

Table des matières

Sommaire	XI
Principales abréviations	13
Préface.....	17
Introduction générale	21
Première partie : Le besoin d'une mise en ordre des instruments juridiques des partenariats public-privé	41
Introduction de la première partie.....	43
Titre 1 : Le constat de la dispersion des instruments	45
Chapitre 1 : L'unité du phénomène des partenariats public-privé	47
Section 1 : L'externalisation des activités publiques	48
§ 1. L'externalisation favorisée par la recherche d'une gestion publique performante	48
A. La légitimité par la démonstration de la performance	48
B. L'externalisation comme « choix de gestion » des personnes publiques	51
§ 2. Les alternatives à l'externalisation réduites par la promotion de l'efficience concurrentielle	57
A. L'extension des procédures de publicité et de mise en concurrence ..	59
1. La « collaboration entre personnes publiques » rattrapée par le droit des marchés publics	59
2. L'interprétation restrictive de l'exception de prestation « quasi-interne »	62
B. Les résistances en faveur de la liberté d'organisation des personnes publiques	65
Section 2 : Des opérations d'externalisation globale	69
§ 1. La consistance des opérations d'externalisation globale	70
A. Une stratégie fondée sur un partage des risques	70
1. L'incitation par la dévolution d'une mission globale et de longue durée	70
2. L'incitation par l'externalisation du financement	75
a) Le recours au préfinancement privé perçu comme un facteur d'efficacité	75
b) Les mécanismes de garantie impliqués par le recours au préfinancement privé	82
B. Une stratégie intrinsèquement risquée	85
1. Les risques inhérents aux opérations de P.P.P	86
2. La nécessité d'un encadrement spécifique des opérations de P.P.P	92
§ 2. L'extension du champ des opérations d'externalisation globale	95
A. L'adaptation du cadre de la gestion déléguée des services publics aux P.P.P	95
1. Des opérations présentant les caractéristiques des P.P.P	95
2. Une tradition n'ayant pas toujours correspondu aux P.P.P	99

B. Le récent développement des P.P.P.au-delà du périmètre des activités « délégables ».....	101
Chapitre 2 : La diversité des instruments des partenariats public-privé.....	107
Section 1 : Des instruments en proie au phénomène contemporain de l'éclatement des contrats de l'Administration.....	108
§ 1. La déstabilisation de la conception traditionnelle des contrats de l'Administration	109
A. Des contrats traditionnellement conçus comme des instruments spécifiquement dédiés à l'exercice des fonctions d'intérêt général.....	109
B. Le mouvement de diversification des contrats de l'Administration .	115
§ 2. Le non-dépassemement de la conception traditionnelle des contrats de l'Administration	120
A. L'ambiguïté de la « liberté contractuelle » reconnue aux personnes publiques	120
B. La « création » législative des contrats de l'Administration	124
Section 2 : Des instruments relevant de diverses catégories de la « commande publique ».....	129
§1. Des catégories indifférentes à la nature des opérations économiques ..	130
A. La faiblesse conceptuelle des catégories internes et communautaires	131
1. Le refus de distinguer les contrats exclusivement selon leur « objet »	131
2. La faible valeur explicative du critère complémentaire tiré des modalités de la rémunération.....	134
B. La nature essentiellement fonctionnelle des catégories	141
§2. La difficile intégration des instruments juridiques des P.P.P.aux catégories existantes.....	146
A. La distinction binaire des instruments juridiques des P.P.P.en droit communautaire.....	146
1. La qualification de concessions de certaines opérations de partenariat public-privé.....	147
2. La qualification de marchés publics des opérations de P.P.P.« non concessifs »	151
B. L'éclatement des instruments juridiques des P.P.P.en droit interne .	155
1. Une notion de délégation de service public plus restrictive que la notion communautaire de concession	156
2. Une notion de marché public plus restrictive que celle du droit communautaire.....	159
Conclusion du Titre 1	163
Titre 2 : Le caractère insatisfaisant de la dispersion des instruments	165
Chapitre 1 : Le statut ambigu des opérations de partenariat public-privé....	167
Section 1 : Des opérations incompatibles avec le droit interne des marchés publics	168
§ 1. La différence de conception entre les droits interne et communautaire des marchés publics	168

A. La neutralité du droit communautaire à l'égard des modalités de l'achat public	169
B. La prédétermination des modalités de l'achat public par le droit interne des marchés publics	171
§ 2. La prohibition des partenariats public-privé en droit interne des marchés publics	173
A. Les obstacles aux partenariats public-privé	173
1. L'interdiction du préfinancement privé.....	173
2. Une forte réticence à la globalité.....	175
B. La condamnation des marchés d'entreprise de travaux publics.....	177
Section 2 : Des opérations pragmatiquement développées en marge du droit interne des marchés publics	179
§ 1. La soustraction des partenariats public-privé au droit des marchés publics	179
A. Le contournement prétorien du droit interne des marchés publics ...	179
1. Une évolution législative favorable au développement des partenariats public-privé	180
2. Les partenariats public-privé différenciés des marchés publics au sens du droit interne.....	183
3. Une instrumentalisation de la notion de maîtrise d'ouvrage publique	186
B. La prolongation législative de l'œuvre prétorienne	189
§ 2. L'attraction des partenariats public-privé par le droit des marchés publics	196
A. La transposition du droit communautaire des marchés publics	196
B. La constitutionnalisation du droit interne des marchés publics	202
1. La « <i>dimension constitutionnelle</i> » des règles entravant les P.P.P	202
2. Le caractère exceptionnel du recours aux P.P.P	206
Chapitre 2 : L'insécurité juridique des opérations de partenariat public-privé	213
Section 1 : Le désordre des règles de passation des opérations	215
§ 1. Le désordre des conditions de recours aux partenariats public-privé ..	215
A. La disparité des conditions de recours aux partenariats public-privé215	
B. L'ambivalence des motifs légitimes de recours aux partenariats public-privé	219
§ 2. Le désordre des procédures de passation	221
A. La différenciation substantielle des règles de passation	221
B. La différenciation formelle de règles substantiellement similaires ..	224
Section 2 : L'insuffisance des règles d'exécution des opérations	227
§ 1. L'inégale consistance des régimes d'exécution.....	228
A. Des adaptations enfermées dans le régime applicable aux contrats de partenariat	228
B. La relative inconsistance des règles d'exécution des autres instruments	233
§ 2. Les incertitudes concernant le recours aux partenariats public-privé « institutionnalisés »	237

A. L'inadaptation de la conception de l'entité mixte comme un partenaire potentiel.....	238
1. Une conception éloignée de la logique des P.P.P	238
2. Une conception inadaptée aux P.P.P.	240
B. Les entraves à la conception de l'entité mixte comme une modalité du partenariat	244
1. Une conception conciliable avec les exigences de la mise en concurrence	245
2. Une conception demeurant entravée en droit interne	250
Section 3 : Les incertitudes relatives au statut et au régime des biens faisant l'objet des opérations	255
§ 1. Les incertitudes relatives à la légalité du principe de l'appropriation privée des biens	255
A. L'absence de principe général univoque.....	256
1. L'absence initiale d'obstacles	256
2. Les doutes suscités par les évolutions récentes	259
B. La juxtaposition des régimes hétérogènes.....	264
1. Une nature ambivalente	265
2. Le caractère temporaire ou définitif de l'appropriation.....	267
3. Le degré de stabilité de l'appropriation	269
4. Les conditions de la cession des droits réels.....	271
C. L'hétérogénéité des garanties « réelles » consenties aux prêteurs ..	272
§ 2. Les conséquences incertaines de l'appropriation privée.....	276
A. Les incertitudes relatives au caractère public ou privé des travaux et ouvrages	277
B. Les conséquences sur le contentieux de la responsabilité.....	281
Conclusion du Titre 2.....	285
Conclusion de la première partie.....	287
Deuxième partie : Les moyens d'une mise en ordre des instruments juridiques des partenariats public-privé.....	289
Introduction de la deuxième partie.....	291
Titre 1 : La construction d'une notion de partenariat public-privé.....	293
Chapitre 1 : Un mode spécifique d'organisation des activités publiques	295
Section 1 : Une réponse à un besoin d'adaptation des activités publiques	296
§ 1. L'ébranlement des activités publiques en économie de marché	296
A. La remise en cause des activités publiques	296
1. La contestation du statut des activités publiques	296
2. La contestation de l'utilité des activités publiques	303
B. La persistance des activités publiques.....	308
1. La vision idyllique d'un redéploiement des opérateurs publics ...	308
2. Le réalisme du maintien de certaines activités publiques.....	312
§ 2. L'adaptation des activités publiques par les partenariats public-privé	316
A. Une adaptation par la privatisation de la gestion des activités publiques	316

1. Partenariats public-privé et « privatisation »	317
2. L’implication durable d’opérateurs privés au sein d’activités publiques.....	319
a) Les P.P.P. entraînent une certaine banalisation du régime juridique des activités publiques	320
b) Les P.P.P. visent à faire profiter les activités publiques du dynamisme supposé du secteur privé	324
B. Le maintien du caractère public de l’activité	327
1. Un certain degré de dépendance de l’activité vis-à-vis de l’Administration	328
2. Une dépendance caractérisée par la « maîtrise » de l’activité par l’Administration	331
3. Le risque d’une « privatisation de fait » de l’activité	333
Section 2 : Partenariats public-privé et activités privées soumises à des obligations de service public.....	338
§ 1. Partenariats public-privé et association au service public	338
A. Une logique d’intégration des activités privées au service public....	338
1. La différence entre l’association au service public et l’externalisation d’activités publiques	339
2. Une distinction parfois délicate	343
B. Le recours parallèle au partenariat public-privé	346
§ 2. Partenariats public-privé et « régulation » des marchés	347
A. Une logique d’intégration des activités d’intérêt général au marché	348
B. La place subsidiaire des partenariats public-privé	353
Chapitre 2 : Un type spécifique d’échange économique	359
Section 1 : L’analyse économique des P.P.P.comme des échanges semi-intégrés	360
§ 1. Le problème du besoin d’intégration des opérations complexes d’externalisation.....	361
A. Des échanges inadaptés à la « gouvernance » par le marché.....	361
B. L’impossibilité d’une intégration totale de l’échange.....	365
§ 2. La solution des formes d’organisation semi-intégrées	367
A. L’apport de la théorie des contrats relationnels	367
B. Les partenariats public-privé requièrent des « formes hybrides de gouvernance »	372
1. La conciliation entre la stratégie de l’externalisation et le besoin d’intégration	372
2. Les difficultés spécifiques de la « gouvernance » d’une relation ambivalente.....	374
Section 2 : L’intérêt de l’analyse économique des P.P.P.comme des échanges semi-intégrés	377
§ 1. Les limites de l’analyse.....	377
A. Une conception trop rudimentaire du rôle du droit dans les échanges économiques	378
1. Un jugement négatif sur le droit hérité de la tradition néoclassique	378

2. L'illusion de l'ontologie du contrat et la réalité de sa « <i>texture ouverte</i> »	381
B. La portée ambivalente de l'analyse	385
1. La dualité des fondements de l'analyse	385
2. La dualité des niveaux de l'analyse	387
§ 2. Les apports de l'analyse	390
A. La réception de l'analyse microéconomique des contrats en droit privé	390
B. La problématique spécifique de la réception de l'analyse microéconomique des contrats en droit public	399
1. Les limites de la thèse d'une anticipation des apports de l'analyse économique par la « théorie générale » du contrat administratif.....	400
2. Les apports de l'analyse microéconomique des contrats de l'Administration dans le contexte contemporain de la recherche de l'efficience économique des activités publiques	405
a. La promotion d'une classification indépendante du mode de gestion.....	405
b. L'idée d'un continuum de solutions contractuelles	409
Conclusion du Titre 1	413
Titre 2 : L'élaboration d'un régime juridique commun des instruments des partenariats public-privé	415
Chapitre 1 : Des instruments relevant de catégories juridiques plus générales	419
Section 1 : Des contrats	420
§ 1. L'habilitation du « partenaire », fonction première des instruments des P.P.P	421
A. La nécessité d'un acte d'habilitation.....	421
B. La nature de l'habilitation	424
1. L'absence de transfert de compétences	424
2. La dévolution d'une mission inhérente à une activité publique ...	428
§ 2. Le contrat, instrument privilégié de l'habilitation du « partenaire »....	429
A. Le caractère exceptionnel de l'habilitation par un acte unilatéral ...	429
B. L'adaptation du contrat aux opérations de partenariat public-privé .	434
Section 2 : Des contrats publics	441
§ 1. Des contrats passés par des personnes publiques ou certaines personnes privées du secteur public	442
A. Les justifications de l'extension du régime des P.P.P.aux contrats passés par certains organismes privés.....	442
B. L'identification délicate des personnes privées concernées.....	446
1. L'exclusion de principe des contrats entre personnes privées du secteur privé.....	447
2. Une extension limitée à certains organismes privés du secteur public	452
§ 2. Une autonomie contractuelle inassimilable à la liberté contractuelle des particuliers.....	454

A. La variabilité des conséquences juridiques attachées au caractère « public » des contrats	455
B. Des conséquences manifestant la spécificité de « l'autonomie contractuelle » des personnes publiques et des organismes assimilés...	460
Section 3 : Des contrats de la « commande publique »	464
§ 1. Un facteur d'unification du régime juridique des contrats de P.P.P....	465
A. L'émergence de principes généraux applicables à la « commande publique » au sens large.....	466
B. Les implications des principes généraux de la « commande publique »	469
§ 2. Un élément contribuant à singulariser les contrats de P.P.P.parmi l'ensemble des contrats publics	472
A. Les limites du champ d'application des principes fondamentaux de la « commande publique ».....	472
B. « Commande publique » et occupation des propriétés publiques à des fins privées.....	476
Section 4 : Des contrats administratifs.....	482
§. 1. Le caractère administratif des contrats ayant pour objet des opérations de partenariat public-privé	483
A. Un caractère administratif majoritairement acquis	483
B. Un caractère administratif toujours justifié.....	489
1. Un objet propre à emporter la qualification de contrat administratif	489
2. Le cas des contrats passés par des organismes privés	494
§ 2. Les conséquences de la qualification de contrat administratif	495
Chapitre 2 : Des instruments formant ensemble une catégorie spéciale.....	503
Section 1 : La formation des contrats de partenariat public-privé	503
§ 1. Le besoin d'un contrôle du recours aux contrats de P.P.P.....	504
A. Une procédure administrative favorisant un recours opportun aux P.P.P.....	505
1. Le partage du pouvoir de décider du recours à un partenariat public-privé	505
2. Les avis préalables au recours à un partenariat public-privé.....	508
3. L'évaluation préalable au recours à un partenariat public-privé ..	511
B. Vers un contrôle juridictionnel du recours aux P.P.P	516
§ 2. Le besoin d'une négociation lors de la mise en concurrence des contrats de P.P.P	519
A. La recherche de la meilleure conciliation entre mise en concurrence et négociation.....	520
1. L'inadaptation aux P.P.P.de l'interdiction de toute négociation ..	520
2. L'inadaptation aux P.P.P.de la « libre négociation » ..	524
3. L'adéquation du dialogue compétitif à la passation des contrats de P.P.P ..	528
B. Pour une extension du champ d'application de la procédure de dialogue compétitif	531
1. Pour l'extension du dialogue compétitif à tous les contrats de P.P.P	532

2. Pour une conception plus large de la condition de complexité.....	535
Section 2 : Le contenu des contrats de partenariat public-privé	539
§ 1. La durée des contrats de partenariat public-privé	539
A. Une durée limitée à la durée « normale » d'amortissement de l'investissement.....	540
B. Une limite relative	543
§ 2. La rémunération de l'opérateur « partenaire ».....	547
A. Un principe de « juste rémunération »	547
1. Une notion classique.....	548
2. Une notion renouvelée	551
B. Un principe de transparence de la rémunération	555
§ 3. Le régime des biens concernés par l'opération	557
A. L'unification du régime des « droits réels » consentis sur les biens.....	558
1. Une appropriation devant être autorisée par la loi	558
2. La conservation par l'Administration des prérogatives garantissant la continuité du service public	562
B. L'unification du statut des travaux et ouvrages	566
1. Des travaux réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de l'opérateur « partenaire »	566
2. Des ouvrages et des travaux publics	571
Section 3 : L'exécution des contrats de partenariat public-privé	573
§ 1. Le contrôle de la bonne exécution des contrats de P.P.P	573
A. La nature du contrôle	573
B. Les conditions de l'efficacité du contrôle	577
1. La prise en compte du coût potentiellement élevé de la rupture anticipée du contrat.....	577
2. La réduction des asymétries d'information	584
a) L'insuffisance de l'obligation d'information pesant sur l'opérateur partenaire.....	585
b) Les inconvénients des solutions consistant à recréer une pression concurrentielle	586
c) L'intérêt potentiel du partenariat public-privé « institutionnalisé » (P.P.P.I)	588
§ 2. L'adaptabilité des conditions d'exécution des contrats de P.P.P	589
A. La mutabilité de la mission constituant l'objet du contrat	590
B. La mutabilité des éléments organiques du contrat	596
Conclusion du Titre 2.....	601
Conclusion de la deuxième partie	603
Conclusion générale	605
Bibliographie.....	613
I. Ouvrages généraux	613
II. Monographies et thèses	616
III. Articles	621
IV. Conclusions, commentaires de textes et de jurisprudences	642

V. Articles d'encyclopédies, répertoires et Jurisclasseurs	654
VI. Rapports, communications, guides méthodologiques, notes techniques	657
Jurisprudence citée	661
I. Décisions du Conseil constitutionnel	661
II. Décisions du Tribunal des conflits	662
III. Arrêts et avis contentieux du Conseil d'Etat.....	663
IV. Avis des formations consultatives du Conseil d'Etat	672
V. Arrêts et jugements des Cours administratives d'appel et Tribunaux administratifs.....	673
VI. Arrêts de la Cour de cassation, arrêts et jugements des autres juridictions de l'ordre judiciaire.....	675
VII. Décisions et avis de l'Autorité de la concurrence/ex Conseil de la concurrence, arrêts de la Cour d'appel de Paris.....	676
VIII. Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (ex Cour de justice des Communautés européennes).....	677
IX. Arrêts du Tribunal de première instance de l'Union européenne (ex tribunal de première instance des Communautés européennes)	680
X. Décisions de la Commission de l'Union européenne (ex Commission des Communautés européennes)	680
XI. Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.....	680
Index.....	681
Table des matières.....	685