



GUIDES
JURIDIQUES

8^e édition

Précis du droit de la commande publique

Marchés publics – Concessions

Stéphane Braconnier

avec la collaboration de Loïc Allier

Service public
Maîtrise d'œuvre
Allotissement
Circonstances exceptionnelles
Développement durable
Dématérialisation
Variante
Biens de retour
Loyauté contractuelle
PME
CCAG
Conflit d'intérêts
Publicité

EDITIONS

LE MONITEUR

Sommaire

Avant-propos.....	7
Préface à la huitième édition (2025).....	9
PARTIE 1 Les sources du droit de la commande publique	11
CHAPITRE 1 Les sources internes.....	13
CHAPITRE 2 Les sources européennes.....	59
CHAPITRE 3 Les sources extérieures au droit de l'Union européenne	71
PARTIE 2 Les notions de la commande publique	83
CHAPITRE 4 La notion de marché public.....	85
CHAPITRE 5 La notion de concession	165
PARTIE 3 Les parties au contrat.....	185
CHAPITRE 6 L'autorité publique.....	187
CHAPITRE 7 L'opérateur économique	231
PARTIE 4 La passation des contrats de la commande publique.....	307
CHAPITRE 8 La passation des marchés publics	309
CHAPITRE 9 La passation des contrats de concession	451
CHAPITRE 10 Le contrôle et le contentieux de la passation	515

PARTIE 5	L'exécution des contrats de la commande publique.....	589
CHAPITRE 11	L'exécution technique	591
CHAPITRE 12	L'exécution financière	657
CHAPITRE 13	Les litiges liés à l'exécution des marchés publics	695
	Bibliographie générale.....	719
	Index	723
	Table des matières.....	733

d'application de l'ordonnance – de l'activité d'extraction (qui correspond à la « production » de pétrole et de gaz).

- Enfin, l'article L. 2513-5 comprend une disposition qui couvre tous les marchés publics passés par un pouvoir adjudicateur pour l'exercice d'une des activités visées aux articles L. 2514-1 à L. 2514-4 (achat d'eau, acquisition d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, achats en vue de la revente ou location à des tiers, services relatifs au temps de programme ou de diffusion), applicables aux seules entités adjudicatrices, ou qui le deviennent en application de l'article L. 2514-5. L'objet de ces dispositions est d'éviter que les marchés publics liés à ces activités, qui sont exclues du champ d'application de la directive secteurs spéciaux et ne sont donc soumis qu'aux « règles spéciales » lorsqu'ils sont passés par des entités adjudicatrices, ne se voient appliquer les dispositions générales du code lorsqu'ils sont passés par des pouvoirs adjudicateurs. Ces marchés restent donc exclus du champ d'application de l'ordonnance lorsqu'ils sont passés par des pouvoirs adjudicateurs pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux.

4.5 Les contrats globaux et marchés de partenariat

La réforme de la commande publique de 2015-2016 a procédé à une rationalisation poussée des formules contractuelles de partenariat public-privé (PPP). Plus précisément, l'ordonnance « marchés publics » a unifié le régime du PPP, au sens de contrat global à paiement public différé, autour du seul marché de partenariat, qui rentre désormais pleinement, à l'inverse de l'ancien « contrat » de partenariat, dans le périmètre du droit des marchés publics.

À côté du marché de partenariat, régi par les dispositions des articles L. 2200-1 et suivants et R. 2200-1 et suivants du Code de la commande publique, les articles L. 2171-1 à L. 2171-7 fixent les règles applicables à certains marchés globaux, au nombre desquels ne figurent pas les « marchés de partenariat ». Ainsi, si le marché de partenariat est effectivement un contrat à mission globale (CCP, art. L. 1112-1), il n'est pas considéré par le code comme un « marché public global ». Au sens du code (art. L. 2171-1), cette notion ne vise que trois catégories de contrats : les marchés de conception-réalisation (art. L. 2171-2), les marchés publics globaux de performance (art. L. 2171-3) et les marchés publics globaux sectoriels (art. L. 2171-4).

4.5.1 La nouvelle architecture des contrats globaux

La réforme opérée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 a emporté, s'agissant des contrats globaux, deux séries de conséquences. Elle a, d'abord, tendu à banaliser le régime des « marchés de partenariat », par une fusion de leur régime juridique dans le corps des textes relatifs aux marchés publics et par un effacement corrélatif des autres formules, nommées ou innommées, de partenariats public-privé. Elle a, ensuite, procédé à une rationalisation, en forme de libéralisation, des marchés publics globaux sans paiement public différé.

L'édition de dispositions dédiées aux marchés de partenariat et l'abrogation corrélatrice de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 par l'ordonnance du 23 juillet 2015, s'inscrivent

pleinement dans le mouvement tendant à la structuration binaire du droit des contrats publics d'affaires, autour de la distinction européenne marchés publics/concessions⁽²⁸²⁾.

L'ordonnance de 2015 est d'ailleurs allée très loin dans cette restructuration des catégories, puisqu'en écho au remplacement des « contrats de partenariat » par les « marchés de partenariat », elle a fait disparaître du paysage juridique les contrats globaux à paiement public différé fondés sur une autorisation d'occupation temporaire (AOT) du domaine public constitutive de droits réels ou sur un bail emphytéotique administratif (BEA).

L'article 101 de l'ordonnance a en effet complété le Code général de la propriété des personnes publiques⁽²⁸³⁾ et le Code général des collectivités territoriales⁽²⁸⁴⁾ par plusieurs alinéas précisant, en substance, que ces baux ou autorisations constitutives de droits réels ne peuvent plus, désormais, être utilisés par les pouvoirs adjudicateurs pour l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services ou la gestion d'une activité de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour leur compte ou pour leurs besoins.

En d'autres termes, il est interdit aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à un BEA ou à une AOT constitutive de droits réels aux fins de faire réaliser des travaux répondant à leurs besoins ou de confier à un tiers l'exploitation d'une mission de service public. L'ordonnance a ainsi condamné les partenariats public-privé (PPP) et conventions de délégation de service public, pourtant fréquents en pratique, structurés autour d'un BEA ou une AOT constitutive de droits réels. Désormais, les personnes publiques doivent directement emprunter, pour mettre en œuvre ces montages, soit la voie du marché de partenariat si la contrepartie de la mission confiée au cocontractant consiste en un prix, soit la voie de la concession si cette contrepartie réside dans le droit d'exploiter l'ouvrage. L'occupation du domaine public, éventuellement constitutive de droits réels ne sera que l'accessoire ou la conséquence du contrat principal.

Reste à savoir toutefois comment tracer la frontière entre un BEA ou une AOT emportant, dans le cadre d'une opération d'intérêt général, réalisation de travaux par le bénéficiaire de l'autorisation sans constituer pour autant un marché public de travaux, et le marché public de travaux emportant occupation du domaine public avec ou sans constitution de droits réels⁽²⁸⁵⁾. Sauf, en effet, à priver de toute utilité le mécanisme du BEA ou de l'AOT-Droits réels, il faut bien admettre que la mise en œuvre de ces mécanismes peut, jusqu'à un certain degré, s'accompagner de la réalisation de travaux bénéficiant nécessairement, en fin de contrat, à la personne publique. Le fait que, s'agissant des collectivités territoriales,

(282) Sur ce point, voir les références suivantes : S. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 2014, p. 832, et S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *RDI*, 2015, p. 8.

(283) CGPPP, art. L. 2122-6 à propos des AOT délivrées par l'État et L. 2341-1 à propos des BEA conclus par l'État.

(284) CGCT, art. L. 1311-2 à propos des BEA et L. 1311-5.III, pour les AOT constitutives de droits réels.

(285) Pour un bail emphytéotique assorti d'une convention de mise à disposition, requalifiée en marché public : CAA Bordeaux, 2 février 2017, Association Savès-Accueil-Transparence et autres, n^{os} 14BX02682 et 14BX02684, *Contrats et marchés publics*, 2017, comm. n^o 91 ; Cette décision a toutefois été cassée par le Conseil d'État, les travaux ayant été réalisés antérieurement à la conclusion du bail : CE 15 mars 2019, Association Savès-Accueil-Transparence, n^o 409499, *Contrats et marchés publics*, 2019, comm. n^o 186, obs. W. Zimmer ; Voir également une autorisation d'occupation du domaine public requalifiée en concession : CE 28 décembre 2018, Commune de Faa'a, n^o 412019, *Contrats et marchés publics*, 2019, comm. n^o 91.

ces dispositifs ne puissent être utilisés que dans le cadre d’opération « d’intérêt général » implique par ailleurs que la collectivité publique contractante, en charge de cet intérêt général, pèse nécessairement sur les conditions d’exécution de ces contrats et, le cas échéant, des travaux qu’ils emportent. Autrement dit, au-delà de la formule radicale retenue par l’ordonnance de 2015, la définition du périmètre résiduel des BEA et AOT-Droits réels emportant réalisation de travaux, va continuer à former, pour les personnes publiques et en particulier pour les collectivités territoriales locales, un enjeu majeur.

Au-delà des PPP « innommés », l’ordonnance n° 2015-899 a également abrogé les dispositions relatives aux baux sectoriels (défense, justice, sécurité), qui figuraient : pour les collectivités territoriales, à l’article L. 1311-2 précité du Code général des collectivités territoriales, dont l’alinéa 1^{er} est réécrit par l’article 101.II. 1° de l’ordonnance, qui ne laisse subsister que la référence aux édifices du culte affectés à une association culturelle⁽²⁸⁶⁾ ; pour l’État à l’article L. 2122-15⁽²⁸⁷⁾ et pour les établissements publics de santé (baux emphytéotiques administratifs hospitaliers) aux articles L. 6148-2 à L. 6148-7 du Code de la santé publique⁽²⁸⁸⁾.

Contrairement aux marchés publics ordinaires et aux concessions, les contrats globaux à paiement public différé doivent être réservés « à des situations répondant à des motifs d’intérêt général » et sont, en conséquence, assujettis à des conditions d’utilisation précises⁽²⁸⁹⁾.

Les contrats globaux regroupent désormais deux catégories de contrats : d’une part, les marchés publics globaux et, d’autre part, les nouveaux marchés de partenariat, non considérés à proprement parler comme des marchés globaux, mais ayant indubitablement pour objet une mission « globale ».

4.5.2 Les marchés publics globaux

Le Code de la commande publique pose, pour ces marchés publics globaux, un cadre juridique général, articulé autour de conditions de recours précises et de procédures de passation spécifiques.

4.5.2.1 Points communs aux marchés publics globaux

- Dérogation à l’interdiction de cumul des missions de maîtrise d’œuvre et de réalisation posée à l’article L. 2431-1, alinéa 2 du code.

Les marchés publics globaux, dans lesquels la personne publique conserve la qualité de maître d’ouvrage, permettent, à titre dérogatoire, de confier à un même cocontractant la

(286) CE sect., 10 février 2017, Ville de Paris, n° 395433, *Contrats et marchés publics* 2017, comm. n° 102, note M. Ubaud-Bergeron : encadrement du « BEA cultuel » par la loi du 9 décembre 1905 et annulation de la délibération autorisant sa conclusion en cas de méconnaissance de ladite loi.

(287) Abrogé par l’article 102.1° de l’ordonnance.

(288) Abrogés par l’article 102.3° de l’ordonnance.

(289) Cons. const., 26 juin 2003, déc. n° 2003-473 DC, *AJDA*, 2003, p. 1404, note E. Fatôme, p. 1391, note J.-E. Schoettl, et p. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; *RD. publ.* 2003, p. 1163, note F. Lichère ; *JCP A*, 2003, 1289, note F. Linditch ; *Dr. adm.*, 2003, comm. n° 191, obs. A. Ménéménis ; voir également : F. Linditch, « Nouveau code des marchés publics et droit commun de la commande publique : et si le Conseil constitutionnel avait vu juste ? », *JCP A*, 2004, 123.

mission de conception de l'ouvrage et de réalisation des travaux. La dénomination du marché de conception-réalisation prévue par l'article L. 2171-2 du code l'illustre. Si l'on se réfère à la lettre de cet article, le titulaire se voit confier, à travers ce marché, une « mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux ». La conception et la réalisation des travaux sont donc confiées à la même personne, par dérogation à l'alinéa 2 de l'article L. 2431-1, issu de l'article 7 de la loi « MOP » n° 85-704 du 12 juillet 1985.

Il en va de même pour les marchés globaux de performance intégrant la conception-réalisation de travaux, qui ont pour caractéristique complémentaire d'être encore plus globaux puisqu'ils intègrent également les missions d'exploitation et de maintenance. En revanche, lorsqu'ils ne prévoient pas de mission de conception, les marchés globaux de performance ne constituent pas une dérogation à l'alinéa 2 de l'article L. 2431-1 du Code de la commande publique.

Tous les marchés globaux sont soumis, lorsqu'ils confient tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire du contrat, à l'obligation d'identifier l'équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation. Cette obligation découle de l'article L. 2171-7 du code.

Cet article précise que, pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de MOE doit comprendre les éléments de mission visés à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2431-1, tels qu'ils sont précisés par voie réglementaire et adaptés à la spécificité des marchés publics globaux.

- Dérogation à l'obligation d'allotissement

Un marché public global prévoit, par nature, des prestations distinctes, dérogeant en cela à l'obligation d'allotissement rappelée à l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique. L'article L. 2171-1 du même code dispose en effet expressément que les marchés globaux sont « passés par dérogation au principe d'allotissement ». Les marchés publics globaux peuvent en effet comprendre des prestations de conception, de réalisation, d'exploitation et de maintenance. Au sein même de la mission de réalisation (exécution des travaux), d'autres prestations distinctes peuvent être contenues, correspondant aux différents lots nécessaires pour construire l'ouvrage. Par conséquent, les marchés publics globaux ne sont pas, par nature, soumis à l'obligation d'allotissement.

- Interdiction du paiement différé

À la différence du marché de partenariat, le cocontractant d'un marché public global ne peut pas, sauf exception⁽²⁹⁰⁾, se voir confier une mission de préfinancement de l'ouvrage. L'article L. 2191-5 du Code de la commande publique dispose ainsi que « tout paiement différé est interdit dans les marchés publics passés par l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics », en ce compris, donc, les marchés globaux. L'article L. 2191-6 ajoute d'ailleurs qu'« en cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction ». Aucune dérogation au principe d'interdiction du paiement différé n'est donc prévue pour les marchés publics globaux. Seuls les marchés de partenariat (CCP, art. L. 2200-1) et les marchés globaux de performance énergétique pour une période expérimentale de 5 ans (Loi n° 2023-222 du 30 mars 2022 visant à ouvrir le tiers financement à l'État, à ses

(290) Voir *infra*.

établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de performance énergétique) y échappent.

4.5.2.2 Les marchés publics de conception-réalisation (CCP, art. L. 2171-2)

Historiquement, le marché public de conception-réalisation est la première forme de marché global apparue en droit des marchés publics.

Son régime juridique a évolué au fil du temps (il avait notamment été affecté par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique). La réforme de 2015-2016 a consolidé, de fait, l'état du droit antérieur. Ces marchés sont régis par les articles L. 2171-1 et R. 2171-1 du code. Dès lors qu'ils comportent des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment, ils sont également soumis aux dispositions des articles D. 2171-4 et suivants du code. Les marchés de conception-réalisation sont des marchés publics de travaux permettant à l'acheteur de confier simultanément la réalisation d'études (conception) et l'exécution de travaux (la réalisation) à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut être confié à un seul entrepreneur pour les ouvrages d'infrastructures.

L'article L. 2171-2 du Code de la commande publique ne précise plus, à l'inverse de ce que faisait l'alinéa 3 de l'article 37 du code des marchés publics de 2006, ce que sont les « motifs d'ordre technique » susceptibles de fonder le recours à un marché de conception-réalisation. De ce point de vue, la rédaction plus générale de l'article L. 2171-1 pourrait être interprétée comme une ouverture consentie aux personnes publiques. Cette ouverture est d'autant plus notable que le paragraphe II du même article introduit, au profit des offices publics de l'habitat (CCH, art. L. 411-2) et des SEM de construction et de gestion de logements sociaux, une dérogation générale aux conditions posées au paragraphe I pour la réalisation de logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du Code de la construction et de l'habitation.

L'article R. 2171-1 du code a toutefois repris, en les assouplissant, les dispositions de l'ancien article 37, alinéa 3 du code des marchés publics : « Les motifs d'ordre technique [...] sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernés des ouvrages dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que les ouvrages 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 ». La jurisprudence antérieure apparaît donc toujours applicable, et elle interprète strictement la condition liée aux motifs d'ordre technique en censurant, à défaut, le recours au marché de conception-réalisation⁽²⁹¹⁾. Le recours aux marchés de conception-réalisation n'est donc regardé comme justifié, que si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice apporte des éléments permettant au juge d'en apprécier la pertinence au regard des critères rappelés ci-dessus.

4.5.2.3 Les marchés publics globaux de performance (CCP, art. L. 2171-3)

Cette catégorie de marchés est plus récente que le marché de conception-réalisation, car elle a été introduite en droit français par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011. Son régime

(291) Voir CAA Nancy, 5 août 2004, n° 01NC00110.

juridique a par ailleurs été assoupli, pour une durée limitée et à titre expérimental, par une loi précitée n° 2023-322 du 30 mars 2023 relative aux contrats de performance énergétique (voir également décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé). Cette loi autorise, pour ces contrats, le paiement différé et donc le recours au tiers financement.

L'article L. 2171-3 autorise les acheteurs publics, indépendamment des conditions posées à l'article R. 2171-1, à recourir à des marchés publics globaux associant conception-réalisation d'un ouvrage et exploitation-maintenance, dans des cas plus généraux que ceux auxquels renvoyaient, en particulier, les articles 73.I (REM – marchés de réalisation d'exploitation et de maintenance), et 73.II (CREM – marchés de conception, réalisation, exploitation et maintenance) de l'ancien code des marchés publics. Les contrats de réalisation, exploitation et maintenance (REM) ou de conception, réalisation, exploitation et maintenance (CREM) des anciens articles 73.I et 73.II du code ne pouvaient en effet, lorsqu'ils comprenaient la réalisation de travaux, associer l'entrepreneur à la conception de l'ouvrage 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 ». Autrement dit, le recours à ces contrats était assujéti, peu ou prou, aux mêmes conditions que les contrats de conception-réalisation.

Désormais, il est possible de recourir, sans condition, à un marché public global de performance. Il est simplement exigé, par l'article L. 2171-3 *in fine*, que ce marché comporte des « engagements de performances mesurables », de quelque nature qu'ils soient (la performance énergétique n'est pas uniquement visée). Le but assigné par le code aux marchés publics globaux de performance est également la reprise des dispositions antérieures. Il s'agit 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 », ces objectifs pouvant par ailleurs se cumuler.

Les conditions de recours aux marchés globaux de performance ont par ailleurs été simplifiées par rapport à la situation antérieure. En effet, l'article 73.II de l'ancien code des marchés publics précisait, pour les CREM, que « 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 ».

Ni l'article L. 2171-3, ni les articles R. 2171-2 et R. 2171-3 du code ne comprennent de telles exigences. Il en résulte que les personnes publiques peuvent recourir aux marchés publics globaux de performance – et en particulier à ceux associant conception, réalisation, exploitation ou maintenance – même en l'absence de motifs d'ordre technique ou d'amélioration de l'efficacité énergétique. Il n'est pas nécessaire de justifier de ces conditions dès lors que des engagements de performance mesurables (de tels engagements ne se réduisant pas à la seule performance énergétique...) ont été intégrés dans le marché.

Les objectifs de performance sont pris en compte pour la détermination de la rémunération du titulaire au titre de la maintenance ou de l'exploitation des prestations réalisées. La rémunération de l'opérateur économique est donc modulée en cas de sous-performance ou de sur-performance. En outre, la rémunération de l'exploitation ou de la maintenance ne pouvait, initialement, contribuer au paiement de la construction. Par conséquent, la rémunération de la construction devait intervenir au plus tard à la livraison définitive des ouvrages.

En effet, les marchés globaux de performance ne dérogent pas, en principe, à l'interdiction de paiement différé fixé à l'article L. 2191-5 du Code de la commande publique.

Toutefois, pour encourager les personnes publiques à engager des travaux de rénovation énergétique de leurs bâtiments, la loi précitée n° 2023-222 du 30 mars 2023 a autorisé, à titre expérimental et pour une durée de cinq ans, les pouvoirs adjudicateurs à conclure des marchés globaux de performance énergétique à paiement différé. La loi a donc autorisé le tiers financement pour ces contrats. Un décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 est venu préciser les conditions auxquelles le recours à ces contrats globaux de performance énergétique à paiement différé est soumis, notamment s'agissant du contenu de l'étude préalable, de l'étude de soutenabilité budgétaire et des autorisations préalables nécessaires au lancement des projets de l'Etat et de ses établissements publics. Les conditions posées par la loi et le décret rejoignent, dans une très large mesure, le régime juridique auquel sont soumis les marchés de partenariats ordinaires (identification de l'ensemble des coûts directs et indirects, paiement des sous-traitants, cession et nantissement des créances, etc.).

Les modalités de rémunération doivent figurer dans le contrat. Il conviendra de veiller à ce que la rémunération du titulaire ne soit pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ou de l'ouvrage, ce qui pourrait entraîner une requalification du contrat en concession de travaux.

4.5.2.4 Les marchés publics globaux sectoriels (CCP, art. L. 2171-4, L. 2171-5 et L. 2171-6)

L'article L. 2171-4 du Code de la commande publique, complété récemment par la loi ASAP⁽²⁹²⁾, renvoie, de manière générale, à la catégorie particulière des « marchés publics globaux sectoriels », par lesquels les acheteurs publics peuvent confier à un même opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, l'aménagement ou encore l'entretien et la maintenance ainsi que l'exploitation d'immeubles ou d'infrastructures affectés à certains services publics : défense et sécurité, établissements pénitentiaires, centres de rétention et zones d'attente, infrastructures linéaires de transport de l'État.

Plus spécifiquement, l'article L. 2171-5 du code autorise les établissements publics de santé et organismes visés à l'article L. 124-4 du Code de la Sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique à recourir à ces contrats pour les bâtiments ou équipements affectés à l'exercice de leurs missions.

Enfin, l'article L. 2171-6 autorise la Société du Grand Paris à recourir, sans conditions, aux marchés globaux, pour la construction et l'aménagement des infrastructures de transport public dont elle est maître d'ouvrage, ainsi que sur la maintenance des éléments qui sont remis en gestion à Île-de-France Mobilités en application des articles 20 et 20-2 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010⁽²⁹³⁾.

(292) Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020, d'accélération et de simplification de l'action publique, *JO* 8 décembre 2020.

(293) Modification issue de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019, d'orientation des mobilités, art. 154, *JO* 26 décembre 2019, texte n° 1.

Ces trois articles permettent de déroger aux prescriptions antérieurement contenues dans la loi « MOP » n° 85-704 du 12 juillet 1985 et aux conditions relayées par l'article L. 2171-2 du code, dans toute une série de secteurs qui, à l'analyse, couvrent un nombre potentiellement important de contrats : défense, sécurité, santé, secteur pénitentiaire, etc.

Le régime juridique afférant à ces contrats diffère toutefois, sur un point important, de celui qui était précédemment applicable aux baux sectoriels. Marchés publics à part entière, les marchés globaux sectoriels se trouvent soumis, sans aucune restriction, au principe de prohibition des paiements différés, énoncé à l'article L. 2191-5 du code. En d'autres termes, les marchés publics globaux sectoriels du Code de la commande publique ne peuvent (à l'inverse des baux sectoriels des anciens articles L. 2122-15 du CGPPP et L. 6148-2 du Code de la santé publique), faire l'objet de paiements différés.

Une dérogation est certes envisagée par l'article L. 2391-5 du code, mais elle est triplement encadrée. Elle ne concerne, d'abord, que les marchés publics de défense et de sécurité. La dérogation ne peut, ensuite, être mise en œuvre que « pour tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service ». L'insertion d'une clause de paiement différé dans un marché public de défense ou de sécurité doit, enfin, être autorisée par une décision conjointe du ministre chargé de la défense et du ministre chargé du budget.

Dans ces conditions, si la catégorie des marchés publics globaux sectoriels permet toujours, à l'instar de ce que permettait l'ancienne catégorie des « baux sectoriels », de déroger à l'alinéa 2 de l'article L. 2431-1 du code, qui interdit de confier à un même opérateur une mission de conception et une mission de construction, elle ne permet pas d'échapper à la prohibition des clauses de paiement différé. Ainsi, si un acheteur public désire, dans ces secteurs, conclure un contrat global à paiement public différé, il devra nécessairement recourir à un marché de partenariat et se soumettre à l'ensemble des prescriptions attachées à cette catégorie de contrats.

4.5.3 Les marchés de partenariat

Pour rationaliser et sécuriser le cadre juridique des partenariats public-privé (ci-après « PPP »), la réforme de 2015-2016 a harmonisé et unifié les différents montages sous la forme, unique, du « marché de partenariat ».

De manière générale, les marchés de partenariat sont, à l'inverse des marchés globaux ordinaires, soumis à l'intégralité des dispositions de l'ordonnance, à l'exclusion (CCP, art. L. 2200-1) des règles relatives à l'allotissement (CCP, art. L. 2113-10), de celles liées aux avances et acomptes (art. L. 2191-2 à L. 2191-4), qui font l'objet de règles spécifiques à l'article L. 2232-1, de l'interdiction des clauses de paiement différé (art. L. 2191-5) ou encore des règles afférentes à la sous-traitance (CCP, art. L. 2193-1 et s).

Le marché de partenariat devient ainsi, à la faveur de son régime juridique général, un marché public presque ordinaire. Plusieurs spécificités doivent toutefois être relevées, certaines liées aux modalités de passation, d'autres au régime de leur exécution⁽²⁹⁴⁾.

(294) Voir *infra* § 8.4.

4.5.3.1 La disparition des contrats de partenariat

Conformément à sa réserve d'interprétation, rappelée dans ses décisions n° 2008-567 DC⁽²⁹⁵⁾ portant sur la loi n° 2008-735 relative aux contrats de partenariat du 28 juillet 2008 et n° 2009-575 DC⁽²⁹⁶⁾ s à la suite de l'adoption de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, le recours aux contrats de partenariat a initialement été assujéti au respect de trois conditions alternatives : complexité du projet⁽²⁹⁷⁾, caractère d'urgence de l'opération⁽²⁹⁸⁾ ; fais 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 », étant précisé que le critère du paiement différé ne pouvait à lui seul constituer un avantage⁽²⁹⁹⁾.

Aucune de ces conditions n'a, en pratique, offert la lisibilité suffisante permettant de consolider, dans des conditions acceptables sur le plan juridique, le contrat de partenariat⁽³⁰⁰⁾. Or, ce point est crucial en pratique puisque, au-delà du fait de savoir si l'une ou l'autre des conditions posées est remplie, celles-ci cristallisent un point de fragilité juridique du contrat de partenariat et, au-delà, un foyer potentiel de contentieux, ces conditions constituant, pour le Conseil d'État⁽³⁰¹⁾, un « manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence », au sens de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative.

Or, compte tenu du financement privé qu'il mobilise, ce type de contrat requiert, en amont de la signature, un degré de sécurité juridique optimale, que les aménagements récents du contentieux administratif du contrat⁽³⁰²⁾ ont certes contribué à renforcer, mais qui demeurait,

(295) Cons. const., 24 juillet 2008, déc. n° 2008-567, *AJDA*, 2008, p. 1516, et p. 1664, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA*, 2008, p. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud ; voir aussi : H. Mouannès, « Le contrat de partenariat rattrapé par le Conseil constitutionnel ou comment sauver les PME d'un éventuel statut éternel de sous-traitants », *LPA*, 7 août 2008, p. 11-23 ; D. Linotte, « Actualité du droit des contrats de partenariat. Autour de la décision du Conseil constitutionnel du 24 juillet 2008 », *Gaz. Pal.* 8-9 août 2008, p. 2-4.

(296) Cons. const., 12 février 2009, *AJDA*, 2009, p. 286 ; *RFDA*, 2009, p. 580, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.

(297) Art. 2.II. 1° ; CGCT, art. L. 1414-2.II. 1°.

(298) Art. 2.II. 2° ; CGCT, art. L. 1414-2.II. 2°.

(299) Art. 2.II. 3° ; CGCT, art. L. 1414-2.II. 3°.

(300) Sur cette question, v. S. Braconnier « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaider pour une consolidation », *RDI*, 2015, p. 8.

(301) CE 29 octobre 2004, n° 269814, *Rec*, concl. de D. Casas ; *AJDA*, 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica, et 2005, p. 16, étude D. Linotte ; *D.*, 2005, p. 16 ; *RDI*, 2004, p. 548, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA*, 2004, p. 1103, concl. D. Casas ; *RTD. eur.*, 2005, p. 839, chron. D. Ritleng.

(302) CE ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802, *Lebon*, concl. d'E. Glaser ; *AJDA*, 2010, p. 142, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi ; *D.*, 2011, p. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RDI*, 2010, p. 265, obs. R. Noguellou ; *AJCT*, 2010, p. 114, Pratique O. Didriche ; *RFDA*, 2010, p. 506, concl. E. Glaser, et p. 519, note D. Pouyau ; *RTD. com.*, 2010, p. 548, obs. G. Orsoni ; *BJCP*, 2010, p. 138, concl. E. Glaser ; *Contrats et marchés publics*, 2010, comm. n° 123, note D. Rees ; *JCP A*, 2010, 2072, note F. Linditch ; *Procédures*, 2010, comm. n° 59, note Deygas ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 73, p. 13, chron. B. Seiller ; CE ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, *Lebon*, les concl. de B. Dacosta ; *AJDA*, 2014, p. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi, et p. 945, tribune S. Braconnier ; *D.*, 2014, p. 1179, obs. M.-C. de Montecler, note M. Gaudemet et A. Dizier ; *RDI*, 2014, p. 344, obs. S. Braconnier ; *AJCT*, 2014, p. 375, obs. S. Dyens ; *RFDA*, 2014, p. 425, concl. B. Dacosta, et p. 438, note P. Delvolvé ; *RTD. com.*, 2014, p. 335, obs. G. Orsoni.

au regard de l'ordonnance du 17 juin 2004 et de la jurisprudence qui en a découlé⁽³⁰³⁾, un frein majeur à l'engagement des financeurs.

4.5.3.2 Les nouveaux marchés de partenariat

Les nouveaux marchés de partenariat font l'objet d'un régime spécifique, dont les règles sont réunies dans le livre II de la deuxième partie du code (art. L. 2200-1 et s.).

1. Définition des marchés de partenariat

Il s'agit désormais d'un marché public à part entière, qui « permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale » (CCP, art. L. 1112-1), sous maîtrise d'ouvrage privée. Lorsqu'il est conclu par une personne morale de droit public, il est un contrat administratif par détermination de la loi (art. L. 6), soumis aux mêmes dispositions que celles applicables aux marchés publics classiques, à l'exclusion de certaines règles (art. L. 2200-1) incompatibles avec la substance de ces contrats : allotissement, durée du contrat, prix, exécution financière du contrat et sous-traitance.

a) Le marché de partenariat autorise un financement principalement privé des investissements

Puisqu'il est par nature un contrat à paiement public différé, le marché de partenariat implique un financement principalement privé de l'ensemble des opérations qui forment l'objet du contrat.

Le titulaire est en effet rémunéré par l'acheteur, sous forme de « loyers financiers », à compter de la mise à disposition des ouvrages construits. Le paiement est dit « différé » parce qu'il rémunère, sur toute la durée du contrat, l'ensemble des prestations commandées par l'acheteur, à partir de l'achèvement des travaux. Cette modalité de rémunération suppose un préfinancement privé mis en place par le titulaire du contrat⁽³⁰⁴⁾.

Le code offre aux acheteurs publics, sans restriction, la possibilité de concourir au financement des ouvrages ou équipements. L'article L. 2213-4 du Code de la commande publique dispose ainsi qu'une « personne publique peut concourir au financement des investissements », cette possibilité étant confortée par deux séries de dispositions complémentaires.

S'agissant de la forme des participations, le code prévoit d'abord que le marché de partenariat est, de manière générale, éligible à toutes les subventions et participations financières auxquelles sont éligibles les projets réalisés selon d'autres modes contractuels (CCP, art. L. 2213-5). Il existe, en la matière, une sorte de principe implicite de neutralité du financement, auquel est adjoint un principe d'universalité, toute personne publique pouvant contribuer, dans la limite de ses compétences, audit financement. Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions et participations financières peuvent, selon le code, être « adaptées à la durée du contrat ». En pratique, elles seront le plus souvent adossées aux tirages sur la dette bancaire. Les subventions sont ainsi versées selon un échéancier calé sur celui du tirage de la dette par le partenaire privé, ce qui permet de sécuriser le versement de la subvention, en le conditionnant à l'autorisation de l'agent des prêteurs de tirer sur la dette, au titre des conventions de crédit. La participation de l'acheteur au financement du

(303) Voir *supra*.

(304) Voir *infra*, sur les modalités de rémunération.

projet peut également prendre la forme de versements à titre d'avances et d'acomptes (CCP, art. L. 2232-1), sans que ces versements ne puissent être systématiques ou généralisés, sous peine de dénaturer le principe même du marché de partenariat.

S'agissant de la nature de ces participations, le code dispose surtout (CCP, art. L. 2213-6) par opposition à ce que prévoyait l'ordonnance du 17 juin 2004 (art. 1^{er}-I, alinéa 1^{er}), que le concours de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes publics au financement des investissements peut prendre la forme d'une participation minoritaire au capital de la société de projet titulaire du marché de partenariat. Cela signifie, très concrètement, que la participation d'une personne publique au financement des investissements pourra prendre la forme d'un apport en capital à la société de projet. Dans ce cas, les statuts de la société doivent naturellement préserver les intérêts de la personne publique. Ils doivent ainsi, ce qui paraît assez évident, organiser la « répartition des risques entre les actionnaires [et] les mesures prises afin de prévenir les conflits d'intérêts ». Le marché de partenariat doit surtout, dans ce cas, « fixe[r] les conditions dans lesquelles l'actionnariat du titulaire [...] peut être modifié [...], les modalités d'information de l'acheteur et, le cas échéant, les modalités de partage de la plus-value de cession des titres » (CCP, art. L. 2213-7).

Cette innovation renforce, dans le périmètre des marchés de partenariat, le concept de partenariat public-privé institutionnalisé qui, à l'instar de ce que pratiquent d'autres pays, notamment le Canada, a été timidement introduit en droit français par la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique. La formule retenue par le droit de la commande publique n'a cependant pas pour objectif premier, à l'inverse de la loi du 1^{er} juillet 2014, d'éviter ou du moins de déplacer la mise en concurrence, mais plutôt de renforcer l'implication de la personne publique dans la gouvernance de la société de projet, et donc dans l'exécution et le contrôle du contrat, par ailleurs renforcé (CCP, art. L. 2234-1 à L. 2234-3).

Ce nouveau positionnement de la personne publique accentue toutefois la mutation de la physionomie du marché de partenariat qui, au gré des renforcements successifs de l'implication de la personne publique dans les missions afférentes au contrat, à travers le seul financement d'abord, puis à travers la participation minoritaire au capital de la société de projet ensuite, s'éloigne progressivement du modèle traditionnel du partenariat, public-privé, dans lequel la personne publique agit comme un acheteur public, qui acquiert, auprès d'un partenaire privé, une prestation globale donnant lieu à une rémunération performantielle. De simple acheteur, la personne publique qui passe un marché de partenariat a vocation à devenir, en droit français, un acteur à part entière, beaucoup plus impliqué et donc davantage porteur de risques.

b) Le marché de partenariat est un contrat global

Le Code de la commande publique clarifie, à la suite de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, l'éventail et la nature des missions susceptibles d'être confiées au titulaire du contrat ou, au contraire, conservées par la personne publique.

Le code (art. L. 1112-1) maintient ainsi, fort heureusement, la possibilité de confier au titulaire du contrat tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements et biens immatériels, objets de l'opération, mais il ne s'agit plus d'une mission obligatoire. Elle est facultative. Cependant, lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, une obligation pèse sur les cocontractants d'identifier l'équipe de maîtrise d'œuvre (CCP, art. L. 2213-3, alinéa 1^{er}).

Le Code de la commande publique dispose en outre que dans le cas où le pouvoir adjudicateur ne confierait au titulaire qu'une partie de la conception des ouvrages, il pourra déroger à la « mission de base » figurant au quatrième alinéa de l'article L. 2431-3, pour confier ces éléments de mission résiduels à une équipe de maîtrise d'œuvre (CCP, art. L. 2213-3, alinéa 2). En d'autres termes, le recours à un marché de partenariat permettra une « scission » de la mission de base entre le titulaire et une autre équipe de maîtrise d'œuvre, ce qui, à première vue, n'apparaît pas comme une solution à privilégier. L'unité de la mission de base est en effet, en pratique, souvent le gage d'une plus grande efficacité. D'ailleurs, l'article L. 2271-7 du code précise que, pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maître d'œuvre doit en principe comprendre les éléments de mission prévus à l'article L. 2431-1, tels définis par voie réglementaire, mais que ces derniers doivent être adaptés à la spécificité des marchés publics globaux.

De manière générale, l'article L. 1112-1 du code allège d'abord le « noyau dur » des missions qui, dans le cadre d'un marché de partenariat, doivent impérativement être confiées au titulaire du contrat. L'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion des ouvrages, équipements ou biens immatériels qui, sous l'empire de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559, devaient obligatoirement figurer au nombre des missions confiées au partenaire privé, font désormais partie des missions facultatives. Le noyau dur se réduit, donc (1) aux opérations de construction, transformation, rénovation, démantèlement ou destruction d'ouvrages, équipements ou biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; (2) au financement, total ou partiel, de ces derniers.

Le code tranche en outre définitivement la question de la place du service public dans le marché de partenariat. Sa gestion peut désormais, en vertu du 3° de l'article L. 1112-1, être expressément confiée au titulaire du contrat⁽³⁰⁵⁾. Sous l'empire de l'ordonnance de 2004, il n'était pas prévu de pouvoir confier la gestion du service public attaché à l'équipement construit au titulaire du contrat de partenariat. Rien ne l'interdisait toutefois formellement et cette possibilité était même expressément prévue pour les baux emphytéotiques administratifs.

Désormais les choses sont claires : le titulaire d'un marché de partenariat peut se voir confier, lorsque cela est juridiquement possible et financièrement pertinent, la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. Sauf à adosser une convention distincte, dédiée à cette exploitation, au marché de partenariat, le titulaire sera, dans ce cas, nécessairement rémunéré par un prix versé par la personne publique puisque, comme cela a été précisé ci-dessus, aucun risque d'exploitation ne pourra, sauf à faire naître un risque de requalification du contrat en concession, lui être transféré dans le cadre du marché de partenariat.

c) Le marché de partenariat comporte un engagement en termes de performances

Les objectifs de performance jouent un rôle décisif dans le choix du marché de partenariat. Du point de vue de la rémunération, le Code de la commande publique ne comporte aucune

(305) T. Reynaud, « Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public », *BJCP*, 2010, n° 70, p. 166 ; P. Delelis, « Contrat de partenariat et exploitation du service public. Huit questions et un appel à la raison », *AJDA*, 2010, p. 2244.

véritable innovation, le caractère performantiel de la rémunération du titulaire demeurant, comme le partage des risques (CCP, art. L. 2213-1, alinéa 2) et à l'inverse de ce qui avait été un temps envisagé, obligatoire (CCP, art. L. 2213-8, alinéa 2). Cela permet de diminuer sa rémunération en cas de sous-performance. Le cocontractant est ainsi intéressé aux performances de l'ouvrage et assure une exécution efficace du contrat. Par exemple, le recours au marché de partenariat peut être particulièrement intéressant dans le domaine des réseaux de chaleur et de l'éclairage public, domaines permettant de faire des économies d'énergie importantes et rationnellement quantifiables.

Pour le reste, le Code de la commande publique se borne à préciser que le prix pourra commencer à être payé au titulaire du contrat uniquement à compter de l'achèvement des « missions principales obligatoires » visées à l'article L. 1112-1, c'est-à-dire à l'achèvement des opérations de construction. Cette précision ne devrait pas être de nature à remettre en cause, ni la possibilité d'insérer, dans les futurs marchés de partenariat, des clauses d'indemnisation du titulaire en cas de fin anticipée du contrat, notamment durant la phase de construction⁽³⁰⁶⁾, ni la possibilité de verser, sous forme d'avance (CCP, art. L. 2232-1), des redevances par anticipation.

d) Durée

La durée du marché de partenariat n'est pas spécifiquement encadrée, mais le terme du contrat doit être fixé en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues (CCP, art. L. 2213-2).

2. Conditions de recours aux marchés de partenariat

Il était important, pour rassurer les acteurs publics et privés de la commande publique et tenter de faire du marché de partenariat un vecteur dynamique de l'investissement public, de banaliser au maximum cette catégorie particulière de marchés publics, afin de limiter le risque afférant à ses conditions de recours. Devenu un marché public presque ordinaire, le marché de partenariat devait donc pouvoir échapper à des conditions de recours trop contraignantes ou incertaines.

Le code reprend, sur ce point, l'œuvre simplificatrice opérée antérieurement par l'ordonnance du 23 juillet 2015, en effaçant les trois conditions (urgence, complexité, bilan avantageux) auxquelles était alternativement soumis le recours aux contrats de partenariat sous l'empire de l'ordonnance du 17 juin 2004. Désormais, le recours au marché de partenariat est « seulement » soumis à la démonstration, par l'acheteur, de ce que, « compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet » (art. L. 2211-6). Comme c'était le cas auparavant, « le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».

(306) Voir *infra*.

Cette exigence générale, qui participe à une forme de « banalisation » du contrat global à paiement public différé, appelle deux séries de remarques.

a) Le bilan favorable

La première est liée aux modalités d'établissement du bilan favorable qui, en pratique, fait partie intégrante de « l'évaluation du mode de réalisation du projet » visée à l'article L. 2212-1 du code. Les modalités d'établissement du bilan sont fixées aux articles R. 2211-3 et R. 2211-4 du code.

Pour l'établissement du bilan, l'acheteur doit notamment tenir compte de ses propres capacités à conduire l'opération, mais aussi des caractéristiques, du coût et de la complexité du projet. Le bilan doit permettre de comparer tous les montages contractuels envisageables et démontrer la pertinence du choix contractuel retenu. Doivent également être pris en compte « les exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé ». Le bilan répond ainsi à une appréciation globale, fondée sur une approche qualitative établissant que le recours au marché de partenariat présente plus d'avantages que celui des autres montages de la commande publique (contrat de concession, marché public « classique »).

Le bilan fait l'objet d'une appréciation globale des avantages et des inconvénients du marché de partenariat. Il tient compte de critères relatifs notamment (i) à l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire (ii) aux contours des missions confiées au titulaire (iii) aux modalités de partage des risques avec le titulaire du contrat et (iv) au coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée (CCP, art. R. 2211-4). Il n'est pas nécessaire que chaque critère pris démontre individuellement un bilan favorable. L'appréciation du bilan favorable doit être portée de manière globale.

- L'appréciation de l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage

L'acheteur doit expliciter les avantages attendus et, plus largement, les conséquences du transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire pour la conduite opérationnelle du projet. Il apprécie les avantages et inconvénients du transfert de la maîtrise d'ouvrage par rapport à l'étendue des missions susceptibles d'être confiées, à la complexité de l'opération, aux capacités, compétences et moyens dont il dispose. En effet, le transfert de maîtrise d'ouvrage au titulaire constitue l'un des éléments de la définition du marché de partenariat au sens de l'alinéa 1^{er} *in fine* de l'article L. 1112-1 du code.

En marché de partenariat, la personne publique garde le contrôle stratégique de son projet (définition du programme fonctionnel des besoins, opportunité et faisabilité de l'opération, localisation du site, etc.) et confie au titulaire la maîtrise opérationnelle du projet (traduction des besoins du programme). La répartition de ces missions et le périmètre des missions confiées au titulaire doivent faire l'objet d'une appréciation fine, au cas par cas.

La délimitation des responsabilités de la personne publique commanditaire de l'opération et du partenaire maître d'ouvrage soulève en pratique de nombreuses difficultés, en particulier lorsqu'il est nécessaire, durant la phase de réalisation des travaux, de procéder à des adaptations de l'ouvrage et, par suite, d'identifier lequel des deux contractants doit supporter le coût de ces adaptations. Selon qu'elles relèvent du pouvoir de modification unilatéral du contrat que conserve la personne publique ou d'éléments extérieurs (fait du Prince, imprévision, etc.), la réponse à ces questions sera éminemment variable.

- L'appréciation du périmètre des missions susceptibles d'être confiées

L'acheteur doit décrire avec précision l'étendue des missions qu'il entend confier au titulaire et expliquer l'intérêt du périmètre choisi au regard des objectifs et exigences suivants : optimiser le coût global du projet et les délais de réalisation, imposer des objectifs de performance et/ou maîtriser la complexité d'ensemble de l'opération.

L'acheteur doit également prévoir le schéma dans lequel le titulaire du contrat est autorisé à réaliser des prestations annexes pour autrui, afin de générer des recettes supplémentaires de valorisation. Pour apprécier le périmètre de ces activités, il incombe à l'acheteur de s'assurer notamment que le montant du « loyer » est inférieur à celui qu'il aurait dû verser en l'absence de ces revenus.

- Les modalités de partage de risques

Les risques doivent être recensés et répartis entre les différents acteurs. La nature des risques varie selon la phase du projet à laquelle ils se rapportent (le risque de conception, le risque de construction, le risque lié au respect des délais et de l'enveloppe financière, celui lié à la disponibilité de l'ouvrage, au respect des objectifs de performance énergétique de l'ouvrage, à la qualité des prestations et le risque de maintenance). Ces risques peuvent être permanents ou liés à une phase du projet.

Dans un sens large, l'acheteur doit identifier les principaux risques internes (le risque opérationnel, etc.) et externes (le risque d'évolution du cadre légal et réglementaire, etc.) au contrat. Après recensement, l'acheteur doit justifier leur répartition avec le titulaire du marché. La répartition des risques dépend tout particulièrement de la nature du projet, de ses caractéristiques techniques et des aléas qui peuvent affecter sa réalisation. L'acheteur doit chercher un équilibre dans le partage des risques et prendre en compte divers mécanismes de transfert de risque ainsi que les surcoûts ou garanties associées permettant de couvrir tout ou partie des risques.

Enfin, l'acheteur doit mesurer les conséquences du partage des risques tant sur la répartition des responsabilités à assumer avec son cocontractant que sur l'évaluation du prix à payer. Certains transferts de risques ne sont pas pertinents et risquent de renchérir inutilement le coût du contrat.

- L'appréciation du coût global du projet

Le marché de partenariat repose sur un financement privé de tout ou partie des investissements, généralement plus coûteux qu'un financement budgétaire adossé à un endettement direct de la personne publique, compte tenu notamment des coûts de structuration. Afin d'établir que le coût global du projet sera finalement inférieur à ce qu'il aurait été dans le cadre d'un marché public ordinaire ou dans le cadre d'une concession, il est nécessaire que l'acheteur produise une analyse précise des conditions de financement attendues pour le marché de partenariat, ainsi que tous les éventuels leviers de son optimisation : recettes annexes, effets positifs de la rémunération performantielle, absence de dépassement de coûts de construction, etc.

L'appréciation du critère du coût global doit permettre de démontrer qu'alors même que le mode privé de financement est plus onéreux que le financement public, cet inconvénient est compensé par des économies générées, sur toute la durée du contrat, par la globalité de la

mission et, surtout, par les obligations pesant sur le partenaire de maintenir l'ouvrage ou l'infrastructure à niveau constant sur les plans technologiques, logistiques, énergétiques, etc. Le partenaire a, en outre, l'obligation de « rendre » à la personne publique, à la fin du contrat, un ouvrage se trouvant dans un état similaire à celui dans lequel il était au moment de sa mise à disposition initiale. De ce point de vue, le marché de partenariat s'apparente à une sorte de pari sur l'avenir. Il s'agit de compenser les surcoûts initiaux, réels, par des gains finals plus virtuels.

b) Les études et avis préalables

La seconde série de remarques est liée au fait que ce bilan ne peut être compris qu'à la lumière de l'évaluation préalable à laquelle doit donner lieu le recours à un marché de partenariat.

- **Évaluation préalable du mode de réalisation du projet et avis de l'organisme expert**

Le recours à ce type de contrat doit, en amont, faire l'objet d'une « évaluation du mode de réalisation du projet » (CCP, art. L. 2212-1) c'est-à-dire d'une étude « ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation [doit] comporte[r] une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet ».

Cette évaluation remplace l'ancienne évaluation préalable, qui était censée exposer « avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif » ayant conduit la personne publique à opter pour un contrat de partenariat (ord. n° 2004-559, art. 2-I), mais qui, en pratique, ne semble pas avoir atteint les objectifs qui lui avaient été initialement assignés. Souvent mal documentée sur le plan économique et financier, trop incertaine sur les plans technique et budgétaire, son utilité a régulièrement été mise en cause et sa pertinence a parfois été décriée. Il était donc urgent de la replacer au cœur du processus de décision conduisant une personne publique à recourir à ce type de contrat, en la liant étroitement à la condition du bilan.

Remplaçant l'ancienne Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP), la Mission d'appui au financement des infrastructures (FIN-INFRA), placée auprès du ministre chargé de la commande publique (CCP, art. L. 2212-2), rend un avis sur cette évaluation préalable, dans un délai de six semaines à compter de sa saisine. À défaut de réponse expresse, l'avis est réputé favorable (CCP, art. R. 2212-7). Les modalités d'organisation et de fonctionnement de la FIN-INFRA sont précisées par le décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures.

- **Étude de soutenabilité budgétaire et avis des services du ministre chargé du Budget**

De surcroît, l'évaluation du mode de réalisation du projet doit se doubler d'une étude de soutenabilité budgétaire (CCP, art. L. 2212-3). Le contenu de cette étude, qui doit notamment apprécier « les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits », demeure certes encore assez flou, mais elle est censée, avec l'évaluation préalable, contribuer à établir la pertinence objective du recours au marché de partenariat ou, au moins, éclairer par des éléments plus généraux que la seule analyse financière, le bilan avantageux visé à l'article L. 2211-6.

L'étude de soutenabilité budgétaire comprend cinq éléments obligatoires :

- i) le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle ;
- ii) l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur la situation financière ;
- iii) l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur ;
- iv) ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan et ;
- v) une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat (CCP, art. R. 2212-9).

Un avis motivé doit là encore être rendu par le ministre chargé du budget, qui se prononce dans un délai de six semaines à la suite de sa saisine. À défaut de réponse expresse, l'avis est réputé favorable (CCP, art. L. 2212-4 et R. 2212-10).

Ainsi conjuguées, la condition liée au bilan avantageux (plus objective), la nouvelle évaluation préalable (désormais commune à tous les marchés publics) et l'étude de soutenabilité budgétaire, replacée au cœur du processus de choix du contrat, paraissent autoriser un recours plus sécurisé aux marchés de partenariat. Le juge administratif devrait, à la faveur de ces évolutions, être en mesure d'exercer un contrôle normal sur l'effectivité de la réalisation des études conduisant au bilan avantageux et pourra sanctionner, le cas échéant, le recours manifestement inapproprié à ce type de contrat.

c) Qui peut recourir aux marchés de partenariat ?

Le Code de la commande publique conforte le mouvement, initié par l'article 34 de la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques 2014-2019, consistant à restreindre, sur le plan organique, la possibilité ouverte à certaines entités dépendant de l'État de recourir aux marchés de partenariat.

Ainsi, si le code ne comporte aucune exclusion sectorielle générale, n'encadre pas le recours, par certaines personnes publiques, aux marchés publics globaux « ordinaires » (art. L. 2171-1 et s.) et favorise la conclusion conjointe, entre plusieurs acheteurs, de marchés de partenariat (CCP, art. L. 2211-4), elle interdit en revanche à certaines entités de recourir directement aux marchés de partenariat.

L'article L. 2211-1 du Code de la commande publique dispose ainsi que tout acheteur peut conclure un marché de partenariat, à l'exception des organismes, autres que l'État, relevant de la catégorie des administrations centrales de l'État dont la liste est fixée par l'arrêté modifié du 28 septembre 2011 fixant la liste des organismes divers d'administration centrale ayant pour interdiction de contracter auprès d'un établissement de crédit un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois ou d'émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée⁽³⁰⁷⁾. Cet arrêté dresse une longue liste de personnes morales, parmi lesquelles de gros pourvoyeurs potentiels de PPP (Société du Grand Paris ou Voies navigables de France, par ex.) qui, en application de l'article L. 2211-1 de l'ordonnance, ne pourront plus recourir librement à un marché de partenariat pour répondre à leurs besoins. Il en est de même des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité publique. Le II de l'article 34 de la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 prévoit que

(307) Voir le I de l'article 34 de la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014-2019, qui renvoie à la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 de programmation pour les années 2011-2014.

l'État peut conclure un marché de partenariat pour le compte d'un de ces acheteurs (CCP, art. L. 2211-3).

Ces acheteurs ne pourront donc, en pratique, avoir accès au marché de partenariat que si l'État accepte de conclure un tel contrat pour leur compte, sous réserve toutefois que le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet et, surtout, que « l'opération soit soutenable pour les finances publiques et la situation financière de la personne publique » (CCP, art. L. 2211-3-2°), ce qui laisse à l'État un très large pouvoir discrétionnaire. Garant de l'équilibre et de la santé des finances publiques, l'État n'a donc pas hésité à faire œuvre de concentration administrative en se réservant le monopole du recours aux marchés de partenariat, au détriment d'organismes qui, dotés de la personnalité morale, sont pourtant censés jouir d'une certaine autonomie fonctionnelle.

d) Les seuils de recours aux marchés de partenariat

L'article L. 2211-5 du Code de la commande publique renvoie aux seuils en deçà desquels il est interdit de recourir aux marchés de partenariat. Ces seuils, fixés « en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru », figurent à l'article R. 2211-1 du même code.

Cet article prévoit trois types de seuils au-delà desquels il est possible de recourir aux marchés de partenariat :

- i) un montant minimal de deux millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du contrat porte soit sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages, soit lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs ;
- ii) un montant minimal de cinq millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du contrat porte soit sur des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement, soit sur des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend pas l'exploitation-maintenance ;
- iii) enfin, un montant minimal de dix millions d'euros hors taxes dans tous les autres cas.

Ce montant minimal pour recourir aux marchés de partenariat est déterminé, au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence, en tenant compte de la rémunération du titulaire versée par l'acheteur et, le cas échéant, des revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine et des éventuels concours publics (CCP, art. R. 2211-2).

Compte tenu de leur faiblesse, il est vraisemblable que ces seuils ne sont pas réellement en mesure de contraindre la capacité des acheteurs publics à recourir au marché de partenariat.



Précis du droit de la commande publique

Cet ouvrage de référence expose de façon simple et rigoureuse l'ensemble des règles applicables aux marchés publics et aux contrats de concession, en combinant systématiquement analyse théorique et approche fonctionnelle.

Organisé autour de cinq parties, il décrypte de manière progressive les sources, les notions fondamentales du droit de la commande publique et les parties au contrat, avant d'insister sur la réglementation de la passation d'un marché public et d'un contrat de concession. Des développements sont spécifiquement consacrés au contentieux des contrats de la commande publique, qui a connu de nombreuses évolutions ces dernières années. Enfin, la dernière partie traite de tous les aspects, techniques et financiers, de l'exécution de ces contrats.

À jour des dernières évolutions législatives, réglementaires et jurisprudentielles, cette huitième édition intègre notamment les modifications introduites par le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

Par son approche didactique et opérationnelle, cet ouvrage constitue un outil indispensable pour maîtriser les régimes juridiques, la technique contractuelle, ainsi que la jurisprudence et la doctrine associées. L'ouvrage répond ainsi aux besoins des universitaires, praticiens et professionnels du secteur.

Stéphane Braconnier, président de l'université Paris-Panthéon-Assas, est co-directeur du Master « Droit public de l'économie », directeur du *Juris-classeur Contrats et marchés publics* chez Lexis Nexis et auteur de *Droit public de l'économie* aux éditions PUF, Thémis, 2021.

Loïc Allier est maître de conférences en droit public à l'université Grenoble-Alpes.

Cet ouvrage est destiné à tous ceux qui souhaitent comprendre et approfondir le droit de la commande publique : universitaires, avocats, juristes, praticiens et étudiants.

ISSN 1272-2634
ISBN 978-2-281-13728-6



9 782281 137286

EDITIONS

LE MONITEUR