de véritablement l'adapter à la démarche particulière, puisque dérogatoire, engagée par la personne publique. Il en ressortirait alors un contrat global de conception-réalisation-entretien-maintenance ou d'occupation du domaine public constitutive de droits réels par exemple. Cette logique véritablement transversale et globalisante que symbolise le contrat de partenariat public-privé mérite de survivre tout en se consolidant au niveau de son régime, de ses conditions de passation et surtout des étapes préliminaires permettant de véritablement sécuriser l'opération en reconnaissant objectivement sa pertinence ou non. Les directives « marchés » et « concessions » de l'année 2014 ne s'intéressent pas véritablement au contrat de partenariat tel quel, gageons que son avenir national sera probablement scellé par l'ordonnance relative aux marchés publics dont l'objectif principal est de transposer lesdites directives. Ce dernier projet d'ordonnance semble apporter une confirmation à la dualité maintenue du droit français de la commande publique, notamment en recentrant chaque contrat sur sa fonction première, permettant ainsi de le classer dans l'une ou l'autre des catégories.

II. Vers une classification des contrats en fonction de leur objet premier

L'évolution du droit français et de l'influence du droit européen marque un tournant dans la catégorisation des contrats publics et, surtout, dans la logique de les appréhender et de les utiliser. Les contrats globaux de la commande publique ont modifié significativement l'importance de l'action de l'Etat, traditionnellement symbolisée par l'acte unilatéral ainsi que par le marché public dont la méthode demeurait très directive. L'élévation du cocontractant privé au rang de « partenaire », au delà du symbole, pose un certain nombre de problématiques sur le régime des contrats offrant cette possibilité et surtout l'opportunité

d'une certaine généralisation d'un engagement contractuel qui demeure paradoxalement dérogatoire[1431]. Pour autant, ces évolutions correspondent à des besoins nouveaux dans l'action de l'Administration, en cela que le droit positif fasse en sorte de s'adapter est une très bonne nouvelle, d'autant qu'il est admis que la catégorisation actuelle des contrats de la commande publique est une source d'insécurité juridique[1432].

Le projet d'ordonnance relative aux marchés publics apporte d'ores et déjà un certain nombre de clarifications en la matière : l'objectif premier est véritablement de recentrer chaque instrument juridique sur sa vocation première, qu'il s'agisse de la commande publique d'une part ou de l'occupation du domaine public, d'autre part.

Ainsi, a propos, des autorisations d'occupation temporaire et du bail emphytéotique administratif, il est respectivement prévu que : « *une autorisation d'occupation temporaire ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un pouvoir adjudicateur* » et « *un tel bail* [emphytéotique administratif] *ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un pouvoir adjudicateur* »[1433]. Cela montre bien la volonté de recadrer les possibilités d'utilisation de ces instruments et d'éviter d'éventuelles dérives en les cantonnant à leur mission première : l'occupation du domaine public de l'Etat et des collectivités locales.

La même logique s'applique à ce qui devrait dorénavant être le marché de partenariat qui sera « *un marché qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet : 1° La construction, la transformation, la rénovation ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; 2° Tout ou partie de leur financement. II. – Cette mission globale peut également avoir pour objet : 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;*

[1431] Par exemple, sans qu'il soit pourtant question de contrat global, V. E. Pourcel, « Marchés de conception-réalisation : une exception au principe devenue exception de principe ? », Contrats et marchés publ., n° 7, juill. 2010, étude 7 ; A propos de contrat global, V. X. Mouriesse et L. Le Corre, « Les nouveaux horizons de la concession d'aménagement », CP-ACCP, n° 145, juill.-août 2014, p. 47.

[1432] J.-M. Glatt, « La catégorisation des contrats de la commande publique : source d'insécurité juridique », note sous CJCE, 10 sept. 2009, « Eurawasser », aff. n° C-206/08, LPA, 11 févr. 2010, n° 30 p. 3.

[1433] Projet d'ordonnance préc., quatrième partie, art. B.

2°L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ; 3° La gestion d'une mission de service public pour le compte de la personne publique ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée »[1434]. Là encore la volonté de le recentrer vers son rôle d'outil de commande publique est manifeste et devrait permettre de maintenir la séparation binaire traditionnelle du droit français.

Ce n'est qu'une première étape dans la refonte générale du droit de la commande publique qui devra dépasser nécessairement le strict cadre des actes contractuels pour s'élargir par la suite, par exemple, aux résultats d'exploitation du service public ou des biens publics.

La démarche est encore loin d'être achevée, elle en est précisément à ses débuts et il reste encore difficile de cerner quand interviendra et ce que contiendra l'éventuel projet de Code de la commande publique. Ce qui est certain pour l'instant c'est que, influencée par la législation communautaire, la situation décrite précédemment ne pouvait qu'être appelée à évoluer.

Paragraphe 4. L'opportunité de procéder au changement à l'occasion de la transposition des directives européennes de 2014

L'adoption des directives européennes était à la fois une chose prévisible et nécessaire au regard des évolutions qu'a connu le droit de la commande publique depuis les directives communautaire adoptées en 2004. Les différents textes nationaux intervenus depuis sont également venus bouleverser un droit qui avait besoin d'évolution et qui en a peut être trop connu ou trop vite. La première étape d'une réorganisation devenue plus que nécessaire est donc venue d'ailleurs (I). La deuxième commence avec l'élaboration du projet d'ordonnance de transposition (II) qui reprend l'esprit des directives et démarre le grand chantier de la réforme du droit de la commande publique français qui devra logiquement connaître encore d'autres épisodes.

[1434] Projet d'ordonnance préc., art. 59.

I. Une première étape européenne

L'arrivée des nouvelles directives sur la passation des « *marchés* »[1435] et « *concessions* »[1436] était attendue tant les conséquences sur le droit interne sont notables[1437]. La première citée ne bouleversera pas le droit interne tant les modifications opérées sur le Code des marchés publics ont pris les devants sur ces changements prévisibles et attendus[1438]. L'évolution la plus marquante demeurant la potentielle mise à jour qui devra être effectuée à l'endroit des rapports entre la notion française de délégation de service public et le concept communautaire de concession[1439]. En ce sens elle va rester un contrat qui ne prend pas en considération la notion de service public, ce qui apparaît relativement logique puisque le droit communautaire se limite, par la fixation de procédures de passation et de publicité préalable, à assurer le respect du jeu de la concurrence[1440] sans prendre en compte des considérations pouvant apparaître comme étant strictement nationales telles que les activités rattachées de fait à un service public notamment. C'est entre autre pour cette raison que le droit français va devoir se saisir de ce type de question afin de procéder aux modifications nécessaires, à la fois, à clarifier au maximum sa législation tout en assurant le respect des dispositions de ces deux nouvelles directives. En particulier en raison de la principale conséquence qui pourrait toucher certaines DSP qui ne faisaient pas l'objet d'une mise en concurrence en raison de leur caractère d'intérêt général[1441] (à l'exception des cas dans lesquels le juge considérait que la substance du contrat en faisait en réalité un marché public[1442]). Une stricte transposition de la directive telle qu'elle a été adoptée aurait donc pour conséquence de rebattre les cartes de la répartition catégorielle de certaines formules contractuelles au risque d'être confrontée aux qualifications actuelles dont l'origine est globalement jurisprudentielle. Bien que la directive reconnaisse la liberté des Etats membres à s'administrer librement en considérant que

---

[1435] Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.

[1436] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

[1437] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des directives marchés publics ? », Contrats et marchés publ., n° 10, oct. 2013, repère 9.

[1438] Qu'il s'agisse de la notion d'offre la plus économiquement avantageuse de l'article 67, du rejet des offres anormalement basses de l'article 69 ou encore du recours au dialogue compétitif de l'article 30 par exemple.

[1439] Notions dont l'adéquation n'est pas encore actée, V. F. Llorens et P. Couteaux, Contrats et marchés publ., n° 10, oct. 2013, préc.

[1440] Ce qui est précisé dans la directive dès le premier considérant : « *L'absence, au niveau de l'Union, de règles claires régissant l'attribution de contrats de concession crée une insécurité juridique et des entraves à la libre prestation des services et provoque des distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur* ».

[1441] CE. 5 oct. 2007, « Sté UGC-Ciné-Cité », req. n° 298773, Contrats et marchés publ., 2007, comm. 308, note G. Eckert.

[1442] CE. 23 mai 2011, « Commune de Six-Four-Les-Plages », Rec. CE 2011, p. 255, Contrats et marchés pub., 2011, comm. 195, note G. Eckert.

« *principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, conformément au droit national et de l'Union. Ces autorités sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services, pour assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics* »[1443]. La suite des dispositions précise les conditions d'attribution des concessions (reprenant majoritairement les principes énoncés dans la jurisprudence communautaire qui est partiellement en accord avec les positions du Conseil d'Etat en matière de DSP[1444]. Pour autant certaines positions prises par la directive ne font qu'entériner des éléments que le droit français avait déjà intégré[1445], notamment dans le cadre de ce que la directive qualifie de « *contrats mixtes* »[1446] Ces derniers concernent essentiellement la dichotomie qu'il y a à opérer dans la passation des contrats en fonction de leur objet principal (tant dans le régime de passation que de l'exécution qui sera conditionné par le rapprochement avec les DSP ou la concession de travaux).

Les directives européennes ont lancé les grandes lignes que le législateur national va devoir reprendre à son compte et ainsi adapter le droit afférent afin, à la fois, de se mettre en adéquation avec le droit européen et surtout profiter de cette occasion pour apporter les changements et procéder aux réorganisations tant attendues.

II. Une transposition décisive pour le droit français des contrats globaux

Le projet d'ordonnance , tel qu'issu de la concertation lancée au mois de décembre 2014, reprend l'état d'esprit porté par les directives. Ainsi l'étude d'impact relève que les contrats de partenariat public-privé ont « *un régime inadapté à la diversité des projets des personnes publiques, ce qui les encourage à recourir à d'autres formes de partenariats*

[1443] Directive 2014/25/UE, préc., consid. art. 2.

[1444] CE, 7 nov. 2008, « Département de la Vendée », req. n°291794 : JurisData n° 2008-074470 ; Rec. CE 2008, p. 805 ; AJDA 2008, p. 2454, note L. Richer ; BJCP 2009, p. 7, note T. Pez et p. 55, concl. N. Boulouis ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 296, note G. Eckert ; RLCT 2009, n° 1238, note D. Capitant. – CE, 5 juin 2009, n° 298641, Sté Avenance Enseignement et santé : JurisData n° 2009-075557 ; BJCP 2009, p. 393, concl. B. Dacosta ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 236, note G. Eckert ; , F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Retour sur la distinction entre marchés et concessions : y-a-t-il « accord parfait » entre les jurisprudences nationale et communautaire ? », Contrats-Marchés publ. 2010, repère 1.

[1445] Ord. n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, JO n°0162, 16 juill. 2009, p. 11853, texte n° 9.

[1446] Directive 2014/25/UE préc., art. 20-al. 1 : « *Les concessions qui ont pour objet à la fois des travaux et des services sont attribuées conformément aux dispositions applicables au type de concession qui constitue l'objet principal du contrat en question* ».

public-privé moins encadrés et moins sécurisés »[1447] et que leur « *coût et la lourdeur des montages financiers qui l'accompagnent ne sont pas toujours maîtrisés, pouvant constituer, dans certains cas, un risque pour les deniers publics* »[1448]. Dès-lors, les objectifs portés par ce projet d'ordonnance sont à la fois nombreux et ambitieux : réformer les conditions de recours, l'utilisation ainsi que le régime des contrats de partenariat public-privé. Ces derniers ne sont d'ailleurs pas le seul objet du texte, pour autant il est intéressant de faire le constat qu'il bénéficie d'une attention particulière tant cela permet de réorganiser presque automatiquement le reste des contrats globaux. Ainsi le projet d'impact prévoit que les précisions apportées sur le contrat de PPP seront de nature à rendre à chaque outil contractuel, nous l'avons vu, son rôle et ses fonctions, en particulier entre celui d'assurer une commande publique et celui de permettre une occupation du domaine public. Au delà de la précision et de la refonte d'une partie des contrats globaux, le but premier est bien de recentrer le contrat de partenariat sur son rôle tout en encadrant plus rigoureusement son utilisation. Il est bien question de « *rationaliser* » et de « *moderniser* »[1449] les contrats de PPP. L'élément notable, bien que prévisible au regard des directives, est bien la qualification du contrat en marché public, réglant ainsi la question de sa catégorisation tant discutée depuis sa création.

Malgré cette attention particulière portée au contrat de partenariat, la transposition va causer une transformation extrêmement important pour l'ensemble des textes concernant les contrats publics. Là encore, l'esprit de ces transformations à venir peut être symbolisé par celles concernant les contrats de partenariat : encadrement des conditions de recours, sécurisation juridique et financière de leur utilisation et précisions quant à leur qualification juridique. Ainsi le but précis, qui doit devenir celui du contrat de partenariat et qui a été la source de la décision prise par la ville de Lourdes, est bien de permettre aux personnes publiques de choisir le contrat le plus adapté au projet poursuivi plutôt que de tenter de réaliser une opération de manière approximative. Cela a été trop le cas dans un cadre juridique imprécis, vaste et marqué par des formules contractuelles de droit commun, d'une part, et dérogatoires, d'autre part. Le projet d'ordonnance porte ainsi nombre d'espoirs et tant les

[1447] Fiche d'impact du projet d'ordonnance de transposition des directives européennes de 2014, préc., p. 67, paragraphe 3.2.1.

[1448] Idem.

[1449] Fiche d'impact du projet d'ordonnance, préc., p. 66 ; V. F. Linditch, « Mise en concertation du projet d'ordonnance relative aux marchés publics et projet de fiche d'impact », Contrats et Marchés publ., n° 2, Fév. 2015, alerte 8.

acteurs que la doctrine restent vigilants dans l'attente de l'arrêt du texte qui prend déjà la voie de la simplification tant attendue[1450].

L'arrivée de ces textes européens, par la voie de la transposition en droit français, est un élément symbolisant un peu plus l'intérêt d'une période qui s'ouvre et qui semble propice à une réorganisation du droit interne de la commande publique, d'une mise en adéquation – autant que faire se peut – avec le droit international afin de définir une bonne fois un cadre clair, intelligible, simple (sans être simpliste) malgré la complexité inhérente à la matière. Dès-lors, la réorganisation générale de ce secteur amènera nécessaire à l'avènement d'une notion nouvelle qui est d'ores et déjà qualifiée de « *droit de la commande publique* » qui déjà ouvre la voie à certaines réflexions prônant la création d'un Code portant le même nom et qui engloberait l'ensemble des textes codifiés à l'heure actuelle en supplément de l'ensemble du travail de codification qui semble devoir être opéré.

Section 2. Vers un nécessaire avènement d'un droit commun de la Commande publique

La position prônant la nécessité de la création d'« *un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique* »[1451] n'est pas nouvelle, pourtant elle n'a jamais semblé être autant d'actualité et nombreux sont ceux qui appellent de leurs vœux un mouvement de simplification à cet endroit[1452]. Le moment semble plus opportun que jamais pour procéder à cette modification d'envergure du droit français de la commande publique française. Le bilan très mitigé de son évolution lors de cette dernière décennie ne fait que renforcer une position tenue depuis longtemps par la doctrine et implicitement soutenue par nombre de rapports. Paradoxalement, c'est l'adoption des deux directives européennes qui semble avoir relancé cette démarche, ayant une influence capitale sur le fond tout en prônant une posture souple[1453], nécessaire à l'évolution de l'activité des personnes publiques. Leur transposition en droit français poursuit principalement cet objectif comme le prouve le projet d'ordonnance en cours

[1450] S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », RDI 2015, p. 8.

[1451] F. Tiberghien, « Il faut un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », AJDA 2008, p 1228.

[1452] V. Notam., J. Gourdou et P. Terneyre, « Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », CJEG, 1999, p. 249 ; P. Terneyre, « Le droit du contentieux des contrats administratifs a t-il enfin atteint sa pleine maturité ? », Conseil d'Etat, Rapport annuel 2008, La Documentation française, p. 383 ; J.-F. Lafaix, « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », RFDA, 2010, p. 1089 ; A. Ménéménis, « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », RJEP, fév. 2012, n° 1 ; E. Glaser, « Les habits neufs du juge du contrat », AJDA, 2011, p. 308.

[1453] En particulier à l'endroit du choix des procédures de passation ; V. L. Idot, « Une étape décisive dans la modernisation du droit des marchés publics », Rev. Europe, n° 2, févr. 2014, alerte 6.

d'élaboration (paragraphe 1). Malgré cette impulsion européenne, le droit français doit faire sa révolution, en prenant évidemment en considération la substance de ces directives[1454], dont le principal objectif est d'insuffler un peu de clarté dans un domaine devenu illisible (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une révolution française influencée par les directives européennes.

Le temps d'une réglementation rigide de la commande publique semble être en train de passer. L'adoption de deux directives[1455] portant sur les marchés publics d'une part et les concessions d'autre part symbolise à l'heure actuelle un mouvement de modernisation placé sous le signe de la sécurité juridique et de la simplification[1456]. De la nécessité de transposer ces deux textes européens va naître l'impératif, à la fois, d'une mise en conformité du droit national avec ces derniers ainsi que d'une réorganisation bien plus globale et ne relevant que de la seule volonté du législateur français. Cette volonté de simplification européenne ne saurait en effet produire ses effets en France qu'à la condition que « *la transposition des directives s'opère non seulement conformément à leur lettre mais aussi à leur esprit, en particulier en terme de simplification* »[1457]. Cet esprit se retrouvant principalement dans la souplesse apportée aux procédures de passation (I) et dans l'affirmation d'une division binaire entre deux grandes familles de contrats (II).

I. L'impulsion européenne d'un assouplissement procédural du droit de la commande publique

Cette démarche tendant à faciliter les démarches des personnes publiques et des entreprises privées dans la conclusion des contrats et ainsi dans l'exécution du service public se symbolise au sein des directives par plusieurs points à la fois précis et importants. Les

[1454] Dont l'influence sera beaucoup plus à relever en terme de formalisme dans les procédures de passation afin de veiller au respect des principes de publicité et de libre concurrence.

[1455] Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc.

[1456] J. Maïa, « Revisiter le droit français de la commande publique : pourquoi ? Comment ? », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 3.

[1457] J. Maïa, préc.

apports de ces deux nouvelles directives sont très importants mais certains se distinguent particulièrement du point de vue de la simplification du droit de la commande publique[1458].

Le premier d'entre eux étant le recours aux **procédures d'appel d'offres** qui jusqu'à présent étaient le symbole d'un mauvais équilibre trouvé entre le moyen de permettre la garantie des principes de la commande publique, que sont la publicité préalable et la libre concurrence d'une part, ainsi que de sécuriser aux maximum la procédure suivie d'autre part. La problématique de cette procédure résidait essentiellement dans sa grande rigidité et, souvent, par une mauvaise adéquation finale entre l'offre produite par une entreprise privée par rapport au véritable besoin d'une personne publique. En la matière, les directives marquent une rupture en ne faisant plus de la procédure d'appel d'offre une démarche de principe, au profit probablement de procédures plus consensuelles telles que le dialogue compétitif et la procédure négociée[1459]. Ainsi les procédures d'appel d'offres ouverts et restreints disposent d'articles spécifiques[1460], sans pour autant avoir été modifiées de façon notable, de telle sorte que la procédure ouverte offre toujours la possibilité à « *tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un appel à la concurrence* »[1461]. Quant à l'appel d'offre restreint, il est prévu que « *tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis d'appel à la concurrence en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par l'entité*

[1458] Notre propos n'étant pas de détailler les apports des directives en question, pour une étude approfondie, V. « Les nouvelles directives marchés – 1ère partie », dossier spécial, CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 22 et s. ; « Les nouvelles directives marchés – 2ème partie », dossier spécial, CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p 19 et s. ; S. Braconnier, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions – première partie : un cadre général renouvelé », JCP. G, n° 19, 12 mai 2014, doctr. 567 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? », Contrats et marchés publ., mars 2014, repère 3 ; G. Clamour, « Nouvelle directive marchés, premier panorama », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2014, comm. 71 ; G. Clamour, « Nouvelle directive concessions, premier panorama », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2014, comm. 72 ; M. Karpenschif, « Le contrat au service des politiques publiques : Contrat public et Union européenne », RFDA, mai-juin 2014, p.418 ; « Les directives marchés publics et concessions 2014 », Colloque organisé par l'Institut Maurice Hauriou de l'Université Toulouse 1 – Capitole les 15 et 16 mai 2014, Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 1 ; N. Symchowitz et R. Lauret, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », BJCP n° 95, p. 263 ; T. Dal. Farra, « La consécration des partenariats d'innovation dans les nouvelles directives relatives aux marchés publics », BJCP n° 95, p. 254 ; B. Poujade, « La nouvelle directive Marchés publics et les prestations juridiques : le changement c'est maintenant ? », BJCP n° 95, p. 259 ; C. Frackowiak et G. Delaloy, « Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions : quels changements pour le droit français de la commande publique ? », chron., BJCP n° 94, p. 155 ; C. Frackowiak et G. Delaloy, « Nouvelles directives marchés publics et concessions de services (suite…) – Pour une rationalisation de l'architecture du droit français de la commande publique », dossier spécial, BJCP, n° 95, p. 239 ; B. Dacosta, « Nouvelles directives marchés publics et concessions de services (suite et fin) – L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive marchés publics », dossier spécial, BJCP n° 96, p. 323 ; L. Idot, « Une étape décisive dans la modernisation du droit des marchés publics », Rev. Europe, n° 2, févr. 2014, alerte 6.

[1459] Cf infra.

[1460] V. Art. 27 de la directive 2014/24/UE et l'art. 45 de la directive 2014/25/UE pour la procédure d'appel d'offre ouvert ; V. art. 28 de la directive 2014/24/UE et 46 de la directive 2014/25/UE a propos de la procédure d'appel d'offre restreint.

[1461] V. art. 27 de la directive 2014/24/UE et 45 de la directive 2014/25/UE préc.

adjudicatrice »[1462]. Pour autant, la souplesse introduite par le développement des procédures négociées devrait avoir pour conséquence une utilisation plus faible du traditionnel appel d'offres.

La nécessité d'insuffler plus d'efficacité dans l'achat public, et donc de souplesse de procédures célèbres pour leur rigidité, a été pris en compte dans ces deux nouvelles directives qui offrent de plus grande possibilités d'avoir recours au **dialogue compétitif** et à la **procédure négociée**, démontrant également la prise de conscience des contraintes qu'imposaient la rigidité de l'appel d'offres traditionnel. Cette volonté se retrouve clairement exprimée dans le considérant n° 42 de la directive 2014/24/UE, concernant les marchés publics classiques, qui dispose que : « *il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans le cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable. Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants* » et qui insiste sur le fait « *qu'en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années. 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. Tel peut notamment être le cas de projets innovants, de la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré. Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution* ». Il est intéressant de remarquer que le verrou de l'appel d'offre est, d'une certaine façon, tombé au profit d'une plus grande discussion désormais possible, bien qu'il soit toujours de rigueur de procéder à des mesures de publicité préalable ainsi que de mise en concurrence. Il est remarquable de

[1462] V. art. 28 et 46 préc.

constater que les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices auront la possibilité de choisir la procédure « *la plus adaptée* »[1463] à leur démarche. Cette volonté simplificatrice se retrouve également dans le fait que les conditions de recours à ces deux procédures[1464] seront les mêmes. Il est également notable de constater qu'en la matière, une généralisation des conditions recours similaires à celles connues pour les contrats de partenariat public-privé semble être mise en place puisque l'utilisation de l'une des deux procédures négociées pourra être faite dès lors que « *pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants: i) les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satis- faits sans adapter des solutions immédiatement disponibles; ii) ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes; iii) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent; iv) le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante 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* »[1465].

Pour autant des limites demeurent en la matière et la souplesse de la négociation ne doit pas négliger la mise en concurrence, ainsi l'absence de publicité préalable justifie le maintien des restrictions préexistantes[1466]. Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'en la

---

[1463] V. Art. 26-1 de la directive 2014/24/UE : « *Lorsqu'ils passent des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs mettent en œuvre les procédures nationales adaptées de manière à être conformes à la présente directive, à condition que, sans préjudice de l'article 32, un appel à la concurrence ait été publié conformément à la présente directive* ».

[1464] Sous entendu procédure négociée d'une part et dialogue compétitif d'autre part.

[1465] Art. 24-2 de la directive 2014/24/UE

[1466] En ce sens le considérant n° 50 de la directive 2014/24/UE est particulièrement explicite : « *Compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles. Ces exceptions devraient se limiter aux cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché. Tel est le cas des œuvres d'art, pour lesquelles l'identité de l'artiste détermine en soi le caractère unique et la valeur de l'œuvre d'art. L'exclusivité peut aussi résulter d'autres motifs, mais le recours à la procédure négociée sans publication ne peut être justifié que dans une situation d'exclusivité objective, c'est-à-dire lorsque l'exclusivité n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même en vue de la passation du marché. Les pouvoirs adjudicateurs invoquant cette exception devraient en justifier l'absence de solutions de remplace- ment ou rechange raisonnables telles que le recours à d'autres canaux de distribution, y compris en dehors de l'État membre du pouvoir adjudicateur ou le fait d'envisager des travaux, fournitures ou services ayant une fonction comparable. Lorsque l'exclusivité est due à des raisons techniques, celles-ci devraient être rigoureusement définies et justifiées au cas par cas. Parmi ces raisons pourraient par exemple figurer la quasi-impossibilité technique, pour un autre opérateur économique, de réaliser les prestations requises, ou la nécessité de recourir à un savoir- faire, des outils ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur économique. Des raisons techniques peuvent également découler d'exigences spécifiques d'interopérabilité qui doivent être satisfaites pour garantir le fonctionnement des travaux, des fournitures ou des services achetés. Enfin, une procédure de passation de marché n'est pas utile lorsque les fournitures sont achetées directement sur une bourse des matières premières, notamment les plate- formes d'échange de produits de base telles que les bourses de*

matière la transposition de la procédure négociée sans publicité préalable ne relève pas d'une obligation[1467].

La même liberté de choix se retrouve à l'endroit des marchés publics dits de « *secteurs spéciaux* »[1468] puisque les entités adjudicatrices se voient offrir une totale liberté de choix dans les procédures à la seule condition de la réalisation d'une publicité préalable et d'une mise en concurrence[1469]. La principale évolution se trouve dans l'ouverture au recours au dialogue compétitif[1470] pour les entités adjudicatrices puisqu'il a été admis que ce procédé « *s'est révélé 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 le plan technique, financier ou juridique. Une telle situation peut survenir notamment avec des projets innovants, la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou des projets comportant un financement complexe et structuré. Il convient dès lors que les États membres puissent mettre cet outil à la disposition des entités adjudicatrices* »[1471]. Ainsi, la volonté de faciliter les démarches de passation des personnes publiques apparaît facilement dans la lettre de ces deux textes européens.

Paradoxalement à cette volonté de simplification du corpus juridique, la directive prévoit la création d'un nouvel instrument, offrant aux personnes publiques la possibilité de s'associer à un travail d'innovation avec un ou plusieurs partenaires privés afin d'acquérir, à termes et notamment après une phase de recherche et de développement, un bien, un service ou des travaux innovants : c'est ainsi que le **partenariat d'innovation** va faire son apparition. En plus de la volonté de simplifier les régimes de passation des contrats publics, les directives mettent en exergue l'intention de promouvoir la performance et l'innovation[1472]. Cet objectif

---

produits agricoles, de matières premières et de produits énergétiques, où la structure d'échange multi- latérale réglementée et contrôlée garantit naturellement les prix du marché ».

[1467] En effet, l'article 26-6 de la directive 2014/24/UE prévoit que les Etats membres « *peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à une procédure négociée sans publication préalable d'un appel à la concurrence. Les États membres n'autorisent pas l'application de cette procédure dans d'autres cas que ceux visés à l'article 32* ».

[1468] La directive 2014/25/UE concernant les « *marchés* [passés] *par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux* »

[1469] Ce principe de totale liberté dans le choix de la procédure, sous réserve du respect de la publicité préalable et de la mise en concurrence se retrouvant à l'article 46-1 de la directive 2014/25/UE : « *Lorsqu'elles passent des marchés de fournitures, de travaux ou de services, les entités adjudicatrices mettent en œuvre des procédures adaptées de manière à être conformes à la présente directive, à condition que, sans préjudice de l'article 47, un appel à la concurrence ait été publié conformément à la présente directive* ».

[1470] Directive 2014/25/UE préc., art. 48.

[1471] Directive 2014/25/UE préc., consid. n°60.

[1472] Comme cela est rappelé dans le considérant n° 100 : « *il convient de rappeler que les marchés publics sont essentiels pour promouvoir l'innovation, qui est très importante pour la croissance future en Europe. Les secteurs et les marchés étant*

pourra être rempli grâce à cette nouvelle formule qui permettra aux collectivités publiques d'avoir recours à un opérateur privé dont la mission devra être de définir et élaborer, dans le cadre d'une démarche de recherche et développement, en vue d'acquisition des fournitures, travaux ou services. L'intérêt de cet outil contractuel réside évidemment dans le fait de ne pas avoir à réaliser une procédure de passation traditionnelle à une démarche d'acquisition. Ce processus est ainsi encouragé puisque le considérant n°48 de la directive 2014/24/UE et n°58 de la directive 2014/25/UE disposent que « *en raison de l'importance que revêt l'innovation, il convient d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à auto- riser des variantes aussi souvent que possible. L'attention desdits pouvoirs adjudicateurs devrait dès lors être attirée sur la nécessité de définir les exigences minimales auxquelles les variantes doivent répondre avant de signaler qu'il est permis d'en proposer* ». Le recours aux partenariats d'innovation reste évidemment encadrés, à noter qu'ils le sont de manière identiques dans les deux directives (sous réserves de différences d'ordre rédactionnel)[1473] – ce qui est un signe de facilitation des démarches au profit des personnes publiques –, là encore afin de permettre une mise en pratique bien plus aisée que certains contrats de partenariat public-privé actuellement. L'intérêt de cette nouvelle formule s'est manifesté rapidement puisqu'il n'a pas été attendu que les directives soient transposées pour que le partenariat d'innovation soit introduit en droit français par voie de décret[1474]. Cette nouveauté permettra, à l'image des contrats de conception-réalisation-entretien-maintenance et de réalisation-entretien-maintenance de l'article 73 et suivants du Code des marchés publics d'introduire un outil contractuel de plus à défaut de procéder à une réorganisation. Il est d'ores et déjà à noter que, entre ces contrats de

---

très différents les uns des autres, il ne serait toutefois pas indiqué d'imposer des critères généraux pour la passation de marchés à visée environnementale, sociale ou innovante » et n° 129 de la directive 2014/25/UE : « *Pour tirer pleinement parti du potentiel des marchés publics pour atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive, la passation de marchés à visée environnementale, sociale ou innovante aura également son rôle à jouer. Il est dès lors important d'avoir une vue d'en- semble de l'évolution de la situation dans le domaine de la passation de marchés stratégiques, de manière à avoir une vision éclairée des tendances générales au niveau global dans ce domaine. Toute étude pertinente et déjà réalisée peut bien entendu être utilisée à cet égard également* ». Ces positions de principe se retrouvant également dans la directive 2014/24/UE aux considérants n° 95 et 123.

[1473] De manière générale sur la question des partenariats d'innovation, V. T. Dal Farra, « La consécration des partenariats d'innovation dans les nouvelles directives relatives aux marchés publics », BJCP n° 95, p. 254 ; J.-B. Sorbara, « Marchés publics et innovation », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, p. 56 ; J. Michon, « Refonte complète du droit de la commande publique », LPA, 28 mars 2014, n° 63, p. 7 ; P. Pintat et A. N'Gouah-Beaud, « Le partenariat d'innovation, une procédure à suivre », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 46.

[1474] Décr. n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, JO n°0225 du 28 septembre 2014 p. 15782, texte n° 31 ; Ce décret insérant une sous-section 4 à la section 4 du chapitre IV du titre III du Code des marchés publics intitulée : « *Partenariat d'innovation* », v. CMP, art. 70-1 à 70-3 ; Les modifications apportées sont nombreuses puisque le décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics se voit modifié ; il en va de même pour le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

CREM-REM, les marchés de conception-réalisation[1475] de l'article 37 du Code des marchés publics et l'arrivée de ce partenariat d'innovation, la logique d'unification maximale des catégories présente au sein de familles de contrats au sens français du terme reste une démarche d'actualité.

La logique de simplification et, par conséquent, de facilitation des démarches au profit des personnes publiques se retrouve particulièrement dans deux autres éléments des directives, la première d'entre-elles se retrouvant (après les développements précédents qui intéressent essentiellement la passation des contrats), au stade de l'exécution puisque la transposition des deux nouvelles directives devrait donner un second souffle à la passation des **avenants**.

La doctrine relève que « *pour la première fois, les directives européennes relatives aux marchés publics et aux concessions s'intéressent à la phase d'exécution des contrats* »[1476], ce qui constitue « *l'un des aspect les plus novateurs des nouvelles directives* »[1477]. Ainsi des précisions sont apportées sur les « *conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière* »[1478]. Bien que les modifications par voie d'avenants demeurent encadrées par principe sans qu'il soit procédé à une nouvelle démarche de passation, la conclusion d'avenants reste ouverte dans différents cas de figure énumérés tant pour les marchés publics que les concessions[1479]. La philosophie générale reflète encore une fois cette volonté de faciliter la

---

[1475] V. art. 37, CMP ; E. Pourcel, « Marchés de conception-réalisation : une exception au principe devenue exception de principe ? », Contrats et marchés publ., n° 7, juill. 2010, étude 7.

[1476] R. Noguellou, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », AJDA 2014, p. 853.

[1477] R. Noguellou préc.

[1478] Directive 2014/24/UE préc., consid. n° 107.

[1479] Directive 2014/24/UE, Art. 72 : « 1. *Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants: a) lorsque les modifications, quelle que soit leur valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du prix ou d'options claires, précises et univoques. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre; b) pour les travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant: i) est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre de le marché initial; et ii) présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur. Toutefois, toute augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50% de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente directive; c) lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies: i) la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir; ii) la modification ne change pas la nature globale du marché; iii) toute augmentation de prix n'est pas supérieure à 50 % de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de*

passation et l'exécution des contrats portée par les directives. Concernant les avenants, un encadrement est posé, souple sans être *a minima* et dont la limite principale consiste en ce qu'ils ne bouleverse pas l'équilibre initial du contrat (pour les pouvoir adjudicateurs par exemple, il peut être relevé que le montant des avenants ne peut être supérieur à 50% de la valeur initiale du marché)[1480]. Les dispositions en la matière sont extrêmement claires pour les personnes publiques, ainsi il faut noter l'évolution dans le sens d'une plus grande sécurité juridique portée par ces textes. L'encadrement de l'effet bouleversant ou non de l'avenant sur le contrat devient un gage de sûreté *a contrario* des appréciations existantes précédemment sur l'illégalité potentielle des pourcentages contenus dans ces derniers.

Une dernière évolution marquante, s'inscrivant toujours dans une logique de facilitation d'organisation des procédures de passation et de facilitation d'accès à la commande publique pour les entreprises privées, tient en la création d'un **document unique du marché européen**[1481] (**DUME**) pour les marchés publics puisqu'il ne peut en être évidemment de même pour l'attribution des contrats de concessions ou les marchés spéciaux des secteurs spécifiques (touchant essentiellement la distribution d'énergie). De manière synthétique, ce document aura vocation à permettre aux entreprises privées, notamment les

---

chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente directive; d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché: i) en application d'une clause de réexamen ou d'une option univoque conformément au point a); ii) à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive; ou ; iii) dans le cas où le pouvoir adjudicateur lui-même assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants lorsque cette possibilité est prévue en vertu de la législation nationale conformément à l'article 71; e) lorsque les modifications, quelle qu'en soit la valeur, ne sont pas substantielles au sens du paragraphe 4 » ; A noter la similarité de rédaction de l'article 89 de la directive 2014/25/UE.

[1480] Art. 72-1.b, directive 2014/24/UE, préc. : « *Toutefois, toute augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50% de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente directive* ».

[1481] Directive 2014/24/UE, préc., considérant n° 84 : « *De nombreux opérateurs économiques, et en particulier les PME, estiment que les lourdeurs administratives découlant de l'obligation de produire un nombre important de certificats ou d'autres documents en rapport avec les critères d'exclusion et de sélection constituent l'un des principaux obstacles à leur participation aux marchés publics. Limiter ces exigences, par exemple en utilisant un document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée, pourrait conduire à une simplification considérable dont bénéficieraient tant les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques. Le soumissionnaire à qui il a été décidé d'attribuer le marché devrait néanmoins être tenu de produire les éléments de preuve pertinents; à défaut, les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas passer de marché avec lui. Les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à demander, à tout moment, communication de tout ou partie des documents justificatifs lorsqu'ils l'estiment nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure. Cela pourrait notamment être le cas lors de procédures en deux étapes (procédure restreinte, procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif et partenariat d'innovation) dans le cadre desquelles le pouvoir adjudicateur recourt à la possibilité de limiter le nombre de candidats invités à soumissionner. Demander que les documents justificatifs soient produits au moment de la sélection des candidats à inviter pourrait se justifier afin d'éviter que les pouvoirs adjudicateurs invitent des candidats qui se montreraient ultérieurement incapables de présenter les documents justificatifs au stade de l'attribution du marché, empêchant ainsi des candidats remplissant par ailleurs les conditions requises de participer. Il convient d'indiquer expressément que le DUME devrait également fournir les informations pertinentes concernant les entités aux capacités desquelles un opérateur économique a recours, de sorte qu'il puisse être procédé à la vérification des informations concernant ces entités parallèlement aux vérifications concernant l'opérateur économique principal et aux mêmes conditions* ».

PME, par qui le volume de documents administratifs à fournir lors d'une candidature peut constituer un obstacle de poids, de fournir un seul document qui a vocation à être « *une déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme que le motif d'exclusion concerné ne s'applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur. Le DUME désigne en outre l'autorité publique ou le tiers compétent pour établir les documents justificatifs et contient une déclaration officielle indiquant que l'opérateur économique sera en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir lesdits documents justificatifs* »[1482]. Ainsi, cela prendra la forme d'un formulaire type contenant l'ensemble des déclarations sur l'honneur et des informations sur la satisfaction des conditions financières et techniques qui sont exigées lors de toute procédure de mise en concurrence afin que la personne publique ait la certitude que l'entreprise sera capable de tenir les engagements pris. La volonté de simplification du législateur européen va même jusqu'à envisager l'utilisation d'un tel document pour les marchés publics des secteurs spéciaux, sans pour autant l'étendre à l'attribution des concessions[1483]. Puisque la directive porte sur les secteurs du transport et de l'énergie, cela ouvre en effet la porte à l'utilisation d'un tel document[1484] puisque son article 80 prévoit cette éventualité en faisant référence directement à la directive 2014/24/UE[1485] qui dispose que : « *Les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés dans le cadre d'un système de qualification et les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des candidats et des soumissionnaires dans des procédures ouvertes, restreintes ou négociées, dans des dialogues compétitifs ou dans des partenariats d'innovation peuvent inclure les motifs d'exclusion énumérés à l'article 57 de la directive 2014/24/UE, dans les conditions qui y sont exposées* »[1486]. Il ne fait pas de doute que l'allègement significatif que va constituer la pratique de ce document unique permettra une plus grande efficacité tant dans l'analyse des offres pour les collectivités publiques que pour les entreprises. Un bémol est

[1482] Directive 2014/24/UE, préc., art. 59-1.al. 3.

[1483] Directive 2014/23/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession .

[1484] Directive 2014/25/UE, préc., considérant n° 80 : « *Dans la mesure où cela est compatible avec la nécessité d'assurer des pratiques commerciales loyales en conservant un maximum de souplesse, il y a lieu de prévoir l'application de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics aux exigences concernant la capacité économique et financière de l'opérateur et aux documents justificatifs à présenter. Les entités adjudicatrices devraient dès lors être autorisées à appliquer les critères de sélection prévus dans ladite directive, auquel cas elles devraient être tenues d'en appliquer, certaines autres dispositions concernant, en particulier, le plafonnement des exigences en matière de chiffre d'affaires minimal ainsi que l'utilisation du document unique de marché européen* ».

[1485] L'article 80 s'intitulant : « *Utilisation des motifs d'exclusion et des critères de sélection prévus par la directive 2014/24/UE* »

[1486] Directive 2014/25/UE, préc., art. 80-1.

quand même à souligner puisque la production de ce DUME n'exonèrera pas les personnes publiques d'une vérification de la régularité des informations fournies, notamment d'une procédure à l'autre lorsqu'elle est sera confrontée au même candidat. La bonne foi qui doit être un principe ne garantit pour autant pas le risque d'informations incomplètes, inexactes voire mensongères.

Un dernier point, extrêmement procédural, reflète encore une fois ce mouvement de simplification de la commande publique : la réforme des délais de procédure, notamment des **délais minimums de réception des demandes de participation et des offres**. Qu'il s'agisse des marchés publics traditionnels ou spécifiques, les deux principaux objectifs fixés par le législateur européen sont de faire des procédures des démarches plus rapides et plus efficaces en diminuant les délais minimums afin de ne pas ralentir de façon injustifiée la participation des entreprises au marché intérieur[1487].

Au delà de la dynamisation de la commande publique portée par la lettre et l'esprit de ces deux nouvelles directives européennes, le constat fait qu'une *summa divisio*, bien connue par le droit français, est en train de se mettre en place du fait qu'un texte spécifique soit consacré à la notion de concession.

II. Une *summa divisio* consacrée par le droit de l'Union européenne

L'apport de ces directives est notable d'un point de vue procédural et engage véritablement le mouvement de simplification du droit de la commande publique dont il avait tant besoin. Une grande partie de leur transposition concerna ces questions de forme que sont les modalités de passation[1488]. Pour autant faut-il ne retenir que cela de ces deux textes ? A la vérité il y a, notamment, un élément majeur à relever qui est la réelle distinction qui est maintenant consacrée du simple fait de séparer d'un point de vue textuel les marchés publics[1489] et les concessions[1490]. De cette différentiation en ressort nécessairement l'inquiétude

---

[1487] En ce sens, V. P.-A. Ramaut, « La détermination des délais de réception des demandes de participation et des offres », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 65.

[1488] V. Fiche d'impact du projet d'ordonnance, paragraphe 1.2 « Description générale du projet d'ordonnance : transposer les directives et simplifier l'architecture juridique existante ».

[1489] Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE, préc.

[1490] Directive 2014/23/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc.

légitime de savoir si les notions sont clairement distinctes[1491]. Une attention particulière devra être fournie lors de la transposition par la France, ce qui laisse le temps de préparer le droit national au grand changement ouvert par l'adoption de ces directives et dont la principale conséquence pourrait ou devrait être une occasion de catégoriser certains contrats qui ont aujourd'hui l'apparence d'électrons libres.

Les directives « marchés » posent les bases des différents critères d'identification d'un marché public, et donc de distinction par rapport à d'autres types de contrats dont évidemment les concessions. Ainsi les textes reprennent des critères à la fois traditionnels au sens du droit français et pourtant, à la fois, pertinents bien qu'insuffisants pour apporter au droit français de la commande publique les changements nécessaires (ce qui devrait alors justifier un important travail d'adaptation lors de la transposition). Certains observateurs[1492] ont très justement relevé que l'identification d'un marché public au sens communautaire doit répondre à quatre critères cumulatifs, excluant par conséquent les contrats qui ne les réuniraient pas. Ainsi un marché public est un « *contrat écrit*, *conclu à titre onéreux* entre *un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices*, ayant *pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* »[1493]. La concession se différencie du marché de façon traditionnelle[1494], d'un point de vue français, puisque le critère du *risque* apparaît comme étant la ligne de fracture entre ces deux contrats là où le critère du *financement* permet d'opérer une sous distinction entre elles. Deux éléments importants sont à noter précisément par leur absence puisque la directive ne précise à aucun moment la qualité de « service public » d'un objet pouvant être la base de la passation d'un tel

[1491] A ce sujet, V. notam. G. Pellissier, « Définition de la concession de services et catégories juridiques existantes en droit français », BJCP n° 95, p. 246 ; P. Terneyre, « La notion de marché public : rupture ou continuité ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 3 ; G. Kalfleche, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 4.

[1492] P. Terneyre, préc.

[1493] V. Directive 2014/24/UE, Art. 2-5 : « *Aux fins de la présente directive, on entend par :* […] *«marchés publics», des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* ».

[1494] Directive 2014/23/UE, art. 5-1 : *Aux fins de la présente directive, on entend par : 1) «concessions», des concessions de travaux ou de services au sens des points a) et b): a) «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; b) «concession de services», un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix* ».

contrat ; de plus elle ne fait à aucun moment référence à la condition de « délégation » d'un tel service public[1495].

La distinction entre marchés publics et concessions au sens communautaire devrait symboliser une *summa divisio* qui s'est longtemps faite attendre. Pour autant la ligne de distinction demeure mince tant les points communs sont bien plus nombreux. Il est heureux d'en tirer la conclusion que la similarité des procédures sera de nature à faciliter la pratique par les personnes publiques et les opérateurs privés[1496]. L'apport de ces directives est important tant sur la forme procédurale que sur le fond de l'esprit de distinction des formules contractuelles, pour autant cette prise de position par le législateur communautaire va devoir être adaptée par les Etats membres et, pour ce qui nous intéresse, la France afin de tirer tout l'intérêt des apports des directives et ainsi en faire « *une étape décisive dans la modernisation du droit des marchés publics* »[1497] français. Le projet d'ordonnance relative aux marchés publics va reprendre cette « *rationalisation* »[1498]

L'apport de ces nouvelles directives se matérialise principalement dans la volonté de simplification du droit de la commande publique, tant sur sa forme procédurale que sur son fond typologique. Leur transposition en droit français est une étape décisive tant elle peut, et doit être, le moment d'un dépassement des textes européens afin de profiter de l'occasion pour procéder à une réorganisation de fond du droit français de la commande publique. Ceci afin de donner un résultat efficace, c'est une démarche ambitieuse et pragmatique qui doit être poursuivie afin que cette étape ne s'avère pas être une occasion manquée[1499].

[1495] De telle sorte que certains auteurs doutent de la pertinence d'une telle absence, notamment et en particulier dans un souci fracture claire entre la notion de marché public et de concession à l'échelle communautaire et les répercussions que cela peut avoir à l'échelon national qui a bien plus besoin de clarification que d'un énième élément de complexification qui pourrait être bien plus sujet à discussions qu'au véritable apport d'une solution pratique. En ce sens, V. G. Kalflèche, préc ; G. Pellissier, préc.

[1496] En ce sens V. « Les directives marchés publics et concessions 2014 », Colloque organisé par l'Institut Maurice Hauriou de l'Université Toulouse 1 – Capitole les 15 et 16 mai 2014, Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 1 à 16, préc.

[1497] V. L. Idot, « Une étape décisive dans la modernisation du droit des marchés publics », Rev. Europe, n° 2, févr. 2014, alerte 6.

[1498] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le projet d'ordonnance relative aux marchés publics et l'avenir des contrats globaux », Contrats et marchés publ., n° 2, fév. 2015, repère 2.

[1499] L. Idot, Rev. Europe, n° 2, févr. 2014, préc.

Paragraphe 2. De l'opportunité d'une refonte générale du droit de la commande publique

« *L'état actuel du droit des contrats publics est désolant. C'est un maquis à l'intérieur duquel un chat ne retrouverait pas une souris… La transposition des directives est le moment idéal pour engager ce travail* »[1500], ces propos tenus par le président Labetoulle symbolisent parfaitement la philosophie de ce que devra être l'action du législateur lors de la transposition des textes européens en vue de mieux assurer les principes d'intelligibilité et d'accessibilité du droit des contrats publics en particulier.

De cette opportunité évidente qu'offre l'avènement des directives européennes, le législateur français peut et doit saisir cette occasion afin de procéder à une révision générale de l'état du droit afférent aux contrats publics de façon globale (I). Une fois cette position de principe affirmée, la démarche est très loin d'être terminée tant les options de réorganisation sont multiples, reposant sur différentes analyses et donnant ainsi quelques orientations divergentes dont il faudra certainement faire la synthèse pour arriver à une position équilibrée qui se basera sur une classification binaire bien que l'officialisation d'une troisième catégorie aurait permis une meilleure répartition dans le but de regrouper l'ensemble des formules contractuelles globales et dérogatoires (II). Cela afin, non pas de maintenir une originalité française, qui pourrait être considérée comme un signe de défiance à l'égard du législateur communautaire, mais de maintenir – par souci d'efficacité pratique – un cadre juridique des contrats publics complet et permettant de procéder de manière dérogatoire afin de maintenir une utilisation qui devrait plus encadrée qu'elle ne l'est actuellement de ces formules globales (III).

I. L'occasion de procéder à une réorganisation générale du droit des contrats publics

La dynamique impulsée par la transposition de ces nouvelles directives européennes doit être vue comme une véritable aubaine afin de repenser « *l'architecture du droit français de la commande publique* »[1501] notamment parce que l'avènement de ces textes arrive à la fin

[1500] D. Labetoulle, discours prononcé lors du colloque sur la transposition des directives européennes relatives aux marchés publics, 12 mars 2014, Bercy.

[1501] C. Frackowiak et G. Delaloy, « Pour une rationalisation du droit français de la commande publique », BJCP, n° 95, p. 239, préc.

d'une période dans laquelle les contrats publics français ont connu des évolutions aussi substantielles que désordonnées[1502], alliant à la fois pratiques nées de l'ingénierie contractuelle tant des personnes publiques que des acteurs privés[1503] et aboutissant à la constitution *de facto* d'une catégorie de contrats globaux dont la composition est devenue bien trouble en raison de la multiplicité des formules la constituant. De telle sorte que les avis convergent aujourd'hui vers la nécessité de remettre « *sans plus attendre* […] *un peu d'ordre dans la famille des contrats globaux* »[1504]. La refonte du droit de la commande publique, qui aboutira nécessairement à la création d'un Code remplaçant tout en absorbant l'actuel Code des marchés publics, devrait symboliser une véritable fracture dans la logique même de la commande publique. Nous l'avons vu et dit, les notions communautaires de marché public et de concession vont rythmer l'action de transposition du législateur français. Les critères de distinction, les procédures de passation et d'exécution convergent majoritairement tout en assurant une distinction qui devra être claire pour l'ensemble des acteurs du secteur. Cette démarche capitale de transposition, qui précédera nécessairement et presque inévitablement un travail national de codification[1505], devra régler la question de la place des contrats globaux au sein de ce pseudo nouvel ensemble. Les avis sont aussi multiples que divers aujourd'hui pour dire ce que seront, du moins ce que et où devraient être, les contrats globaux dans le nouveau paysage juridique de demain. La même logique se retrouve pourtant à l'endroit de l'ensemble des principales familles de contrats : l'unification de régimes similaires autour d'un socle commun, n'empêchant pas cependant par la suite l'existence de singularités depuis une base de départ unique. Cette logique devrait en être ainsi pour les contrats de type concessif que sont les délégations de service public (DSP), les concessions de travaux et d'aménagement notamment au profit d'un modèle type.

De la même façon le régime du contrat de partenariat public-privé devrait servir de base commune pour une catégorie informelle *a priori*, qui devrait avoir pourtant vocation à constituer, selon nous, le pilier d'une troisième et dernière famille de contrats au sein de la commande publique française – après les marchés publics et les concessions (ou délégations de service public, bien que ce terme ne semble pas être assez générique au regard des

---

[1502] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », Contrats et marchés publ., n° 1, janv. 2005, repère 1.

[1503] En ce sens, V. N. Symchowitz, « Partenariats public-privé et montages contractuels complexes », préc. ; L. Rapp, N. Symchowitz et P. Terneyre, « Lamy droit public des affaires », préc.

[1504] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2007, étude 4.

[1505] V. F. Tiberghien, « Il faut un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », AJDA 2008, p. 1228.

nouvelles directives). La question de sa composition prête pourtant encore à discussion tant les possibilités de « reclassement » de certains contrats, notamment et en particulier d'occupation domaniale (bail emphytéotique administratif et autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels), fait l'objet de discussions et d'analyses aussi différentes sur cette répartition que convergentes du point de vue de l'atteinte de l'objectif de simplification, de sécurisation et de clarification du droit français de la commande publique. Ainsi la bipolarité consacrée par les directives influencera nécessairement le(s) régime(s) éclaté(s) des contrats publics nationaux[1506]. L'exemple des contrats dits « domaniaux » peut être le parfait exemple des discussions qui vont s'engager, dont il peut être à juste titre soutenu que leur régime peut s'apparenter à celui des marchés publics[1507] tout en considérant, là encore à raison, que ces contrats dérogatoires des principes traditionnels de la commande publique conservent l'aspect d'un contrat global tout en précisant que l'une des « *particularités* […] *est précisément, qu'ils peuvent très bien ne pas être globaux* »[1508] alors qu'ils constituent pourtant bien des marchés publics au sens communautaire[1509].

Aussi anecdotiques que puissent avoir l'apparence de ces considérations, elles ont pourtant une importance capitale dans un moment de remise à plat tant attendu du corpus de textes régissant jusqu'à présent le droit de la commande publique. Il semble bien difficile de pouvoir affirmer ce que seront les orientations décidées en amont d'une quelconque codification. Le mouvement qui est en marche se veut simplificateur et clarificateur, dès-lors il est souhaitable que cette position de principe soit suivie d'effets et ne se perde pas dans des considérations techniciennes et aboutissent au résultat que tous les observateurs appellent de leurs vœux depuis – et même avant[1510] –, l'adoption l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[1511]. C'est dans cette optique que les orientations données par M. le Ministre de l'Economie dans son discours du 12 mars 2014[1512] doivent être saisies comme une véritable

---

[1506] En ce sens, V. notam., S. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », AJDA 2014, p. 832 ; De manière générale, V. dossier spécial « Directives marchés, du nouveau sans renouveau », AJDA 2014, p. 831 et s.

[1507] P. Terneyre, « La notion de marché public : rupture ou continuité ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 3, préc.

[1508] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2007, étude 4, préc.

[1509] V. P. Delvolvé, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », RFDA 2004, p 1079 ; F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 7.

[1510] P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », AJDA, 1994, numéro spécial, p.43.

[1511] Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

[1512] Discours de P. Moscovici, Ministre de l'Economie, colloque sur la transposition des directives européennes relatives aux marchés publics, 12 mars 2014, Bercy ; V. « Pierre Moscovici donne le coup d'envoi à la transposition des nouvelles directives européennes », http://www.economie.gouv.fr/commande-publique-transposition-nouvelles-directives-europeennes;

aubaine afin d'apporter les clarifications nécessaires à la bonne utilisation future des contrats globaux de la commande publique.

II. Une aubaine pour clarifier la catégorie des contrats globaux

S'il ne peut être contesté que « *le droit français persiste, lui, à les* [contrats globaux] *éclater et à les disperser. L'exception française se résume alors à une confusion française* »[1513], il y a une véritable réflexion à mener concernant le reclassement de certains outils au moment de la réorganisation des catégories de contrats de la commande publique. Que le contrat de partenariat public-privé devienne un socle commun à l'ensemble des contrats globaux dispersés jusqu'à présent semble être une bonne chose.

La catégorie des contrats globaux, comprenant contrats de partenariat public-privé, baux emphytéotiques administratifs, hospitaliers, régaliens (partenariat public-privé sectoriel conclu dans le cadre des lois LOPSI et LOPJI pour les besoins de la police, de la gendarmerie ou de l'administration pénitentiaire), les autorisations d'occupation domaniale créatrices de droits réels (AOT), les autorisation avec option d'achat (LOA) ainsi que les contrats de conception-réalisation-entretien-maintenance et réalisation-entretien-maintenance (CREM-REM) pourrait être unifiée autour du régime des contrats de PPP, après avoir réalisé quelques aménagements. Ainsi cela permettrait aux personnes publiques de disposer d'un contrat global unique (dont le nom resterait à définir) qui permettrait de procéder à l'ensemble des opérations d'ores et déjà permises par les formules précitées sous réserve de la satisfaction de conditions nécessaires à autoriser la dérogation aux principes traditionnels de la commande publique. Certains de ces contrats sont considérés comme des marchés publics au sens communautaires, ce qui implique simplement une rigueur à observer à l'endroit de leur condition de passation et d'exécution.

De ce point de vue, procéder, à l'échelon français, à un éclatement de formules contractuelles réunies, à l'heure actuelle, *de facto* au sein d'une catégorie informelle que sont les contrats globaux ne nous apparaît pas être une chose pertinente puisque, paradoxalement à l'esprit porté par les directives marchés et concessions, cela intègrerait de manière artificielle des instruments juridiques à la catégorie, notamment, des marchés publics par exemple. Qu'il

---

B. Menguy et J. Joannes, « Pierre Moscovici annonce un nouveau code des marchés publics avant l'été », Gaz.Comm., 12 mars 2013 ; J.-M. Pastor, « Le Gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », AJDA 2014, p. 538 ; L. Richer, « Le Code de 2016 », AJDA 2014, p. 705 ; F. Linditch, « Discours de M. Moscovici, vers un Code de la commande publique ? », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, alerte 24

[1513] N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », préc.

soit pertinent, selon nous, de maintenir au sein d'une même catégorie cet ensemble de formules contractuelles globales unifié autour du régime du contrat de PPP n'empêcherait pour autant pas qu'ils soient assimilés à des marchés publics au sens communautaire (la plupart l'étant déjà de fait[1514]). Là encore la classification n'en serait pas définitive, continuant de révéler leur aspect hybride vis-à-vis d'une dichotomie marché public – concession parfois difficile à respecter, dans certains cas particuliers comme celui d'un contrat global qui impliquerait que le cocontractant privé soit confronté à un risque d'exploitation, d'un ouvrage par exemple.

Le travail de transposition des directives devrait aboutir cependant au rattachement des contrats de partenariat public-privé à la catégorie des marchés publics. De plus le renforcement des critères de recours sera de nature à sécuriser leur utilisation. La *summa divisio*, traditionnelle aux contrats publics, s'en trouve renforcée bien que cette solution ne semble pas être optimale, intégrant un outil d'exception à un régime général. Cela participe cependant d'un travail de clarification de la notion même de l'instrument contractuel ainsi que d'un meilleur encadrement procédural de son utilisation, ce qui est déjà une source de satisfaction.

Le législateur semble suivre, à la lecture du projet d'ordonnance, la logique simplificatrice et clarificatrice portée par la lettre et l'esprit des directives européennes, il ne fait guère de doute que l'aboutissement de ce travail et de cette volonté ne pourra que donner naissance à un nouveau Code régissant l'ensemble des règles que devront respecter les personnes publiques afin de procéder à un « *achat public* »[1515]. Pour autant, c'est un long chemin qu'il reste encore à parcourir puisqu'il a déjà été précisé que l'élaboration d'un tel Code ne serait lancée qu'après le travail de transposition des directives effectué[1516].

[1514] N. Symchowitz, , « Pour un Code des contrats de la commande publique », préc

[1515] F. Linditch, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, coll. « connaissance du droit », éd. 2009 ; E. Delacour, « Rapport introductif : Les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique. Du marché public à l'achat public », Contrats et marchés publ., mai 2005, n°5, étude n°6 ; R. Noguellou, « Des nouvelles du projet de Code de la commande publique », Dr. Adm., oct. 2012,n°10, alerte 48 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme du Code des marchés publics et la globalisation des marchés publics », Contrats et marchés publ., Avril 2011, n°4, repère n°4 ; M. Seno, « La réforme du Code des marchés publics : libéralisation de la commande publique et nouvelles pratiques », La Gazettes du Palais, 1er oct. 2011, n°274, p.9 ; P. Delvolvé, « Les contrats publics dans le désordre », Revue des contrats, 1er juillet 2006, n°3, p. 951 ; N. Symchowitz, « Pour un code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., avr. 2007, n°4, étude 4, précit. ; F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., mai 2005, n°5, étude 7, précit ; P. Nova et A. Guimet, « Contrats de partenariat : vers une normalisation au sein de la commande publique ? », CP-ACCP, juin 2009, n°89, p. 44.

[1516] V. Discours de P. Moscovici, 12 mars 2014, préc. ; J.-M. Pastor, « Le Gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », AJDA 2014, p. 538.

III. L'inévitable codification du droit français de la commande publique

« *On attendait (et on l'attend toujours) un Code de la commande publique. On n'aura dans l'immédiat qu'une ordonnance relative aux marchés publics* »[1517], la création d'un Code de la commande publique ne fait guère de doute[1518] à l'heure où les travaux devant aboutir à ce résultat commencent. La simplification est en marche et « *peut avoir une réalité si l'on admet qu'elle ne s'oppose pas à la complexité, mais la rend acceptable* »[1519], pourtant cette étape de codification ne peut qu'être précédée d'un travail de hiérarchisation et de classification comme nous l'avons dit. Cette démarche permettra cependant d'apporter également les clarifications nécessaires, après une période de multiplication voire de confusion de textes, et donner une vue panoramique à un domaine qui en a besoin et permettant ainsi d'offrir une véritable visibilité pratique aux acteurs, qu'ils soient publics ou privés. Il pourrait même être envisagé, vu la particularité et la spécialité du secteur, de procéder à la codification de certaines règles jurisprudentielles. Cette idée de codification n'est pas nouvelle tant il aurait pu être légitimement attendu que le législateur y procède lors de l'adoption de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004[1520] qui a habilité le Gouvernement à procéder à la réalisation d'un Code de la commande publique par voie d'ordonnance. Cette initiative n'a jamais été suivie d'effets et la suite de l'évolution de la législation en matière contractuelle est bien connue puisqu'elle justifie aujourd'hui cette refonte au sein d'un Code et l'élève ainsi au rang de démarche inévitable. De plus, face au désordre actuel, la réunification de l'ensemble des règles afférentes à la « commande publique » semble plus que jamais être une nécessité absolue. D'autant que ce Code ne pourra pas échapper à la question fondamentale de la classification. A cette fin, il semble difficile d'opter pour le critère de l'objet du contrat tant les évolutions législatives et jurisprudentielles ont montré que cela n'avait que peut de pertinence. Retenir la classification communautaire *stricto sensu* semble également difficile,

---

[1517] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le projet d'ordonnance relative aux marchés publics et l'avenir des contrats globaux », Contrats et marchés publ., n° 2, fév. 2015, repère 2.

[1518] R. Noguellou, « Des nouvelles du projet de Code de la commande publique », Dr. Adm., n° 10, oct. 2012, alerte 48 ; B. Menguy et J. Joannes, « Pierre Moscovici annonce un nouveau code des marchés publics avant l'été », Gaz.Comm., 12 mars 2014 ; L. Richer, « Le Code de 2016 », AJDA 2014, p 705 ; J.-M. Pastor, « Le gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », AJDA 2014, p. 538 ; F. Linditch, « Discours de M. Moscovici, vers un Code de la commande publique ? », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, alerte 24 ; N. Symchowitz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2007, étude 4 ; G. Clamour, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », In Mélanges Guibal, 2005, Tome 2, p. 637 ; Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP, n° 2, 1er mars 2010, p. 313 et s ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La réforme du Code des marchés publics et la globalisation des marchés publics », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2011, repère 4 ; F. Tiberghien, « Il faut un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », AJDA, 2008, p. 1228.

[1519] L. Richer, « Le Code de 2016 », préc.

[1520] Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JO n° 0287, 10 déc. 2004, p. 20857, texte n°1.

en particulier au regard des critères d'identifications des délégations de service public qui devraient certes tomber dans le domaine communautaire des concessions qui a pourtant complètement exclu la notion de « service public » comme élément de distinction. Il aurait pu être provocateur mais pourtant soutenable de penser que la réorganisation des contrats de la commande publique pourrait se faire autour d'un *triumvirat* marchés publics – contrats globaux – concessions. La première demeurant ce qu'elle est et intégrant les modifications issues des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, la deuxième unifiant l'ensemble des contrats cités ci-avant autour du régime du contrat de PPP modifié par rapport à l'actuel afin de l'adapter au mieux à ce changement et les concessions qui regrouperaient DSP, concessions de travaux et d'aménagement notamment.

Pourtant, le projet d'ordonnance relative aux marchés publics prévoit que les partenariats public-privé acquièrent un statut de marché public, le sort en est donc jeté. La réorganisation des contrats de la commande publique sera donc binaire, ce qui peut être une bonne chose sous réserve d'une répartition objective des contrats globaux existant. Ce qui est encore prévu par le projet d'ordonnance dont la fiche d'impact rappelle que la singularisation du contrat de partenariat public-privé en tant que principal contrat global a pour vocation de rendre à chaque instrument sa fonction première : commande publique d'une part (PPP) et occupation du domaine public d'autres part (BEA/AOT).

Quelle que soit la formule retenue par le législateur lors de cette procédure de refonte de l'ensemble des règles de la commande publique, il demeure sûr que le résultat qui en ressortira fera inévitablement l'objet d'une application spécifique par chaque personne publique qui essaiera d'en tirer le meilleur parti afin de procéder, de la façon la plus optimale possible, à la réalisation de ses projets. L'ingénierie contractuelle des collectivités territoriales n'est pas en train de connaître son épilogue, leur liberté contractuelle demeurant pour l'instant intacte. Il y a au contraire fort à penser que l'assouplissement et la simplification annoncés par les réformes européennes vont relancer une période d'expérimentation de ce nouveau monde contractuel. Au risque de ne pouvoir encore apporter de réponse à la question ou à l'espoir tenant à soutenir qu'il existe une formule contractuelle idéale pour toute ou partie des démarches comportant l'externalisation de l'exercice des compétences de l'Administration. Malgré cela, le principal objectif reste de mettre à sa disposition un outil dont la structuration

devra permettre le maniement le plus efficace possible et en terminer ainsi avec une « *collection de catégories juridiques, dont la cohérence ne pas de soi* »[1521].

[1521] A. Ménéménis, « Table ronde : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », préc.

Conclusion

La catégorie des contrats globaux aura été marquée, depuis l'avènement progressif des instruments contractuels la composant, par son manque de clarté, une mauvaise utilisation de certains contrats et par la dérive que cela a engendré tant sur le plan financier que juridique. Le cas du contrat de partenariat demeure le plus probant. Leur développement a démontré, après quelques années de pratique[1522], les conséquences que peuvent avoir le recours à un tel contrat global pour un projet qui ne le justifie objectivement pas. La complexité, qu'elle soit d'élaboration, de passation ou d'exécution, inhérente à de tels instruments est-elle pour autant un obstacle insurmontable ? Les contrats globaux, considérés comme compliqués et ne pouvant être utilisés que pour la réalisation de constructions ou de projets démesurés ont pourtant trouvé toute leur place dans la vie quotidienne des personnes publiques. Concernant les contrats de partenariat public-privé, la question de la pertinence de leur utilisation ne se sera posée que trop tard et les mesures intermédiaires auront tout d'abord eu vocation à les démocratiser[1523] pour ensuite tenter de conditionner le recours à une adéquation véritable et objective entre le projet et le contrat[1524].

L'observation de la pratique a également apporté une réponse négative à cette interrogation. Il en est ainsi ressorti que cette famille de contrats, constituée de fait au fil du temps, n'attendait qu'un vent de réforme afin de voir sa position clarifiée.

L'externalisation par voie contractuelle de l'action des personnes publiques est un phénomène bien connu et qui est entré dans les mœurs depuis fort longtemps. L'élargissement du spectre des outils contractuels, mouvement accéléré ces dernières années, pourrait être vu d'un bon œil s'il n'avait pas été la cause d'une complexification manifeste de la réglementation et des pratiques afférentes à la commande publique. Les contrats globaux ont eu le mérite d'apporter des solutions nouvelles à des problématiques très concrètes (ex : possibilité de différer le paiement, transfert du risque au profit du partenaire privé, assistance dès l'élaboration du projet, prise en charge de l'ensemble des missions…) sans pour autant

---

[1522] P. Delelis, *Partenariats public-privé, 10 ans de jurisprudence*, Anne Rideau Editions, 2014, préc.

[1523] L. n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, préc.

[1524] Notamment par les trois arrêtés du 16 décembre 2010 relatifs respectivement à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif, à l'instruction budgétaire et comptable M. 52 des départements et de leurs établissements publics administratifs et à l'instruction budgétaire et comptable M. 71 des régions.

être le symbole d'une réorganisation générale et nécessaire du droit des contrats publics. Leur apparition, progressive, désorganisée (dont le meilleur symbole restera le cas des marchés d'entreprise de travaux publics) et spécialisée (ne concernant que des domaines régaliens dans un premier temps), n'aura pas permis de définir un cadre clair.

Le contrat de partenariat[1525] est le meilleur exemple de ces évolutions principalement intervenues dans les années 2000. De la volonté née, en partie, de contourner les contraintes du Code des marchés publics (la lourdeur des procédures de passation des marchés publics par exemple) est apparu un environnement juridique flou et instable. Qu'il s'agisse du danger de confusion entre différentes formules contractuelles ou des risques liés à la mauvaise utilisation d'un contrat, le pragmatisme est devenu le premier réflexe des collectivités publiques. La pertinence de l'utilisation de telle ou telle formule contractuelle dépend avant tout de son adéquation au projet porté par la personne publique. Bien que cela puisse sembler aller de soi, l'actualité et les constats réalisés après une décennie de pratique des contrats de partenariat[1526] tendent pourtant à démontrer que la logique n'a pas toujours commandé leur passation.

Le contrat de partenariat demeure un sujet d'actualité puisqu'il est l'objet d'une grande attention au moment où débute une grande réforme du droit de la commande publique[1527]. La pertinence de son utilisation, nous l'avons vu, doit être bien plus liée au projet porté par une collectivité publique qu'aux facilités qu'il présente *a priori*. L'élargissement des conditions de recours apparues avec la réforme réalisée par la loi du 28 juillet 2008 ainsi que les limitations comptables apportées par les arrêtés du 16 décembre 2010 (relatifs à l'instruction budgétaire et comptable des communes, des départements et des régions) représentent d'une certaine façon le paradoxe et la désorganisation de l'apparition et de la vie des contrats de partenariat.

Le cas de la ville de Lourdes (ainsi que des différents exemples observés) est, en la matière, un exemple intéressant d'une collectivité territoriale qui a pris le temps de réellement réaliser une étude comparative entre les différents contrats potentiellement adaptés au projet qu'elle portait. De telle sorte qu'après être arrivée à la conclusion que l'option du contrat de

[1525] Devenu le « marché de partenariat » selon le projet d'ordonnance relative aux marchés publics.

[1526] P. Delelis, Partenariats public-privé, 10 ans de jurisprudence, Anne Rideau Editions, 2014, préc.

[1527] Cette grande réforme qui est incarnée à la fin de l'année 2014 et au début de l'année 2015, par le projet d'ordonnance relative aux marchés publics qui va transposer les directives européennes adoptées en 2014.

partenariat public-privé se révélait être plus onéreux qu'un contrat de conception-réalisation, pour la réhabilitation de son pôle aquatique d'une part, et d'un concours de maîtrise d'œuvre, pour la construction d'un pôle petite enfance d'autre part, elle a fait le choix d'y renoncer bien qu'elle aurait, paradoxalement, tout à fait pu se lancer dans cette voie.

Ce constat pourrait conduire fort logiquement à s'inquiéter de ce qu'est devenu le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales. Cependant l'utilisation parfois détournée, parfois malheureuse de contrats globaux tels que le contrat de partenariat permet d'en arriver à la conclusion que la contrainte née des conditions de recours permet également de responsabiliser les acteurs publics. Les dérives constatées sur le plan budgétaire par la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes, les décisions rendues par le juge administratif qui est extrêmement vigilant sur la satisfaction des conditions de recours aux contrats globaux[1528], sont autant d'éléments qui permettent d'en arriver à la conclusion que les réformes en cours devront à la fois clarifier les catégories contractuelles et mieux en définir les vocations. Ainsi le projet d'ordonnance relative aux marchés publics, par le classement qu'elle offre entre un objectif d'occupation domaniale (concernant les BEA et les AOT en particulier) et de commande publique (contrat de partenariat), permettra de redéfinir le rôle de chaque instrument juridique. Cette clarification passera paradoxalement par un éclatement de la famille informelle des contrats globaux et un reclassement entre les deux grandes catégories maintenues que sont les marchés d'une part et les concessions d'autre part (le contrat de partenariat ayant vocation à devenir un marché de partenariat au sens dudit projet d'ordonnance).

La tendance semble aller vers une clarification des catégories contractuelles ainsi que de leurs conditions d'utilisation. Les directives européennes adoptées lors de l'année 2014 ont également lancé un mouvement de simplification procédural du droit de la commande publique afin que les traditionnels marchés publics, par exemple, ne souffrent plus d'une lourdeur de passation (ex : pièces justificatives pour les candidats, délais des différentes procédures et rééquilibrage entre l'appel d'offres d'une part, et la procédure négociée et le dialogue compétitif d'autre part).

[1528] Comme l'ont démontré des cas d'espèce dans lesquels le juge a annulé des passations de contrats de PPP pour lesquels les critères de recours n'étaient objectivement pas remplis comme dans l'affaire de la piscine de la commune de Commentry ou encore de la cité du surf et du musée de la mer, cf supra.

Les transformations en cours semblent apporter de bonnes solutions aux problèmes constatés pendant près d'une décennie (bien que certains demeurent plus anciens). L'optique d'une codification de l'ensemble des règles afférentes à la commande publique demeure, à notre sens, la meilleure des solutions bien qu'il soit acquis qu'une entreprise si ambitieuse doive prendre un certain temps.

Le droit de la commande publique a un grand besoin, comme les acteurs publics et privés, de clarté et de simplicité tout autant que de rigueur voire de discipline. Les solutions à ce constat ne peuvent être apportées que par un cadre juridique clair.

Ainsi nous ne pouvons qu'en arriver à la conclusion que l'arrivée d'un Code de la commande publique est la meilleure chose qui puisse permettre de tendre vers cet objectif afin que ce droit puisse véritablement « *malgré sa technicité,* [répondre] *à des principes simples et stables* »[1529].

[1529] Exposé introductif de Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État à l'occasion de la quatrième édition des Entretiens du Palais-Royal : « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public … Que choisir et comment choisir ? », Paris, 16 déc. 2008.

Bibliographie

➢ OUVRAGES ET THESES

AGUILA (Y.)

Guide juridique et pratique du METP, EFE, 1995.

AMILA ((M.)

L'influence du droit de l'Union européenne sur la notion de contrat administratif, Thèse, Toulouse, 2013.

AUBY (J.-B.), AUBY (J.-M.), BON (P.) et TERNEYRE (P.)

Droit administratif des biens, Dalloz, 6ème éd, 2011.

BEZANÇON (X.)

Essai sur les contrats de travaux et de service publics, thèse, LGDJ, 1999.

2000 ans d'histoire du partenariat public-privé, Presses de l'Ecole Nationale des Ponts et chaussées, 2004.

BEZANÇON (X.), CUCCHIARINI (C.) et COSSALTER (P.)

Le guide de la commande publique – Marchés publics, Contrats de partenariat public-privé, délégations de service public, Le Moniteur, 2ème éd., 2011.

BEZANÇON (X.), DERUY (L.), FISZELSON (R.) et FORNACCIARI (M.)

Les nouveaux contrats de partenariat public-privé : analyses juridiques, problèmes financiers et comptables, conseils pratiques, Le Moniteur, 2005.

BRACONNIER (S.)

Les collectivités territoriales et leurs contrats, éd. Jurisclasseur, Juriscompact, 2002.

Précis du droit des marchés publics, Ed. Le Moniteur, coll. Essentiel experts, marchés publics locaux, 4ème éd., 2012.

BRARD (Y.)

Domaines public et privé des personnes publiques, Dalloz, coll. Connaissances du droit, 1994.

BRECHON-MOULENES (C.), DE GERY (P.), RICHER (L.), ROUQUETTE (R.) et TERNEYRE (P.)

Droit des marchés publics, Le Moniteur.

BENJAMIN (O.) et CREUSOT (S.)

Le financement des nouvelles compétences des collectivités locales, LGDJ, 2007.

BRENET (B.) et MELLERAY (F.)

Le contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats administratifs, Litec, 2005.

BREVILLE (A.)

Les contrats de partenariat public-privé - Guide pratique – Découvrir et comprendre les PPP, Editions du Secteur Public, 2009.

BRISSON (J.-F.)

Les fondements juridiques du droit des marchés publics, Imprimerie nationale, 2004.

BRISSON (J.-F.) et ROUYERE (A.)

Droit administratif, Montchrestien, 2004.

CHABANOL (D.) et JOUGUELET (J.-P.)

Régime juridique des marchés publics, Le Moniteur, 2007.

CHAMARD-HEIM, MELLERAY (F.), NOGUELLOU (R.) et YOLKA (P.)

Les grandes décisions du droit administratif des biens, 2013.

CHAMMING'S (G.)

Le droit français de la commande publique à l'épreuve du contrat de partenariat : du partage des risques à la réforme de l'Etat, Th. Bordeaux, 2011.

CHAPUS (R.)

Droit administratif général, Montchrestien, Tome I, 15ème éd., 2001.

Droit administratif général, Montchrestien, Tome II, 15ème éd., 2001.

Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 12ème éd., 2006.

COLSON (J.-P.) et IDOUX (P.)

Droit public économique, LGDJ, 4ème éd.

DE LAUBADERE (A.), MODERNE (F.) et DELVOLVE (P.)

Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1984, 2ème éd.

DEBBASH (C.), BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.) et RICCI (J.-C.)

Droit administratif des biens, PUF, Thémis Droit Public, 1994.

DELELIS (P.)

Partenariats public-privé, 10 ans jurisprudence, Collection Portalis, Anne Rideau Editions, 2014.

DUFAU (J.)

Droit des travaux publics, PUF, coll. Droit fondamental, 1998.

GAUDEMET (Y.)

Droit administratif des biens, Montchrestien, 2011, 14ème éd.

GAUDEMET (Y.), DAL FARRA (T.), STIRN (B.) et ROLIN (F.)

Les grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz, 2008, 3ème éd.

GAUDIN (J.-P.)

Gouverner par contrat, Presses de Sciences Po, 2ème éd., 2007.

GODFRIN (P.) et DEGOFFE (M.)

Droit administratif des biens, Sirey, 2012, 10ème éd.

GRANGE (C.)

La loi MOP, Le Moniteur, 2ème éd., 2010.

GUETTIER (C.)

Droit des contrats administratifs, Thémis droit, PUF, 3è éd., 2011.

GUIBAL (M.) et RAPP (L.)

Contrats des collectivités locales, Francis Lefebvre, 1995.

LACHAUME (J.-F.)

La commune, LGDJ, 3ème éd., 2007

LAVIALLE (C.)

Droit administratif des biens, PUF, coll. Droit fondamental, 1996.

LEPLAT (J.)

Quel montage juridique pour l'exercice externalisé des compétences des collectivités territoriales ?, Pau, 2008.

LICHERE (F.) et GUEZOU (O.)

Droit des marchés publics et des contrats publics spéciaux, Le Moniteur.

LIGNIERES (P.), MARTOR (B.), PEDINI (G.) et THOUVENOT (S.)

Pratique des partenariats public-privé – Choisir, évaluer, monter et suivre son PPP, Litec, 2è édition, 2009.

LINDITCH (F.)

Le droit des marchés publics, Dalloz, coll. « connaissance du droit », éd. 2009.

MAHOUACHI (M.)

La liberté contractuelle des collectivités territoriales, thèse, Aix-Marseille, 2001.

MARTINAND (C.)

L'expérience française du financement privé des équipements publics, Economica, 1993.

MARTY (F.), TROSA (S.) et VOISIN (A.)

Les partenariats public-privé, La découverte.

MELANGES

Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006.

A propos des contrats des personnes publiques – Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer, LGDJ, 2013.

NICINSKI (S.)

Droit public des affaires, LGDJ, 2012, 3ème éd.

PEQUIGNOT (G.)

Théorie générale du contrat administratif, thèse, Pédone, 1945.

PERROT (J.-Y.) et CHATELUS (G.)

Financement des infrastructures et des services collectifs. Le recours au partenariat public-privé, Presse des Ponts et Chaussées, 2000.

PLESSIS (B.)

L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, thèse, Paris II, 2001

PREBISSY-SCHNALL (C.)

La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, 2002.

RAPP (L.), SYMCHOWITZ (N.) et TERNEYRE (P.)

Lamy Droit Public des Affaires, 2015.

RICHER (L.)

L'Europe des marchés publics, LGDJ, Droit des affaires, 2009.

Droit des contrats administratifs, LGDJ, Manuel, 8è éd., 2012.

SYMCHOWITZ (N.)

Partenariats public-privé et montages contractuels complexes, Analyse et aide à la décision, Le Moniteur, coll. Essentiel experts, 2è éd., 2010.

VILA (J.-B.)

Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs, Thèse, Toulouse, 2009.

YOLKA (P.)

La propriété publique, LGDJ Thèses, 1997.

➢ ARTICLES DE DOCTRINE

ADDA (D.)

« L'évolution des procédures de discussion dans la directive 2014/24/UE », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 36.

AGNUS (O.)

« Plaidoyer pour la Smirgeomisation des Tropics », AJDA 2013, p. 1269.

ALBERTON (G.)

« Vers une inévitable refonte du droit français des contrats publics sous l'effet des exigences communautaires ? », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 761.

ALEKSANDROWICZ (A.)

« L'analyse des capacités des candidats : quelles nouveautés ? », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p. 24.

AMARA (K.)

« Les partenariats public-privé Québécois : tout reste encore à faire ! », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 387.

AMILHAT (M.)

« Les enjeux de la dématérialisation des marchés publics », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 14.

ANTOINE (A.)

« L'*intuitus personae* dans les contrats de la commande publique », RFDA 2011, p. 879.

AOUSTIN (W.)

« Réflexions autour des techniques contractuelles de délégation », CP-ACCP, n° 34, juin 2004, p. 62.

APELBAUME (R.)

« Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger », AJDA 2004, p. 1759.

APOLLIS (B.)

« L'évolution récente des contrats publics dans le domaine hospitalier – A propos de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 11.

ARBOR (G.)

« Le régime fiscal des redevances, subventions et autres participations », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 65.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.)

« Etablissements publics et domanialité publique », AJDA 1985, p. 347.

ARTHUIS (J.)

« Discours d'ouverture du colloque : "Quatre ans de réforme du droit de la commande publique – Bilan et perspectives" », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 5.

ASSELIN (F.)

« Les PME face au PPP : point de vue de la FFB », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 31.

AUBY (J.-B.)

« Les contrats de partenariat étaient-ils nécessaires ? », RFDA 2004, p. 1095.

« Les problèmes posés par le développement du contrat administratif en droit comparé », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 411.

« Partenariats public-privé institutionnalisés », Droit administratif, n° 2, février 2010, repère 2.

« Partenariats public-privé et aménagement urbain », RJEP, n° 697, mai 2012, étude 4.

« La protection constitutionnelle des autonomies locales », Droit administratif, n° 1, janvier 2013, repère 1.

AUBY (J.-F.)

« A propos des contrats d'exécution du service public », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 797.

AUDETTE-CHAPDELAINE (M.), DUPRE (J.-P.) et TREMBLAY (B.)

« Les partenariats public-privé dans le secteur des services d'eau », RFAP, n° 130, 2009, p. 233.

BABIN (L.) et AMBLARD (E.)

« Dialogue compétitif », J. Cl., Contrats et marchés publ., fascicule n° 64-10.

BANEL (S.) et COUPE (C.)

« Financer un projet : quelques outils juridiques disponibles », Gaz. cnes, 21 octobre 2013, p. 60.

BARANDO (J.-P.)

« Les groupements à l'épreuve du droit de la concurrence », M.T.P.B., 22 novembre 2013, p. 56.

BAZEX (M.) et BLAZY (S.)

« La modulation des redevances aéroportuaires à l'aune de la nouvelle approche de la notion de redevances pour services rendus », Droit administratif, n° 3, mars 2009, comm. 45.

BECHILLON (D. DE)

« Petit bréviaire de la contrainte pour défenseurs de la liberté contractuelle », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 319.

BELLAIS (R.) et OUDOT (J.-M.)

« Le recours aux contrats de partenariat dans la défense en France », RFAP, n° 130, 2009, p. 263.

BENJAMIN (M.-Y.)

« Le partenariat d'innovation et les clauses de propriété intellectuel », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 51.

BERGERE (F.)

« Comment renforcer l'expertise des décideurs publics ? », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 34.

« Financement ajustable des contrats de partenariat : portée et mode d'emploi », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 57.

« Contrat de partenariat : fin de la récréation », CP-ACCP, n° 130, mars 2013, p. 3.

« Il faut uniformiser le régime des PPP autour du seul contrat de partenariat », LeMoniteur.fr, Actualité, 10 juillet 2013.

« Rencontres internationales des PPP : les contrats de partenariat en crise », LeMoniteur.fr, 24 octobre 2010, actualité.

« En 2014, le pipeline des PPP devrait être réduit mais plus sécurisé et mieux hiérarchisé », LeMoniteur.fr, 9 janvier 2014, actualité.

« Il faudra peut-être rebaptiser le partenariat public-privé… », M.T.P.B., 17 janvier 2014, p. 51.

BERKOVICZ (G.) et BREVILLE (A.)

« Contrats de partenariat et PME : un critère d'attribution restrictif », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 48.

BERKOVICZ (G.) et LAPUELLE (C.)

« Contrat de partenariat et cession en pleine propriété », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2011, étude 6.

BEZANÇON (X.)

« Enfin une place pour les contrats de partenariat dans le droit français », CP-ACCP, n°36, septembre 2004, p. 3.

« Projet et programme fonctionnel : deux notions qu'il convient d'éclaircir », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 53.

« Les concessions hydroélectriques aux sources du contrat de partenariat », CP-ACCP, n° 86, mars 2009, p. 32.

« Le PPP, véritable instrument de relance ? », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 34.

« Du plaidoyer pour les PPP à la directive concession ou PPPI ? », CP-ACCP, n° 95, janvier 2010, p. 92.

BEZANÇON (X.) et BERGERE (F.)

« Les PPP repartent en Grande-Bretagne », LeMoniteur.fr, 12 juin 2013, actualité.

BIENVENU (J.-J.)

« L'esprit et les formes sur le bail emphytéotique », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 493.

BIGAS (X.) et LERON (J.)

« Stades : peut-on recourir au BEA ? », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 62.

BILLY (A.)
« Rédiger un marché de conception-réalisation ne s'improvise pas », M.T.P.B., 15 juin 2012, p. 53.

BLANC (Y.)
« L'Etat survivra-t-il à la prolifération des normes ? », AJCT, juin 2014, p. 313.

BONNIEU (L.)
« Critères de sélection de candidatures et accès des PME à la commande publique », CP-ACCP, n° 129, février 2013, p. 30.

« Les risques d'une mauvaise évaluation des besoins », CP-ACCP, n° 140, février 2014, p. 32.

BOISSEAU (B.)
« Enjeux fiscaux des contrats de partenariat », CP-ACCP, n°36, septembre 2004, p. 54.

BOITEAU (C.)
« Gestion des services public : nouvel élan ? », CP-ACCP, n° 95, janvier 2010, p. 3.

BOITEUX (D.)
« Le bon usage des deniers publics », RDP, n°5, 1er septembre 2011, p. 1099.

BONICHOT (J.-C.)
« Où en est la science administrative ? », ADJA 2003, p. 961.

BOSGIRAUD (C.)
« Il n'est rien sujet à plus continuelle agitation que les lois », RDI 2003, p. 498.

BOUILLON (J.)
« Aspects juridiques en financement de projet de la « bancabilité » des contrats de partenariat et de délégation de service public », BJCP, n° 81, p. 79.

BOURDON (P.)
« Contrat administratif et régularisation(s) » Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 499.

BOURJOL (M.)
« Statut constitutionnel. – Exercice de la libre administration », J.-Cl. Collectivités territoriales, fascicule n° 23.

BOURREL (A.)
« Le rapprochement de l'office du juge de l'exécution et de l'office du juge du contrat », BJCP, n° 88, mai-juin 2014, p. 163.

BRACQ (S.)
« Pourquoi une évaluation préalable des besoins ? », CP-ACCP, n° 140, février 2014, p. 28.

« Les opérations d'aménagement : des montages contractuels complexes en quête de simplification », CP-ACCP, n° 145, juillet-août 2014, p. 3.

BRACONNIER (S.)
« Le nouveau Code des marchés publics entre responsabilisation et libéralisation », JCP. E., n° 18, 29 avril 2004, comm. 647.

« Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs », AJDA 2006, p. 2099.

« L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de service public local », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2007, étude 10.

« Partenariats public-privé », J.-Cl. Contrats et marchés publics, fascicule n° 646.

« Fiscalité des partenariats public-privé », J.-Cl. Contrats et marchés publics, fascicule n° 646-1.

« Traitement des subventions dans les opérations en partenariats public-privé », J.-Cl. Contrats et marchés publics, fascicule n° 646-2.

« Partenariats public-privé internationaux », J.-Cl. Contrats et marchés publics, fascicule n° 647.

« Financement et passation des marchés publics et contrats de partenariat dans un contexte de crise économique », RDI, n° 5, mai 2009, p. 273.

« Les BEA et AOT constitutives de droits réels », JCP. A., n° 51 19 décembre 2011, article 2395.

« Sécuriser le financement des PPP en sécurisant les accord autonomes », RDI, 2012, p. 529.

« Directive Concessions : le droit européen des contrats publics (re)trouve ses repères… », AJDA 2012, p. 2241.

« L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé : utiles précisions de la jurisprudence », AJDA 2013, p. 529.

« L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé, de la pratique à la théorie », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 511.

« La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », AJDA 2014, p. 832.

« Contentieux des contrats : le choc de sécurisation ? », AJDA 2014, p. 945.

« Nouvelles directives marchés publics et concessions. – Petite révolution et grandes évolutions », J.Cl. Contrats et marchés publics, fascicule-actualité n° 1, 28 mars 2014.

« Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. – Première partie : un cadre général renouvelé », JCP. G., n° 19, 12 mai 2014, doctr. 567.

« Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. – Deuxième partie : passation et exécution des marchés et concessions », JCP. G., n° 20, 19 mai 2014, doctr. 596.

« PME et commande publique : totems… », CP-ACCP, n° 148, novembre 2014, p. 3.

« Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », RDI 2015, p.8.

BRACONNIER (S.) et DELELIS (P.)

« Partenariats public-privé : Guide des mauvaises pratiques », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2010, p. 46.

BRACONNIER (S.) et BRENET (F.)

« Les nouvelles conditions du recours au contrat de partenariat », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2008, comm. 10.

BRACONNIER (S.) et LE COQ (M.)

« Le référé suspension de la jurisprudence Béziers II », Contrats et marchés publ., n°2, février 2012, fiche pratique 2.

BRACONNIER (S.) et MOREL (J.-B.)

« Regards sur les partenariats public-privé internationaux », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2007, étude 3.

« La société mono-contrat en matière de délégations de service public et de contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2008, comm. 5.

« Le contrat d'interface dans les montages en partenariat public-privé », Contrats et marchés publ., n°10, octobre 2011, comm. 6.

BRACONNIER (S.) et PIGNON (S.)

« Les infrastructures autoroutières : quel montage juridique pour satisfaire les préoccupations des usagers ? », Contrats et marchés publ., n° 1, janvier 2006, comm. 1.

BRAMERET (S.)

« La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé institutionnalisé à la française ? », JCP. A., n° 49, 2 décembre 2013, 2347.

BRECHON MOULENES (C.)

« Liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA 1998, p. 643.

BRENET (F.)

« Les contrats de mobilier urbain sont des marchés publics », Dr. adm. 2006, étude 6.

« La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », Droit administratif, août-septembre 2007, étude 14.

« Les contrats de partenariat devant le Conseil constitutionnel », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 12.

« Intégrer les préoccupations de développement durable dans le contrat de partenariat », CP-ACCP, n° 96, février 2010, p. 60.

« Conditions d'éligibilité du contrat de partenariat : la complexité du projet devant le juge administratif », Droit Administratif, n° 6, Juin 2010, comm. 94.

« Les conditions de recours au contrat de partenariat : les clarifications du Conseil d'Etat », RJEP, n° 682, janvier 2011, comm. 2.

« Recours Tropic : définition élargie des requérants et des moyens invocables », Droit administratif, n° 7, juillet 2012, comm. 64.

« Un nouveau recours devant le juge du contrat : l'action en rétablissement de l'état antérieur du contrat », Droit administratif, n° 5, mai 2013, comm. 33.

« Libres propos sur la judiciarisation du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 529.

« Irrégularité d'un bail emphytéotique portant sur le domaine public et office du juge du contrat », Droit administratif, n° 12, décembre 2013, comm. 80.

« L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », AJDA 2014, p. 848.

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, n° 658, novembre 2008, étude 9.

BRETONNEAU (A.) et LESSI (J.)

« Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », AJDA 2014, p 1035.

BREVILLE (A.)

« Comparaison entre les contrats de partenariat au Royaume-Uni et aux USA », CP-ACCP, n°36, septembre 2004, p. 59.

« Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », AJDA 2004, p. 1754.

« L'évolution des procédures de passation : un progrès en demi-teinte », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 41.

« Quelle réglementation pour les entités adjudicatrices ? », CP-ACCP, n° 82, novembre 2008, p. 3.

BREVILLE (A.) et MAJZA (B.)

« Quel contrat de partenariat pour les entités adjudicatrices ? », CP-ACCP, n° 82, novembre 2008, p. 55.

« Les marchés négociés des entités adjudicatrices, opérateurs de réseaux », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, p. 62.

BRISSON (J.-F.)

« L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public – Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », AJDA 2005, p. 591.

« Clarification des compétences et coordination des acteurs », ADJA 2014, p. 605.

BRUNELLA (S.)

« Conception-réalisation : un contrat d'exception », Gaz. cnes., 4 novembre 2013, p. 60.

BUAT (A.) et JACQUEMOT (F.)

« Insuffler de la performance dans l'exécution des marchés », M.B.T.P., 21 février 2014, p. 47.

BUREL (A.)

« Le nouveau marché global de performance, un outil de plus pour les collectivités ? », AJCT 2012, p. 34.

BURNETT (M.)

« 10 ans de PFI au Royaume-Uni », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 93.

CABANES (A.)

« Livre vert sur les PPP : une « couche » supplémentaire au millefeuille des contrats publics », CP-ACCP, n° 34, juin 2004, p. 68.

CABANES (A.) et NEVEU (B.)

« Un élargissement du champ du recours en contestation de validité du contrat », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 31.

CADIEU (P.)

« En attendant le Code des contrats publics… », RLCT 2012, article 76.

CADIEU (P.) et JOSSELIN (N.)

« La commande publique ou les aléas d'une compétition économique et juridique », RLCT 2013, étude 91.

CAILLEREC (P.)

« Le recours en appel contre un jugement de plein contentieux Tropic », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 26.

CAILLOSSE (J.)

« Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 469.

CAMOUS (D.-A.)

« Conception-réalisation : à la recherche du juste motif », M.T.P.B., 1er novembre 2013, p. 100.

« Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? », JCP. A., n° 45, 7 novembre 2011, art. 2351.

CAMOUS (D.-A.) et AUDIBERT (A.)

« Contrat de partenariat : de la notion de complexité à celle d'incapacité », JCP. A., n° 50, 17 décembre 2012, comm. 2389.

CAMOUS (D.-A.) et PIETTRE (C.)

« Pour la Mission nationale d'évaluation de l'Opération Campus : le PPP n'est pas la panacée », JCP. A, n° 47, 26 novembre 2012, act. 798.

CAMPAGNAC (E.)

« Contribution à l'analyse des contrats de partenariat public-privé en France et au Royaume-Uni », RFAP, n° 130, 2009, p. 365.

CANTILLON (G.)

« Labels écologiques et sociaux : vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l'objet du marché », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p. 28.

CARON (O.) et LABETOULE (A.)

« Financement du marché », J.-Cl. Contrats et marchés publics, fascicule n° 130.

CATTIER (R.)

« Le régime des marchés relevant des articles 28 et 30 du Code des marchés publics », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, p. 52.

« Occupation du domaine public, liberté du commerce et droit de la concurrence », CP-ACCP, n° 124, septembre 2012, p. 87.

CASTON (A.)

« La responsabilité des constructeurs à l'aune de la performance énergétique », M.B.T.P., 8 février 2013, p. 46.

CHAHID-NOURAI (N.) et LAZERGUES (R.)

« La résolution des litiges dans les contrats de partenariat », AJDA 2009, p. 1925.

CHAMARD-HEIM (C.)

« Transmissions d'activités commerciales sur le domaine public », AJDA 2014, p. 761.

CHAMMING'S (G.)

« Le contrat de partenariat à l'épreuve de la complexité », AJDA 2014, p. 985.

CHARREL (N.)

« Le décret du 25 août 2011 : du toilettage à l'innovation », CP-ACCP, n ° 114, octobre 2011, p. 22.

CHARREL (N.) et FAUSSER (D.)

« Les apports financiers de la réforme du code des marchés publics », CP-ACCP, n ° 114, octobre 2011, p. 54.

CHARREL (N.) et GASPAR (T.)

« Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p.54.

CHAVAROCHETTE-BOUFFERET (S.)

« Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques. Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du in house ? », AJDA 2008, p. 2147.

CHEYSSON (B.) et SIMMONNET (Y.)

« Les risques attachés aux marchés de REM/CREM », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 52.

CIAUDO (A.)

« Concessions d'aménagement », J.-Cl. Contrats et marchés publics, fascicule n° 616.

« Clauses incitatives et risque de requalification des marchés publics », CP-ACCP, n° 147, octobre 2014, p. 57.

CLAISSE (Y.)

« Qu'est ce que la technique contractuelle ? », CP-ACCP, n° 129, février 2013, p. 62.

CLAMOUR (G.)

« Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 637.

« Loi pour l'accélération des programmes de constructions et d'investissement public et privé », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2009, comm. 73.

« Retour sur les dispositions diverses de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2009, comm. 75.

« L'accès des personnes publiques à la commande publique », RFDA 2010, p. 146.

« Les contrats de performance énergétique », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2011, dossier 2.

« Règles de passation des baux emphytéotiques administratifs », Contrats et marchés publ., n° 2, février 2012, comm. 35.

« L'évaluation préalable « extrinsèque » des partenariats public-privé d'Etat », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2012, comm. 300.

« Nouvelle donne pour les emprunts locaux », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2013, comm. 233.

« Les nouvelles sociétés de financement et la garantie de l'Etat en PPP », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2013, comm. 236.

« Modification de seuils de procédure des AOT-LOA de l'Etat », Contrats et marchés publ., n° 2, février 2014, comm. 38.

« Nouvelle directive concessions, premier panorama », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2014, comm. 71.

« Nouvelle directive concessions, premier panorama », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2014, comm. 72.

« Le bail réel immobilier, nouvel instrument (très) sectoriel », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2014, comm. 97.

« Examen de performance des marchés de la Défense », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, comm. 130.

« Marchés et concessions entre entités dans le secteur public », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 6.

« La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », Contrats et marchés publ., n° 8-9, août 2014, comm. 214.

« Première transposition des directives Marchés », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2014, comm. 289.

« Singulier encadrement des partenariats public-privé », Contrats et Marchés publics n° 2, Février 2015, comm. 28.

« Vers le Code de la commande publique », Contrats et Marchés publics n° 2, Février 2015, comm. 29.

CLÔATRE (E.)

« 80% des contrats de partenariat ont respecté les coûts de maintenance et d'exploitation prévus », LeMoniteur.fr, 9 octobre 2010, actualité.

« Partenariats public-privé. S'appuyer sur l'exemple britannique pour avancer », M.B.T.P, 5 avril 2013, p . 41.

« Eclairage public : plaidoyer pro-contrats globaux », LeMoniteur.fr, 25 juin 2013, actualité.

« Contrat de partenariat : mutualiser un projet grâce au groupement de commandes », LeMoniteur.fr, 14 mai 2014, actualité.

CLOT (E.)

« Maîtrise d'œuvre et contrat de partenariat », CP-ACCP, n° 137, novembre 2013, p. 27.

CLUB JURIDIQUE DU SUD-EST

« La réforme des directives marchés publics : propositions françaises », BJCP, n° 77, août 2011, p. 247.

COCHI (V.) et TERRIEN (G.)

« Concession de service et marché public : quelle distinction en droit communautaire ? », CP-ACCP, n° 72, décembre 2007, p. 77.

« Concession de travaux et marché public : quelle distinction en droit communautaire », CP-ACCP, n° 86, mars 2009, p. 62.

CONRAD (C.) et DESSUS (D.)

« Les PPP ? Une bombe à retardement ! », Lemoniteur.fr, 4 mars 2013, Point-de-vue.

CONTRATS ET MARCHES PUBL. DOCTRINE ADMINISTRATIVE

« Quel est le recensement actuel des contrats de partenariat passés par les collectivités locales ? », Contrats et marchés pub., n °4, avril 2007, comm. 126.

COSSLATER (P.)

« Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 10.

COURROUYAN (M.) et BERNARD (J.-M)

« Commande publique et aménagement : la mise en conformité avec le droit communautaire enfin établie », RLCT 2009, repère 49.

COUTON (X.)

« SEM Contrat : proposition de loi pour une nouvelle forme de partenariat public/privé », Construction et urbanisme, n° 12, décembre 2013, repère 11.

CRAHES (M.)

« La computation des seuils de procédure dans les nouvelles directives », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 22.

« Comment naissent les marchés ? », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 56.

CUCHE (P.)

« Domanialité publique, service public et partenariats public-privé », JCP Adm., octobre 2003, p. 5.

CUZZI (L.) et SERMOT (T.)

« Validation du recours au contrat de partenariat pour le nouveau Palais de justice de Paris », CP-ACCP, n° 144, septembre 2014, p. 68.

D'AUZON (S.)

« Baux emphytéotiques administratifs : les nouvelles règles du jeu », LeMoniteur.fr, 2 janvier 2012, Commande publique.

« Deux collectivités du Loiret signent le premier PPP mutualisé », LeMoniteur.fr, 30 mars 2012, actualité.

« Les architectes font tomber le contrat de partenariat de Commentry en Auvergne », Lemoniteur.fr, 15 janvier 2014, Commande publique.

« Marchés publics : Pierre Moscovici précise les réformes », M.B.T.P, 14 mars 2014, p.60.

« Marchés publics, choc de simplification, acte 1 », M.T.P.B., 10 octobre 2014, p. 14.

« L'Assemblée nationale vote un recours sous plus haute surveillance aux PPP », LeMoniteur.fr, actualité commande publique.

DACOSTA (B.)

« L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive marchés publics », BJCP, n° 96, p. 323.

DAL FARRA (T.)

« Risque juridique et contrats de partenariat », CP-ACCP, n°36, septembre 2004, p. 32.

« La consécration des partenariats d'innovation dans les nouvelles directives relatives aux marchés publics », BJCP, n° 95, p. 254.

DAL FARRA (T.) et HANSEN (P.)

« La valorisation du domaine par les titulaires de contrats de partenariat », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 73.

DE BAECKE (P.)

« Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique ? », AJDA 2007, p. 1505.

« Le critère de la performance de l'approvisionnement de produits agricoles : le plus court circuit vers un tribunal correctionnel ? », CP-ACCP, n ° 114, octobre 2011, p. 30.

DE GAUDEMAR (H.)

« La valorisation des patrimoines publics : quelle action pour les collectivités ? », JCP. A, n° 41, 7 octobre 2013, étude 2294.

DE SAINT PULGENT (N.)

« Les apports de la réforme », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 3.

DE SAINT PULGENT (N.) et LAGUMINA (S.)

« Le contrat de partenariat, nouvel outil de gestion publique », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2004, entretien 1.

DANET (D.)

« Guerre d'Irak et partenariats public-privé », RFAP, n° 130, 2009, p. 249.

DAVOINE (E.) et DEITMER (L.)

« L'évaluation participative et responsabilisante : un instrument de structuration des projets de partenariat public-privé en recherche et développement », RFAP, n° 130, 2009, p. 275.

DAYCAR-HEID (S.) et ANTOINE (P.)

« Les partenariats public-privé : une révolution dans le service public ? », Le magazine de l'achat public, dossier spécial, avril 2011, p. 33.

DEAU (R.)

« Réglementation relative à la commande publique : aperçu des nouvelles dispositions », CP-ACCP, n° 147, octobre 2014, p. 62.

DEGALAY (L.)

« PPP conclu pour la gestion de l'éclairage public : l'exemple de la ville de Valenciennes », CP-ACCP, n° 130, mars 2013, p. 45.

DELACOUR (E.)

« Modernisation de la commande publique et développement du partenariat contractuel public-privé », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2003, comm. 91.

« Naissance du BEA hospitalier », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2003, comm. 167.

« La liberté contractuelle des collectivités territoriales », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2003, chron. 20.

« Partenariat public-privé : bientôt une directive communautaire ! », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2004, alerte 3.

« Partenariat : les contrats du troisième type », Contrats et marchés publ., n° 7, juillet 2004, comm. 134.

« Les PPP toujours plus vers les marchés publics ! », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2004, comm. 248.

« Rapport introductif : Les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique. Du marché public à l'achat public », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 6.

« Encourager l'usage du contrat de partenariat par les collectivités territoriales », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2006, comm. 66.

« Les évolution des fondements du droit des contrats des collectivités territoriales depuis la décentralisation de 1982 », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2007, étude 5.

« Réforme des PPP, enfin ! », Contrats et marchés publ., n° 8, août 2008, comm. 177.

DELAIRE (Y.)

« DSP : vers quel avenant « droits réels » s'orienter ? », M.T.P.B, 7 mars 2014, p. 52.

DELALOYE (G.)

« Des règles dérogatoires au droit commun de la commande publique », CP-ACCP, n° 82, novembre 2008, p. 28.

« La soumission de certains services sociaux et autres services spécifiques à un régime dérogatoire », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p. 44.

DELAUNAY (B.)

« Le développement durable, avenir de la commande publique ? », CP-ACCP, n° 96, février 2010, p. 3.

DELELIS (P.)

« Partenariats public-privé », J.-Cl. Administratif, fascicule n° 670.

« Le régime d'exécution des contrats d'achat public », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 10.

« Patrimoine des personnes publiques et contrat de partenariat », Droit et patrimoine, n° 179, mars 2009.

« Le financement obligataire des partenariats public-privé » Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 589.

DELOYE (T.)

« Le rapport de la Cour des comptes sur les finances publiques locales », BJCL, n°12/13, p. 792.

DELVOLVE (P.)

« Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI 2003, p. 481.

« De nouveaux contrats publics : les contrats globaux », RFDA, novembre-décembre 2004, p. 1079.

« Les contrats publics dans le désordre », Revue des contrats, n° 3, 1er juillet 2006, p. 951.

« L'utilisation privative des biens publics », RFDA 2009, p. 229.

DEMAILLY (G.)

« Finances publiques – Dossier spécial municipales 2014 – Finances locales le point de vue des élus », RFFP, n° 125, 1er février 2014, p. 127.

DENOIX DE SAINT-MARC (R.)

« La question de l'administration contractuelle », AJDA 2003, p. 970.

DERUY (L.)

« L'élargissement des conditions de recours », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 37.

DESSUET (P.)

« Responsabilité des constructeurs. La non-performance énergétique peut engager la décennale », M.B.T.P, 13 décembre 2013, p. 74.

DEVOS (F.), DUCHANGE (C.) et HOLLANDER-VANDENBOSSCHE (S.)

« Les conséquences de l'illégalité d'une délibération sur le contrat », BJCP, n° 89, p. 249.

DIARD (O.)

« Les marchés de REM/CREM défavorables aux PME », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 31.

DIERTETE (P.)

« Emergence d'un contentieux dans l'exécution : les difficultés liées au transfert de l'ouvrage », CP-ACCP, n° 125, octobre 2012, p. 39.

DIEU (F.)

« Les juges de cassions et les référés de la commande publique : aspects d'une convergence », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2014, étude 3.

DJEMAOUN (A.) et LAVIOLE (L.)

« L'accord autonome : une réponse aux réserves à financer les contrats de partenariat », BJCP, n° 84, octobre 2012, p. 319.

DONNY (A.)

« Les contrats de partenariat public-privé au service du développement du haut débit », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 63.

DREYFUS (J.-D.)

« Le partenariat public-privé et le financement de l'opération », RDI 2003, p. 494.

« L'abandon d'un engagement contractuel entre personnes publiques ouvre droit à indemnité », AJDA 2006, p. 1165.

« Code des marchés et PME : le choix de la discrimination positive », AJDA 2006, p. 1769.

« Comment faire face aux risques résultant de l'action contractuelle », CP-ACCP, n° 73, janvier 2008, p. 35.

« L'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des contrats de la commande publique. Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JO 8 mai 2009, p. 7796) », AJDA 2009, p. 1145.

« L'émergence d'un droit commun de la commande publique en matière de procédures de recours. Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique. JO 28 novembre 2009, p. 205666 », AJDA 2010, p. 148.

« Le juge du contrat doit assurer l'exécution de la chose jugée », AJDA 2010, p. 1374.

DREYFUS (J.-D.) et BASSET (B.)

« Autour de la notion de "droit commun de la commande publique" », AJDA 2004, p. 2256.

DREYFUS (J.-D) et MOKHTAR (F.)

« L'applicabilité des nouvelles directives marchés à certains secteurs particuliers », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 27.

DU MARAIS (B.)

« Du rapport Besson à la réforme des contrats de partenariat », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 23.

« Le Conseil d'Etat et le partenariat public-privé institutionnalisé », JCP. A, n° 51, 19 décembre 2012, p. 31.

DUBE (B.) et FACAL (J.)

« La communication, un outil de gouvernance des partenariats public-privé. Quelques enseignements tirés du cas *BonjourQuébec.com* », RFAP, n° 130, 2009, p. 291.

DUBEDAT (S.)

« L'ajout de nouveaux services à un bail emphytéotique hospitalier », CP-ACCP, n° 95, janvier 2010, p. 103.

DUGUEPEROUX (G.)

« De l'obligation de répondre de ses actes… », CP-ACCP, n° 116, décembre 2011, p. 3.

« Les CRC et la responsabilité des gestionnaires », CP-ACCP, n° 116, décembre 2011, p. 35.

DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.) et VOISIN (A.)

« Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats publics-privé », RLCT, n°75, janvier 2012.

DURAND (G.)

« Les modes de gestion des services publics locaux et la comptabilité publique », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 609.

ECKERT (G.)

« L'ordonnance du 17 juin 2004 n'est pas illégale », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2004, comm. 249.

« Contrats de partenariat et droit constitutionnel », Contrats et marchés publ., n° 1, janvier 2005, comm. 4.

« Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », RFDA 2006, p. 238.

« Convention d'occupation du domaine public, délégation de service public ou marché de travaux ? », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2006, comm. 151.

« Conditions de recours au contrat de partenariat : une appréciation stricte de la notion d'urgence », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2008, comm. 123.

« Bail emphytéotique administratif », J.-Cl. Contrats et marchés publics, fascicule n° 610.

« Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2010, étude 9.

« La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 617.

« Rectification des offres irrégulières dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2013, comm. 244.

« La construction d'une piscine n'est pas un projet complexe », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2014, comm. 74.

« Les procédures allégées des concessions », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 8.

« La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », AJDA 2014, p. 1941.

« Absence de complexité suffisante du projet », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2015, comm. 82.

EMERY (C.)

« Dérives », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, p. 3.

ERSTEIN (L.)

« Principes généraux applicables au contrat administratif », J. Cl., Contrats et marchés publ., fascicule n° 14.

FATOME (E.) et RICHER (L.)

« Contrat de partenariat immobilier : réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages », CP-ACCP, n°36, septembre 2004, p. 24.

FATOME (E.) et TERNEYRE (P.)

« La loi du 25 juillet 1994 : observations complémentaires », AJDA 1994, p. 780.

« Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », CJEG, novembre 1994, p. 569.

« Commentaire du décret n° 95-595 du 6 mai 1995 relatif à la constitution de droits réels sur le domaine public », AJDA 1995, p. 905.

« Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », AJDA 1997, p. 126.

« Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ? », RFDA 1997, p. 935.

« A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux – Retour sur l'arrêt Jean Auroux », AJDA 2009, p. 1868.

FAVOREU (L) et ROUX (A.)

« La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 12, mai 2002, dossier spécial « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales ».

FELLER (V.)

« Observations juridictionnelles et de gestion en matière de commande publique », CP-ACCP, n° 116, décembre 2011, p. 30.

FENOYL (E. DE) et MAURER (A.)

« La valorisation domaniale dans le contrat de partenariat », BJCP, n° 76, p. 163.

FENOUILLET (D.)

« Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », Revue des contrats, n° 1, janvier 2009, p. 279.

FERAL (F.)

« Contrat public et action publique : au cœur d'une administration régulatrice », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 527.

FERET (J.) et GALLET (G.)

« La loi MOP pour rénover, le contrat de partenariat pour reconstruire », M.B.T.P., 29 novembre 2013, p. 59.

FINANCE (J.-P.)

« Les contrats d'établissement dans le domaine de l'enseignement supérieur », AJDA 2003, p. 989.

FINKELSTEIN (G.)

« Marchés négociés et délit de favoritisme », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, p. 66.

FLEURY (B.)

« La liberté contractuelle des personnes publiques. Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes », RFDA 2012, p. 231.

« Les délégations de service public à l'épreuve des chambres régionales des comptes », JCP. A, n° 9, 25 février 2013, 2056.

FOIN (M.)

« La Cour des comptes épingle les collectivités », Gaz.cnes, 2 décembre. 2013, p. 14.

FONTAINE (C.)

« Les outils locaux de planification énergétique », Gaz. cnes., 4 novembre 2013, p. 56.

FORNACCIARI (M.)

« Les apports de la loi du 28 juillet 2008 à la passation des contrats de partenariat », RLCT, n° 39, octobre 2008, p. 58.

FOUILLEUL (N.)

« Contentieux de l'occupation contractuelle du domaine public », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 79.

FOURMON (A.)

« L'essor des contrats de performance énergétique et son amélioration », CP-ACCP, n° 121, mai 2012, p. 64.

FOURNIER DE LAURIERE (J.)

« Existe-t-il des clauses abusives dans les marchés publics ? », M.T.P.B., 31 mai 2013, p. 50.

FRACKOWIAK (C.) et DELALOY (G.)

« Nouvelles directives européennes sur les marchés et les concessions : quels changements pour le droit de la commande publique ? », BJCP, n° 94, mai-juin 2014, p. 155.

« Pour une rationalisation de l'architecture du droit français de la commande publique », BJCP, n° 95, p. 239.

FRIBOULET (A.)

« Eclairages sur le processus d'adoption du nouveau droit européen des marchés publics et des concessions », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 2.

GACON (J.-Y)

« La pertinence et les modalités du recours au contrat de partenariat dans le domaine de l'immobilier universitaire », AJDA 2008, p. 1421.

GAUCH (G.) et METZGER (O.)

« Recours Tropic cinq ans après : un recours toujours utile ? », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 60.

« Quels sont les moyens invocables devant le juge du référé précontractuel et contractuel ? », CP-ACCP, n° 132, mai 2013, p. 30.

GAUDEMET (Y.)

« La commande publique et le partenariat public-privé », RDI 2003, p. 534.

« Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », BJCP, n° 36, p. 331.

« Rapport de synthèse : bilan et perspectives du processus de réforme du droit de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 12.

« Les droits réels sur le domaine public », AJDA 2006, p. 1094.

« Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public », RDI 2009, p. 8.

« Les droits réels sur le domaine public », Droit et patrimoine, n° 179, mars 2009.

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

GAHDOUN (P.-Y.)

« Liberté contractuelle », J.Cl. Libertés, fascicule n° 1350.

GARCIA (A.)

« Besoins de la personne publique .- Allotissement », J. Cl., Contrats et marchés publ., fascicule n° 51.

GAUDRON (P.)

« Henriville, un partenariat public-privé dans le secteur de la santé », RFAP, n° 130, 2009, p. 307.

GERARD (C.) et DAVID (F.)
« Le BEH : précurseur mais dépassé ? », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 47.

GERBEAU (D.)
« Comment sont comptabilisés les PPP et les baux emphytéotiques dans les documents comptables des collectivités territoriales ? », lagazette.fr, comptabilité publique, 27 février 2013.

D. GERBEAU et MENGUY (B).
« Délégation de service public. A l'heure des choix, se libérer des clichés », Gaz. cnes, dossier spécial, 28 janvier 2013, p. 21.

GIAUQUE (D.)
« Les difficultés de gestion des partenariats public-privé en Europe. Pour une lecture institutionnelle », RFAP, n° 130, 2009, p. 383.

GIVORD (L.)
« Le contrôle de l'exploitant dans le cadre de montages contractuels dédiés aux équipements sportifs », CP-ACCP, n° 98, avril 2010, p. 64.

GLASER (E.)
« Béziers I, à propos d'un "notamment" », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 641.

GLATT (J.-M.)
« La catégorisation des contrats de la commande publique : source d'insécurité juridique », LPA, n° 30, 11 février 2010, p. 3.

« La segmentarisation des contrats publics : le choix d'un montage contractuel efficient », RLCT, 2011, étude 67.

GRAND (R.)
« Les principes de l'arrêt Commune de Béziers précisé », AJDA 2011, p 71.

« Nouvelles modifications du Code des marchés publics », AJDA 2011, p. 1588.

« Une profonde modification du droit européen des marchés publics est lancée », AJDA 2011, p. 2502.

« Les passerelles entre référés précontractuel et contractuel », AJDA 2012, p. 108.

GRANGE (C.)
« Les personnes soumises à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique », CP-ACCP, n° 87, novembre 2009, p. 32.

« Les contrats soumis à la loi MOP sont-ils démodés ? » ; CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 19.

GRANJON (R.)
« Commande publique : les règles générales de passation des contrats », CP-ACCP, n° 73, janvier 2008, p. 29.

GUERBINOT (C.)
« Contrats de partenariat : confusion autour des accords autonomes », Dict. perm. Commande publ., 22 janvier 2013.

GUGUEN (M.)
« Définir son programme assuranciel dans le cadre d'un contrat de partenariat », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 62.

GUELLIER (P.) et BODA (J.-S.)

« Les modalités de détermination de la durée initiale d'une convention de DSP », CP-ACCP, n° 127, décembre 2012, p. 66.

GUENGANT (A.)

« Les collectivités vont perdre 27 milliards d'euros de recettes d'ici à 2017 », Gaz. cnes, 26 mai 2014, p. 13.

GHEZA (M.)

« Le contrat de partenariat : état des lieux et perspectives », LPA, n° 172, 27 août 2008, p. 3.

GUEZOU (O.)

« Concurrents évincés et recevabilité des recours dans les contrats publics : un exemple de darwinisme contentieux », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 651.

« Le recours des tiers en contestation de validité du contrat », M.B.T.P., septembre 2014, Hors-série, dossier spécial.

« Les clauses incitatives et performantielles », CP-ACCP, n° 147, octobre 2014, p. 3.

GUILLEMIN (J.-F.)

« La commande publique et le partenariat public-privé », RDI 2003, p. 523.

GUILLOU (Y.-R)

« Comment fixer le « niveau » de rémunération de l'opérateur ? », CP-ACCP, n° 34, juin 2004, p. 55.

« Comment organiser la passation d'un contrat de PPP ? », CP-ACCP, n°36, septembre 2004, p. 48.

GUILLOU (Y.-R), DAVID (F.) et GERARD (C.)

« Méthodologie applicable à l'évaluation préalable d'un contrat de partenariat », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 38.

GUILLOU (Y.-R.) et GLATT (J.-M.)

« Eclairage public et contrats de partenariat », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 68.

« Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficience de la commande publique », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, p. 38.

HAFSI (T.)

« Partenariats public-privé et management de la complexité : les nouveaux défis de l'Etat », RFAP, n °130, 2009, p. 337.

HANSEN (P.)

« L'instabilité jurisprudentielle en matière d'occupation privative du domaine public », AJDA 2009, p. 1078.

« La construction d'enceintes sportives dans le cadre de baux emphytéotiques administratifs », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 71.

HASTINGS-MARCHADIER (A.)

« Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », AJDA 1998, p. 683.

HEINTZ (M.)

« Les principales difficultés en matière d'évaluation des besoins et comment y remédier », CP-ACCP, n° 140, février 2014, p. 41.

« Le développement durable dans la directive 2014/24/UE », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p. 50.

HERBERT (D.)

« Ecotaxe : 5 questions sur le contrats d'Ecomouv' », www.tempsreel.nouvelobs.com, 4 novembre 2011.

HINDERER (E.)

« Conséquences fiscales des dispositions relatives aux cessions de créances et mode de comptabilisation des actifs et de la dette », RLCT, n° 39, octobre 2008, p. 84.

« Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 : des avancées encourageantes en faveur du contrat de partenariat », RLCT, n° 46, mai 2009, p. 33.

« La loi de finances pour 2013 peut-elle être contournée ? », M.B.T.P, 22 février 2013, p. 46.

HOEPFFNER (H.)

« L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés. – A propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'Etat n° 383263 du 1er décembre 2009 », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2010, étude 11.

« La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », RFDA 2011, p. 98.

« 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 publ., n° 6, juin 2014, dossier 16.

HUBRECHT (H.-G.) et MELLERAY (F.)

« L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique. *Retour sur les contrats de service public* », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 809.

HUET (G.)

« Contrat de partenariat : vers un premier bilan », JCP. A., n° 16, 18 avril 2011, 2146.$

IDOT (L.)

« Commande publique et droit de la concurrence : un autre regard », Revue des droits de la concurrence, doctrines, n° 1, 2008.

« Une étape décisive dans la modernisation du droit des marchés publics », Europe, n° 2, février 2014, alerte 6.

IDOUX (P.)

« Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p.547.

JACQUEMOT (F.) et VILLETTE (F.)

« Le partenariat d'innovation, une fausse bonne idée ? », M.B.T.P., 23 mai 2014, p. 21.

JANVIER (T.) et BOUDJEB (M.)

« Le recours à la VEFA en matière de logement social » CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 70.

JOANNES (J.-M.)

« Inflation normative : portrait-robot d'un coupable », Gaz. cnes, 10 mars 2014, p. 43.

JOSSAUD (A.)

« Les conditions de réussite de l'évaluation des besoins : quelques retours d'expérience dans le domaine hospitalier », CP-ACCP, n° 140, février 2014, p. 36.

JOUGUELET (J.-P.)

« Le risque (de) contentieux », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 3.

JOURDAN (F.)

« Les modes de gestion des transports publics : entre tradition et innovation », JCP. A., n° 29, juillet 2012, article 2261.

KALFLECHE (G.)

« Secteur public et concurrence : la convergence des droits. A propos des droits de la concurrence et de la commande publique », AJDA 2007, p. 2420.

« Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 4.

KARPENSCHIF (M.)

« Contrats publics et subventions », CP-ACCP, n° 73, janvier 2008, p. 52

« Les contrats de partenariat à l'épreuve de leur exécution », CP-ACCP, n° 125, octobre 2012, p. 3.

« Le contrat au service des politiques publiques : Contrat public et Union européenne », RFDA 2014, p. 418.

« Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 5.

« Contrats et conventions – Le contrat public européen », Revue des contrats, n° 3, 1er septembre 2014, p. 539.

KHALID (N.)

« PPP de rénovation urbaine au Plessis-Robinson : une première », M.B.T.P., 21 février 2014, p. 54.

« La DAJ de Bercy évoque un « meilleur encadrement des conditions de recours » aux PPP », LeMoniteur.fr, 10 octobre 2014, actualité commande publique.

KOEBEL (B.)

« Le référé précontractuel dans l'ombre et au service du référé précontractuel », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 65.

LE CHATELIER (G.)

« L'encadrement institutionnel et financier des nouveaux contrats », RDI 2003, p. 515.

« En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion efficace ? », CP-ACCP, n° 73, janvier 2008, p. 40.

« Arrêt Commune de Béziers II : le Conseil d'Etat rénove les contentieux contractuels », CP-ACCP, n° 110, mai 2011, p. 64.

« La notion de « part significative du risque d'exploitation » en phase avec l'Europe ? », CP-ACCP, n° 95, janvier 2010, p. 32.

« Première illustration de la jurisprudence Béziers II », CP-ACCP, n° 125, octobre 2012, p. 62.

« Occupation du domaine public et convention de droit privé », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 77.

LAFAIX (J.-F.)

« La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique. – Commentaire de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, Contrats et marchés publ., n° 7, juillet 2009, étude 8.

LAFAY (N.)

« Les dispositions relatives à l'attribution des marchés dans les nouvelles directives », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p. 39.

LAFAY (N.) GRZELCZYK (E.)

« PPP et PME : un partenariat à améliorer », CP-ACCP, n° 148, novembre 2014, p. 51.

LAFON (V.) PETIOT (M.-A.) et BOULAND (M.)

« REM et CREM : quels retours d'expérience en matière de performance énergétique ? », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 56.

LAFFARGUE (T.) et BARBEY (A.)

« CREM et REM : des marchés à durée limitée », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 33.

LAFFITTE (O.)

« Un nouveau levier de financement : le BEA logement social », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 66.

« Le PPP est mort, vive le PPP ! », CP-ACCP, n° 146, septembre 2014, p. 3.

LAGARDE (V.)

« La VEFA verte requiert des pratiques nouvelles contractualisées », M.T.P.B., 6 décembre 2013, p. 51.

LAGET-ANNAMAYER (A.)

« Occupation du domaine public et intérêt général. D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée », AJDA 2003, p. 1201.

LAGOUTTE (A.)

« Eclairage public : le Conseil d'Etat sauve l'attribution du PPP de Sète », LeMoniteur.fr, 8 juillet 2013, actualité.

« Les architectes traquent les consultations irrégulières », M.B.T.P., 27 septembre 2013, p. 53.

« Partenariat public-privé. Un guide pratique pour les établissements de santé », M.B.T.P., 27 septembre 2013, p. 53.

LANGELIER (E.)

« Vers une ouverture aux tiers d'un recours de plein contentieux ? », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 67.

LANNIER (A. LE) et TRA-TRAN (P.)

« Bilan et évolutions des contrats de partenariat d'éclairage public en France », CP-ACCP, n° 130, mars 2013, p. 51.

LANZARONE (E.) et BRAUSTEIN (H.)

« Présentation des candidatures et sélection des candidats : vers une simplification et un renforcement des règles », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p. 20.

« L'arrêt Tarn-et-Garonne : un nouveau recours en contestation de validité du contrat », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p.76.

LAROCHE (C.)

« Passation des marchés de conception, réalisation, exploitation ou maintenance », M.T.P.B, 29 juin 2012, p. 63.

« Les clauses des marchés de conception, réalisation, exploitation ou maintenance », M.T.P.B., 7 septembre 2012, p. 57.

« La passation des marchés de conception-réalisation », M.T.P.B., 23 novembre 2012, p. 75.

« Le projet urbain partenarial (PUP) », M.B.T.P, 28 février 2014, p. 55.

« La passation des marchés de REM et de CREM », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 40.

LAROQUE (M.)

« La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », AJDA 2003, p. 976.

LASSERRE (M.-F.)

« Prévenir un recours vaut mieux que démolir une construction », M.T.P.B., 21 juin 2013, p. 50.

LE BOUËDEC (P.)

« La qualification du service public exercé au sein d'un centre aquatique et ses conséquences », CP-ACCP, n° 98, avril 2010, p. 34.

« BEA des collectivités locales et intérêt général », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 32.

« Contrat de partenariat et critère de complexité du projet », CP-ACCP, n° 125, octobre 2012, p. 55.

« Eclairage public, réseaux intelligents et marché global de performance », CP-ACCP, n° 130, mars 2013, p. 30.

LEMOYNE DE FORGES(J.-M.)

« Le contractualisme dans le système hospitalier français », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 135.

LENTILHAC (J.-P.)

« Grands projets immobiliers des personnes publiques », Gaz. pal., n° 56, 25 février 2012, p. 28.

LEPRON (F.)

« La DSP au risque de la concession de travaux publics », CP-ACCP, n° 95, janvier 2010, p. 35.

LERAUT (J.) et REYNAUD (T.)

« Contrat de partenariat : du financement ajustable à la procédure de confirmation des engagements financiers de l'offre finale – Aspects pratiques à l'attention des personnes publiques », BJCP, n° 78, septembre-octobre 2011, p. 327.

LETELLIER (H.)

« Allotissement, les règles du jeu… et des juges », M.T.P.B., 20 décembre 2013, p. 56.

LETELLIER (H.) et PROOT (P.)

« Publicité et mise en concurrence : les apports du décret du 25 août 2011 », CP-ACCP, n ° 114, octobre 2011, p. 25.

LETELLIER (H.)

« Contrôle juridictionnel de l'urgence et recours aux contrats de partenariat », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 80.

« La détermination des procédures de dévolution en fonction des besoins préalablement déterminés », CP-ACCP, n° 140, février 2014, p. 24.

LEVENEUR (L.)

« La liberté contractuelle en droit privé », AJDA 1998, p. 676

LEVET-VEYRIER (S.)

« Bercy fait le bilan des évolutions réglementaires de la commande publique », LeMoniteur.fr, 9 mars 2012, actualité.

« L'harmonisation fiscale des contrats de partenariat public-privé », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 84.

« Fiscalité des contrats publics et plan de relance », RDI, n° 9, mai 2009, p. 283.

« La garantie de l'Etat sur les PPP », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 68.

« Fiscalité directe locale et contrat de partenariat », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2009, étude 6.

« Le plan de relance et les nouvelles conditions de financement des PPP », JCP. A., n° 27, 2 juillet 2009, 1688.

« L'impact de la fiscalité écologique sur les contrats de la commande publique », CP-ACCP, n° 96, février 2010, p. 69.

LICHERE (F.)

« Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé : *bis repetita non placent* », RDP 2003, n° 4, p. 1163.

« Les contrats de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ? », RDP 2004, n° 6, p. 1547.

« Le droit anglais des contrats publics comme modèle ? », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 449.

« La réforme des partenariats public-privé », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2008, étude 9.

« *Quid* de la place nouvelle des procédures négociées et du dialogue compétitif ? », BJCP, n° 94, mai-juin 2014, p. 164.

LIEBER (S.) et BOTTEGHI (D.)

« Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », AJDA 2010, p. 142.

LIGNIERES (P.)

« Le partenariat public-privé, un nouvel outil pour réformer l'Etat », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 575.

LIGNIERES (P.) et LAZAR (R.)

« Les contrats complexes dans la sécurité et la justice : le cas des prisons », CP-ACCP, n° 34, juin 2004, p. 65.

« Les nouveaux contrats du secteur hospitalier », CP-ACCP, n° 34, juin 2004, p. 67.

LINDITCH (F.)

« Bientôt une réforme des partenariats public-privé ? », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2007, alerte 12.

« Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2008, chron. 18.

« Premières réactions au projet de réforme de l'ordonnance sur les PPP », Contrats et marchés publ., n° 2, février 2008, alerte 5.

« Premier regard sur la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat », JCP. A., n° 37, 8 septembre 2008, comm. 2193.

« PPP, l'urgence précisée par le Conseil d'Etat », JCP. A., n° 37, 13 septembre 2010, comm. 2265.

« Rapport relatif à l'utilisation des contrats de performance énergétique », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2011, alerte 32.

« Décret du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique .- Première partie : les dispositions relatives aux marchés à procédure adaptée et à la reconduction », JCP. A., n° 37, 12 septembre 2011, art. 2293.

« Décret du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique .- Deuxième partie : les dispositions relatives au développement durable », JCP. A., n° 39, 26 septembre 2011, art. 2309.

« Le Conseil d'Etat étend l'application des principes de la commande publique à l'ensemble des contrats administratifs », JCP. A., n° 46, 19 novembre 2012, article 2357.

« Parution du Guide pratique de l'achat public innovant », Contrats et marchés publ., n° 8-9, septembre 2013, focus 39.

« Un an de droit pénal de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2013, chron. 4.

« Coopération entre personnes publiques, la jurisprudence Ville de Hambourg tient toujours ! », JCP A, n° 41, 7 octobre 2013, p. 33.

« Les bonnes feuilles du rapport 2013 », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, alerte 23.

« Discours de M. Moscovici, vers un Code de la commande publique ? », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, alerte 24.

« Marché de maintenance : guide pratique relatif au bon usage du logiciel libre », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, alerte 25.

« Les marchés mixtes », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 9.

« Suppression du code par le sénateur Lambert », Contrats et marchés publ., n°1, janvier 2014, alerte 2.

« Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », RFDA 2014, p. 403.

« L'ingénierie dans les contrats globaux d'infrastructure », Contrats et marchés publics, n° 8-9, août 2014, alerte 33.

« Rapport d'information sur les partenariats public-privé », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2014, alerte 41.

« Nouveau guide du recensement des marchés publics », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2014, alerte 43.

« Fiche explicative du décret portant mesures de simplification applicables aux marchés publics », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2014, alerte 44.

« Mise en concertation du projet d'ordonnance relative aux marchés publics et projet de fiche d'impact », Contrats et marchés publ., n° 2, févr. 2015, alerte 8.

LINOTTE (D.)

« L'évolution récente des contrats de commande publique », Gaz. Palais, n° 339, 5 décembre 2009, p. 2.

« De la sincérité des comparaisons entre les modes de gestion du service public et les divers contrats de commande publique », Gaz. pal, n° 93, 3 avril 2010, p. 9.

LLORENS (F.)

« Cadre général de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 2, février 2004, pratique 2.

« Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 7.

« La liberté contractuelle des collectivités territoriales », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2007, étude 6.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.)

« L'irrésistible ascension du partenariat public-privé », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2002, repère 10.

« Des nouvelles des réformes en cours : loi MOP, PPP et conception- réalisation », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2003, comm. 184.

« La modification de la loi MOP par ordonnance risque-t-elle de porter atteinte aux intérêts des maîtres d'œuvre ? », Contrats et marchés publics, n° 3, mars 2004, comm. 57.

« La Commission européenne lance le débat sur le partenariat public-privé », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2004, repère 6.

« Le droit des contrats publics en miettes », Contrats et marchés publ., n° 1, janvier 2005, repère 1.

« Le contrat de partenariat au service des collectivités territoriales », *Contrat et marchés publ.*, n° 3, mars 2006, repère 3.

« Les sociétés publiques locales ou le « in house », à la française », *Contrat et marchés publ.*, n° 5, mars 2009, repère 5.

« Le grand désordre du droit de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 7, juillet 2009, repère 7.

« Vers une harmonisation du contentieux administratif des contrats ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2010, repère 6.

« La longue marche vers le PPPI. – A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 1er décembre 2009 », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2010, repère 9.

« La Société du Grand Paris et ses contrats ou l'art de légiférer par dérogations », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2010, repère 10.

« La réforme du Code des marchés publics et la globalisation des marchés publics », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2011, repère 4.

« La réforme permanente du droit des marchés publics : nouvel épisode », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2011, repère 9.

« De l'interdiction du paiement différé et des moyens d'y échapper », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2013, repère 6.

« La typologie des contrats de la commande publique résistera-t-elle à la réforme des marchés publics ? », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2013, repère 9.

« Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2014, repère 3.

« Le choc de simplification et la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2014, repère 4.

« Le contentieux administratif des contrats poursuit sa mue : quelques réflexions à propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2014, repère 5.

« Le partenariat public-privé dans la tourmente », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2014, repère 9.

« Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2014, repère 10.

« Le projet d'ordonnance relative aux marchés publics et l'avenir des contrats globaux », Contrats et marchés publ., n° 2, fév. 2015, repère 2.

LOIRE (X.) et HENOCHSBERG (J.)

« L'appréciation des candidatures : rôle du pouvoir adjudicateur et contrôle du juge », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p. 80.

LOMBARD (F.)

« Contrôle du juge sur la résiliation d'un marché aux torts exclusifs du cocontractant », AJDA 2014, p. 1561.

LOUIS (B.)

« Contrats globaux et allotissement », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 27.

LOUVARIS (A.)

« Les organes et les procédures de passation des contrats d'achat public », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 8.

« Recours contre les actes détachables et les clauses réglementaires : état des lieux », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 63.

LUCHAIRE (Y.)

« La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », AJDA 2009, p. 1134.

LA LETTRE DU CONTENTIEUX

« Le contrat de partenariat : une solution exceptionnelle pour réaliser des investissements », La lettre du contentieux – Risques et responsabilités territoriales, n° 111, 8 mars 2012, p. 6.

MAÏA (J.)

« Revisiter le droit français de la commande publique : pourquoi ? Comment ? », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 3.

MAINGUY (D.)

« La circulation des contrats d'affaires. Bref aperçu comparatif des droits privé et public des contrats », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 289.

MAISONNEUVE (M.)

« Des stades et des contrats administratifs » Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 693.

MAJZA (B.)

« La standardisation des contrats de partenariat : étude et limite de l'exercice de rationalisation », Contrats et marchés publ., n° 8, août 2012, étude 6.

MALLEA (P.), BEAU (S.) et OGEE (C.)

« Les modalités du financement des PPP », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 80.

MAMONTOFF (C.)

« Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 517.

MANIERE (M.-F.)

« Les architectes vent debout contre les contrats globaux », LeMoniteur.fr, 20 mars 2013, profession.

« Plus d'architectes c'est plus d'architecture », M.T.P.B., 10 octobre 2014, p. 22.

MANRIQUE (J.-C.)

« Eure-et-Loir, Loir-et-Cher, Loiret : quand l'innovation publique passe par une coopération renforcée », JCP A, n° 41, 7 octobre 2013, p. 5.

MANSON (S.)

« L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre », RDP 2009, n° 1, janvier 2009, p. 19.

MARAIS (F.)

« La ville de Châlons-en-Champagne renonce au PPP pour la rénovation de son éclairage public », lagazette.fr, 4 décembre 2012.

MARCHAND (A.)

« Ce que les nouvelles directives vont changer en France », M.B.T.P, 28 février 2014, p 52.

« Le nouveau maquis des interdictions à soumissionner », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p. 35.

« Code des marchés publics : la réforme démarre », M.T.P.B., 10 octobre 2014, p. 62.

MARCOU (G.)

« Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridique et administratifs », AJDA 2003, p. 982.

MARQUES (M.) et GONZAGUE (P.)

« La soutenabilité budgétaire dans les contrats de partenariat », Dr. adm., n° 2, février 2013, étude 4.

MARTOR (B.) et THOUVENOT (S.)

« Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public-privé à la française », RDIA 2004, n° 2, p. 111.

MARTY (F.) et VOISIN (A.)

« L'évaluation préalable des contrats de partenariat : enjeux et perspectives », RLCT, n° 39, octobre 2008, p. 80.

MATHARAN (X.) et PINTAT (P.)

« Evaluation préalable : faut-il mettre en concurrence réelle la maîtrise d'ouvrage publique et le PPP ? », CP-ACCP, n°36, septembre 2004, p. 43.

MAUGÜE (C.)

« Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », AJDA 1998, p. 694

« Les contrats entre collectivités saisis par le droit de la concurrence », AJDA 2003, p 981.

MAUGÜE (C.) et TERNEYRE (P.)

« La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 203.

MAURER (A.) et DE FENOYL (E.)

« Collectivités territoriales et PPP. Un cadre législatif et réglementaire à améliorer », Gaz. cnes, 6 juin 2011, p. 52.

« Collectivités territoriales et PPP. Inadaptation de certains "standards de marchés" », Gaz. cnes, 13 juin 2011, p. 62.

MAUREY (H.) et TARRADE (P.)

« L'incompatibilité entre copropriété et domanialité publique », BJCP, n° 89, p. 243.

MAUVAIS (G.) et SAINT SAUVEUR-CAZELLES (A.)

« Cession de créances issues d'un contrat de partenariat ou d'un bail emphytéotique hospitalier », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 60.

MAZOUZ (B.)

« Les aspects pratiques des partenariats public-privé. De la rhétorique néolibérale… Aux enjeux, définis et risques de gestion des PPP », RFAP, n° 130, 2009, p. 215.

MELLERAY (F.)

« La possibilité d'autoriser une occupation privative du domaine public sans limitation de durée », Droit administratif, n° 4, avril 2009, comm. 53.

MENARD (C.) et OUDOT (J.-M.)

« L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », RFAP, n° 130, 2009, p. 349.

MENEMENIS (A.)

« L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? » ; AJDA, 2004, p. 1737.

« Table ronde : la place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », LPA, n° 171, 27 août 2010, p 9.

MENGUY (B.)

« L'illégalité d'une clause, du fait de son caractère déterminant dans la conclusion d'un ensemble contractuel, conduit à l'annulation de celui-ci », Gaz. cnes, 28 octobre 2013, p. 53.

« Pierre Moscovici annonce un nouveau code des marchés publics avant l'été », lagazette.fr, 12 mars 2014, commande publique.

MENGUY (B.) et LE GALL (C.)

« Dix ans de PPP. Idées reçues et vrais dangers », Gaz. cnes, 16 juin 2014, p. 21.

METZGER (O.) et LEHOUX (F.)

« Les nouveaux contrats globaux de la commande publique – Les CREM et REM », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, septembre-octobre 2013, dossier 35.

MEYSSAN (P.-J.)

« Valoriser le patrimoine public par un rapprochement avec le droit privé », M.B.T.P., 14 juin 2013, p. 47.

MICHON (J.)

« Code des marchés publics 2012, 220 conseils, 260 pièges à éviter », Gaz. cnes., 23 janvier 2012, cahier détaché n° 2.

« Commande publique. De nouvelles règles internationales », Gaz. cnes, 9 juin 2014, p. 56.

« Refonte complète du droit de la commande publique », LPA, n° 61, 26 mars 2014, p. 5.

MIERE (A LE)

« Panorama des contrats complexes et des ensembles contractuels complexes », CP-ACCP, n° 34, juin 2004, p. 52.

MIERZA (M.)

« La refonte de la loi sur le partenariat public-privé en Pologne », RFAP, n° 130, 2009, p. 395.

MILHAT (C.)
« L'appréhension du risque financier dans les contrats de gestion déléguée du service public », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2006, étude 17.

MINESCAUT (A.)
« Sur l'efficience du recours Tropic face aux référés précontractuels et contractuels », CP-ACCP, n° 132, mai 2013, p. 37.

MODERNE (F.)
« La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », RFDA 2006, p. 2.

MONIOLLE (C.)
« Droit administratif & Droit public financier », Droit administratif, n° 12, décembre 2013, chron. 6.

MONJAL (P.-Y.)
« Marchés publics locaux et droit communautaire : simples remises en cause ou réelles incompatibilités ? », LPA, 3 septembre 2008, n° 177, p. 6.

MONTECLER (M.-C. de)
« Le recours tropic désormais ouvert aux tiers », AJDA 2014, p. 764.

« Vers une refonte de l'architecture de la commande publique », AJDA 2014, p. 1300.

MORAND-DEVILLER (J.)
« La valorisation économique du patrimoine public », Mélanges Drago, Economica, p. 427.

MOREAU (D.)
« La contestation de la validité du contrat par les parties », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 50.

MOREL (J.-B.)
« L'externalisation par le recours aux contrats publics d'affaires : quelques éléments de réflexion », Contrats et marchés publ., novembre 2013, étude 9.

MORLAT-MARTOS (M.)
« En Midi-Pyrénées, l'Etat favorise l'accès des PME à la commande publique », CP-ACCP, n° 148, novembre 2014, p.46.

MOURIER (R.)
« Entretien avec Claude Goasguen, Rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale », RLCT, n° 39, octobre 2008, p. 74.

MOURIESSE (X.)
« Valorisation immobilière et délégation de service public », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 53.

MOURIESSE (X.) et LE CORRE (L.)
« Les nouveaux horizons de la concessions d'aménagement », CP-ACCP, n° 145, juillet-août 2014, p. 47.

MOUSTARDIER (A.)
« Nous irons tous aux Batignolles », Gaz. Pal., n° 116, 26 avril 2014, p. 16.

MULLER (E.)
« Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », Contrats et marchés publ., n° 2, février 2010, étude 2.

NAHMIAS (N.)

« Exploitation et gestion d'équipements aquatiques : 10 points de vigilance », CP-ACCP, n° 98, avril 2010, p. 74.

NDIAYE (P.)

« Du contrôle de l'efficacité des contrats publics », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 363.

NEGRIN (O.)

« Quelle fiscalité pour les contrats publics ? », CP-ACCP, n° 73, janvier 2008, p. 59.

NERON (S.)

« Le standard, un instrument juridique complexe », JCP. G., n° 38, 19 septembre 2011, doctr. 1003.

NICINSKI (S.)

« Lease américain, équipements publics et droit administratif », AJDA 2001, p. 538.

« Contrat public mode d'emploi », CP-ACCP, n° 73, janvier 2008, p. 3.

« Contrats publics : statut et régime des bien », CP-ACCP, n° 73, janvier 2008, p. 46.

« L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 421.

NIGRI (E.)

« Contrats de partenariat et accord autonomes : première en question ou fausse alerte ? », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2013, comm.84.

NIGRI (E.) et JALINIERE (B.)

« La résiliation d'un contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé de l'Administration à l'épreuve du droit public des contrats », Contrats et marché publ., n° 4, avril 2014, étude 4.

NIVAULT (S.)

« Les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, p. 47.

NOEL (M.)

« Le contrat de partenariat est-il adapté aux équipements sportifs ? », CP-ACCP, n° 98, avril 2010, p. 45.

NOGUELLOU (R.)

« La crise et l'exécution financière des marchés publics et des partenariats public-privé », RDI, n° 9, mai 2009, p. 278.

« Droit communautaire et contrats publics, encore et toujours », JCP. A., n° 2, février 2010, focus 8.

« Le Rapport public 2012 du Conseil d'Etat », Droit Administratif, n° 6, juin 2012, alerte 25.

« Des nouvelles du projet de Code de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2012, alerte 48.

« Réponse ministérielle sur la notion de concession de travaux », Droit administratif, n° 1, janvier 2013, alerte 10.

« Le rapport Lambert – Boulard contre l'inflation normative », Droit Administratif, n° 5, mai 2013, alerte 38.

« Avenir des partenariats public-privé », Droit Administratif, n° 10, octobre 2013, alerte 84.

« Les PPP hospitaliers et la gestion des déchets ménagers : sur deux aspect du rapport public 2014 de la Cour des comptes intéressant le droit administratif », Droit Administratif, n° 4, avril 2014, alerte 28.

« Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », AJDA 2014, p. 853.

NOYER (B.)

« Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation des collectivités locales », LPA, n° 83, 10 juillet 1996, p. 15.

NOVAT (P.) et GUIMET (A.)

« Contrats de partenariat : vers une normalisation au sein de la commande publique ? », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 44.

OLIVIER (F.)

« Le partenariat public-privé en pratiques… nouvelles ! Ou lecture guidée et essai de synthèse. – Première partie : les montages contractuels sectoriels avant-coureurs », Contrats et marchés publ., n° 2, février 2005, étude 2.

« Le partenariat public-privé en pratiques… nouvelles ! Ou lecture guidée et essai de synthèse. – Deuxième partie : le contrat de partenariat », Contrats et marchés publ., n° 3, février 2005, étude 3.

« Le contrat de partenariat, vecteur de relance », Contrats et marchés publ., n° 3, mars 2009, étude 3.

ORSONI (G.)

« Organisation administrative et professionnelle du commercer », RTC.Comm., janvier-mars 2011, p. 66.

ORTEGA (G.)

« Sept modèles de marchés publics pour réaliser des CPE modestes », Lemoniteur.fr, 18 avril 2012, actualité commande publique.

« La poursuite d'objectifs de performance dans le cadre des marchés de REM/CREM », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 24.

ORTEGA (G.) et LOUIS (B.)

« Les nouveaux marchés publics globaux », BJCP n° 80, p. 3.

PACHEN-LEFEVRE (M.-H.) FONTAINE (C.)

« Le recours à bail à construction pour la construction d'édifices religieux », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 59.

PASSERIEUX (R.)

« Le contrat de partenariat après la loi nouvelle : définitions et conditions », RLCT, n° 39, octobre 2008, p. 55.

PASSI (M.)

« Les sociétés publiques locales moteurs de l'investissement public », Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment, 15 octobre 2010, p. 20.

PASTOR (J.-M.)

« Le Code des marchés publics fait peau neuve », AJCT 2011, p. 373.

« Le gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », AJDA 2014, p. 538.

« Dix ans après, les contrats de partenariat doivent redevenir dérogatoires », Dalloz Actu, 18 juillet 2014.

PAULLIAT (H.)

« La loi Sapin, 20 après : un partenariat public-privé à réinventer ? », JCP. A., n° 9, 25 février 2013, p. 29.

PEISSE (M.)

« La simplification est en marche… d'attaque ! », Gaz. Pal., n° 140, 20 mai 2014, p. 3.

PELLISIER (G.)

« Pour un développement maîtrisé du procédé contractuel », JCP. A., n° 27, 30 juin 2008, actu. 568.

« Les délégations de service public et le juge administratif : 20 ans d'application de la loi Sapin », JCP. A., n° 9, 25 février 2013, 2055.

« Définition de la concession de services et catégories juridiques existantes en droit français », BJCP, n° 95, p. 246.

PENTECOSTE (J.) et VILLATEAU (E.)

« Les mêmes critiques peuvent être adressées au PFI britannique et aux PPP français », LeMoniteur.fr, 22 février 2013, actualité.

PERO AUGEREAU – HUE (M.-H) et DELORME (B.)

« Bail emphytéotique administratif / Autorisation d'occupation temporaire du domaine public : lequel choisir ? », BJCP, n° 90, p. 327.

PERRINEAU (B.)

« Les incidences de la réforme de la fiscalité de l'urbanisme sur les contrats publics », CP-ACCP, n°133, juin 2013, p. 48.

PERRITAZ (M.) et BERTHELOT (A.)

« Le partenariat d'innovation fait son entrée dans la commande publique », M.T.P.B., 16 mai 2014, p. 50.

PETIOT (M.-A.) et TERNEYRE (P.)

« Le nouveau marché public pour la réalisation des prestations globales et complexes de performances énergétiques », AJDA 2012, p. 412.

PEYRET (P.) et LEVAIN (L.)

« Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 8-9, août-septembre 2013, pratique 7.

« Les marchés de REM/CREM et l'interdiction du paiement différé », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 44.

PEYRICAL (J.-M.)

« Quelle frontière entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ? », CP-ACCP, n° 82, novembre 2008, p. 46.

« L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », AJDA 2009, p. 965.

« De nouvelles voies pour la gestion des services publics locaux – *Services d'intérêt économique général, partenariats public-privé institutionnalisés et sociétés publiques locales* », AJDA 2011, p. 934.

« Un partenariat dans le partenariat – La convention relevant de l'article L. 1414-1 du CGCT », AJDA 2012, p 1948.

« Vers une fragilisation des sociétés publiques locales ? », M.B.T.P., 4 octobre 2013, p. 68.

« Un nouveau pas vers le rapprochement du régime des marchés publics », CP-ACCP, n° 137, novembre 2013, p. 77.

« Transposition des directives et réformes des textes : une autre révolution est en marche », CP-ACCP, n° 144, juin 2014, p. 3.

PEYRICAL (J.-M.) et BUSSY (D.)

« Dialogue, négociation et échange avec les entreprises : esquisse d'une méthodologie », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, p. 44.

PEYRICAL (J.-M.), MARTIN (F.) et GABILLON (F.)

« Les contrats de partenariat : un outil de gestion du patrimoine et des services publics », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 77.

PICARD (E.)

« La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », AJDA 1998, p. 651.

PIETRI (J.-P.)

« Un an de droit du contentieux de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 8-9, août-septembre 2013, chron. 3.

PIGNON (S.)

« L'évolutivité du contrat de partenariat public-privé, un atout pour les projets publics ? », LPA, n° 116, 10 juin 2008, p. 11.

PIGNON-XARDEL (S.)

« Marchés de conception-réalisation », J. Cl., Contrats et marchés publics, fascicule n° 65-10.

PINÇON (J.-A.)

« L'analyse fonctionnelle, un outil efficace pour le cahier des charges fonctionnel », CP-ACCP, n° 140, février 2014, p. 45.

PINOT (S.) et MAI-PHAM (T.-H.)

« Le partenariat d'innovation peut-il améliorer l'accès des PME à la commande publique ? », CP-ACCP, n° 148, novembre 2014, p. 37.

PINTAT (P.)

« Le risque constructif », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 48.

« L'affaire du stade Jean Bouin », CP-ACCP, n° 98, avril 2010, p. 51.

« Le BEA d'intérêt général : un mode contractuel adapté aux EHPAD », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 69.

« La garantie des risques dans les contrats publics globaux », CP-ACCP, n° 111, juin 2011, p. 36.

« Une nouvelle forme de contractualisation pour les opérations publiques : la SEM à opération unique », CP-ACCP, n° 147, octobre 2014, p. 69.

« La sous-traitance directe serait-elle la position la plus avantageuse ? », CP-ACCP, n° 148, novembre 2014, p. 26.

PINTAT (P.) et N'GOUAH-BEAUD (A.)

« Le partenariat d'innovation, une procédure à suivre », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 46.

PINTAT (P.), BOUTILLET (J.-P.) et VAN DE VYVER (P.)
« Le PPP est-il un vecteur de développement durable ? », CP-ACCP, n° 96, février 2010, p. 73.

PINTAT (P.) et DENIS-VERNET (M.)
« Contrat de partenariat, CREM, REM… Conditions et intérêt en matière d'éclairage public », CP-ACCP, n° 130, mars 2013, p. 25.

PINTAT (P.) et MAIGNE (M.-A.)
« Les marchés de défense ou de sécurité sont-ils solubles dans le code des marchés publics ? », CP-ACCP, n° 121, mai 2012, p. 84.

PISSALOUX (J.-L.)
« Vers la relance des contrats de partenariat », RLCT, n° 39, octobre 2008, p. 65.

PLATON (S.)
« La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », AJDA 2014, p. 841.

PLATON (S.) et MARTIN (S.)
« L'exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique », *AJDA*, 2012, p. 1138.

PLUNIAN (S.)
« La réception du bail emphytéotique administratif par le droit des contrats administratifs », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 719.

POCHARD (M.)
« La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », AJDA 2003, p. 991.

PONTIER (J.-M.)
« La liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA 2013, p. 837.

« Des PPP aux PPP. Remarques sur une apparente insignifiance », Droit administratif, n° 2, février 2014, étude 3.

« Le partenariat entre l'Etat et les collectivités territoriales », AJDA 2014, p. 1694.

PORTIER (N.)
« Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », AJDA 2003, p. 986.

POUJADE (B.)
« Les contrôles relatifs aux contrats d'achat public », Contrats et marchés publ., n° 5, mai 2005, étude 11.

« La nouvelle directive marchés publics et les prestations juridiques : le changement c'est maintenant ? », BJCP, n° 95,p. 259.

POURCEL (E.)
« A qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », JCP. N., n° 24, 15 juin 2007, article 1190.

« Marchés de conception-réalisation : une exception au principe devenue exception de principe ? », Contrats et marchés publ., n° 7, juillet 2010, étude 7.

POUYAUD (D.)

« Contentieux des contrats administratifs. – Formation du contrat », J. Cl., Administratif, fascicule n° 1126.

« Contentieux des contrats administratifs. – Exécution et fin du contrat », J. Cl., Administratif, fascicule n° 1127.

PPP MAG

« La loi du 29 janvier 1993, 20 ans déjà ! », dossier spécial, PPP MAG, novembre 2013 – Janvier 2014, n° 4.

« La relance par le PPP », dossier spécial, PPP MAG, février – avril 2014, n° 5.

PREBISSY-SCHNALL (C.)

« Le nouveau guide des bonnes pratiques du droit des marchés publics à la lumière du droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation, n° 4, avril 2012, comm. 101.

PREFONTAINE (L.) et RAMONJAVELO (V.)

« La capacité partenariale, pilier de la réussite d'un partenariat public-privé. Résultats d'une étude canadienne », RFAP, n° 130, 2009, p. 323.

PROOT (P.)

« Bail emphytéotique administratif et domanialité publique », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 39.

« Les chats de la commande publique », CP-ACCP, n° 111, juin 2011, p. 3.

PROUX (F.)

« Les PPP, encore un miroir aux alouettes », Gaz. cnes, 21 octobre 2013, p. 46.

« Les contraintes budgétaires dopent le contrôle interne », *Gaz. Cnes*, 2 décembre 2013, p. 43.

PUJOL (J.-M.) et GRAU (R.)

« Le financement des collectivités territoriales », JCP. A., n° 41, 7 octobre 2013, 2281.

RALLU (B.)

« Marchés publics et concessions : des critiques s'élèvent au Sénat contre les projets de nouvelles directives », LeMoniteur.fr, 24 février 2012, actualité.

« Grenelle 2, contrats de partenariats, concessions… le Conseil d'Etat dresse le bilan 2011 », LeMoniteur.fr, 13 mars 2012, actualité.

« Marchés publics et concessions : le Sénat rend un avis négatif sur la réforme des directives européennes », LeMoniteur.fr, 16 mars 2012, actualité.

« Un marché de conception-réalisation financé… en nature », M.T.P.B., 28 février 2014, p. 49.

« SEM à opération unique : la solution miracle ? », M.T.P.B., 10 octobre 2014, p. 24.

« Démystifier les marchés pour les PME de Languedoc-Roussillon », M.T.P.B., 10 octobre 2014, p. 59.

« Vérifier qu'une DSP ne sera pas caduque en 2015 », M.T.P.B., 10 octobre 2014, p. 61.

« Transpositions des directives : en 2015, les PPP seront des marchés publics ! », LeMoniteur.fr, 20 octobre 2014, actualité commande publique.

RAMAUT (P.-A.)

« La détermination des délais de réception des demandes de participation et des offres », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 61.

RAPP (L.)

« Les marchés et conventions complexes », AJDA 1996, p. 616.

« Partenariats public-privé (brèves remarques sur l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004), Lamy Droit Public des affaires, bull. d'actualité n° 83/2004, p. 1.

« Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », Contrats et marchés publ., n° 7, juillet 2008, étude 7.

« Actualité législative des contrats de partenariat », RDI 2009, p. 49.

« L'accès des PME aux marchés publics : un small business act ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 12.

« Sept solutions simples pour améliorer l'accès des PME aux contrats de la commande publique », CP-ACCP, n° 148, novembre 2014, p. 55.

RAYMUNDIE (O.)

« L'exploitation-maintenance dans les contrats de partenariat », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 58.

« Choix de l'exploitant de l'équipement aquatique : quels critères de choix ? », CP-ACCP, n° 98, avril 2010, p. 38.

RAYMUNDIE (O.) et ROUXEL (C.)

« Le contrat de partenariat appliqué à la restauration collective », CP-ACCP, n° 124, septembre 2012, p 41.

REES (P.)

« Tropic II est arrivé. A propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », Contrats et marchés publ., mai 2014, études 5.

REY-LEFEBVRE (I.) et CLAVREUL (L.)

« Les collectivités ne peuvent plus se passer des PPP », Le Monde, 24 janvier 2012, p. 12.

REYNAUD (T.)

« Les amours contrariés du contrat de partenariat et du service public », BJCP, n° 70, p 166.

REPENTIN (T.)

« Les nouvelles directives marchés publics apporteront de la souplesse pour les collectivités territoriales », lagazette.fr, 15 janvier 2014, commande publique.

RICCI (N.)

« Un an de jurisprudence en matière de commande publique », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, septembre-octobre 2013, dossier 32.

RICHER (L.)

« La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA 2003, p 973.

« Le 30 avril 2004, et après ? », CP-ACCP, n° 34, juin 2004, p.3.

« La transparence et l'obstacle », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 175.

« La production d'eau potable peut être érigée en service public autonome et déléguée », AJDA 2006, p. 1781.

« Le temps des exceptions », CP-ACCP, n ° 114, octobre 2011, p. 3.

« Constitution, contrats et commande publique », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2012, p. 37.

« Le code de 2016 », AJDA 2014, p. 705.

« Les contrats entre entités du secteur public », CP-ACCP, n° 143, mai 2014, p. 31.

RICHET (C.) DURAND (C.) et BOURHIS (M.)

« Contrats de partenariat et centres aquatiques : une rencontre incongrue ? », Politiques et management public, vol. 27/4, 2010, mis en ligne le 15 septembre 2012.

RIVIERE (V.)

« Le Mercosur : nouvel eldorado pour les investisseurs en matière de contrats de partenariat public-privé ? », LPA, n° 2, 2 janvier 2013, p. 6.

ROLLIN (F.)

« Le contrat de partenariat « écotaxe », symptôme d'un Etat impotent », ADJA 2013, p. 2225.

ROMAN-SEQUENSE (B.)

« Quelles sont les prisons réalisées par le biais de partenariat public-privé ? », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2007, comm. 339.

« Quelle est la place des PME dans les contrats de partenariat public-privé ? », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2008, comm. 303.

« Utilisation des contrats de partenariat public-privé par l'Etat », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2013, comm. 126.

« Conditions du recours à la procédure du dialogue compétitif », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2014, comm. 126.

« Contrats globaux de performance », Contrats et marchés publ., n° 11, novembre 2014, comm. 318.

ROMON (C.)

« Les marchés de CREM au regard de la loi MOP », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 37.

ROUSSET (O.)

« Concessions domaniales des collectivités locales : quels risques de requalification en convention de délégation de service public ? », RFDA 2002, p. 1059.

ROUQUETTE (R.)

« L'usure de la loi MOP », CP-ACCP, n° 136, octobre 2013, p. 17.

ROUVEYRAND (T.)

« Enceintes sportives et : pourquoi choisir le bail emphytéotique administratif ? », CP-ACCP, n° 98, avril 2010, p. 42.

ROUVEYRAND (T.) et DUCHE (P.-M.)

« L'acheteur public bien armé pour faire exécuter le contrat », M.T.P.B., 26 octobre 2012, p. 50.

ROUVEYRAND (T.) et ECHARD (H.)

« Les projets relevant de la compétence de plusieurs personnes publiques », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 44.

« L'achat public », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, septembre-octobre 2013, p. 21.

ROUVEYRAND (T.) et RICCI (N.)

« Le référé contractuel : un succès relatif ? », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 41.

SAGUER (M.-F.)
« L'Espagne et le contrat de colaboración entre secteur public et privé », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 97.

SAICHI (C.)
« La contractualisation des marchés de maintenance 1/2 », M.T.P.B., 24 mai 2013, p. 39.

« La contractualisation des marchés de maintenance 2/2 », M.T.P.B., 31 mai 2013, p. 53.

SALAMAN (W.)
« Le contrat de partenariat à l'épreuve de la construction et de l'exploitation », CP-ACCP, n° 125, octobre 2012, p. 43.

« Le contrat de partenariat bute sur la preuve de la complexité », M.B.T.P, 12 octobre 2012, p. 54.

« Projet urbain partenarial : un outil complexe à mettre en œuvre », M.B.T.P, 4 janvier 2013, p. 26.

SAYEDE-HUSSEIN (A.)
« Le juge du référé-suspension de droit commun et le contrat administratif :un bilan jurisprudentiel mitigé », Contrats et marchés publ., mai 2014, études 6.

SAUSSIER (F.)
« Le CP : mieux connu, plus apprécié », PPP-Mag, janvier-mars 2013, p. 49.

SCIALOM (M.)
« Financement obligataire des contrats de partenariat », CP-ACCP, n° 127, décembre 2012, p. 71.

SEBAN (D.) et GUILLERM (M.)
« Déféré préfectoral en matière contractuelle : une profonde mutation », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 57.

SEILLER (B.)
« La simplification est en marche… arrière », AJDA 2014, p. 1681.

SENO (M.)
« La réforme du Code des marchés publics : libéralisation de la commande publique et nouvelles pratiques », Gaz. pal. n° 274, 1er octobre 2011, p. 9.

SEROPIAN (J.-C.) et DUCHARNE (J.-P.)
« Premier contrat de PPP de gestion de l'eau au Liban : le modèle de gestion associée », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 80.

SERPENTIER-LINARES (S.)
« Commande publique et fiscalité : quelles relations ? », CP-ACCP, n° 133, juin 2013, p. 28.

SESTIER (J.-F.)
« Urgence et mise en concurrence dans les contrats publics », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 379.

« Multiplicité d'objets et de supports de contrats publics », CP-ACCP, n° 73, janvier 2008, p. 24.

« Le périmètre du bail emphytéotique administratif », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 35.

« Les difficultés des personnes publiques dans l'exécution des contrats de partenariat », CP-ACCP, n° 125, octobre 2012, p. 49.

« L'appel à projets : déclin de la subvention et regain de la commande publique ? », RFDA, 2014, p. 411.

« Le devenir des concessions d'aménagement suite à la publication des directives européennes », CP-ACCP, n° 145, juillet-août 2014, p. 55.

« Le groupement d'entreprises : un outil efficace pour l'accès à la commande publique des PME ? », CP-ACCP, n° 148, novembre 2014, p. 22.

SEUBE (J.-B.)

« Contrats privés – contrats administratifs : points de convergence ? », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 367.

SIGOYER (V.)

« Contrat de partenariat et rectification d'erreur matérielle d'une offre », Dr. Adm., n° 10, octobre 2012, prat. 4.

« La reprise des sous contrats dans les contrats globaux », Drt. Adm, n° 12, décembre 2013, prat. 10.

« Suivi d'exécution des clauses incitatives et risques juridiques associés », CP-ACCP, n° 147, octobre 2014, p. 53.

SIMONNET (Y.)

« Le financement des PPP face aux principes de la commande publique », RLCT, 2012, n° 78, p. 79.

SISSUNG (M.) et ADDA (D.)

« Maintenance de bâtiments : attention aux contrats-types ! », M.B.T.P., 23 mai 2014, p. 52.

SITBON (P.)

« Garanties professionnelles et financières des candidats : quelle spécificité des DSP », CP-ACCP, n° 111, juin 2011, p. 32.

SORBARA (J.-G.)

« Marchés publics et innovation », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 13.

SORIA (L.)

Point de vue du CROAIF sur les marchés de REM et de CREM », CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 60.

SPITZ (P.-E.)

« La sécurisation des contrats des collectivités territoriales : exemple de la ville de Paris », AJCT 2012, p. 179.

STIRN (B.)

« La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », AJDA 1998, p. 673.

SYMCHOWITZ (N.)

« Paradoxes sur les contrats de partenariat », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2004, étude 12.

« Droits réels et contrats domaniaux », CP-ACCP, n° 54, avril 2006, p. 33.

« L'apport de l'ordonnance du 21 avril 2006 au droit des montages contractuels complexes », CP-ACCP, n° 57, juillet-août 2006, p. 74.

« Pour un Code des contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2007, étude 4.

« Contrats de PPP et autres formules : une réforme inachevée ? », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 8.

« Maîtrise d'ouvrage publique ou PPP : quel procédé choisir ? », CP-ACCP, n° 87, avril 2009, p. 66.

« Le concept de développement durable appliqué à la commande publique », CP-ACCP, n° 96, février 2010, p. 38.

SYMCHOWITZ (N.) et LAURET (R.)

« La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », BJCP, n° 95, p. 263.

TALPIN (J.-J.)

« Les magistrats pointent du doigt la dette indirecte des PPP du Loiret », Gaz. cnes, 7 octobre 2013, p. 10.

« Un PPP unique pour construire douze centre de secours », Gaz. cnes, 3 mars 2014, p. 30.

TARDIVEL (B.)

« La place du contrat de partenariat dans l'ordre des contrats publics », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 847.

TARDIVO (A.)

« L'éclairage public, une opportunité pour se former au contrat de partenariat ? », CP-ACCP, n° 130, mars 2013, p. 37.

TASSONE (A.)

« Retour sur la qualification juridique des contrats de mobilier urbain », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2006, étude 4.

TENAILLEAU (F.)

« Réforme du contenu du contrat de partenariat : une perspective essentiellement financière », RLCT, n° 39, octobre 2008, p. 62.

« Les contrats de partenariat, la crise financière et la loi », JCP. A., n° 14, 30 mars 2009, article 2078, p. 43.

« Contrats globaux de performance énergétique », J. Cl., Contrats et marchés publ., fascicule n° 650.

« L'influence des directives sur les partenariats public-privé », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 11.

TENDIL (M.)

« Alain Rousset sonne la charge contre les PPP », Localtis.info, 4 octobre 2012.

TERNEYRE (P.)

« La responsabilité trentenaire des constructeurs en droit public – Variations autour d'un arrêt récent du Conseil d'Etat », CJEG, décembre 1991, p 393.

« Les montages contractuels complexes », AJDA 1994, numéro spécial, p. 43.

« Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », AJDA 1997, p. 126.

« La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », AJDA 1998, p. 667.

« La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire », LPA, 2 février 2000, n° 23, p. 39.

« Crédit-bail immobilier et collectivités publiques », Droit de la construction, Dalloz Action 2000/2001, p. 349.

« Les nouveaux contrats de partenariat et la typologie des instruments de partenariat public-privé », RDI 2003, p. 520.

« Utilisation du bail emphytéotique par et pour les établissements publics de santé », BJCP 2004, p. 70.

« Contrats de partenariat : le Conseil constitutionnel persiste et signe », BJCP, n° 60, p. 310.

« Secteur public et concurrence : la convergence des principes. A propos de la liberté contractuelle », AJDA 2007, p. 1906.

« Concessions de travaux publics et toilettage de certains textes relatifs à la commande publique », BJCP 2009, p. 429.

« Le bail emphytéotique administratif est-il victime de son succès ? », CP-ACCP, n° 108, mars 2011, p. 3.

« Le diable est-il dans les principes mêmes du contrat de partenariat ou dans les détails ? », CP-ACCP, n° 125, octobre 2012, p. 31.

« L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », RFDA 2014, p. 407.

« La notion de marché public : rupture ou continuité ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 3.

TERNEYRE (P.) et REYNAUD (T.)

« Réforme du droit de la commande publique et plan de relance de l'économie : le volet législatif », BJCP, 2009, n° 63, p. 98

TERRIEN (G.)

« Le contrôle des contrats de partenariat par les juridictions financières », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 87.

« Défense, maîtrise d'œuvre, prestations intellectuelles, service financiers », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, p. 56.

« Les précisions du rapport annuel sur le contrat de partenariat », CP-ACCP, n° 89, juin 2009, p. 76.

TESOKA (L.)

« Les conventions entre collectivités territoriales », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 101.

« Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », AJDA 2006, p. 2214.

TIBERGHIEN (F.)

« Il faut un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », AJDA 2008, p. 1228.

« Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », JCP. A., n° 27, 30 juin 2008, actu. 567.

TONETTI (D.)

« Le contrat de performance énergétique », CP-ACCP, n° 96, février 2010, p. 65.

TREPPOZ BRUAN (A.)

« Libre administration des collectivités territoriales et QPC : entre espoir et amertume », Droit administratif, n° 12, décembre 2012, étude 18.

TRESCHER (B.)

« De quelques apports de Nouveau Code général de la propriété des personnes publiques en matière d'occupation domaniale », Contrats et marchés publ., n° 7, juillet 2006, étude 6.

TRUCHET (D.)

« La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ? », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 715.

TURPIN (D.)

« La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 63.

UBAUD-BERGERON (M.)

« Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'Etat », AJDA 2003, p. 1361.

« La négociation, », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 7.

« Contrat d'occupation du domaine public : conception globale ou divisibilité des biens ? », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2013, comm. 161

« Pas d'indemnité d'imprévision si le contrat intègre déjà une formule suffisante de révision des prix », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2013, comm. 165.

« Délégation de service public : la personne publique peut indiquer une simple durée potentielle du contrat », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2013, comm. 172.

« Jurisprudence Béziers I : Le défaut de signature du contrat par l'une des parties n'implique pas que celui-ci soit écarté par le juge du contrat », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2013, comm. 178.

VAGUE (P.-M.)

« Le contrat de partenariat, dix ans après. Quel bilan pour les collectivités territoriales ? », RFFP, 1er mai 2014, n° 126, p. 151.

VANDEPOORTER (A.)

« Montages immobiliers et droit de la commande publique », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, septembre-octobre 2013, p. 46.

« Concession d'aménagement ou contrat de partenariat ? », CP-ACCP, n° 145, juillet-août 2014, p. 60.

VANDEVOORDE (P.)

« Quel rôle pour les acteurs financiers ? », RDI 2003, p. 530.

VIDAL (L.)

« L'apport du droit des contrats américains au droit des contrats publics français : l'exemple des *equitable adjustment* », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 1, p. 471

« La délivrance d'autorisations d'occupation constitutives de droit réel », CP-ACCP, n° 60, novembre 2006, p. 37.

« Contrat de partenariat : l'ordonnance du 17 juin 2004 appliquée à bon escient », CP-ACCP, n° 76, avril 2008, p. 59.

« Cinq règles d'or pour la réussite économique des contrats de partenariat », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 26.

« La classification des contrats administratifs économiques, les mots et les choses ou l'esquisse d'un programme », Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 311.

VIDELIN (J.-C.)
« La remunicipalisation des services publics : apparence ou réalité ? », JCP. A., n° 10, 10 mars 2014, art. 2065.

VILA (J.-B.)
« De l'urgence et de la complexité à repenser la réforme relative aux partenariats public-privé », JCP A, n° 28, 6 juillet 2009, p. 30.

« Traitement comptable et financier des partenariats public-privé (PPP). – Fiche pratique n° 1 », JCP A, n° 0, 5 mars 2012, 2070.

VILLE (F.)
« Communes rurales – L'inéluctable regroupement des services publics », Gaz. cnes, dossier spécial, 11 novembre 2013, p. 25.

VILLELA SOUTO (M.-J.)
« Les partenariats public-privé au Brésil », CP-ACCP, n° 81, octobre 2008, p. 104.

VIVANT (M.)
« Le contrat substitut de la loi ? », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 595.

VOGÜE (A. DE.)
« Groupement d'intérêt public. Une ville et un baille privé bâtissent ensemble un réseau de chaleur », M.T.P.B., 22 mars 2013, p. 47.

WASS-NOCQUET (R.)
« Le service public dans les partenariats public-privé », JCP. A., n° 14, 30 mars 2009, article 2079.

WEISS (J.-P.)
« Nous inventons une maîtrise d'ouvrage publique rénovée », M.B.T.P., 22 mars 2013, p. 50.

WIBO (O.) et PENISSON (S.)
« Le délit de favoritisme peut-il s'étendre à l'ensemble des PPP ? », M.B.T.P., 1er mars 2013, p. 48.

WIEN (I.)
« Difficultés d'exécution du contrat de PPP : le point de vue du partenaire privé », CP-ACCP, n° 125, octobre 2012, p. 33.

WILINSKI (F.)
« De l'intégration du développement durable dans les contrats de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 12, décembre 2010, étude 11.

YOLKA (P.)
« Sur l'économie des contrats publics d'affaires », JCP. A, n° 44, 31 octobre 2011, act. 681.

« L'offre et la commande », JCP. A, n° 51, 24 décembre 2012, act. 892.

ZEGHBIB (H.)
« Le contrat dans l'action publique. Retour sur une pratique établie », Mélanges Guibal, Université Montpellier I, Collection Mélanges, 2006, Tome 2, p. 605.

ZIANI (S.)
« Redevances et concurrence », Contrats et marchés publ., n° 4, avril 2010, étude 4.

ZIMMER (W.)
« Un an de droit communautaire de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2010, chron. 2.

« Un an de droit de l'Union européenne de la commande publique », Contrats et marchés publ., n° 7, juillet 2014, chron. 4.

ZULBERTY (M.)
« Quelques réflexions sur le partenariat public-privé », RDI, 2003, p. 525.

➢ NOTES, CHRONIQUES ET OBSERVATIONS

BRACONNIER (S.)
Commentaire sur TA. Bordeaux, *M. Rouveyre*, 19 décembre 2012, AJDA 2013, p. 529.

BRETONNEAU (A.) et LESSI (J.)
Commentaire sur CE., Ass., *Département du Tarn-et-Garonne*, 4 avril 2014, AJDA 2014, p 1035.

CASSIA (P.)
Note sur CE., *Département de la Guadeloupe*, 23 décembre 2011, AJDA 2012, p. 442.

CHAMING'S (G.)
Note sur CAA. Lyon, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, 2 janvier 2014, AJDA 2014, p. 985.

CLAMOUR (G.)
Note sur CE., *Département de l'Aisne*, 10 juillet 2009, RFDA 2010, p. 146.

Note sur CE., *Société nationale immobilière*, 19 novembre 2013, AJDA 2014, p. 285.

DAL FARRA (T.)
Observations sur CE., *Ministre de l'Ecologie, du développement durable, des transports et du logement et Société Autostrade per l'Italia SPA*, 24 juin 2011, BJCP n° 78, p. 372.

DELEAGE (E.)
Observations sur CE., *Commune de Marsannay-la-Côté*, 6 novembre 2013, BJCL, n°1/14, p. 25.

DEVILLERS (P.)
Note sur CAA. Nancy, *Commune de Verdun*, 27 juin 2013, Contrats et marchés publ., août-septembre 2013, comm. 225.

DREYFUS (J.-D.)
Note sur CAA. Nantes, *Département du Loiret*, 23 janvier 2009, AJDA 2009, p 770.

DEYGAS (S.)
Note sur CE., *Commune de Levallois-Perret*, 9 avril 2010, Procédures, n° 6, juin 2010, comm. 253.

ECKERT (G.)
Commentaire sur CE., *Société Citelium et Commune de Sète*, 3 juillet 2013, Contrats et marchés publ., n° 10, octobre 2013, comm. 244.

GLATT (J.-M.)
Note sur CJCE., *Eurawasser*, 10 septembre 2009, LPA, n° 30, 11 février 2010, p. 3.

GRAND (R.)

Note sur CE., *Commune de Maizières-lès-Metz*, 30 septembre 2011, AJDA 2012, p. 108.

LINDITCH (F.)

Note sur CE., *Lenoir et syndicat national des entreprises de second œuvre*, 23 juillet 2010, JCP. A., n° 37, 13 septembre 2010, comm. 2265.

LOMBARD (F.)

Note sur CE., *Société Enrivonnement services c/ Communauté d'agglomération du pays ajaccien*, 26 février 2014, AJDA 2014, p. 1561.

NICINSKI (S.)

Observations sur CE., Commune de Biarritz, 30 juillet 2014, BJCP n° 97, p. 415.

POUYAUD (D.)

Note sur CE., Ass., *Commune de Béziers*, 28 décembre 2009, RFDA 2010, p. 519.

RICHER (L.)

Note sur CE., *Commune Veyrier-du-lac*, 3 février 2012, AJDA 2012, p. 555.

TERNEYRE (P.)

Commentaires sur la loi L. n° 2009- 1673 du 30 décembre 2009 de finances pour l'année 2010, art. 61, JO., 31 décembre 2009, p. 22856.

Observations sur CE, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, 9 mai 2012, BJCP, n° 84, p. 346.

UBAUD-BERGERON (M.)

Observations sur CAA. Nantes, *Société bretonne de construction navale*, 12 mars avril 2013, Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2013, comm. 180.

Observations sur Cass. 1ère civ., *Commune Sancoins c/ Société les fils de Mme Géraud*, 24 avril 2013, Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2013, comm. 177.

ZIMMER (W.)

Note sous CAA. Marseille, *Préfet des Alpes-Maritimes*, 19 décembre 2011, Contrats et marchés publ., mars 2012, p. 20.

Note sur CE., *Commune Veyrier-du-lac*, 3 février 2012, Contrats et marchés publ., n°3 , mars 2012, comm. 78.

➢ CONCLUSIONS

ARRIGHI DE CASANOVA (J.)

Conclusions sur CE., sect., 25 févr. 1994, SA Sofap-Marignan Immobilier, Rec. CE, p. 94, CJEG, nov. 1994, p. 569-585.

BOULOUIS (N.)

Conclusions sur CE., *M. Jean-Pierre Lenoir, syndicat des entreprises de second œuvre du bâtiment*, 23 juillet 2010, BJCP n °72, p. 359.

Conclusions sur CE., *Ministre de l'Ecologie, du développement durable, des transports et du logement et Société Autostrade per l'Italia SPA*, 24 juin 2011, BJCP n° 78, p. 365.

Conclusions sur CE., *Ministre de la Défense et des anciens combattants*, 30 novembre 2011, BJCP, n° 81, p. 86.

Conclusions sur CE., *Commune de Mouans-Sartoux*, 9 décembre 2011, BJCP n° 81, p. 93.

Conclusions sur CE., *Société Pro 2C*, 29 juin 2012, BJCP, n° 84, p. 336.

CASAS (D.)

Conclusions sur CE., Ass., *Sueur et autres*, 29 octobre 2004, RFDA 2004, p. 1103.

CORTOT-BOUCHER (E.)

Conclusions sur CE., *Société nationale immobilière*, 9 novembre 2013, BJCP, n° 93, p. 106.

DACOSTA (B.)

Conclusions sur CE, *Commune de Baie-Mahault*, 20 avril 2011, BJCP, n° 78, p. 376.

Conclusions sur CE., *Commune de Divonne-les-Bains*, 8 juin 2011, BJCP, n° 78, p. 381.

Conclusions sur CE, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, 9 mai 2012, BJCP, n° 84, p. 343.

Conclusions sur CE., *Commune de Marsannay-la-Côté*, 6 novembre 2013, BJCL, n°1/14, p. 16.

GLASER (E.)

Conclusions sur CE., Ass., *Commune de Béziers*, 28 décembre 2009, RFDA 2010, p. 506.

KATZ (D.)

« Les accord autonomes à l'épreuve de la jurisprudence Mergui », Conclusions sur CAA. Bordeaux, 16 juin 2014, *M. Rouveyre c/ Commune de Bordeaux*, AJDA 2014, p. 1662.

MERENNE (S.)

Conclusions sur TA. Bordeaux, *Société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) c/ M. et Mme Molina*, n ° 1103221, RFDA 2014, 711.

PELLISSIER (G.)

Conclusions sur CE., *Commune de Biarritz*, 30 juillet 2014, BJCP n° 97, p. 404.

OLEON (L.)

Conclusions sur CE., *Prouvoyeur,* 11 octobre 2003, BJCL, n° 1, p. 29.

ROUSSET (O.)

Conclusions sur CAA. Paris, *Association La Justice dans la Cité, M. Bourayne*, 3 avril 2014, AJDA 2014, p 1322.

➢ RAPPORTS ET COLLOQUES

BESSON (E.)

« Mieux acheter pour un meilleur service public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé », Rapport au Premier ministre, 27 mai 2008.

COLLOQUE

« Quatre ans de réformes du droit de la commande publique – Bilan et perspectives », organisé par l'Université René Descartes, le 4 mars 2005, Palais du Luxembourg, Contrats et marchés publ., mai 2005, étude 5 et s.

« Le contrat de partenariat », organisé par l'Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction (IEJUC), Drt. et Ville, n° 60/2005, p. 9 et s.

« Contrats et propriétés publics », organisé par l'Université Montpellier I, 28 et 29 avril 2011.

« Les directives marchés publics et concession 2014 », organisé par l'Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse 1 – Capitole, 15 et 16 mai 2014, Contrats et marchés publ., n° 6, juin 2014, dossier 1 et s.

CONSEIL D'ETAT

« Collectivités publiques et concurrence », EDCE, n° 53, Doc. Fr., 2002.

« Sécurité juridique et complexité du droit », Rapport public annuel 2006, La documentation française.

« Le contrat, mode d'action publique et de la production des normes », Rapport public annuel 2008, La documentation française.

« La valorisation économique des propriétés des personnes publiques », organisé par le Conseil d'Etat le 6 juillet 2011, Paris, La documentation française.

COUR DES COMPTES

Communication à la commission des finances de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, *Les partenariats public-privé pénitentiaires*, octobre 2011.

Rapport public annuel 2014, février 2014.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

« Guide du recensement économique de l'achat public », 1er janvier 2014.

EGF-BTP

« Memento de la commande publique et des contrats d'aménagement », janvier 2012.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE

« France, Cadre institutionnel et unités de PPP », avril 2012.

GUENE (C.)

« Avis présenté au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi relatif aux contrat de partenariat », Sénat, session ordinaire de 2007-2008, avis n° 243.

HAMEL (P.-J.)

« Les partenariats public-privé (PPP) et les municipalités : au-delà des principes, un bref survol des pratiques », Institut Urbanisation, Culture et Société, 2007.

INSTITUT DE LA GESTION DELEGUEE

« Evaluation des contrats globaux de partenariat – Principes, méthode et comparaison », Gaz. cnes., 5 avril 2004, cahier détaché.

« Rapport de l'Institut de la Gestion Déléguée », 2005.

« Le financement des PPP en France – Rapport du Groupe des banques et organismes financiers membres de l'IGD », octobre 2006.

« Les partenariats public-privé en France – Une solution au service de la qualité et de la performance », décembre 2006.

« Les contrats de partenariat en France – Maîtrise des coûts et performance pour les collectivités locales », septembre 2008.

LAMBERT (A.) et BOULARD (J.-C.)

« Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative », 26 mars 2013.

LES ENTRETIENS DU PALAIS-ROYAL

« Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir ? », 16 décembre 2008, Paris.

MAPPP

Rapport d'activité 2006 MAPPP/TdB/06-05

Rapport d'activité 2007 – 2009 , MAPPP/TdB/10-01

« Partenariat public-privé en 15 points », février 2009.

Rapport d'activité 2010, MAPPP/RA/2010

Rapport d'activité 2011, MAPPP/RA/2011

Rapport d'activité 2012, MAPPP/RA/2012

MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES

« Discours de Pierre MOSCOVICI, Ministre de l'Economie et des Finances. Clôture du colloque sur la transposition des directives européennes relatives aux marchés publics », Mercredi 12 mars 2014, Paris.

MISSION NATIONALE D'EVALUATION DE L'OPERATION CAMPUS

Rapport de la mission nationale d'évaluation de l'opération campus (juillet-octobre 2012) à la Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

NOTAIRES DE FRANCE

« Les collectivités locales, le renouveau contractuel », 97ème Congrès, 2001.

« Propriétés publiques, quels contrats pour quels projets ? », 109ème Congrès, Lyon, 16 – 19 juin 2013

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES

« Projet de recommandations du Conseil sur les principes applicables à la gouvernance publique des partenariats public-privé », 12-13 avril 2012, Paris.

SENAT

Rapport d'information n° 733 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les partenariats publics-privés, Par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI. Session extraordinaire de 2013-2014, enregistré à la Présidence du Sénat le 16 juillet 2014.

Note sur les Partenariats publics privés : les équivalents des « contrats de partenariat » et leur encadrement – Espagne-Italie-Royaume-Uni(Angleterre), réalisée à la demande de MM. J.-P. Sueur et H. Portelli, sénateurs. Juillet 2013.

➢ SITES INTERNET

Assemblée Nationale [en ligne]. www.assemblee-nationale.fr

Chaire EPPP [en ligne]. http://chaire-eppp.org

Club PPP [en ligne]. www.club-ppp.org

Portail de l'Etat au service des collectivités [en ligne]. www.collectivites-locales.gouv.fr

Conseil d'Etat [en ligne]. www.conseil-etat.fr

Conseil Constitutionnel [en ligne]. www.conseil-constitutionnel.fr

Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie [en ligne]. www.developpement-durable.gouv.fr

Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie, Portail de la Direction des affaires juridiques et de la Mission d'appui aux partenariats public-privé [en ligne]. www.economie.gouv.fr

Site de l'Union Européenne [en ligne]. http://europa.eu/index_fr.htm

Institut de la Gestion Déléguée [en ligne]. www.fondation-igd.org

La Gazette des Communes [en ligne]. www.lagazettedescommunes.com

Légifrance [en ligne]. www.legifrance.gouv.fr

Le Moniteur, Bâtiment et Travaux Publics [en ligne]. http://www.lemoniteur.fr

Les Rencontres Internationales des PPP [en ligne]. http://www.lrippp.com

Marché public.fr [en ligne]. http://www.marche-public.fr/

Sénat [en ligne]. http://www.senat.fr

Index alphabétique

A

Accord autonome ..... 269, 393.
AOT Locale ..... 37,139, 276.
Appel d'offres ..... 65, 172, 202, 226, 356, 357.
Architectes 5, 77, 122, 129, 161, 211, 225, 236, 242, 263, 390, 402, 408, 426
Autorisation d'occupation temporaire 31, 35, 50, 88, 138, 139, 243, 309, 314, 319

B

Bail emphytéotique administratif 31, 33, 100, 309, 412
BEA hospitalier 136, 392

C

Code de la commande publique 125, 130, 232, 273, 283, 305, 313, 322, 324, 339, 348, 350, 370, 372
Collectivité territoriale .. 10, 15, 19, 31, 33, 39, 40, 48, 50, 63, 82, 100, 104, 105, 109, 117, 118, 162, 164, 183, 185, 187, 188, 192, 193, 198, 219, 285, 307, 342, 344
Commande publique ..... 247, **337** et s., 410,
Complexité ..... 22, 40, **69** et s., 86, **121**, 233, 283, 320, 420
Concession 28, 44, 85, 282, 348, 403, 429
Contrat de conception-réalisation 215, 229
Contrat de performance 41, 72, 80, 141, 316, 424
Contrat global ..... 11, 40, 81, **115** et s., 195, 251, 309, 369
Cour des comptes 123, 182, 243, 376, 412
Crédit-bail 31, 50, 88, 114, 139, 284, 319
CREM . .. **42** et s., 81, 140, 176, 221, 311, 388, 410, 413.

D

Direction des Affaires Juridiques (Bercy) .. 5, 153, 238, 274, 328, 401
Dialogue compétitif .... 83, 123 202, 312, 351, 395, 404.
Directives européennes ..... **351** et s., 394, 429.
Domaine public… 14, 30 et s., 88, 159, 240, 323, 394, 414, 416, 423, 424
Délégation de service public.. ..... **27** et s., 44, 120, 231, 369, 417.

E

Efficience économique 209, 271
Etablissement public. 14, 15, 39, 50, 81, 117, 183, 264, 285
Evaluation préalable .. 50 et s., 110 et s., 192, 299, 306, 384, 389, 409

F

FCTVA 50, 71, 172, 235

L

LAPCIPP ..... 6, 137, 163, 231, 339.
Liberté contractuelle ..... ….46, 95 et s., 240, 324, 404.
Libre administration ..... 96, 260, 324, 383.
Libre concurrence ..... 300, 355, 371.
LOPJ ..... 39, 77, 165, 272.
LOPSI .. 15, 34, 39, 40, 50, 63, 66, 77, 78, 101, 137, 165, 272, 370

M

MAPPP ..... **158** et s., 211, 262, 289, 299, 328, 430
Marché public ..... **29** et s.
Marché public de l'article 10 du Code des marchés publics 140
METP 28, 78, 281, 288, 377

O

Office du juge 340
Ordonnance
Ordonnance du 17 juin 2004 ..14 et s., 33 et s., 60 et s., 89 et s., 120 et s., 143, 150, 152, 153, 192.
Projet d'ordonnance relative aux marchés publics .....274, 306.

P

Partenariat d'innovation.....339, 400.
Partenariat public-privé institutionnalisé 295
partenariat public-privé sectoriel.....370
PME .... 161, 235, 252, 356, 362, 381 et s., 391, 402, 411 et s., 421
Private Finance Initiative 14, 57, 145
Procédure négociée 155, 234, 301, 356, 357, 358, 359

R

REM..... 42, 140, 221, 311, 402.

S

Sécurité juridique ....., 87 et s., 112, 231, 276, 318, 319 et s., 354 et s., 424
Sociétés d'économie mixte à opération unique 296, 389

U

Urgence ..., 50, 69, 82, 110 et s., 157, 209et s., 300 et s., 346, 404 et s.

V

Vente en l'Etat Futur d'Achèvement..... 7, 113
Ville de Lourdes... 19, 84, 122, 186 et s., 221 et s. , 353

Table des matières

Remerciements **3**

Table des abréviations **7**

Sommaire **11**

Introduction **13**

Première Partie - Etat des lieux des contrats globaux au sein des contrats de la commande publique **29**

Chapitre 1 – Une construction empirique du concept de contrat global pour un résultat complexe **33**

Section 1 – L'origine des marchés globaux **34**

Paragraphe 1. Les insuffisances des contrats de droit commun **34**

I. Les marchés publics 35

II. Les conventions de délégation de service public 36

Paragraphe 2. L'émergence successive des contrats globaux **38**

I. Les marchés d'entreprise de travaux publics 39

II. Les conventions complexes d'occupation du domaine public 41

A. Le financement privé par le crédit-bail immobilier avec option d'achat 41

B. Le bail emphytéotique administratif 43

C. L'autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels .. 45

III. Le contrat global de l'article 10 du Code des marchés publics 47

IV. Les contrats de partenariat « sectoriels » 49

V. Le contrat de partenariat public-privé 51

VI. Les marches publics de conception-réalisation-entretien-maintenance et de réalisation-entretien-maintenance 53

A. Le contrat de performance énergétique 54

B. Les marchés publics globaux de performance : CREM et REM 55

Paragraphe 3. Les causes de l'émergence des contrats globaux de la commande publique **57**

I. L'importance de la recherche de nouvelles sources de financement 57

II. L'évitement de certaines règles du droit public 58

III. Une pénurie foncière propice au développement des contrats globaux 60

Paragraphe 4. Un arsenal contractuel difficile à cerner **61**

I. Une complexité liée à la typologie actuelle des contrats administratifs français 61

A. L'ingénierie contractuelle relayée par un foisonnement législatif 62

B. L'ordonnance du 17 juin 2004 : entre espoirs déçus et évolution du droit de la commande publique 64

II. Une difficulté accrue par l'influence du droit communautaire 65

Section 2 – L'analyse de certains contrats globaux de la commande publique 66

Paragraphe 1. Le cas des contrats de partenariat public-privé 67

I. Le contrat de partenariat public-privé, un outil séduisant *a priori* 68

A. Une solution face aux insuffisances des contrats classiques 68

1. Un avènement prévisible 69

2. Les apports du contrat de partenariat public-privé 70

B. Le contrat de partenariat public-privé en droit français 71

II. Le partenariat public-privé, un contrat *a priori* réservé à l' Etat 75

A. Les contrats de partenariat public-privé, un contrat évolutif 75

B. Les premières difficultés d'approche du contrat de partenariat issu de l'ordonnance du 17 juin 2004 77

C. La relance des contrats de partenariat public-privé par la loi du 28 juillet 2008 81

D. L'encadrement très strict du recours au contrat de partenariat public-privé par la loi de programmation des finances publiques 85

Paragraphe 2. Le contrat de REM et de CREM particulier : le contrat de performance énergétique 88

I. Le contrat de performance énergétique: un outil supplémentaire au sein de la commande publique 88

A. Un nouveau marché public performant 89

B. Une nouvelle dérogation à la loi MOP 91

C. Un risque de concurrence avec les contrats de partenariat 93

II. L'avenir prometteur du contrat de performance 95

A. Un marché public attractif 95

B. Un engouement autour des contrats de performance énergétique à tempérer 98

III. Le contrat de performance énergétique: dernière étape avant la refonte globale des contrats de la commande publique? 99

Section 3 – Les incertitudes sur la sécurité juridique des contrats globaux 103

Paragraphe 1. Les effets du droit communautaire 104

I. La dualité communautaire en matière contractuelle 104

II. Des risques d'affrontement entre droit français et communautaire 106

Paragraphe 2. Une ambiance d'insécurité juridique 107

Chapitre 2 – La liberté contractuelle des collectivités territoriales à l'épreuve des contrats globaux de la commande publique 109

Section 1 – La liberté contractuelle et le paradoxe des contrats globaux 110

Paragraphe 1. La liberté contractuelle des collectivités territoriales a priori amplifiée par la diversité des outils contractuels 110

I. Une grande liberté de choix pour les collectivités territoriales 111

II. Une multiplication des contrats globaux de la commande publique au service de la liberté contractuelle des collectivités territoriales 114

III. Les ambiguïtés du libre choix dans l'éventail contractuel existant 115

Paragraphe 2. La liberté contractuelle limitée par la spécificité des contrats globaux 118

I. Des conditions restrictives de recours aux contrats globaux 118

II. Le contrôle accru du juge sur le recours aux contrats globaux de la commande publique 121
III. Le paradoxe des clauses obligatoires des contrats globaux 124
IV. Une limitation justifiée par l'aspect dérogatoire des contrats globaux 126

Section 2 – Une remise en question de la libre administration des collectivités territoriales ? 128

Paragraphe 1. La libre administration et les difficultés d'utilisation des contrats globaux 129
I. Le constat d'une utilisation par des acteurs importants 129
II. L'adaptation réalisée par des collectivités modestes 131

Paragraphe 2. La crainte de relations contractuelles déséquilibrées 133
I. Une crainte légitimée par la complexité et la nouveauté de tels contrats 134
II. Des craintes révélées par les premiers bilans tirés de la pratique des contrats de PPP 136

Paragraphe 3. La recherche d'un nécessaire équilibre en matière de contrats globaux 138

Deuxième Partie - Réalité de l'utilisation des contrats globaux au sein de la commande publique 141

Chapitre 1 – L'utilisation des contrats globaux à l'épreuve des retours d'expériences 145

Section 1 – Le succès indiscutable des marchés globaux 145

Paragraphe 1. L'engouement des personnes publiques pour les contrats globaux 146
I. La montée en puissance du contrat de partenariat public-privé 146
II. Le choix traditionnel des conventions d'occupation domaniale pour la réalisation d'équipements publics 149
III. Le recours au contrat public global sous maîtrise d'ouvrage publique toujours d'actualité 153

Paragraphe 2. Un contexte propice au recours aux contrats globaux 157
I. L'influence internationale de la pratique du partenariat public-privé 158
A. Le développement mondial du partenariat public privé 158
B. Le développement sectoriel illimité du partenariat public-privé 161
II. Des projets complexes nécessitant une démarche partenariale 163

Paragraphe 3. La sécurisation de l'utilisation des contrats globaux par l'accompagnement des personnes publiques 165
I. Le rôle de conseil et de contrôle de la MAPPP 166
II. Une vigilance générale nécessaire à la bonne utilisation des contrats globaux 169

Section 2 – Les écueils de l'utilisation des contrats globaux 173

Paragraphe 1. Des instruments contractuels nécessitant un usage prudent 173
I. Un outil relativement méconnu et largement critiqué 174
II. Les contrats globaux facteurs d'endettement public 176
III. Les difficultés rencontrées par les collectivités territoriales dans l'utilisation des contrats de partenariat public-privé 178
A. La pratique des contrats globaux mal adaptée à l'échelon local 179
B. Les contrats globaux, pré-carré des grandes collectivités territoriales ? 180

Paragraphe 2. Les contrats globaux sous le feu des critiques au moment où les premiers retours d'expériences arrivent 183
I. Un amoncellement de retours négatifs 184
A. Les contrats de partenariat public-privé critiqués de toutes parts 184
B. Les contrats de conception-réalisation-exploitation-maintenance et de réalisation-entretien-maintenance au banc d'essai 188
C. Les premières résiliations avant terme d'un contrat de partenariat public-privé : le cas du Centre Hospitalier Sud-Francilien 191
II. Critiques des contrats globaux de la commande publique: mauvais outils ou mauvaise utilisation? 194
A. Les contrats globaux de la commande publique : des formules contractuelles néfastes par nature ? 194
B. Des personnes publiques mal préparées à l'utilisation des contrats globaux ? 196
III. Des contrats globaux satisfaisants dans leur ensemble 199

Chapitre 2 – Le cas concret d'une expérimentation locale des contrats globaux : la ville de LOURDES 201

Section préliminaire – La réflexion menée par la ville de Lourdes dans le domaine des contrats globaux de la commande publique 202

Section 1 – L'expérimentation du contrat de partenariat public-privé par la Ville de Lourdes 206

Paragraphe 1. La logique d'un recours au contrat de partenariat public-privé 207
I. Un projet initial a priori propice à l'utilisation d'un contrat de partenariat public-privé 208
II. L'adéquation apparente de l'utilisation d'un contrat global au projet de la collectivité 210
III. L'originale et possible mutualisation de collectivités pour un contrat global 213
IV. Le cas particulier des candidatures spontanées 216

Paragraphe 2. Un bilan coût-avantage défavorable à l'utilisation d'un contrat de partenariat 219
I. Les freins à un recours au contrat de partenariat public-privé pour la ville de Lourdes 219
A. Le manque de compétitivité du financement par le contrat de partenariat public-privé 220
B. Le recours au contrat de partenariat terni par le coût des opérations d'entretien-maintenance 222
C. Une évaluation préalable difficilement justifiable 223
D. Une prudence confortée a posteriori par l'appréciation juridictionnelle du critère de la complexité 225
II. Une décision encouragée par l'observation d'exemples voisins 229
III. La nécessité de recourir à d'autres formules contractuelles 231

Section 2 – La recherche de solutions alternatives face à l'inadéquation du contrat de partenariat public-privé 233

Paragraphe 1. Le cas concret d'une vigilance de la collectivité territoriale 234
I. Arbitrage entre maîtrise d'ouvrage publique et privée dans le choix de l'outil contractuel le plus adéquat 234
II. Le recours à des formules spéciales 236
A. Le choix d'un marché de conception-réalisation pour la rénovation de la piscine de la ville de Lourdes 237

B. Le recours au concours de maîtrise d'œuvre pour la construction du Pôle petite enfance 240
III. Un choix satisfaisant a posteriori 241

Paragraphe 2. Le critère déterminant de la nature du projet dans le choix du montage contractuel 244
I. Un critère déterminant dans l'océan contractuel actuel 245
II. Le contenu des contrats: une préoccupation désormais majeure 247
III. Le contrat de PPP: un contrat d'exception pour des projets particuliers 249

Chapitre 3 – Leçons à tirer de l'utilisation concrète des contrats globaux de la commande publique 253

Section 1 – Bilan du recours au contrat de partenariat public-privé 254

Paragraphe 1. Le contrat de partenariat, un outil d'exception devenu un bon principe ? 254
I. Du choix d'externalisation au recours au contrat de partenariat public-privé 254
II. Le risque financier lié au recours au contrat de partenariat public-privé 257
III. Les problématiques de l'exécution du contrat de partenariat public-privé 259
IV. Contrats de partenariat public-privé: entre facilité de recours et difficultés d'utilisation. 261

Paragraphe 2. La nécessité d'une sécurisation des contrats de partenariat public-privé .. 267
I. La nécessité de rigidifier le recours aux contrats de PPP 268
II. Un risque de contentieux de plus en plus présent sur les contrats de partenariat public-privé 274
III. L'apparition de difficultés d'exécution des contrats de partenariat public-privé 280

Section 2 – Quel avenir concret pour l'utilisation des contrats globaux ? 281

Paragraphe 1. De la nécessité pratique de repenser l'architecture des contrats globaux de la commande publique 282
I. La paradoxale question du financement du contrat de partenariat public-privé toujours source d'incertitudes 282
II. Le contrat de partenariat public-privé: une réorganisation nécessaire 284

Paragraphe 2. Le constat d'un désordre contractuel global 288
I. Un constat fondé sur le désordre régnant au sein de la catégorie des contrats globaux de la commande publique 288
II. Un constat justifiant la nécessité d'une réorganisation des normes en matière contractuelle 291

Troisième Partie - Avenir des contrats globaux au sein des contrats de la commande publique 295

Chapitre 1 – La nécessité d'une réorganisation de la catégorie des contrats globaux ... 299

Section 1 – La clarification des contrats de partenariat public-privé au sein de la catégorie des contrats globaux 300

Paragraphe 1. De la nécessaire clarification de la notion de contrat de partenariat public-privé 301

I. Contrat de partenariat public-privé, entre euphorie des débuts et leçons de l'expérience... 302
A. Le bilan mitigé des premiers pas du contrat de partenariat public-privé 303
B . La nécessité de confirmer l'intérêt de ce contrat global 305
II. L'inévitable maintien de la formule contractuelle 307
III. L'obligation de réformer la notion de partenariat public-privé: les apports du projet d'ordonnance relative au marchés publics 309

Paragraphe 2. La nécessité de clarifier l'utilisation du contrat de partenariat public-privé 311

I. Une clarification nécessaire des conditions de recours au contrat de partenariat public-privé 312
II. Un changement de vision du contrat de partenariat public-privé à réaliser 318

Section 2 – De l'impératif de procéder à une réorganisation au sein de la catégorie des contrats globaux 322

Paragraphe 1. La place du contrat de partenariat public-privé à préciser au sein de la catégorie des contrats globaux de la commande publique 323

I. La prépondérance actuelle du contrat de partenariat public-privé au sein des contrats globaux de la commande publique 323
II. L'influence du contrat de partenariat sur la redéfinition du régime des contrats globaux . 326

Paragraphe 2. Vers l'unification de la catégorie autour d'un contrat global unique ? 327

I. Vers l'unification du régime des contrats globaux 328
II. Les contrats de REM-CREM, dernière étape avant la refonte globale des contrats de la commande publique? 330
A. Le droit des contrats publics : le danger des évolutions successives 331
B. La nécessité d'une refonte globale du domaine des contrats administratifs 334
C. L'inéluctable émergence d'un droit de la commande publique 336
III. Une logique favorable à l'unification autour d'un seul contrat global de la commande publique 339
IV. La construction d'un contrat global unique inspiré du contrat de partenariat public-privé? 340

Paragraphe 3. Les contrats globaux, symboles d'une Administration contractuelle contemporaine 343

Chapitre 2 – Un contexte favorable à une refonte globale du droit de la commande publique 347

Section 1 – De l'inévitable et nécessaire évolution du droit des contrats publics français 349

Paragraphe 1. Une évolution propice à régler la problématique de l'insécurité juridique en matière contractuelle 350

Paragraphe 2. L'ombre de l'évolution du contentieux contractuel sur l'état actuel du droit des contrats publics 354

I. L'office du juge administratif du contrat: élément décisif dans la sécurisation du droit des contrats publics 355
II. L'influence du contentieux contractuel sur l'évolution du droit des contrats publics 359

Paragraphe 3. Une importante clarification à apporter à la typologie et à la catégorisation des contrats publics 360

I. Vers la réaffirmation de la dualité des contrats de la commande publique 361
II. Vers une classification des contrats en fonction de leur objet premier 363

Paragraphe 4. L'opportunité de procéder au changement à l'occasion de la transposition des directives européennes de 2014 365

I. Une première étape européenne 366
II. Une transposition décisive pour le droit français des contrats globaux 367

Section 2. Vers un nécessaire avènement d'un droit commun de la Commande publique 369

Paragraphe 1. Une révolution française influencée par les directives européennes. 370

I. L'impulsion européenne d'un assouplissement procédural du droit de la commande publique 370
II. Une *summa divisio* consacrée par le droit de l'Union européenne 379

Paragraphe 2. De l'opportunité d'une refonte générale du droit de la commande publique 382

I. L'occasion de procéder à une réorganisation générale du droit des contrats publics 382
II. Une aubaine pour clarifier la catégorie des contrats globaux 385
III. L'inévitable codification du droit français de la commande publique 387

Conclusion 391

Bibliographie 395

Index alphabétique 449

Table des matières 451