



HAL
open science

Le partenariat public-privé en éclairage public

Ibrahima Syll

► **To cite this version:**

| Ibrahima Syll. Le partenariat public-privé en éclairage public. Droit. 2017. dumas-01709967

HAL Id: dumas-01709967

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01709967>

Submitted on 15 Feb 2018

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.

Mémoire

SYLL Ibrahima

Master 2 Droit public des affaires

LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE EN ECLAIRAGE PUBLIC

Sous la direction de Monsieur Jean-Christophe Videlin
Maître de conférences à l'Université de Grenoble Alpes

2016 – 2017

Remerciements

Je ne saurais débiter ce mémoire sans adresser mes sincères remerciements à toutes les personnes qui m'ont apporté leurs soutiens durant toutes mes études. En bouclant ce cycle, j'ai évidemment une pensée émue pour ma mère, ma première source d'inspiration et de motivation.

Ma gratitude va à **Monsieur Sébastien Bernard**, Directeur du Master 2 Droit public des affaires, d'abord pour m'avoir donné l'opportunité de boucler ma dernière année au sein de cette promotion. Plus généralement, je tiens à exprimer toute ma gratitude à l'ensemble des intervenants du Master 2 Droit public des affaires de l'Université Grenoble Alpes pour cette année de formation particulièrement enrichissante qui m'a été très utile dans la rédaction de ce mémoire.

En particulier, je souhaiterais remercier mon Directeur de mémoire, **Monsieur Jean Christophe Videlin**, qui a su se rendre disponible, malgré les vacances scolaires, durant nos échanges pour son aide et ses conseils dans la rédaction de ce mémoire.

À vous tous, veuillez croire en l'expression de ma profonde reconnaissance.

L'Université Grenoble Alpes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce document ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Liste des principales abréviations

AOT : Autorisation d'occupation temporaire

BEA : Bail emphytéotique administratif

BEH : Bail emphytéotique hospitalier

CGCT : Codé général des Collectivités territoriales

CMP : Code des marchés publics

CPE : Contrat de performance énergétique

CT : Collectivités territoriales

CC : Cour des comptes

DAJ : Direction des affaires juridiques

DSP : Délégation de service public

ERDF : Électricité Réseau Distribution France

ETDE : Entreprise de Transport et de Distribution d'Electricité

GME : Groupement momentané d'entreprises

MAPPP : Mission d'appui aux Partenariats public-privé

METP : Marché d'entreprise de travaux publics

MOP : Maitrise d'ouvrage publique

NOTRe : Nouvelle organisation territoriale de la République

PFI : Private Finance Initiative

PF2 : Private Finance 2

PME : Petites et moyennes entreprises

PPP : Partenariat public-privé

RCT : Réforme des Collectivités territoriales

TPE : Très Petites Entreprises

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	5
TITRE 1. LE PARTICULARISME DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ EN ÉCLAIRAGE PUBLIC.....	13
Chapitre 1. Le périmètre du montage partenarial en éclairage public.....	13
Chapitre 2. L'exécution technique du partenariat public-privé d'éclairage public.....	29
TITRE 2. LA CONTESTATION DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ EN ECLAIRAGE PUBLIC.....	39
Chapitre 1. Le partenariat public-privé, un outil victime de son encadrement imprécis.....	39
Chapitre 2. Le partenariat public-privé, un outil risqué pour les collectivités territoriales.....	51
CONCLUSION.....	60
BIBLIOGRAPHIE.....	61
TABLE DES MATIERES.....	64

Introduction

Recourir au partenariat public-privé en éclairage public, est-ce vraiment donner « les clés du camion à l'opérateur privé¹ » ? Si cette interrogation peut être discutée, il est toutefois certain que le partenariat public-privé a largement contribué au renouvellement des parcs d'éclairage public vieillissants et à la valorisation du patrimoine immobilier des collectivités territoriales (CT). Les activités d'éclairage public constituent l'un des aspects les moins connus de la gestion des collectivités territoriales françaises². En effet, les périmètres du service d'éclairage public étaient « obscurs ». Il y avait un flou sur la nature administrative de l'éclairage public. À l'origine, le service de l'éclairage public fonctionnait par le biais de « prescriptions de police ». Les contours du service public d'éclairage ont commencé à être dessinés sur le fondement de vieilles prescriptions de police « qui imposaient aux riverains des voies de circulation de procéder eux-mêmes à leur éclairage³ ».

Dès 1524, une décision importante a été prise pour lutter contre les bandes qui jetaient le désordre et l'effroi dans plusieurs villes du royaume du Paris. Ainsi, un édit royal, faisant obligation à tous les habitants de mettre à 9 heures du soir à leur fenêtre une chandelle allumée⁴, a été adopté. En 1667, un nouvel Édit royal imposait aux « particuliers des grandes villes, d'entretenir des lanternes d'éclairage fonctionnant à la bougie ou à l'huile⁵ ». Cependant, la consécration législative de la compétence municipale dans le domaine de l'éclairage public intervient très tardivement par le biais de la loi municipale du 5 avril 1884. Cette loi, considérée comme une « *charte municipale* », consacre en cette matière la compétence exclusive de l'autorité municipale au titre de son pouvoir de police générale. Traduite dans l'article 97 de la loi susvisée, cette compétence de l'autorité municipale est reprise à l'identique dans l'article L. 2212-2⁶ du Code général des collectivités territoriales (CGCT). Cette reconnaissance qui est intervenue après l'avènement⁷ de l'éclairage au gaz puis de l'électricité, transforme radicalement la politique des autorités municipales en matière d'éclairage public. Pour assurer une bonne gestion de l'activité

¹ Olivier Schneid, *Le PPP, un outil à manier avec précaution*, La Gazette des communes, n° 2319, 30 mai 2016, p. 6.

² L. Rapp et Ph. Terneyre, *Lamy Droit public des affaires* : Éd. Lamy, 2016, n° 2141.

³ Simon Williamson, *Service de l'éclairage public*, Jurisclasseur Collectivités territoriales, fasc. 738.

⁴ X. Besançon, *Les services publics en France du Moyen-Âge à la Révolution*, Presse de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, 1995, p. 186.

⁵ R. Savignat, Cl. Dufau, *L'éclairage public*, CJEG, 1996, p. 249-251.

⁶ La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment :

« Tout ce qui intéresse la **sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend le nettoyage, l'éclairage,...** ».

⁷ L. Rapp et Ph. Terneyre, *Revue Lamy droit public des affaires*, 2013, n° 2086.

d'éclairage public, ces dernières ont décidé de ne plus procéder par la simple édicition de prescriptions de police, et, ont donc mis en place un réseau d'éclairage.

L'éclairage public peut être défini comme « *l'éclairage des voies et des lieux publics pour des raisons de sécurité* » et « *l'illumination de lieux, de monuments, de bâtiments ou de tout autre élément public ou privé du patrimoine culturel* ». Il se préoccupe non seulement de la sécurité des populations mais aussi, répond à un souci de valorisation des formes et des contours de l'espace public, sinon de communication urbaine⁹. Il reste tourner sur des démarches de développement durable. Le statut juridique de l'éclairage public est difficile à cerner. En se référant à la définition fonctionnelle de la notion de service public¹⁰ donnée par René Chapus, l'éclairage public peut être considéré comme ayant ce caractère dans la mesure où l'activité est assurée ou assumée par une personne publique et poursuit des finalités d'intérêt général notamment, l'aménagement et la mise en valeur des sites et du patrimoine immobilier¹¹. Le doyen Hauriou, dans sa note sous *Ville de Saint Etienne et Ville de Mont-luçon*, relevait, du reste, qu' « *il n'y a aucune difficulté à considérer l'éclairage public comme un service public*¹² ».

La reconnaissance de la finalité du service public de l'éclairage public commence à se dessiner dans la jurisprudence administrative. En l'occurrence, le Conseil d'état l'admet pour la première fois, d'une manière implicite, dans sa décision *Cie Nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen* en date du 10 janvier 1902, et bien dans d'autres décisions¹³. Cette reconnaissance éclaircit la nature administrative de cette activité tout en lui donnant un caractère obligatoire. Le statut de l'éclairage public qui, auparavant, était « obscur¹⁴ » devient de plus en plus lumineux malgré un défaut de réglementation d'ensemble. Comme les autres services publics existants, l'éclairage public garde néanmoins le caractère de son service par nature privé à l'origine. Mais cette reconnaissance de la nature administrative de cette activité n'emporte pas pour autant un droit à l'éclairage public. Cependant, cette expression n'a jamais été utilisée clairement par le juge administratif. Pour autant, il est venu préciser l'étendue de la finalité du service de l'éclairage public. Dans un avis¹⁵ en date du 5 août 1995, le Conseil d'état met en exergue la double finalité de l'éclairage public. Il

⁸ Conseil de la concurrence, Décision n° 00-D-47 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public, 22 novembre 2010.

⁹ Conseil de la concurrence, *Ibid.*

¹⁰ Selon R. Chapus, le service public est une « activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique ». Cette définition est tirée de son ouvrage : « *Droit administratif général*, t. I, Monchrétien, 1998, n° 748 ».

¹¹ P. Blanquefort, *Collectivités et éclairage public*, Rev. Lamy coll. terr. 2008, p. 34.

¹² M. Hauriou, note sous CE, 26 déc. 1891, *Ville de Saint Etienne et Ville de Mont-luçon*, S. 1894, III, p. 1 et s.

¹³ CE, 18 juin 1920, *Épx Rigault* : Rec. CE 1920, p. 596 s.; S. 1924, 3, p. 70, concl. Corneille ; CE, 13 oct. 1944, *Ville Alfortville c/ Ringuet* : Rec. CE 1944, p. 266 ; CE, 12 avr. 1995, *Arsène X et a*, n° 144970

¹⁴ E. Mella, *Le clair-obscur du statut de l'éclairage public*, Mélanges Alain-Serge Mescheriakoff, Bruylant, 2013, p. 185-186).

¹⁵ CE, *avis du 5 août 1995*, n° 356990.

retient que le but de l'éclairage est d'une part, assurer la « sécurité et la commodité du passage des voies ouvertes à la circulation publique », et, d'autre part, « mettre en valeur les édifices et perspectives monumentales ».

Désormais, les autorités municipales, avec des changements de circonstances, sont obligées de prendre une autre posture dans leur mission de gestion de l'éclairage public, activité jusqu'alors exercée par le biais de « prescriptions de police ». Les mutations techniques et technologiques ont contribué à l'évolution du mode de gestion de ce néo service public. La gestion du service d'éclairage public a subi une profonde mutation. Les modes de gestion de l'éclairage public n'ont cessé d'évoluer depuis la reconnaissance de cette activité comme ayant un caractère de service public. Historiquement, en effet, le modèle concessif est le premier mode de gestion du service public de l'éclairage public. Comme les autorités municipales ne disposaient pas de ressources humaines et financières nécessaires pour gérer cette activité de service public, elles ont décidé de la prendre en charge par le biais du modèle concessif. Malgré un fort développement de la gestion publique¹⁶ de l'activité après la seconde guerre mondiale, l'externalisation privée se présente comme une issue de secours afin de pallier les carences de l'administration face aux nouveaux défis en termes de financement et de technicité du service. Pour répondre à ces deux exigences, la formule du Marché d'entreprise de travaux publics (METP¹⁷) est apparue comme « une technique idéale pour la gestion déléguée des services publics sans usager direct payant¹⁸ ». Ce contrat permet aux collectivités territoriales de déléguer en même temps l'activité globale de l'éclairage public ainsi que le financement des investissements et des dépenses de fonctionnement dont le coût total pouvait être étalé sur la durée d'exécution du marché.

Néanmoins, cette formule n'a pas atteint les résultats escomptés puisqu'elle s'est heurtée à de véritables « obstacles légaux et jurisprudentiels ». Notamment, par un arrêt¹⁹ qui a annoncé la « mort²⁰ » du METP, le Conseil d'état condamne la pratique du recours à toute clause de paiement différé dès lors qu'elle était interdite par l'ancien article 350 du Code des marchés

¹⁶ « L'exploitation de l'activité par Électricité de France, alors établissement public, en complément de la distribution publique d'électricité en est l'un des facteurs, conjugué avec celui du développement de la coopération locale en ce domaine et la mutualisation des moyens humains, techniques et financiers qu'elle permet ».

¹⁷ « Le METP peut se définir comme un contrat de longue durée (cinq à trente ans) ayant pour objet de confier au cocontractant de l'administration, moyennant un prix, le financement, la conception et la réalisation d'un ouvrage public ainsi que son entretien et son exploitation et la gestion du service public auquel il est affecté ». P. Terneyre, *Le marché d'entreprise des travaux publics*, Revue d'économie financière, Hors-série, 1995. Partenariat public-privé et développement territorial, pp. 209-211.

¹⁸ P. Terneyre, *Le marché d'entreprise des travaux publics*, *Ibid.*

¹⁹ Conseil d'État, 7 /10 SSR, du 8 février 1999, n°150931.

²⁰ D. Chabanol, *Clause de paiement différé et marchés publics*, AJDA, 1999, p. 364.

publics (CMP). En réalité, il résulte des dispositions de cet article que les paiements différés ne peuvent être autorisés que par un arrêté interministériel. Un tel arrêté n'ayant pas été pris, le marché litigieux ne pouvait légalement comporter de clause de paiement différé. Cette solution est prise en considération des dérives que pouvait « générer cette notion chauve-souris, qui, ne constituant ni une délégation de service public ni totalement un marché, se glissait entre les mailles de la réglementation encadrant l'une et l'autre²¹».

Par ailleurs, la délégation de service public semble une alternative au METP. Mais l'interdiction du recours au METP pour la gestion de l'éclairage public pour les raisons susvisées n'a pas été remplacée par cet outil. Il apparaît que cette formule souffre aussi d'incompatibilités pour la gestion de l'éclairage public. En pratique, dans une délégation de service public (DSP), la rémunération du titulaire est tirée des résultats de l'exploitation du service et en partie des redevances versées par les usagers. En matière d'éclairage public, il est à relever une absence manifeste de redevances versées par les usagers pour contribuer au financement du service délégué ; ce qui tend considérablement à interdire ce mode de gestion en l'absence « d'une possible rémunération du délégataire substantiellement liée aux résultats de son exploitation²² ». Plus encore, le juge administratif vient préciser cette interdiction dans l'arrêt *Préfet Bouches-du-Rhône c/ Commune La Ciotat* en estimant qu'il est impossible de recourir à ce mode de gestion si l'objet du « contrat ne confie pas au cocontractant l'exploitation ou la gestion d'un ouvrage public ».

Dès lors, l'externalisation se présente comme une alternative pour la gestion globale de l'éclairage public. À ce titre, la gestion de l'éclairage public se fera, soit sous la forme de régie avec autonomie financière, soit sous la forme de régie avec autonomie financière et personnalité morale. Il semble que le principe de l'allotissement²³ des marchés publics permet l'attribution du contrat à plusieurs prestataires, donc il peut faire obstacle à la possibilité de confier à un même

²¹ D. Chabanol, *Clause de paiement différé et marchés publics*, 364, *Ibid.*

²² L'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales dispose qu'« Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service.

Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service public ».

²³ Le principe de l'allotissement des marchés publics est tiré de l'article 10 du Code des marchés publics. Il est d'ailleurs rappelé par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016 qui consacrent le principe de l'allotissement pour l'appliquer à l'ensemble des acheteurs, indépendamment de leur qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice.

prestataire à la fois des travaux de construction et des prestations d'exploitation ou de maintenance d'ouvrage. La régie avec marché public n'est donc pas compatible avec la gestion du service d'éclairage public. Face aux refus légaux et jurisprudentiels sur le recours à ces outils pour la gestion de l'éclairage public, les pouvoirs publics, avec les mutations techniques et technologiques, ont besoin d'un outil adéquat à leurs besoins. Dans cette optique, les nouveaux contrats globaux correspondent au nouveau besoin d'une gestion globale du service d'éclairage public.

Le terme « partenariat public-privé » regroupe, outre les contrats de partenariat, les autorisations d'occupation temporaire (AOT) couplées à des locations avec option d'achat, les baux emphytéotiques administratifs (BEA), les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) ainsi que les dispositifs sectoriels destinés à répondre aux besoins de la justice, de la police et de la gendarmerie nationale. En effet, le périmètre de notre étude est limité au contrat de partenariat qui est un dispositif nouveau répondant aux besoins spécifiques des pouvoirs publics. D'origine britannique sous la célèbre dénomination de PFI²⁴ (Private Finance Initiative), la formule, lancée par le gouvernement de M. John Major en 1992, est apparue face à l'impuissance des personnes publiques pour satisfaire leurs besoins en matière d'investissements. Cette formule ne ressemble toutefois pas à une privatisation dans la mesure où les acteurs publics gardent un droit de regard prédominant dans l'initiative et la détermination du projet. Cette formule, reprise ensuite sous le nom de *Public Private Partnership* (PPP), est considérée comme un outil ayant pour objectif de relancer les investissements en Grande Bretagne. Ainsi, l'idée de faire appel au savoir-faire et aux capacités de financement du secteur privé émerge dans une formule partenariale. Cette dernière a fait l'objet de nombreuses critiques sur son coût, son opacité et son manque de flexibilité. Ces critiques ont permis au Trésor britannique de procéder à l'adoption, en décembre 2012, d'une nouvelle approche du partenariat public-privé avec la Private Finance 2²⁵ (PF2).

Inspirée par l'exemple britannique, la France procède à son tour à la mise en place du contrat de partenariat, comme de nombreux pays européens. Ce montage juridique vient, depuis sa création en 2004²⁶, concurrencer les délégations de service public et les marchés publics classiques. Conçu dès l'origine comme une formule d'exception, le contrat de partenariat fait l'objet d'une définition légale. Administratif par détermination de la loi, il est « un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la

²⁴ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, 2016, p. 649.

²⁵ Document d'orientation « Une nouvelle approche des contrats de partenariat public privé » du HM Treasury, décembre 2012.

²⁶ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 portant sur les contrats de partenariat, JO, 19 juin 2004, p. 10994.

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. 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 chargée²⁷ ». L'intérêt²⁸ du contrat de partenariat « est de transférer une *mission globale, sous maîtrise d'ouvrage privée, rémunérée* par la collectivité elle-même sur *toute la durée du contrat* ». Issue d'un processus critiqué, la notion de contrat de partenariat n'a cessé d'évoluer depuis sa création pour son manque de souplesse.

En France, deux lois²⁹ sont intervenues pour restructurer l'essence même du contrat de partenariat. Elles ont pour objectif de réformer substantiellement son régime. L'idée est de simplifier et d'assouplir un régime victime de son imprécision. Ces transformations profondes caractérisent la volonté du législateur de redynamiser les investissements des personnes publiques par le biais du contrat de partenariat. Par exemple, la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés dispose que l'exigence pour le titulaire du contrat de prendre en charge l'intégralité du financement des ouvrages, équipements ou biens immatériels nécessaires au service public n'est plus imposée. De même, la personne publique qui passe le contrat peut donc prendre en charge une partie du financement mais ne peut en aucun cas entrer au capital de la société de projet. Malgré cette volonté de simplifier le contrat de partenariat, cette formule est de plus en plus décriée. Elle a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses attaques notamment de la part des parlementaires³⁰ et de la Cour des comptes³¹. Pour donner un second souffle à cette formule partenariale, l'ordonnance du 23 juillet 2015 procède à l'harmonisation et à l'unification des différents montages de PPP sous la forme unique du marché de partenariat.

²⁷ Ancien article L. 1414-1 du Code général des Collectivités territoriales.

²⁸ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, p. 650, *Ibid*.

²⁹ Les lois n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat (JO, 29 juill. 2008, p. 12144) et n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (JO, 18 févr. 2009, p. 2841).

³⁰ MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, *Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?*, Rapport d'information, n° 733, 16 juillet 2014.

³¹ Rapport de la Cour des comptes, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, 3 février 2015.

Très privilégié en matière d'éclairage public, le partenariat public-privé est favorisé par la MAPPP³² qui « poursuit une mission de promotion, destinée à valoriser le recours aux contrats de partenariat auprès des personnes publiques potentiellement intéressées³³ ». Cet essor coïncide avec l'absence de fonds d'investissements pour les personnes publiques mais aussi aux besoins impératifs de renouveler leurs équipements publics afin de valoriser le patrimoine immobilier de leurs territoires. Les contrats relatifs à l'éclairage public sont toutefois essentiellement portés par les communes qui sont à l'origine de 64 % de l'ensemble des contrats signés, tous objets confondus³⁴. Fort de son expansion, l'éclairage public constitue un domaine d'application de ce montage contractuel complexe depuis son incorporation dans le droit français. À titre d'illustration, selon la MAPPP, l'éclairage public représentait en juin 2012 près de 30% du nombre total de contrats de partenariat signés par les collectivités territoriales³⁵. Entre mai 2005 et juillet 2013, sur 137 contrats de partenariat conclus par des collectivités locales, 57 concernaient des opérations d'éclairage public. L'essor du PPP dans le domaine de l'éclairage public s'explique par les besoins de renouvellement des infrastructures pour les personnes publiques mais aussi la volonté de soutenir la croissance économique.

Aussi, le défaut de compétences humaines, financières et techniques des personnes publiques et le coût exorbitant des travaux de modernisation des équipements incitent ces dernières à recourir au partenariat public-privé. Ce nouvel outil permet aux personnes publiques de matérialiser leurs souhaits de renouveler leurs équipements publics par la réalisation d'importants investissements, contrairement aux marchés publics où toute clause de paiement différé est prohibée, tout en confiant au partenaire privé une mission globale sur une longue durée. Ce montage se présente donc comme une nouvelle technique contractuelle qui permet aux personnes publiques de valoriser leurs équipements obsolètes.

En effet, le partenariat public-privé est encadré en réalité d'une manière imprécise dès l'origine. Il doit être formalisé dans l'évaluation préalable dont l'obligation a été confirmée par la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat. L'évaluation préalable constitue un enjeu majeur, donc s'avère délicat à conduire. Elle implique une comparaison entre le partenariat public-privé et d'autres solutions organisationnelles alternatives. Elle poursuit avant tout des objectifs d'ordre juridique mais fait aussi apparaître des considérations financières et économiques. D'une part, l'évaluation du mode de réalisation du projet consiste à identifier l'outil

³² Elle est instituée par un décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui aux partenariats public-privé.

³³ MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, *Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?*, *Ibid.*

³⁴ Rapport de la Cour des comptes, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, *Ibid.*

³⁵ Clausier-type « Contrat de partenariat d'éclairage public et autres équipements ou services associés », juillet 2012.

le plus adéquat pour exprimer le besoin de la personne publique, c'est donc une comparaison entre différentes formules de commande publique telles que le marché public, la délégation de service public et le contrat de partenariat. D'autre part, il s'agit de présenter des éléments probants justifiant la prise en compte du coût global des prestations. Pour apprécier la pertinence respective des solutions à prendre en compte, l'évaluation globale préalable est effectuée sur le fondement de trois critères qui peuvent être utilisés de manière alternative.

Avant toute chose, tout recours à cette technique partenariale est possible dès lors que le projet correspond à besoin d'intérêt général. C'est dans ce sens que le Conseil constitutionnel est allé dans sa décision du 26 juin 2003³⁶. Cette solution est confirmée successivement par le Conseil d'État³⁷ et par le Conseil constitutionnel lui-même dans sa décision en date du 24 juillet 2008. Au-delà de ce motif impérieux d'intérêt général, la mise en œuvre de ce montage contractuel est soumise pour l'essentiel à la réunion des conditions tenant à l'urgence, la complexité de l'opération ou à celle relative au bilan coût/avantages³⁸ positif du projet. Ces conditions sont alternatives, donc pas cumulatives, et trouvent leurs sources en droit interne dans l'ordonnance du 17 juin 2004. En matière d'éclairage public, ces critères sont utilisés d'une manière très diversifiée par les personnes publiques, c'est-à-dire que certaines sont plus avancées que d'autres pour justifier le recours au partenariat public-privé. Cette diversification révèle en quelque sorte un encadrement insuffisant du législateur sur les critères de recours au partenariat public-privé.

Parfois, le critère de l'urgence est invoqué pour justifier le recours au montage contractuel en matière d'éclairage public. Étant donné que le dispositif est vague dans son ensemble, le juge administratif est intervenu pour affiner cette notion d'urgence notamment sur son appréciation. Ce dernier retient une interprétation extensive du critère de l'urgence. Dans sa décision *Syndicat National des Entreprises de Second Œuvre du Bâtiment*³⁹, pour justifier le recours au contrat de partenariat, le juge administratif procède à une appréciation « objective » en considérant que l'urgence pouvait être vérifiée même lorsqu'elle était imputable à la personne publique qui l'invoque. L'urgence imputable à la personne publique permet donc de recourir au contrat de partenariat. C'est donc une appréciation contingente au regard des éléments de faits spécifiques du projet connus par le juge administratif au moment de la décision. Cette solution apporte une sécurité juridique à l'usage de cet outil contractuel tout en éclaircissant les conditions d'y recourir.

³⁶ Décision n° 2003-473, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, 26 juin 2003.

³⁷ Conseil d'état, Section Assemblée, n°275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, 31 mai 2006.

³⁸ Cette condition alternative est introduite par la loi n° 2008-735 du 25 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

³⁹ Conseil d'état, 23 juillet 2010, *Syndicat National des Entreprises de Second Œuvre du Bâtiment*, req. n° 326544.

Systématiquement, la complexité est la condition la plus souvent évoquée par les personnes publiques pour justifier le recours à ce montage contractuel dans le domaine de l'éclairage public. Cette recrudescence du recours au critère de complexité dans les projets de renouvellement et de rénovation en matière d'éclairage public est facilitée par l'obligation de passer par une procédure de dialogue compétitif pour la passation du contrat. Depuis la loi du 28 juillet 2008, il n'existe plus de liaison entre la complexité du projet et le dialogue compétitif. En réalité, la complexité technique est avancée pour justifier le recours au montage contractuel, même si elle est souvent couplée avec la complexité financière et juridique. La complexité technique s'entend comme « l'incapacité de la collectivité à spécifier seule et à l'avance les moyens techniques à utiliser pour la mise en œuvre d'une solution prescrite ou la difficulté à identifier, parmi plusieurs solutions possibles, celle qui est la plus à même de répondre à ses besoins⁴⁰».

Un autre critère alternatif est utilisé mollement pour justifier le recours au partenariat public-privé en matière d'éclairage public. Il s'agit de la condition d'efficience économique ou bilan. Il peut être recouru à un contrat de partenariat « lorsque 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 favorables que ceux d'autres contrats de la commande publique ». D'ailleurs, cette disposition a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision en date du 24 juillet 2008⁴¹. Contrairement à l'abandon des critères tenant à l'urgence et à la complexité, l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 procède à une simplification en consacrant uniquement l'efficience économique comme une condition d'éligibilité. Par la même occasion, le législateur soumet dorénavant le recours au montage partenarial à un seuil plancher. C'est une volonté de réserver l'usage du partenariat public-privé à des projets couteux.

Cependant, la décision de recourir au PPP est parfois précipitée par des considérations politiques, notamment à l'approche des élections municipales, au détriment de l'intérêt général. A ce titre, les acteurs publics, aveuglés par leur volonté politique, ne mesurent pas l'étendue des conséquences négatives du recours à ce mode de gestion de l'éclairage public. Aussi, devant faire face aux contraintes économiques, les collectivités territoriales mènent des politiques qui rendent attractives leurs territoriales. Cette formule partenariale en éclairage public apparaît donc comme

⁴⁰ P. Pintat et M. Denis-Vernet, *Contrats de partenariat, CREM, REM... Conditions et intérêt en matière d'éclairage public*, Le Moniteur - Contrats publics, n° 130, 1^{er} mars 2013.

⁴¹ Cons. const., déc., n° 2008-267, 24 juill. 2008, pt. 9 et 10.

une solution de mise en valeur des collectivités, donc de valorisation de leurs territoires. Il semble nécessaire de s'interroger sur les spécificités du partenariat public-privé dans le domaine de l'éclairage public afin de savoir si celui-ci répond aux besoins de renouvellement et de rénovation des équipements publics des personnes publiques. Malgré aussi la controverse dont il fait l'objet, il semble davantage indispensable de savoir si le partenariat public-privé constitue un outil adéquat auquel les pouvoirs publics peuvent recourir sans précaution pour mettre en place leurs projets d'éclairage public. Ces questions sont d'autant plus importantes que les projets d'éclairage public répondent au besoin de la sécurité et à la nécessité de la police. Ils représentent en réalité une part considérable dans le montage partenarial et participent en grande partie à la valorisation du patrimoine des personnes publiques.

Fort de son essor sans cesse, l'éclairage public est le secteur, comme énoncé ci-dessus, qui connaît le plus de grand nombre de contrats conclus en matière de partenariat public-privé. Néanmoins, les activités d'éclairage public, au regard de leurs complexités, ne font pas parties des aspects les plus connus dans la gestion des collectivités territoriales. Il convient donc d'aborder dans une première partie, les particularités du partenariat public-privé dans les projets d'éclairage public (**Titre 1**) puis de traiter dans une seconde partie, la controverse découlant du cadre juridique de ce contrat (**Titre 2**).

TITRE 1 : LE PARTICULARISME DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE EN ÉCLAIRAGE PUBLIC

Si le PPP est un montage complexe, l'éclairage public apparaît véritablement comme un secteur d'exception puisque que son recours n'a cessé de progresser depuis la mise en place de cet outil contractuel en 2004. Cette progression constante signifie que le mariage entre le partenariat public-privé et l'éclairage public fonctionne. Néanmoins, le montage contractuel en matière d'éclairage public se distingue par rapport à la pratique habituelle des partenariats public-privé. Sans ambition d'exhaustivité, le partenariat public en matière d'éclairage public contient certaines particularités qui se manifestent tant au niveau du montage contractuel (**Chapitre 1**) que de l'exécution technique du partenariat public-privé (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LE PERIMETRE DU MONTAGE PARTENARIAL EN ECLAIRAGE PUBLIC

L'objet des partenariats public-privé le plus fréquent est l'éclairage public. La rénovation de l'éclairage public englobe traditionnellement l'équipement électrique des voiries, la signalisation tricolore, la mise en lumière des bâtiments publics, et les illuminations festives⁴². Tous ces éléments font partie intégrante du périmètre du montage contractuel en éclairage public. La singularité de ce montage contractuel complexe se manifeste en réalité tant au niveau des parties contractantes de la convention (**Section 1**) que du financement de l'opération. (**Section 2**).

Section 1 : L'hétérogénéité des parties au partenariat public-privé en éclairage public

Le montage partenarial dans le domaine de l'éclairage public fait apparaître une hétérogénéité dans les parties de la convention. Cette diversité se manifeste, contrairement à la pratique habituelle du contrat de partenariat, sur toutes les parties au contrat. En l'occurrence, cette particularité demeure du côté de la personne privée (§1) et, parfois, du côté des personnes publiques contractantes (§2).

⁴² A. Tardivo, *L'éclairage public, une opportunité pour se former au contrat de partenariat ?*, Contrats Publics n° 130, p. 37.

§1. Une pluralité de partenaires privés pouvant répondre à la convention partenariale

La présence d'une personne morale de droit public est requise pour la qualification de la convention partenariale. Cette dernière peut, en revanche, être confiée à une pléthore de partenaires privés. En matière d'éclairage public, elle peut être confiée soit par une entreprise individuelle (I), soit par un groupement momentané d'entreprises (II).

I. La rareté du recours à une entreprise individuelle

La plupart des partenariats public-privé, en raison de la complexité des missions confiées au titulaire du contrat, sont attribués à un groupement momentané d'entreprises. L'objet même de cette convention partenariale est de déléguer une mission globale au titulaire du contrat. Le titulaire se voit donc confier plusieurs missions à la fois à des stades différents de la réalisation du projet. En réalité, ce n'est que très rarement que la réalisation d'un tel projet complexe se trouve entre les mains d'une entreprise individuelle. La possibilité pour une entreprise individuelle de se porter candidate à une convention partenariale n'est prohibée par aucune disposition mais, compte tenu de la diversité et de la globalité des missions attendues, plusieurs entreprises les pouvoirs publics peuvent se regrouper sous la forme d'un groupement momentané d'entreprises (GME) pour réaliser le projet.

Pourtant, il peut arriver que la mission globale de la convention partenariale soit confiée à une entreprise individuelle. Cette dernière, disposant « d'une bonne assise financière et réunissant en son sein toutes les compétences techniques requises⁴³ », peut conduire le projet tout en se comportant comme un groupement momentané d'entreprises dans la mesure où les aptitudes seront similaires. Souvent l'entreprise individuelle est proposée par des multinationales ayant les compétences financières, techniques et humaines requises pour réaliser parfaitement les prestations attendues. Malgré tout, cette possibilité d'exécuter seule le contrat peut s'avérer trompeuse pour l'entreprise individuelle. Il est nécessaire de préciser à ce stade, en présence de prestations supplémentaires qui ne relèvent pas par nature de la compétence du titulaire du contrat, que cette hypothèse peut se révéler délicate lorsque le projet ne se limite pas à des pratiques classiques notamment la rénovation des installations.

Dans le cadre de l'exécution du contrat, l'entreprise individuelle, lorsque le projet englobe

⁴³ T. Carezni et F. Tenailleau, *Sur quelques spécificités des contrats de partenariat d'éclairage public*, Contrats Publics, n° 130. p. 41.

d'autres prestations qui sont en dehors de ces compétences, aura une équation à résoudre. À titre d'illustration, des prestations telles que la « vidéosurveillance, réfection de voirie, déploiement de fibres optiques, enfouissement de réseaux, etc. » peuvent être une problématique pour l'entreprise individuelle contrairement à un groupement momentané d'entreprises. La gestion de ces prestations étrangères à la compétence par nature du titulaire du contrat amène à ce que ce dernier procède à la sous-traitance qui peut être un handicap pour la cohérence du projet. En outre, le partenariat public-privé peut tout à fait être l'occasion pour les entreprises de procéder à une mutualisation de compétences par la constitution d'un groupement momentané d'entreprises. En matière d'éclairage public, cette pratique est courante compte tenu de la complexité et de l'étendue des prestations attendues pour la réalisation de la mission globale du projet.

II. La préférence à un groupement d'entreprises

Plus habituelle que l'entreprise individuelle, la mutualisation est une technique permettant à des entreprises n'ayant pas en principe les compétences nécessaires pour réaliser une mission globale d'une convention partenariale de l'effectuer par la constitution d'un groupement momentané d'entreprises. Les entreprises disposent d'une liberté totale dans la constitution du groupement sous différentes formes **(A)**. Parfois, le groupement peut se transformer exceptionnellement en une société de projet **(B)**.

A. L'affirmation d'une liberté dans la constitution du groupement momentané d'entreprises (GME)

Prévu dans l'article 51 du Code des marchés publics, et repris successivement par l'ordonnance du 23 juillet 2015⁴⁴ et le décret du 26 mars 2016⁴⁵, le groupement momentané d'entreprises se présente comme une réunion de plusieurs entreprises décidant de proposer une offre commune en réponse à un contrat. Ayant une dimension valorisante, ce groupement n'a pas de personnalité juridique autre que contractuelle et est formé uniquement pour la réalisation de prestations déterminées. Le régime de la liberté des offres sous la forme de groupement d'entreprises reste cependant incarné par un mimétisme. Cette liberté dans sa constitution se manifeste par la possibilité pour les entreprises de constituer le groupement sous différentes formes juridiques. En application de l'article susvisé, la dichotomie des formes du groupement est

⁴⁴ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 50, JO, 23 juillet 2015.

⁴⁵ Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art 45, JO, 27 mars 2016.

avérée. Les entreprises peuvent être constitués sous une forme conjointe⁴⁶ ou solidaire⁴⁷, chacune disposant son régime spécifique. Cette seconde hypothèse est la plus courante en matière d'éclairage public, ou plus largement dans le domaine partenarial.

Le recours traditionnel au groupement d'entreprises pour réaliser un projet d'éclairage public « se présente le plus souvent, compte tenu de la diversité et de la globalité des prestations attendues⁴⁸ ». Même si ces projets sont en quelque sorte réservés aux grands groupes privés, le partenariat public-privé est l'occasion pour les petites et moyennes entreprises (PME) de participer, par le biais des groupements momentanés d'entreprises, à l'élaboration de ces projets complexes. En se référant au décret n° 2009-245 du 2 mars 2009 (JO 4 mars 2009, p. 4008), sont considérées comme des PME les entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 M d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 M d'euros⁴⁹. Le groupement est l'occasion pour les PME d'apporter ensemble une réponse à l'exigence financière de ces projets complexes mais aussi de faire valoir une étendue de compétences par la réunion de leurs expériences. Néanmoins, celles-ci peuvent, dans le cadre de ces groupements, rencontrer des difficultés⁵⁰ liées à la définition des besoins, à l'allotissement et à la solidarité. En leur accordant ce privilège, l'État affiche une politique favorisant l'accès à la commande aux PME. Pour assumer la mission globale dévolue dans le contrat, le GME se présente comme une alternative souhaitée dans la pratique.

Par exemple, le PPP pour l'éclairage public de Veneux-Les-Sablons, conclu en 2012, est attribué au groupement Citéos/SDEL. Le projet, d'une durée de 22 ans, porte sur « l'entretien, la maintenance et le renouvellement des 1 100 foyers lumineux de la commune dont 300 luminaires de type boules qui génèrent de la pollution lumineuse, la signalisation lumineuse de la commune et l'éclairage des terrains sportifs ». L'objet de ce contrat confirme la diversité des prestations attendues dans les projets d'éclairage public. La constitution d'un GME a permis la mise en place de ce projet ayant pour objet le renouvellement de l'éclairage public de cette commune qui était vétuste. Parfois, le GME, créé pour l'exécution de prestations déterminées, se transforme en une

⁴⁶ Un groupement est dit conjoint lorsque chacun des membres n'est engagé à exécuter que les prestations qui lui sont confiées.

⁴⁷ Un groupement est dit solidaire lorsque chacun des entrepreneurs groupés s'engage à réaliser une partie des travaux du marché qui n'est souvent pas spécialisée sur le plan technique, et chacun est solidaire envers le maître de l'ouvrage, de la défaillance éventuelle de l'un d'entre eux.

⁴⁸ Ministère de l'Économie, *Les contrats de partenariat : Guide méthodologique*, 25 mars 2011, p. 57.

⁴⁹ Décret n° 2009-245 du 2 mars 2009 relatif à la définition des petites et moyennes entreprises dans la réglementation applicable à la commande publique, JO, 4 mars 2009, p. 4008.

⁵⁰ J. F. Sestier, *Le groupement d'entreprises : un outil efficace pour l'accès à la commande publique des PME ?*, Contrats Publics, no. 148, 10 novembre 2014, p. 22.

société de projet pour les projets complexes faisant appel à plusieurs opérations spéciales.

B. La transformation exceptionnelle du GME en une société de projet

Dans la pratique, la transformation du GME en une société de projet s'effectue soit, en amont au stade de la sélection des candidatures et des offres, soit, en aval dans le cadre de l'exécution du partenariat public-privé. La possible métamorphose du GME se pose uniquement dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif ou de procédure négociée⁵¹. En l'occurrence, sauf dans de circonstances particulières, notamment en présence d'une défaillance d'un membre de la coalition, la transformation du GME s'avère difficile et entraîne un transfert de membres, c'est-à-dire que ceux du groupement deviennent par nature des actionnaires de cette dernière. Il est donc nécessaire de laisser une marge de manœuvre autorisant la possibilité d'évolution du groupement. Cette hypothèse est notamment plus intéressante lorsque cette évolution est dans l'intérêt de tous les composants du groupement. Mais cette transformation doit être contrôlée d'une manière stricte par les pouvoirs publics, de telle sorte à éviter des dérives. À ce titre, les compétences de la société de projet doivent être similaires à celles du groupement, c'est-à-dire que les capacités professionnelles et financières qui ont poussé à retenir la candidature initiale doivent rester inchangées ou renforcées. Il est à la charge des personnes publiques contractantes d'être vigilantes à cette substitution de société.

Cette vigilance est d'autant plus souhaitée lors de l'élaboration des documents de consultation, notamment le cahier des charges, parce que la possibilité d'évolution du GME doit au préalable être prévue dans l'avis d'appel public à la concurrence. Dans ces conditions, les dérives pourront être limitées. Pour ne pas bouleverser les éléments essentiels de la convention, que ce soit un GME ou une société de projet, le mandataire désigné en amont doit rester solidaire de chacun des membres de la convention pour l'exécution des prestations complexes attendues. La désignation d'un mandataire commun reste donc une formalité substantielle qui, d'ailleurs, ne peut être régularisée⁵². L'application de la transformation du GME en une société de projet pour la conclusion d'un PPP en éclairage public a fait l'objet d'un cas d'école. Par exemple, le 28 juin 2014, le tandem VINCI Energies-SPI a constitué une société de projet pour la conclusion d'un gigantesque PPP pour la rénovation et la gestion de l'éclairage public de la Communauté d'agglomération de Cergy Pontoise. Cette société de projet est constituée spécialement pour la

⁵¹ Ministère de l'Économie, *Les contrats de partenariat et l'intangibilité des groupements candidats*, 9 février 2009.

⁵² CE, 28 avr. 2006, n° 283942, *Synd. mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault* : JurisData n° 2006-070181 ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 166, note. F. Olivier ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 206, concl. D. Casas.

réalisation du projet, elle a donc de ce fait une durée de vie limitée à la fin de l'exécution des prestations qui lui sont confiées. Cette durée de vie est analogue à celle du contrat qui lie la société de projet et la communauté d'agglomération de Cergy Pontoise.

Il s'agit d'un « PPP XL⁵³ ». D'une durée de 18 ans, le partenariat public-privé a pour objectif premier, selon le Directeur de Marque Chez Vinci Energies, Xavier Albouy, de « réduire la consommation d'électricité de 47 % au terme du contrat (18 ans), de 40 % dès la dixième année ». La performance énergétique est donc au cœur de cette collaboration, l'objectif étant de réduire d'une manière considérable la surconsommation de l'énergie sur tout le territoire. Aussi, comme dans tous les PPP en éclairage public, la vétusté des équipements publics est le critère avancé pour justifier ce montage complexe. En l'occurrence, le contrat prévoit « le remplacement de 21 000 points lumineux, dont 7 000 par des LED, la mise en place de la télégestion sur l'ensemble du patrimoine, la gradation sur tous les points renouvelés, la détection sur les cheminements piétons et les voies cyclables... ». Ce projet d'éclairage public sera d'ailleurs plus connecté que celui de Clermont-Ferrand (Puy-de-Dôme), constitué uniquement de 16 000 points lumineux. Avec ces objectifs, cette communauté d'agglomération anticipe en quelque la volonté du législateur⁵⁴ de basculer vers une « transition énergétique⁵⁵ ». Par ailleurs, dans ces types de collaboration, la désignation d'un mandataire commun est une nécessité parce qu'il facilite la réalisation des prestations attendues.

C. La nécessité d'un mandataire commun pour la réalisation des prestations attendues

Ces groupements momentanés d'entreprises, ayant un statut légal depuis 1992⁵⁶ dans le Code des marchés publics, ont pour objet de permettre et de faciliter la réalisation de travaux complexes. Pour une meilleure organisation dans le cadre de l'exécution des projets d'éclairage public, la désignation d'un mandataire solidaire représentant tous les membres de l'alliance est obligatoire. Selon l'instruction d'application du code de 2004, « quelle que soit la forme du groupement », ce mandataire est « désigné dans l'acte d'engagement ». L'acte d'engagement est un document constitutif du contrat, signé par le mandataire du groupement au partenariat public-privé dans lequel se trouve sa proposition globale définitive et s'engage à respecter l'ensemble des

⁵³ O. Schneid, *Éclairage public : vous avez dit smart ?*, La Gazette des communes, 8 février 2017.

⁵⁴ Il a agi avec la Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

⁵⁵ F. Ville, *L'éclairage public fait sa transition énergétique*, La Gazette des communes, 14 avril 2013.

⁵⁶ Décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics, JO, 15 décembre 1992.

clauses du cahier des charges et à respecter le prix proposé. Ce dernier est fixé en prenant en compte toutes les sujétions imprévues, c'est-à-dire qu'il doit inclure toutes les éventuelles dérives possibles.

L'acte d'engagement traduit l'expression de la volonté commune de tous les membres du groupement sur les dispositions contractuelles. Il est désigné dans ce document le mandataire qui joue un rôle de représentation et de coordination, c'est-à-dire il agit au nom et pour le compte du groupement auquel il appartient notamment dans ses rapports avec le pouvoir adjudicateur. Il se doit, en plus de ses obligations de réaliser des travaux, de remplir certaines obligations spéciales relatives à sa mission de mandataire mais également dans la convention de groupement. Par exemple, il est le habilité à « remettre les offres, transmettre au maître de l'ouvrage ou au maître d'œuvre tout document, facturations, contestations, réclamations en provenance des entrepreneurs groupés, tenir le compte des dépenses communes, demander la réception, etc.⁵⁷ ».

En principe, chaque membre du groupement, lorsqu'il ne remplit pas les missions qui lui sont confiées dans l'exécution du contrat, encourt une responsabilité envers les autres. Cette responsabilité s'applique même lorsqu'un membre du groupement n'a pas pris part à l'exécution des prestations⁵⁸. Malgré une fonction notable, le mandataire encourt, dans sa mission de représentation et de coordination, des responsabilités plus considérables envers le pouvoir adjudicateur. Cette responsabilité du mandataire commun est plus apparente dans le cadre d'un groupement solidaire. Certes la solidarité a pour objet de couvrir le risque encouru par le mandataire commun, elle n'interdit pas pour autant à un membre du groupement déclaré débiteur de se retourner contre celui qui a conduit à l'engagement de sa responsabilité. Dans cette circonstance, le mandataire peut faire l'objet d'une demande de dommages et intérêts de la part du membre du groupement à l'initiative de la réclamation. La possibilité pour les partenaires privés de répondre au montage partenarial dans le domaine de l'éclairage public par différentes formes juridiques semble une exception pour les personnes publiques. Elles peuvent néanmoins constituer un groupement de commandes pour se porter candidates à un partenariat public-privé en éclairage public.

⁵⁷ J.P. Babando et J. Bon, *Groupement d'entreprises*, Juris Classeur Contrats et Marchés Publics, 19 avril 2017.

⁵⁸ CE, 29 sept. 2010, n° 332068, *Région Aquitaine*, Contrats-Marchés publics. 2010, comm. 407.

§2. La faculté de constituer un groupement de commandes pour les personnes publiques

Dans le domaine de l'éclairage public, l'exécution des projets d'éclairage public peut en même temps concerner plusieurs collectivités territoriales. Lorsque la réalisation des prestations relève de la compétence simultanée de plusieurs collectivités, ces dernières peuvent décider de faire une alliance pour une meilleure exécution du projet. Elles vont soit mutualiser leurs compétences par la constitution d'un groupement de commandes (I) soit, très rarement par une coopération intercommunale (II).

I. La mutualisation de la réalisation du projet par le recours au groupement de commandes

La procédure de mutualisation prévoit la désignation d'une collectivité membre du groupement de commandes comme « chef de file » ou « coordonnateur » (A). À l'origine, ce dernier avait la capacité de signer le contrat et la convention fixant le transfert de compétences des collectivités vers ce groupement, mais cette hypothèse est censurée par le Conseil constitutionnel (B).

A. Le rôle du chef de file ou du coordonnateur dans le groupement de commandes

Consacré à l'article L. 1414-1 du CGCT⁵⁹, puis repris par l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le groupement de commandes doit être formalisé dans une convention par les acheteurs pour manifester leur volonté commune d'exécuter les prestations. En principe, la mutualisation n'est pas absolue puisque chaque collectivité territoriale membre doit signer la convention de groupement en son nom. Avant toute évaluation, le groupement de commandes a pour spécificité de devoir être approuvé au préalable par les collectivités territoriales membres du projet. En matière d'éclairage public, la constitution d'un groupement constitue une possibilité, notamment lorsqu'un projet d'éclairage public se trouve sur le territoire de plusieurs collectivités. Ces dernières, lorsqu'elles souhaitent renouveler leurs équipements publics, peuvent décider de le faire en recourant au groupement de commandes. L'obligation de constituer un groupement ne porte pas atteinte aux principes de la commande publique⁶⁰.

⁵⁹ Il dispose 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] ».

⁶⁰ CE, Commune d'Aix-en-Provence, 13 juill. 2012, n° 358512.

En effet, la pratique montre que les collectivités territoriales n'ont pas tendance à recourir au groupement de commandes pour leur montage partenarial en matière d'éclairage public. Pourtant, Savigny-le-Temple et Nandy ont décidé de se réunir, pour la première fois⁶¹, dans le cadre d'un groupement de commande pour leur contrat de partenariat d'éclairage public. Force est de constater que le groupement de commandes semble possible lorsque les communes sont limitrophes, mais aussi lorsque ces dernières sont de tailles très modestes. Cependant, ce groupement présente des particularités. Notamment, au niveau de l'exécution financière du contrat, la collectivité paie individuellement le partenaire alors que le "chef de file" se charge uniquement de centraliser les factures. Comme il a été indiqué ci-haut, le recours à la procédure de dialogue compétitif est une tradition en matière de PPP, étant donné que cette dernière permet de déterminer au mieux les besoins du groupement et d'éviter ainsi une mauvaise exécution du contrat de partenariat.

La constitution d'un groupement de commandes doit nécessairement désigner un membre du groupement comme coordonnateur ou « chef de file », ce dernier ayant par nature la qualité de personne morale de droit public et non une de personne morale de droit privé⁶² sauf celle ayant la qualité de pouvoir adjudicateur ou agissant pour le compte d'une personne morale de droit public. Cette désignation lui confère des droits parmi lesquels méritent d'être signalés : la préparation, la passation et le contrôle de l'exécution des marchés au nom et pour le compte des autres membres du groupement de commandes. L'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 apporte une nouveauté, en permettant la possibilité de confier à « plusieurs coordonnateurs la charge de mener tout ou une partie de la procédure de passation ou d'exécution ». Comme pour le coordonnateur unique, les membres choisis pour être « coordonnateurs » communs doivent être identifiables dès le stade de la constitution du groupement. Cette nouveauté consolide encore plus le dialogue entre les collectivités dans la détermination des règles de fonctionnement du groupement, parce qu'elles éclaircissent la mission collective de tous les coordonnateurs.

Par conséquent, le ou les membres du groupement de commandes, en fonction du régime établi, peuvent voir leur responsabilité engagée en de leur qualité de « coordonnateur (s) » du fait des irrégularités de la procédure de passation ou d'exécution. En réalité, en toutes circonstances, les autres membres sont solidairement responsables dans la mesure où le ou les coordonnateurs agissent « au nom et pour le compte » de tous les autres. En tout état de cause, dans le cas du

⁶¹ Ce PPP a été signé le 6 juillet 2012 entre deux communes se réunissant en groupement de commande et SPIE Ile-de-France Nord-Ouest pour la reconstruction de leur éclairage public et de la signalisation lumineuse tricolore.

⁶² Réponse ministérielle, n° 5523, JO Sénat, 22 janv. 2004, p. 177.

recours au groupement de commandes, le respect des dispositions constitutionnelles applicables en l'état actuel du droit doit être avéré. Parce que certaines dispositions, qui à l'origine permettaient au coordonnateur désigné de signer le contrat et la convention précisant les conditions du transfert de compétences des collectivités en la matière vers le groupement de commandes, ont été censurées par le Conseil constitutionnel.

B. La censure de certaines dispositions fixant les conditions du transfert de compétences

Dans une décision en date du 24 juillet 2008⁶³, une saisine collective *a priori* a été déposée devant le Conseil constitutionnel par soixante députés et soixante sénateurs contre la loi relative aux contrats de partenariat. En l'espèce, les requérants avaient attaqué plusieurs dispositions notamment l'article 18 de la susvisée modifiant l'ancien article L. 1414-1 du CGCT. L'alinéa 3 de cet article, seul déféré, permettait « à des collectivités locales de désigner par convention l'une d'entre elles pour réaliser l'évaluation préalable, conduire la procédure de passation, signer le contrat de partenariat et, éventuellement, en suivre l'exécution. La convention devait préciser les conditions de ce transfert de compétences ». En ce qui concerne cette disposition, le juge constitutionnel, sur le fondement de l'alinéa 5 de l'article 72 de la Constitution, interdit tout transfert de compétences d'une collectivité vers une autre. Il ajoute aussi que le coordonnateur ne peut engager tout seul une décision commune en signant le contrat, ce dernier doit désormais être signé par chaque collectivité membre du groupement.

Cette décision consiste pour le juge constitutionnel à faire demeurer une tradition bien française de la délibération dans les collectivités avant toute approbation d'un contrat notamment le partenariat public-privé. Néanmoins, la collectivité « chef de file » désignée dans le groupement de commandes, en parfaite symbiose avec les dispositions 72 de la Constitution, détient toujours des prérogatives qui lui sont propres. Il participe à la mise en place des modalités de passation et du contrôle de l'exécution du partenariat public-privé. Ces hypothèses ont été renforcées par la réforme des marchés publics qui a procédé à une simplification à trompe l'œil du fonctionnement du groupement de commandes, notamment en ce qui concerne les prérogatives du coordonnateur. Cette mission peut dorénavant être exercée par une multitude de collectivités, désignées « coordonnatrices » ou « chefs de file ».

⁶³ Décision n° 2008-567, *Loi relative aux contrats de partenariat*, 24 juillet 2008.

En outre, le Conseil constitutionnel, dans un impératif de sécurité, accorde une attention particulière à une meilleure collaboration dans le groupement de commandes, étant donné que ce dernier est recouru pour les projets complexes tels que l'éclairage public. Comme le constituant n'a en effet habilité la loi qu'à désigner une collectivité pour organiser⁶⁴, le juge constitutionnel estime que le coordonnateur peut seulement « organiser les modalités de codécision des collectivités ou à l'inverse, de décision d'une seule collectivité lorsque le sujet ne concerne que l'une d'entre elles ». En dehors de la possibilité pour les collectivités territoriales de procéder à une mutualisation, par le biais d'un groupement de commandes, dans le cadre de leurs projets d'éclairage public ; la coopération intercommunale reste cependant un mode opératoire ouvert, pouvant être recourue en matière de partenariat public-privé.

II. L'existence d'une alternative par le biais d'une coopération intercommunale

Ensemble, les collectivités territoriales peuvent réaliser leurs projets d'éclairage public en recourant à une coopération intercommunale. L'établissement de cette coopération intercommunale est possible sous diverses structures **(A)** dont certaines sont habituellement utilisées **(B)**.

A. L'existence d'une diversité de structures de coopération intercommunale pour les projets d'éclairage public

La coopération intercommunale traditionnelle, sous la forme de syndicats de communes ou de syndicats mixtes, a été considérée comme insuffisante pour répondre aux besoins des communes. Ainsi, le législateur procède à une réforme afin de donner un nouveau coup de jeune à la coopération intercommunale. Une nouvelle vision de l'intercommunalité voit le jour en 1992⁶⁵ et d'autres réformes⁶⁶, respectivement les lois *RCT*² (Réforme des Collectivités territoriales) et *NOTRe* (Nouvelle organisation territoriale de la République), sont venues consolider le paysage institutionnel de l'intercommunalité. Notamment, ces dernières sont venues apporter une touche de concurrence aux communes en proposant de nouvelles modalités de

⁶⁴ Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 26, Commentaire de la décision n° 2008-567, *Loi relative aux contrats de partenariat*, 24 juillet 2008.

⁶⁵ Loi n° 92-125 du 6 février 1992 d'orientation relative à l'administration territoriale de la République, JO, 6 février 1992.

⁶⁶ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales JO, 16 décembre 2010 ; Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JO, 7 août 2015.

coopération, telles que les métropoles et les Pôles métropolitains. L'analyse s'intéressera davantage à la nouvelle organisation intercommunale résultant de la loi en date du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale. Cette loi procède à une rationalisation en apportant une distinction triptyque de la coopération intercommunale. Désormais, cette dernière peut être organisée sous la forme de communautés de communes, communautés d'agglomération ou communautés urbaines.

Cependant, l'originalité de la coopération intercommunale réside dans l'existence d'un régime différent pour chaque structure, c'est-à-dire que chaque groupement est encadré par des dispositions spécifiques. À titre d'illustration, les articles L. 5214-1 et s., L. 5216-1 et s., L. 5215-1 et s. et L. 5217-1 et s. du CCCT prévoient les régimes respectifs des communautés de communes, de la communauté d'agglomération, de la communauté urbaine et de la métropole. Cette dernière forme de coopération, introduite par la loi RCT puis modernisée par la loi MAPAM⁶⁷, n'est pas encore expérimentée en matière d'éclairage public. Comme la métropole assure la fonction d'autorité organisatrice des compétences qu'elle exerce sur leur territoire, elle pourrait être amenée dans l'avenir à recourir un partenariat public-privé pour leur projet en matière d'éclairage public.

Une telle diversité de forme de coopération, non remise en cause par les réformes susvisées, peut être un moyen, en cas de recrudescence de recours, de renouvellement des équipements publics. Dans la pratique, en matière d'éclairage public, les formes de coopération intercommunale les plus utilisées sont la communauté d'agglomération et la communauté de communes. L'étude approfondie de cas particuliers de partenariat public-privé dans le domaine de l'éclairage public mérite d'être effectuée.

B. Des exemples de PPP en éclairage public conclus par la voie de la coopération intercommunale

Dans la pratique, les collectivités territoriales recourent à la coopération intercommunale pour la réalisation de leurs projets d'éclairage public. C'est ainsi que certaines collectivités territoriales se sont regroupées autour de la Communauté d'agglomération du Val-de-Seine (1) et la Communauté de communes de l'Ouest de la Plaine de France (2) pour renouveler leurs équipements publics.

⁶⁷ La loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles crée les métropoles du Grand Paris et d'Aix-Marseille-Provence, chacune ayant une organisation spécifique. Elle consolide en même temps les métropoles créées par la loi RCT.

1. Le PPP pour la rénovation complète de l'éclairage public de la Communauté d'agglomération du Val-de-Seine (CAVDS)

Étant un équipement de confort et de sécurité, l'éclairage public se présente comme un enjeu majeur inscrit dans la politique publique pour la plupart des communes. C'est dans cette dynamique de mise en valeur du patrimoine architectural que les villes de Boulogne-Billancourt et Sèvres, réunies au sein de la Communauté d'Agglomération Val de Seine ont décidé de procéder à la rénovation totale des réseaux existants, dans le cadre d'une procédure de Partenariat Public-Privé. Le recours à ce montage contractuel permettait non seulement l'exécution rapide du projet d'éclairage public mais aussi une meilleure maîtrise des coûts d'exploitation. Comme l'éclairage public a atteint un seuil de vétusté, le PPP se présente comme l'outil adéquat pour procéder à la rénovation complète des équipements publics de cette agglomération. L'état de vétuste de ces équipements entraînait une hausse sans cesse du coût de la maintenance et de dépense d'énergie.

Ce contrat, s'inscrivant dans une politique de rénovation des équipements publics, avait pour objet « la fourniture d'énergie, l'exploitation et la maintenance de 8 800 points lumineux, le remplacement de 70% des équipements actuels pendant les 3 premières années du contrat ainsi que la mise en lumière de 51 sites⁶⁸ ». D'une durée de 20 ans, ce montage partenarial entre la CAVDS et ETDE (Entreprise de Transport et de Distribution d'Electricité) se symbolise par la prise en compte des objectifs de développement durable. Cette prise en compte se traduit par l'insertion de clauses environnementales. Dans cette optique, le titulaire du contrat s'engage à utiliser des énergies renouvelables dans le cadre de la gestion de l'énergie. Tous ces engagements permettent non seulement de faire des économies d'énergie mais aussi contribuent à la préservation de l'environnement. En matière de partenariat public-privé dans le domaine de l'éclairage public, ce montage, compte tenu de son montant total de 92,3 millions d'euros, représente la plus grande opération jamais remportée par cet opérateur économique, leader dans le domaine de partenariat public-privé en éclairage public en France.

Comme dans la plupart des PPP en éclairage public, des objectifs de performances énergétiques ont été fixés au titulaire du contrat. Ce dernier, en prévoyant dès les trois premières années à renouveler 75% des installations, s'engage à faire, dans un délai réduit, une réduction considérable de la consommation électrique de 38%. Plus encore, le déroulement des travaux de rénovation sera effectué dans le respect des riverains. L'objectif assigné au titulaire du contrat est

⁶⁸ Boulogne-Billancourt – Sèvres, *La rénovation complète de l'éclairage public*, Les Nouvelles de Val de Seine, oct. 2008, p.29.

de réduire au maximum les nuisances sonores provenant des travaux de renouvellement des équipements publics. Par exemple, c'est dans cette optique que « le percement des 130 kilomètres de chaussées sera réalisé par des micro-trancheuses permettant d'ouvrir, de câbler et de refermer la voirie en quelques heures et de réduire au maximum les délais d'intervention⁶⁹ ». L'ensemble de ces éléments démontre la particularité de ce projet d'éclairage public, et laisse penser que cette opération de grande envergure ait pu avoir lieu grâce à la volonté des collectivités territoriales de se réunir autour d'une communauté d'agglomération. Ainsi, la réussite de ce projet d'éclairage public a incité sept communes de Val d'Oise à tenter la même expérience sous une forme de communauté de communes pour mettre en place un partenariat public-privé dans le domaine de l'éclairage public.

2. Le PPP pour l'éclairage public de la Communauté de communes de l'Ouest de la Plaine de France (CCOPF)

La Communauté de communes de l'Ouest de la Plaine France, qui réunit 7 communes du Val d'Oise, a décidé de rénover son parc d'éclairage public par le biais d'un partenariat public-privé. Outil très recouru en matière d'éclairage public, notamment lorsque les équipements publics sont très vieillissants, la CCOPF n'échappe pas à la règle en recourant à cette tradition pour rénover l'éclairage public. En effet, le recours à ce montage contractuel semble automatique dès lors que la vétusté des équipements publics est avérée. Cette vétusté est en réalité la première cause de la surconsommation. Dans cette dynamique, la CCOPF, consciente de l'état laborieux de son éclairage public, décide de mettre en place un montage partenarial. Elle formalise sa volonté avec *Cofely Ineo* par la signature un contrat de Partenariat Public-Privé portant sur « la rénovation, l'entretien et la maintenance de son parc d'éclairage public, de la signalisation tricolore et l'enfouissement d'une partie de son réseau ».

D'une durée de 15 ans, ce contrat prévoit un plan économe en énergie, c'est-à-dire des objectifs de performances, comme dans le cadre du PPP passé par la CAVDS, sont également assignés au titulaire du contrat. En particulier, ce dernier prévoit une économie de la consommation énergétique du parc d'éclairage public de cette coopération intercommunale. À ce titre, Alain Lorand, Maire de Saint Brice sous forêt et Vice-président de la CCOPF, estime que le plan économe en énergie « *renforce de manière significative la maîtrise de ses dépenses énergétiques tout en optimisant son réseau d'éclairage et en améliorant la qualité, l'attractivité et la sécurité de son espace public* ». Ces

⁶⁹ Boulogne-Billancourt – Sèvres, *La rénovation complète de l'éclairage public*, *Ibid.*

propos corroborent avec les objectifs de performances assignés au titulaire, semblant constituer l'un des éléments essentiels du contrat avec la mise en place rapide des installations.

Avec la rénovation complète de son éclairage public, la Communauté de communauté de l'Ouest de la Plaine France affiche sa volonté de valoriser son patrimoine tout en renforçant son engagement en matière de développement durable. Parallèlement, le partenaire économique s'engage à prioriser le développement local en permettant l'accès aux opérations de travaux et de maintenance à des entreprises de proximité. C'est donc la traduction d'une volonté de promouvoir l'accès de petites et moyennes entreprises au montage contractuel complexe. L'objectif affiché de ce PPP est un exemple pour la promotion de l'accès aux PME dans les montages contractuels complexes. La liberté d'accès à la commande publique ne va qu'être renforcée avec le PPP lorsque toutes les entreprises pourront participer à la mise en place de ces contrats complexes. En outre, la diversité des parties au contrat de partenariat dans le domaine de l'éclairage public symbolise la particularité de ce projet. Pour autant, cette singularité ne se limite pas uniquement aux parties au contrat. Elle est aussi apparente dans le financement de ces projets, de plus en plus simplifié.

Section 2 : La simplification du financement du partenariat public-privé en éclairage public

La simplification du financement du partenariat public-privé en éclairage public se manifeste, d'une part, par un allègement des conditions de structuration du financement (§1) et, d'autre part, par une entière responsabilité du partenaire dans la négociation des modalités de mise en place du financement (§2).

§1. L'assujettissement des conditions de structuration du financement des projets d'éclairage public

Dans le domaine de l'éclairage public, et comme dans tous les contrats de partenariat, le partenaire économique assure le « préfinancement » de toute l'opération (I) avec un mode de financement structuré (II).

I. Le « préfinancement » du projet d'éclairage public par le partenaire privé

En tant que contrat à paiement différé, le partenariat public-privé implique un financement principalement privé pour l'ensemble des opérations à réaliser ou par concours symbolique de la personne publique⁷⁰. Le financement des investissements par le concours de la personne publique peut prendre « la forme d'une participation minoritaire de la personne publique au capital de la société titulaire, spécialement constituée pour la réalisation du projet » ou « la forme de versements à titre d'avances et d'acomptes⁷¹ ». La mise en place de ce financement, quelque forme que ce soit, doit bien être déterminée en tenant compte des particularités de ces projets complexes. Il requiert notamment la mobilisation de ressources financières importantes pour des durées relativement longues. En réalité, ce financement s'agit d'un « préfinancement » puisque le partenaire économique sera remboursé ensuite par la personne publique contractante d'une manière étalée pendant toute la durée du contrat. La réforme de la commande a apporté plusieurs modifications quant au financement des marchés de partenariat⁷². En particulier, elle clarifie le régime des avances et acomptes en estimant qu'elle ne peut porter sur plus de 80 % de la rémunération due au titre des coûts d'investissement et de financement.

À l'issue du PPP, les équipements revenant à la CT, la seule contrepartie existante pour l'opérateur économique, titulaire du contrat, est la rémunération. La fixation du montant de cette dernière est essentielle pour l'équilibre du contrat. La difficulté réside dans la détermination exacte de la rémunération du titulaire du contrat. Parce que c'est la personne publique contractante qui doit rembourser le financement des investissements. Ce remboursement n'est pas fixé par un taux mais varie en fonction de l'existence ou non de recettes périphériques. Notamment, ce remboursement pourra être allégé en cas de perception de recettes dites « de valorisation⁷³ » (pouvant, par exemple, être issues de la pose de fibres optiques, du déploiement de réseaux WiFi ou de la mise en place de panneaux publicitaires).

Ces recettes périphériques appartiennent à la personne publique contractante, et seront de ce fait déduites du montant total des investissements à rembourser. La rémunération du titulaire

⁷⁰ Cette nouvelle possibilité de financement public qui peut émaner de l'acheteur public et d'autres personnes publiques est introduite par l'article 80 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

⁷¹ Ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, art. 83, JO, 23 juillet 2015.

⁷² A. Troizier, *Point de vue – Réforme des PPP : objectifs remplis ?*, Le Moniteur, le 25 octobre 2016.

⁷³ T. Carezni et F. Tenailleau, *Sur quelques spécificités des contrats de partenariat d'éclairage public*, *Ibid.*

du contrat englobe, en tenant compte de la taxinomie faite par le clausier⁷⁴, trois ensembles : une composante « investissement », une composante « fonctionnement » et une composante « financement ». Les deux premières composantes sont considérées comme le « loyer financier » que déboursa la CT contractante chaque année. Mais il est plausible de prévoir dans le contrat une rémunération par tâches exécutées, modalité de remboursement plus souple pour la personne publique. Le financement des projets d'éclairage public est particulier par rapport à la pratique des contrats de partenariats, ces derniers étant financés constamment par la mise en place d'une société de projet. En l'occurrence, dans le cadre du montage financier du PPP en éclairage public, le financement *corporate* constitue une solution privilégiée.

II. Un financement *corporate* privilégié pour le montage des projets d'éclairage public

Le choix des sources de financement dépend d'une analyse de plusieurs critères reposant à la fois sur la taille du projet, sa complexité, les garanties requises, ou encore les conditions du marché financier. En pratique, l'expérience montre que le mode de financement le plus répandu en matière de partenariat public-privé est généralement le financement de projet, réservé à des projets de grande taille. Il s'agit d'une technique de financement structurée, élaborée pour les besoins spécifiques d'un projet, au vu duquel les prêteurs acceptent de limiter, en tout ou partie, leurs recours au titre du remboursement de leurs prêts, aux seuls actifs du projet et aux revenus dégagés par son exploitation⁷⁵. Dans ce mode de financement, les partenaires privés dans la société de projet occupent une place prépondérante, étant donné que leurs rémunérations dépendent de la réussite du projet qui, pour la plupart du temps, reste incertaine parce qu'il est souvent étalé sur une longue durée. Ces partenaires financiers jouent donc un « un rôle important de contrôle, de validation et de « force de rappel » avec un fort degré d'alignement des intérêts avec la personne publique⁷⁶ ». Aussi, dans ce type de financement, les établissements bancaires prêteurs sont moins sollicités par rapport à un financement *corporate*. Cette formule de financement *corporate* est particulièrement utilisée pour les projets de taille modeste, parce qu'elle est plus adaptée et moins coûteuse.

⁷⁴ Clausier-type « *Contrat de partenariat d'éclairage public et autres équipements ou services associés* », *Ibid.*

⁷⁵ Z. Sekfali, *Droit des financements structurés*, 2017, p. 536.

⁷⁶ Rapport du Groupe des banques et organismes financiers membres de l'Institut de la Gestion Déléguée, *Le financement des PPP en France*, *Le Moniteur*, n° 5369, 20 octobre 2006.

Dans le cadre du financement *corporate*, la seule garantie explicite existante apportée par le titulaire du contrat, qui est souvent un industriel, offre une assurance aux financeurs de la société de projet. Autrement dit, ce type de financement se caractérise par l'absence de constitution de société de projet, contrairement au financement de projet ou des capitaux propres apportés par les membres du groupement signataire dans des proportions variables. C'est donc au titulaire du contrat de réunir les ressources suffisantes pour financer ces investissements avec ses risques et périls. Mais ce partenaire privé principal peut céder tout ou une partie du capital de la société de projet à un investisseur financier *Brownfield*⁷⁷. Par conséquent, cette cession entraîne de facto un transfert de risques parce que, dans cette formule de financement, tous les risques de l'opération se reposent sur le partenaire privé principal. Avec la réforme de la commande publique, les personnes publiques peuvent participer à l'actionnariat de la société titulaire d'un marché de partenariat, cette hypothèse peut nécessairement entraîner des conflits d'intérêts.

Nonobstant un recours privilégié en matière d'éclairage public, ce type de financement fait courir des risques considérables à la collectivité territoriale en cas de défaillance même partielle du partenaire. Dans ces circonstances, cette dernière doit faire face à la lourde tâche de trouver un partenaire privé capable de reprendre toutes les obligations opérationnelles et financières relatives au projet. La collectivité contractante, en cas de carence de partenaire privé prêt à reprendre le projet initial, peut ainsi être amenée à supporter seule toute l'opération. En termes de coûts, plusieurs raisons portent, en effet, à redouter un fiasco financier qui s'annonce, par exemple la faillite d'une collectivité territoriale. Cette formule de financement *corporate* est une solution à risques pour les collectivités territoriales même si elle est utilisée traditionnellement en matière d'éclairage public. La modélisation de la structuration financière du projet ne doit pas avoir pour effet de modifier le coût initial du projet. Dès lors, il est nécessaire pour le titulaire du contrat de négocier en amont les modalités de mise en place du financement du PPP dans le domaine de l'éclairage public.

§2. Une négociation par le partenaire privé des modalités de mise en place du financement

La négociation des termes et conditions de financement de l'opération en éclairage public est, comme celle relative au contrat, un élément essentiel pouvant apporter une stabilité dans le montage partenarial. Cette négociation montre l'importance de bien maîtriser la structure

⁷⁷ Rapport du Groupe des banques et organismes financiers membres de l'Institut de la Gestion Déléguée, *Le financement des PPP en France, Ibid.*

financière du contrat. Il s'agit d'apprécier d'une manière approfondie la faisabilité financière d'un projet, en particulier la capacité à obtenir l'apport des établissements bancaires. D'ailleurs, la simplification du montage du partenariat public-privé en éclairage public se caractérise par la responsabilité du partenaire privé dans la négociation des termes et conditions du financement. Ces derniers sont discutés avec les établissements bancaires qui, souvent, mettent à disposition aux partenaires financiers des moyens nécessaires pour investir les opérations de renouvellement des équipements publics. Aussi, l'absence de la collectivité territoriale dans ces circonstances démontre la responsabilité du partenaire privé dans ce domaine. Ayant les ressources humaines nécessaires, le partenaire privé dispose de la capacité à discuter, parallèlement des termes d'un montage partenarial avec la collectivité contractante, des termes et conditions du financement de l'opération avec les établissements financiers.

En toute logique, la formalisation du partenariat public-privé intervient dès lors que l'accord financier est détenu par le partenaire privé. Mais, dans la pratique, cette tradition ne se répète pas dans toutes les circonstances. Par anticipation, il peut arriver que la signature du *closing juridique*⁷⁸ intervienne avant la signature du *closing financier*⁷⁹. En d'autres termes, la signature du contrat de partenariat peut parfois intervenir avant l'obtention formelle du financement de l'opération. Donc l'exécution du contrat peut commencer alors même l'étape de la traduction formelle de la faisabilité financière du projet n'est pas encore réalisée. Cette pratique n'est pas une généralité en matière de contrat de partenariat, mais c'est une particularité pour les projets d'éclairage public.

Pour ne pas se trouver dans l'obligation d'arrêter les travaux en cours de route, le partenaire privé doit s'assurer de l'obtention formelle du financement avant de commencer l'exécution du contrat. Il a donc une responsabilité sur la stratégie à adopter dans l'instruction du projet en matière d'éclairage public. Il lui revient la charge de supporter tous les risques en cas de non obtention formelle du financement. Aussi, le partenaire privé doit faire de telle sorte que les dispositions contractuelles soient conformes avec celles du financement. Cette capacité dont dispose le partenaire privé, qui est souvent une industrie de grande taille, à pouvoir face aux établissements bancaires n'est pas du ressort de toute entité, ce qui explique de facto la difficulté pour les PME voire des TPE (Très Petites Entreprises) de se porter candidates individuellement dans le cadre d'un partenariat public privé. Ces TPE, elles, comptent moins de 10 salariés pour

⁷⁸ Rapport du Groupe des banques et organismes financiers membres de l'Institut de la Gestion Déléguée, *Le financement des PPP en France, Ibid.*

⁷⁹ Rapport du Groupe des banques et organismes financiers membres de l'Institut de la Gestion Déléguée, *Le financement des PPP en France, Ibid.*

un chiffre d'affaires annuel et un bilan qui ne dépassent pas les 2 millions d'euros. Dans la pratique, le rôle de ces entreprises dans ces projets complexes est limité, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent participer à l'exécution du contrat que comme sous-traitant du partenaire privé.

Par ailleurs, les méthodes utilisées pour le montage contractuel reflètent la particularité des projets d'éclairage public. Ces pratiques sont en réalité difficilement transposables dans tous les autres secteurs. Elles ne constituent pas donc une règle d'or qui s'applique en toute circonstance de temps et de lieu, consistant à imposer aux CT d'avoir un autofinancement au moins égal aux échéances d'emprunt de l'année à venir. Malgré une simplification, le montage contractuel en matière d'éclairage public comporte des risques considérables pour la personne publique. Il est donc nécessaire d'aller plus loin dans cette volonté de simplifier, en encadrant le montage financier par une obligation de signer le *closing financier* avant le *closing juridique*. Avant d'arriver à ce stade du montage financier du projet d'éclairage public, il est coutumier de bien se concentrer sur l'évaluation préalable des modes de réalisation du projet, qui constitue un enjeu considérable pour le choix de la méthode pour mettre en place le projet. Ensuite, après ces étapes, l'exécution du contrat, symbolisée par sa technicité, représente la traduction de la formalisation du montage contractuel complexe du projet.

CHAPITRE 2 : L'EXECUTION TECHNIQUE DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE D'ECLAIRAGE PUBLIC

Dans le cadre de l'exécution technique du partenariat public-privé, le titulaire du contrat assure une mission globale très complexe en matière d'éclairage public. L'exécution de cette mission est symbolisée par certaines particularités tant en ce qui concerne la mission complexe de réalisation des travaux (**Section 1**) que l'exploitation des installations d'éclairage public (**Section 2**).

Section 1 : La mission complexe de réalisation des travaux d'éclairage public

La réalisation des travaux constitue la première étape de l'exécution du partenariat public-privé. L'exécution de l'opération se traduit par la réalisation des travaux d'éclairage public en plusieurs étapes (§1) mais aussi, d'une manière accessoire, par les travaux d'enfouissement de réseaux (§2).

§1. La réalisation des travaux soumise à une succession de phases non conditionnelles

La succession de phases pendant la réalisation des travaux est une particularité des projets d'éclairage public. Le déroulement ces travaux implique l'exécution de plusieurs tâches à la fois, c'est-à-dire que pour mieux exécuter le projet, la réalisation des installations est effectuée de plusieurs façons, conséquence de la complexité de la mission globale de l'éclairage public. En réalité, la qualification de la mission globale comme étant complexe ne saurait être le cas lorsque la réalisation des installations consistait uniquement en une construction d'un ouvrage unique. C'est donc la réalisation simultanée de plusieurs installations qui confère un caractère technique à l'exécution de la mission globale de l'éclairage public. À ce titre, l'exécution de cette mission globale implique le saucissonnage de la réalisation des travaux. Le découpage du projet en plusieurs phases est formalisé dans le contrat signé entre les deux parties, c'est-à-dire que la personne publique contractante n'est pas soumise à une condition d'affermissement d'une tranche.

L'absence de tranches conditionnelles pour ces phases de réalisation de travaux constitue une exception contrairement à la tradition de la commande publique. Dans ces montages contractuels, ces phases font partie intégrante du contrat de base tandis que dans la commande

publique, l'exécution de ces tâches est subordonnée à une décision de la personne publique contractante. Aussi, elle est soumise à l'accomplissement obligatoire de certaines tâches. En matière d'éclairage public, la réalisation des travaux en plusieurs étapes doit, au préalable, être bien formalisée dans les documents de consultation par la personne publique contractante. L'expression du besoin de cette dernière doit être claire et précise. La responsabilité de l'expression du besoin incombe donc à la personne publique contractante. Mais la MAPP « préconise de ne pas imposer un nombre précis de phases aux candidats de manière à les laisser libres d'organiser leur offre technique⁸⁰ ».

L'énonciation stricte du besoin de la CT contractante par la fixation d'un nombre déterminé de phases peut, par conséquent, fausser l'offre technique des candidats potentiels à l'exécution technique du contrat. Il est donc nécessaire de laisser la liberté aux candidats de déterminer à leur convenance l'élaboration d'un plan de réalisation des travaux par étapes par rapport à la taille du projet en question. Cette liberté contraint en quelque sorte les candidats à être responsables dans la mesure où leur rémunération dépend de l'avancement des travaux. La rémunération, en général, se fait à l'achèvement de chaque phase, donc les candidats doivent veiller au respect du délai de mise à disposition des phases sous peine d'acquiescer des pénalités de retard qui font l'objet de recettes. À titre d'exemple, dans le cadre de l'exécution du PPP de la Ville de Beaune, des pénalités dissuasives fixées à 100 000€ par jour de retard ont été prévues si Ineo ne respecte pas ses engagements⁸¹.

Dans le domaine de l'éclairage public, la mise à disposition d'une tranche de réalisation des travaux se fait dans un temps déterminé. La mise à disposition d'une tranche désigne la constatation de l'achèvement des travaux concernés. La réalisation d'une tranche « dure généralement entre 3 et 6 mois⁸² », ce qui traduit que la durée du projet varie en fonction des tranches à réaliser. Par ailleurs, la réalisation échelonnée des travaux correspond à la complexité de la mission globale des projets d'éclairage public. Cette complexité est plus encore manifeste lorsque la réalisation des travaux comporte la mission accessoire de l'enfouissement des réseaux.

⁸⁰ T. Carezni et F. Tenailleau, *Sur quelques spécificités des contrats de partenariat d'éclairage public*, *Ibid.*

⁸¹ A. Caccivio, *Le PPP en matière d'éclairage permet de valoriser le patrimoine*, *La Gazette des communes*, n° 2199, 2 décembre 2013, p. 36.

⁸² T. Carezni et F. Tenailleau, *Sur quelques spécificités des contrats de partenariat d'éclairage public*, *Ibid.*

§2. L'enfouissement des réseaux d'éclairage public, une solution périphérique à la mission globale du contrat

La possibilité de confier l'enfouissement des réseaux électriques au titulaire du partenariat public-privé en éclairage public suscite un débat juridique⁸³ sur la faisabilité ou non de cette formule. À ce titre, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie (DAJ) a pris position en estimant qu'une « autorité concédante en matière de distribution publique d'électricité peut utiliser la formule du contrat de partenariat pour la réalisation de travaux d'enfouissement de réseaux⁸⁴ ». La réponse affirmative de cette autorité, sans penser aux risques possibles de ce montage contractuel, semble ouvrir la voie à une collaboration partenariale pour l'enfouissement des réseaux électriques. Mais il apparaît que l'usage du partenariat public-privé pour l'enfouissement du réseau électrique comporte quelques obstacles juridiques. Parce que la cohabitation entre la notion de maîtrise d'ouvrage et le périmètre du partenariat public-privé dans le domaine de l'éclairage public est difficile à cerner.

En réalité, l'essence même du partenariat public-privé est le transfert au titulaire du contrat la maîtrise d'ouvrage des travaux relatifs au réseau. Même si la destinataire finale des ouvrages réalisés est la CT, elle en perd la maîtrise d'ouvrage en recourant à un PPP. Dans ce cadre, l'article L2224-31 du CGCT fait obstacle à cette hypothèse, étant donné qu'il réserve la charge aux autorités concédantes d'assurer « le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz » ; c'est-à-dire une possibilité de s'attribuer la maîtrise d'ouvrage publique. Cette situation n'apporte pas, néanmoins, une sécurité juridique sur le recours à cette formule partenariale en matière d'éclairage public. Ainsi, le PPP qui porte sur des travaux d'enfouissement de réseaux est nécessairement contraire aux dispositions légales fixant le régime partenarial dès lors que l'un des éléments de la mission globale du contrat est écarté. Or, il se trouve, pour le bien des collectivités territoriales contractantes, que cette hypothèse doit apparaître comme « une prestation éventuelle supplémentaire⁸⁵ ». En d'autres termes, elles doivent considérer l'enfouissement des réseaux comme une tranche optionnelle, et non comme faisant parti intégrant du contrat.

⁸³ E. Guillaume, et S. Daboussy, « *Le contrat de partenariat permettra-t-il d'enfouir des lignes électriques ?* », Mon. TP, n°5587, 24 décembre 2010.

⁸⁴ *Note de la DAJ*, 19 novembre 2010.

⁸⁵ T. Carezni et F. Tenailleau, *Sur quelques spécificités des contrats de partenariat d'éclairage public*, *Ibid.*

Il est donc nécessaire pour la collectivité territoriale contractante, comme le préconise la MAPP⁸⁶, de formaliser au préalable avec le titulaire du contrat, qui est souvent ERDF⁸⁷, sur la réalisation ou non de cette mission accessoire au contrat. Dans ces conditions, un concours de compétences n'aura pas lieu dès lors que l'exercice de la maîtrise d'ouvrage sur les travaux relatifs au réseau sera déterminé entre l'autorité concédante et le gestionnaire du réseau. Souvent, ce dernier, lorsque cette mission lui est confiée, contribue d'une manière financière aux travaux d'amélioration esthétique du réseau. Donc le périmètre du partenariat public-privé en éclairage peut comporter d'autres composantes, notamment l'enfouissement des réseaux qui revient sans cesse dans la pratique. Par exemple, le PPP sur l'éclairage public de la ville de Longjumeau, signé avec Bouygues Energies et services en 2010, comportait presque quatre kilomètres (4 km) d'enfouissement de réseaux terrestres et aériens. Il appartient donc au titulaire du contrat d'assurer également l'enfouissement des lignes du réseau de distribution d'électricité. Cette illustration montre la tendance à étendre le périmètre du partenariat public-privé en éclairage public. Par ailleurs, la phase de réalisation des travaux d'éclairage public est soumise à des objectifs variés de performances.

§3. La performance globale en phase de réalisation des travaux d'éclairage public

Comme dans tous les contrats classiques, la personne publique contractante impose un délai contractuel d'exécution des prestations ou des travaux au titulaire du contrat. Dans ces conditions, le partenaire s'engage à respecter les délais indiqués dans le programme fonctionnel des besoins, lorsque ceux-ci seront formalisés dans le contrat de base. En pratique, les délais sont mentionnés dans un calendrier de réalisation du projet présentant les délais sur lesquels le partenaire s'engage pour la réalisation des différentes tranches du projet. Le titulaire du contrat a une obligation de respecter les engagements imposés par la personne publique contractante dans la réalisation des travaux d'éclairage public. En général, elle prévoit dans ce calendrier la date contractuelle d'achèvement de chaque tranche, et plus largement de l'ensemble des travaux du projet. Comme la performance est au cœur de la convention partenariale, le partenaire privé dispose d'une obligation de résultat sous peine de pénalités.

En effet, la personne publique contractante impose au titulaire du contrat des objectifs de performances à atteindre en phase de réalisation des travaux d'éclairage public. En pratique, des

⁸⁶ T. Carezni et F. Tenailleau, *Sur quelques spécificités des contrats de partenariat d'éclairage public*, *Ibid.*

⁸⁷ Electricité Réseau Distribution France détient le monopole de la gestion du réseau de distribution d'électricité en France. Il a changé de nom et est rebaptisé *ENEDIS* depuis le 30 mai 2016.

clauses relatives aux objectifs de performance assignés au partenaire en ce qui concerne la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels sont prévues dans la convention partenariale. Le contrôle exercé par la personne publique contractante permet de s'assurer du respect de ces objectifs de performances en phase de réalisation des travaux, notamment en matière de développement durable. De plus, le partenariat public-privé se présente comme un outil adapté pour la fixation des objectifs de performances de développement, étant donné que la durée souvent longue du contrat permet à la personne publique contractante de contrôler de façon permanente le respect des engagements pris par le partenaire. Pour autant, la durée longue du contrat n'exclut pas tout caractère évolutif du périmètre technique du projet et des solutions peuvent y être apportées, dans le cadre d'une amélioration du service, par le partenaire notamment par le biais de « veilles technologiques ».

L'évolution du partenariat public-privé en éclairage public montre, en ce qui concerne la réalisation des travaux, que les objectifs de performances sont souvent bien respectés⁸⁸. L'étude⁸⁹ du respect des engagements contractuels du partenaire en phase de réalisation des travaux est effectuée sur la base de trois dimensions : « le respect des coûts, le respect des délais et le respect de la qualité des travaux ». Par exemple, l'étude révèle que « coûts de construction sont globalement respectés », et surtout que « les acteurs publics ayant signé des CPEP sont très satisfaits dans 44 % des cas de la qualité des travaux ». Certes le taux de satisfaction en phase de construction est élevé, mais il va soi de considérer qu'aucun acteur public n'est insatisfait après l'achèvement de la globalité des travaux d'éclairage public contrairement aux autres contrats de partenariats⁹⁰. Il apparaît donc que la performance en matière de réalisation des travaux constitue une étape importante dans l'exécution du contrat, au point que la MAPPP recommande l'organisation périodique de réunions de suivi du chantier entre les deux parties⁹¹. Ainsi, en dehors de la réalisation des travaux d'éclairage public, certaines particularités sont constatées également dans l'exploitation des installations d'éclairage public.

⁸⁸ Aude Le Lannier et Phuong Tra Tran, *Bilan et évolutions des contrats de partenariat d'éclairage public en France*, Contrats Publics, n° 130, 2013, p. 51

⁸⁹ Une enquête a été menée auprès des signataires de 43 des contrats de partenariat d'éclairage public conclus entre 2005 et 2012 afin d'en faire ressortir les principales caractéristiques.

⁹⁰ Cette même étude montre que, dans 10 % des cas, les acteurs publics se disent insatisfaits de la qualité des travaux pour leur contrat de partenariat conclu dans d'autres domaines, ce qui n'est jamais le cas pour les CPEP.

⁹¹ Clausier-type « *Contrat de partenariat d'éclairage public et autres équipements ou services associés* », *Ibid.*

Section 2 : Le singularisme en matière d'exploitation des installations d'éclairage public

La singularité de l'exploitation des installations d'éclairage public se manifeste par la charge du partenaire d'assurer à la fois la mission de l'exploitation et la gestion énergétique des installations (§1) et, plus encore, la mission d'entretien et de maintenance de ces dernières (§2).

§1. La mission de l'exploitation et de la gestion énergétique des installations d'éclairage public

Le partenaire doit respecter les obligations qui lui sont confiées par la collectivité territoriale contractante en assurant une bonne gestion énergétique des installations (I) conformément aux objectifs de performances fixés dans le contrat (II).

I. La gestion énergétique des installations d'éclairage public

Les installations d'éclairage public désignent « l'ensemble des ouvrages, équipements et installations pour lesquels le Partenaire assure au titre du contrat une mission globale de financement ou de conception, de construction ou de transformation, de mise aux normes de maintenance, d'exploitation et de renouvellement ou de la gestion de l'énergie⁹² ». En effet, la gestion de l'énergie des installations correspond à la combinaison parfaite entre le partenariat public-privé et la performance énergétique. En matière d'éclairage public, la gestion énergétique des installations constitue un engagement du titulaire en termes d'objectifs et de rémunération⁹³. Il appartient donc au partenaire d'apporter sa dextérité afin de réduire, dans la durée des engagements de performance globale du contrat, d'une manière considérable la consommation de l'énergie de l'éclairage public de la collectivité contractante concernée. Force est de constater que le risque de pénalités dissuasives incite le partenaire privé à être performant tout au long de la gestion énergétique des installations.

D'ailleurs, l'exemple du PPP ayant pour objectif la gestion de l'éclairage public a été conclu, le 26 juillet 2012, entre la Ville de Valenciennes et ETDE, pôle Énergies et Services de Bouygues Construction pour un montant de 27,2 M€ sur 20 ans mérite d'être étudié. Auparavant, l'éclairage public de la ville de Valenciennes était géré par un contrat global via un marché

⁹² Clausier-type « *Contrat de partenariat d'éclairage public et autres équipements ou services associés* », *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

d'entreprise de travaux public⁹⁴. À présent, le choix de ce montage contractuel est notamment justifié par la cohérence des objectifs recherchés par cette ville et la réponse apportée par le PPP. Dans ce contrat, le titulaire est soumis à des engagements performantiels dans la gestion du réseau d'éclairage public. En l'occurrence, le contrat prévoit la réalisation de « 51 % d'économie d'énergie, moyenne sur l'ensemble du patrimoine lumineux de la ville : 33 % sur l'éclairage public, 55 % sur la mise en lumière architecturale et 69 % sur la signalisation lumineuse tricolore ». La rénovation de l'éclairage public permet à l'autorité publique contractante de faire des économies d'énergie. Aussi, le respect des engagements contractuels en termes de performances énergétiques implique une réduction drastique des dépenses de fonctionnement dans ce secteur. L'idée pour le titulaire du contrat est donc de mettre en place un projet qui prévoit un mode de consommation approprié aux objectifs recherchés par la collectivité contractante.

Par ailleurs, comme les collectivités territoriales bénéficient d'un tarif bleu sur mesure⁹⁵ en matière d'éclairage public, la MAPPP conseille de ne pas inclure la fourniture d'énergie dans le périmètre du contrat. La fourniture d'énergie doit faire l'objet d'un contrat annexe distinct du contrat de base. Dès lors, il serait plus judicieux que ces dernières gardent la main sur les contrats de fourniture d'énergie tout en conservant leurs tarifs réglementés. Ce privilège permet en réalité à l'autorité publique contractante de réduire singulièrement le coût global de l'opération et d'avoir un contrôle sur cet aspect. Cependant, aucune disposition lui interdit, comme elle ne dispose pas d'expériences nécessaires dans le domaine de la gestion énergétique, de confier au titulaire non pas la charge de passer des contrats de fournitures d'énergies mais la mission d'agir en son nom dans le cadre de la gestion de ces derniers. La gestion complexe de l'éclairage public reflète donc la particularité du projet étant donné que le partenariat public-privé se caractérise par la présence d'objectifs en termes de performances énergétiques. Autrement dit, la performance énergétique est au cœur du partenariat public-privé en éclairage public.

II. La performance énergétique au cœur du partenariat public-privé en éclairage public

La recherche de performance énergétique est l'essence du partenariat public-privé en matière d'éclairage public. En réalité, ce partenariat est mis en place pour plusieurs objectifs, parmi lesquels mérite d'être citée « la réduction de la consommation d'énergie et de développer le

⁹⁴ Laurent Degallaix, maire de Valenciennes, *PPP conclus pour la gestion de l'éclairage public : l'exemple de la ville de Valenciennes*, Contrats Publics, n° 130, 8 mars 2013, p.45.

⁹⁵ L'arrêté du 26 juillet 2013 relatif aux tarifs réglementés, de vente de l'électricité, JO, 31 juillet 2103, p. 12815.

recours à une source d'énergie renouvelable pour la production d'électricité⁹⁶ ». L'idée est de permettre aux communes d'avoir une consommation énergétique plus efficace. Elles doivent se contenter d'*éclairer juste*, à la fois pour diminuer leur impact énergétique mais également pour réaliser des économies⁹⁷ ». L'idée c'est donc d'apporter une efficacité énergétique qui peut être définie, selon l'article 3 de la directive 2006/32/CE du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques, comme le rapport entre les résultats, le service, la marchandise ou l'énergie que l'on obtient et l'énergie consacrée à cet effet⁹⁸. Cette efficacité énergétique tant recherchée dans le domaine de l'éclairage public représente une source vertueuse d'économie pour les collectivités territoriales contractantes. À ce titre, le partenariat public-privé se présente comme un outil adapté aux objectifs recherchés par ces dernières. Il est donc utile de penser que le précurseur du PPP en matière d'éclairage public se trouve dans cette synergie. D'ailleurs, c'est dans ce secteur que l'expérimentation du contrat de partenariat a eu lieu en 2005 dans la commune d'Auvers-sur-Oise.

La terminologie de « performance énergétique » est introduite en droit français par la loi Grenelle 1 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement par l'instauration du contrat de performance énergétique (CPE). Mais c'est la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement qui donne un second souffle à la conclusion de contrat de performance énergétique. Ainsi, plusieurs contrats tels que le contrat de partenariat et le marché public pouvaient servir de support au CPE⁹⁹. En ce qui concerne le marché public, la mission globale faisait obstacle à la conclusion d'un CPE, mais, avec la réforme du 23 juillet 2015, cette conclusion est désormais possible sous l'empire du marché de partenariat. Le CPE a pour objectif la protection de l'environnement par l'élaboration d'un arsenal prescriptif et contraignant pour chaque catégorie d'installation lumineuse.

L'évolution de ce montage contractuel montre en l'occurrence que, sur les 43 contrats de partenariats conclus dans le domaine de l'éclairage public entre 2005 et 2012, 77 % des contrats comportaient des clauses fixant, au titulaire du contrat, des objectifs de performances énergétiques visant à réduire les consommations d'énergie¹⁰⁰. Ces clauses, dans les PPP en éclairage public, sont contraignantes, donc leur non-respect implique des sanctions. Ce qui veut

⁹⁶ L. Moreau, *Efficacité énergétique et éclairage public : incitation au partenariat et prescriptions normatives*, Droit de l'Environnement, n° 190, 1^{er} mai 2011, p. 160.

⁹⁷ L. Moreau, *Efficacité énergétique et éclairage public : incitation au partenariat et prescriptions normatives*, *Ibid.*

⁹⁸ S. Nicinski, *Les contrats de performance énergétique*, Droit et gestion des collectivités territoriales, Tome 33, 2013. Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions, pp. 147-154.

⁹⁹ S. Nicinski, *Les contrats de performance énergétique*, *Ibid.*

¹⁰⁰ Aude Le Lannier et Phuong Tra Tran, *Bilan et évolutions des contrats de partenariat d'éclairage public en France*, *Ibid.*

dire que l'engagement pris par le titulaire lors de l'exécution est une obligation de résultat. En d'autres termes, le titulaire du contrat doit mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour l'obtention des résultats. En général, l'atteinte de ces résultats a pour effet de permettre la réalisation d'économies sur la consommation énergétique avec des objectifs chiffrés. En moyenne, l'étude montre que les « objectifs d'économie d'énergie fixés au titulaire du contrat sont de 35% ». Ce pourcentage révèle tout simplement la part prépondérante qu'occupe la réduction de la consommation de l'énergie dans la politique des collectivités territoriales contractantes.

D'une manière corollaire, ces dernières s'engagent dans une dynamique vers le développement durable en matière d'éclairage public. L'idée connexe de la réduction de la consommation d'énergie est de promouvoir en parallèle le développement du recours à une source d'énergie renouvelable pour la production d'électricité. Toute cette politique publique se caractérise par la réduction autant que possible de l'atteinte des objectifs environnementaux fixés par le pouvoir réglementaire Grenelle 2 avec des fondements pouvant être répressifs. Aujourd'hui, la conclusion d'un PPP en éclairage public doit davantage prendre en compte les défis liés au respect de l'environnement. Il est donc possible de pencher vers un recours sans cesse des énergies renouvelables pour les projets d'éclairage public. Tous ces aspects rentrent dans le cadre de la gestion énergétique des installations d'éclairage public. Néanmoins, le titulaire du contrat n'a pas uniquement pour objectif d'assurer de telles missions, il dispose aussi de la responsabilité en matière d'entretien et de maintenance des installations d'éclairage public.

§2. La mission d'entretien et de maintenance des installations d'éclairage public

La mission globale du projet d'éclairage public peut comporter des prestations complémentaires confiées au titulaire de la convention partenariale. Parmi ces prestations, les missions d'entretien (I) et de maintenance (II) des installations d'éclairage public occupent une place primordiale au point que des objectifs de performances sont assignés au titulaire du contrat.

I. La mission d'entretien, complément de la mission globale du contrat

La réforme de la commande publique du 23 juillet 2015 a fait de la mission globale confiée au titulaire du contrat comme le « noyau dur » du contrat. C'est donc la mission globale du contrat. En effet, la transformation symbolique du contrat de partenariat en « marché de partenariat » laisse apparaître la possibilité de confier des « missions complémentaires au titulaire

du contrat ». Cette mission n'est donc pas obligatoire, c'est-à-dire que le recours à cette hypothèse est une possibilité que les personnes publiques contractantes doivent étudier au moment de l'établissement de la procédure du contrat. Ce qui veut dire que cette hypothèse peut être écartée en amont. Dans la pratique, la mission d'entretien des installations d'éclairage est parfois confiée. Dans ces conditions, les collectivités territoriales doivent avoir recours à un autre moyen contractuel pour assurer cette mission complexe et contraignante en termes de coûts ou assumer seule ces prestations. Etant donné que les PPP en éclairage public sont des contrats de petite taille et de durée relativement longue, un autre moyen contractuel comme la gestion directe ne constitue pas un alternatif puisque les collectivités territoriales ne disposent pas en réalité de capacités techniques et humaines nécessaires pour assumer ces prestations.

Il est donc nécessaire d'inclure cette mission complémentaire, dès l'origine, dans le document contractuel de base. Dans un partenariat public-privé, la collectivité territoriale peut attribuer l'entretien du réseau d'éclairage public au titulaire du contrat. Ainsi, le titulaire du contrat aura la charge d'assurer toutes les prestations relatives à l'entretien des installations d'éclairage public. Ces prestations s'entendent de toutes les opérations qui concourent au bon fonctionnement du réseau. L'entretien permet d'assurer un suivi fréquent de la qualité des installations d'éclairage public. Les exigences fixées dans le cadre de l'exécution du contrat doivent être respectées, sous réserves de sanctions, par le titulaire du contrat. Parce que l'autorité publique a une responsabilité entière en cas de défaut d'entretien de l'ouvrage public. Certes il n'existe aucune obligation générale et absolue d'éclairage de l'ensemble des voies publiques, toutefois l'autorité publique, au titre de ses pouvoirs de police, « doit veiller au bon éclairage des voies publiques situées dans l'agglomération communale, y compris de celles dont la commune n'est pas le maître d'ouvrage ». En ce sens, le juge administratif précise, dans plusieurs décisions¹⁰¹, que le défaut ou l'insuffisance d'éclairage public est susceptible d'engager la responsabilité de l'autorité de police pour défaut d'entretien normal de l'ouvrage public.

En effet, le partenariat public-privé, comportant des engagements en termes de performance, constitue un outil adapté au projet d'éclairage public permettant aux collectivités territoriales de transférer la responsabilité en cas de non-respect des objectifs fixés au titulaire du contrat. Le recours à ce montage contractuel est particulièrement intéressant dans le domaine des réseaux d'éclairage public, domaine permettant d'assigner des objectifs à atteindre au titulaire du contrat. Par sa mission d'entretien des installations d'éclairage public, le titulaire du contrat

¹⁰¹ CE, 14 avril 1976, req. n° 95043 ; CAA Lyon, 27 décembre 1991, req. n° 91LY00185 ; CAA Bordeaux, 27 octobre 2009, req. n° 08BX01196.

s'engage par la même occasion à atteindre les objectifs de performances fixés au préalable dans le document contractuel de base. Par conséquent, le non-respect de ses engagements entraîne des sanctions qui peuvent être des pénalités déduites dans le décompte général, sauf en cas de présence de survenance d'une cause exonératoire. Les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du manquement par l'autorité publique contractante. Dans la pratique, ces pénalités, lorsqu'elles sont constatées, sont applicables automatiquement, c'est-à-dire sans mise en demeure préalable. Il est à noter que le montant des pénalités est défini en amont dans le document contractuel de base.

En outre, l'entretien des équipements publics ne constitue pas la seule mission complémentaire de la mission globale du partenariat public-privé en éclairage public. Pour le bon fonctionnement des installations d'éclairage public, le titulaire du contrat est parfois chargé d'assurer la maintenance de l'ensemble du réseau. Même si elle est une mission complémentaire, elle constitue une clé de voute dans l'exécution de la convention partenariale dans le domaine de l'éclairage public.

II. La mission de maintenance des installations d'éclairage public

La synergie de missions obligatoires et complémentaires ne peut faire que l'objet d'un contrat global. La variété des missions confiées au titulaire du contrat caractérise les degrés de complexité des projets d'éclairage public. La maintenance peut être aussi, comme la mission d'entretien des réseaux, une mission complémentaire de la mission obligatoire du contrat global. Il apparaît que le choix d'insérer ou non cette mission comme faisant partie intégrante du contrat de base appartient à l'autorité publique contractante, choix acté en évidence dans la détermination de son besoin. Ainsi, la maintenance des installations d'éclairage public, dans un objectif de cohérence de projet, ne doit pas constituer un choix accessoire pour l'autorité publique contractante. Autrement dit, la décision de donner la charge au titulaire du contrat, comme mission complémentaire, doit être effectuée de manière automatique pour une meilleure exécution du contrat. Cette solution implique un transfert de responsabilité vers le titulaire du contrat, entraînant une décharge pour l'autorité publique contractante, parce qu'elle n'aura plus à assurer la maintenance des installations d'éclairage public.

Ainsi, il ne reste plus à l'autorité publique contractante que la charge d'assurer le contrôle de l'exécution des prestations en termes de performances attendues. Ce contrôle est facilité en

amont par la fixation d'objectifs de performances dans la maintenance des installations d'éclairage public. Afin d'estimer l'efficacité des contrats, le contrôle de l'autorité publique contractante permet de savoir si les prestations attendues dans le domaine de la maintenance ont été atteintes ou pas par le titulaire du contrat. Lorsque les objectifs ne sont pas atteints, comme dans le cadre général de l'exécution du contrat, des pénalités peuvent être enjointes à ce titre au titulaire du contrat. Cependant, l'évolution de la pratique démontre que, pour le moment, malgré une complexité dans les faits, les objectifs fixés dans le cadre de la maintenance des installations d'éclairage public sont relativement satisfaisants¹⁰². La satisfaction partielle sur ce domaine, et d'une manière générale sur l'ensemble de l'exécution du contrat, laisse à penser que les CT contractantes ne vont pas arrêter dans un futur plus ou moins à recourir à ces montages contractuels complexes. Le droit de regard, que gardent en quelque sorte ces dernières, donne de la flexibilité au contrat tant critiqué.

Par ailleurs, la maintenance de l'éclairage public sur le long terme est une mission très contraignante pour le titulaire du contrat, parce qu'elle permet de donner une « seconde vie » aux équipements devenant au fur et à mesure de l'exécution du contrat obsolètes. Elle a pour objet d'améliorer la qualité des installations d'éclairage public, et est effectuée par l'intervention du titulaire du contrat qui a de la compétence technique requise pour assurer cette mission. La maintenance permet d'améliorer le fonctionnement des équipements publics, étant donné que le titulaire du contrat peut être amené à proposer des solutions prenant en compte les avancées technologiques. Il n'est exclu par aucune disposition la possibilité pour les communes contractantes d'entretenir elles-mêmes leurs réseaux d'éclairage public. Même si cette hypothèse n'est pas fréquente dans la pratique, elle n'est pas à écarter. À ce stade, il est utile de préciser que ces dernières ont intérêt à tendre vers une synergie de missions, en optant pour l'insertion automatique de la mission complémentaire de maintenance comme faisant partie intégrante du contrat. Cette solution est favorable à une bonne exécution du contrat, technique par sa nature. Elle apporte aussi de la stabilité et de la cohérence dans l'exécution technique du contrat.

Dans sa globalité, la pratique montre que l'exécution technique du contrat en éclairage public est satisfaisante. Les engagements contractuels pris par le titulaire du contrat sont globalement respectés. Cependant, il apparaît que depuis son instauration, les critiques n'ont cessé de s'intensifier sur le partenariat public-privé, outil présenté comme adapté aux projets d'éclairage public. Si cela est effectivement le cas, il conviendra d'analyser plus en profondeur

¹⁰² Aude Le Lannier et Phuong Tra Tran, *Bilan et évolutions des contrats de partenariat d'éclairage public en France*, *Ibid.*

l'étendue de cette formule sur le long terme en termes de risques et de conséquences pour les collectivités territoriales, séduites dès l'origine par cet outil davantage controversé par les praticiens de la commande publique. L'adaptabilité du PPP et les projets d'éclairage public n'est peut-être qu'une illusion, c'est-à-dire qu'elle peut être, dans une approche globale, trompeuse pour les CT contractantes.

TITRE 2. LA CONTESTATION DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ EN ECLAIRAGE PUBLIC

Depuis leur création par l'ordonnance du 17 juin 2004, les collectivités territoriales ont eu largement recours aux contrats de partenariat pour renouveler leurs équipements publics. La symbiose entre ce montage contractuel et l'éclairage public semble fonctionner. Même si le PPPP constitue un mode innovant d'achat public, que ces dernières ont rapidement utilisé ; cet outil, depuis sa création, a été victime de plusieurs salves d'attaques¹⁰³. Il se symbolise donc par un mimétisme constant, c'est-à-dire que c'est une formule à plusieurs facettes. D'une part, le partenariat public-privé est, certes, une formule séduisante pour les autorités publiques contractantes, mais est victime de son encadrement imprécis favorisant son recours sans cesse dans le domaine de l'éclairage public (**Chapitre I**). D'autre part, il peut être trompe l'œil au final, étant donné qu'il peut s'avérer dangereux pour les CT contractantes (**Chapitre II**).

CHAPITRE 1 : LE PPP, UN OUTIL VICTIME DE SON ENCADREMENT IMPRECIS

Le partenariat public-privé est devenu un outil contractuel concurrençant les marchés publics classiques ou les délégations de service public. La loi du 28 juillet 2008 ainsi que l'ordonnance du 17 juin 2004 disposent qu'il ne peut être recouru à un contrat de partenariat que s'il est expressément justifié de déroger au droit commun. Le recours à ce montage contractuel fait l'objet d'un encadrement réglementaire, jugé insuffisant. Dès lors, la réforme de la commande publique du 23 juillet 2015 tente de procéder à un encadrement plus strict des conditions de recours à cette formule contractuelle (**Section 1**), tout en lui subordonnant une nécessaire évaluation préalable des modes de réalisation du projet (**Section 2**).

Section 1 : Vers un encadrement plus strict des conditions de recours au contrat de partenariat

Ayant été victime de plusieurs salves d'attaques de la part des parlementaires¹⁰⁴ et de la Cour des comptes¹⁰⁵, ce contrat d'exception de la commande publique, désigné comme faisant

¹⁰³ O. Didriche, *La création d'une nouvelle formule contractuelle : le marché de partenariat*, AJ Collectivités Territoriales, 2015, p.633.

¹⁰⁴J.-P. Sueur et H. Portelli, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, *Ibid.*

une part trop belle aux grandes entreprises privées, suscite des interrogations. Notamment, les assaillants ont mis en exergue les limites et les risques associés à cette formule contractuelle. Ces attaques ont été prises en compte par le législateur qui, par une réforme de la commande publique, souhaite apporter des modifications permettant de simplifier les conditions de recours au contrat de partenariat. Dès lors, cette réforme implique un changement profond du paysage juridique, au paravent défavorable à la souplesse du PPP (§1), en posant un nouveau cadre juridique plus strict (§2).

§1. Un paysage juridique auparavant défavorable à la souplesse du partenariat public-privé

L'objectif affiché de la réforme du 23 juillet 2015 est de simplifier les conditions permettant aux CT contractantes de solliciter ce contrat dérogeant les règles du droit commun de la commande publique en ce qu'il concentre entre les mains du partenaire privé la maîtrise d'œuvre et la maîtrise d'ouvrage, là où la loi du 12 juillet 1985 impose la dissociation de ces fonctions. Mais le cadre juridique fixé par l'ordonnance du 17 juin 2004 ainsi que les précisions apportées par la loi du 28 juillet 2008 semblent défavorables à la souplesse du contrat. Dans le domaine de l'éclairage public, la complexité se présente comme l'unique critère pouvant justifier le recours au contrat de partenariat (I) tandis que les autres critères sont timidement recourus (II).

I. Le recours systématique au critère de la complexité pour justifier un projet d'éclairage public

L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 dispose que le recours à un contrat de partenariat est possible dès lors qu'il est expressément justifié de déroger au droit commun, au regard de l'un des deux critères suivants : la complexité et l'urgence. Ces deux critères ont été complétés par l'article 2 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, par celui de l'efficacité économique. Faudrait-il rappeler, à ce stade, que ces trois critères ne sont pas cumulatifs, ils sont donc alternatifs. Dans la pratique, le critère de la complexité est largement privilégié pour recourir au contrat de partenariat. Cette dynamique peut être justifiée dans la mesure où ce critère permet de recourir à la procédure de dialogue compétitif pour la passation du partenariat public-privé. Aussi, c'est un moyen de favoriser la politique de l'externalisation de

¹⁰⁵ Cour des comptes, « *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser* », *Ibid.*

l'achat public. L'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que le dialogue compétitif est une procédure « *dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre* ». Le recours à cette procédure est fait uniquement lorsque les projets en question sont relativement complexes, c'est à dire ceux pour lesquels la CT n'est pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques de répondre à ses besoins, ou d'établir le montage juridique ou financier du projet.

Il semble nécessaire d'affirmer que l'adaptation entre le projet d'éclairage public et la procédure de dialogue compétitif ne fait guère doute. En effet, la tendance générale du recours au contrat de partenariat justifié systématiquement par le critère de la complexité se confirme dans le secteur de l'éclairage public. Cela ne veut pas dire que d'autres critères, en particulier celui d'urgence, ne sont pas utilisés ; mais, la pratique est toute autre. À titre d'illustration, la Cour des comptes relève, dans rapport annuel en date du 11 avril 2015, que les « 29 contrats examinés sont tous fondés sur le critère de complexité ». Elle ajoute que ce critère « n'est pour autant pas réellement démontrée alors même que l'assistance à maîtrise d'ouvrage permet de lever cet obstacle dans le cadre d'un marché classique¹⁰⁶ ». Cette étude montre la récurrence du recours à cette condition alternative pour justifier les projets complexes. La plupart des projets ont été réalisés sur le fondement de la complexité alors que, en réalité, ils n'ont pas ce caractère. Dans le domaine de l'éclairage public, la Cour des comptes pointe du doigt les contrats de PPP signés par les communes d'Autun et de Digoin. Elle estime que la complexité de l'opération n'est pas démontrée, les arguments développés étant par ailleurs transposables à de nombreux investissements publics locaux. Il est utile de préciser que cet état de fait est la conséquence de l'imprécision des critères de recours à ce contrat d'exception du droit commun de la commande publique.

Ainsi, le caractère exceptionnel de ce contrat semble de plus en plus banalisé dans la mesure où la justification de ce montage contractuel est systématiquement liée à la condition de complexité. Dans ces conditions, les PPP en éclairage public vont sans cesse continuer leur essor, rendant banal ce contrat alors que le recours à cette formule contractuelle demeure à l'origine exceptionnel. Cela ne fait guère doute que la facilité de justifier la mise place d'un projet d'éclairage par le critère de la complexité a permis aux collectivités territoriales de recourir largement aux contrats de partenariat. Parallèlement à ce constat, la politique de promotion

¹⁰⁶ Cour des comptes, « *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser* », *Ibid.*

menée par la MAPPP, organisme expert créé en octobre 2004 et rattaché au ministre chargé de l'économie et des finances, facilite l'accès des CT à cet outil. Il est utile de rappeler que cet organisme donne un avis, certes facultatif, contrairement aux contrats de partenariat passés par l'État, mais qui a une influence considérable sur l'expansion de cette formule contractuelle dans le domaine de l'éclairage public. La configuration de la MAPPP lui met dans une situation de potentiel « conflits d'intérêts¹⁰⁷ ». La Cour des comptes relève l'ambiguïté de l'intervention de la MAPPP dont la compétence couvre à la fois des fonctions de conseil et d'évaluation, et des missions de promotion des contrats de partenariat¹⁰⁸. Il est donc normal de se douter de la crédibilité d'un organisme à plusieurs facettes dont ces avis n'ont aucune valeur juridique.

À ce stade, il est utile de constater que les critères, malgré leurs pluralités, sont trop « mal utilisés ». En l'occurrence la mise au premier plan de critère de complexité reflète un déséquilibre flagrant entre les critères de recours au PPP. Ce déséquilibre existe parce que, à l'origine, le législateur n'a pas pris soin de préciser les conditions de recours à ce contrat d'exception. Par conséquent, le critère de la complexité est devenu un « fourre-tout » pour les collectivités territoriales dès lors qu'elles veulent justifier leurs projets d'éclairage public. Ce dynamisme sans cesse, en général dans tous les contrats de partenariats, a réveillé le juge administratif dans son sommeil. Dans ses appréciations de l'éligibilité des conditions de recours, le juge administratif admet souvent l'inégalité de la condition tirée de la complexité du projet, notamment parce que son recours semble banalisé. Dans la pratique, ce critère est rempli lorsque les projets sont d'une grande taille, ce qui n'est pas le cas des projets d'éclairage public.

Parallèlement, le critère de l'urgence se démarque, à un degré moindre, en matière d'éclairage public. Néanmoins, il est recouru classiquement contrairement à la condition alternative de « l'efficacité économique », introduite par le législateur en 2008, complètement laissée en rade. Pourtant, c'est cette dernière condition qui est consacrée uniquement et définitivement comme une condition *sine qua non* à remplir pour le recours au marché de partenariat dans la réforme du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

¹⁰⁷ J.-P. Sueur et H. Portelli, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, *Ibid.*

¹⁰⁸ Cour des comptes, « *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser* », *Ibid.*

II. D'un recours timide du critère de l'urgence à un recours inexistant du critère de « l'efficacité économique »

S'il est fréquent dans la pratique que les projets de renouvellements des parcs d'éclairage public sont justifiés systématiquement par le critère de la complexité, le critère de l'urgence est toutefois avancé, mais d'une manière timide, pour justifier du recours au partenariat public-privé. Ce critère est avancé « 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 imprévisible¹⁰⁹ ». L'appréciation de l'établissement de ce critère est effectuée par la MAPPP qui donne un avis, pour rappel, qui n'a aucun effet juridique. La pratique montre, en effet, que ce critère est timidement recouru en matière d'éclairage public parce que sa justification, contrairement au critère de la complexité, est difficile à établir. Par exemple¹¹⁰, la MAPPP a donné un avis positif sur un projet de construction et d'exploitation de l'éclairage public de la ville de Saint-Fons justifié par le critère de l'urgence. Dans cet avis, il relève que « les risques graves et immédiats pour la sécurité des personnes et des biens invoqués dans l'évaluation préalable traduisent bien l'urgence réelle du projet porté par la ville ». Il ressort de cet avis que ce critère est analysé *in concreto* au regard des éléments de faits du projet d'éclairage public considéré¹¹¹.

Etant donné que ce critère ne permet pas le recours au dialogue compétitif, qui est une tradition en matière de PPP, il est plus difficile pour les collectivités territoriales de justifier leurs projets d'éclairage public sur ce fondement. Il apparaît donc que ce critère n'est pas en parfaite adéquation avec la possibilité de recourir à la procédure de dialogue, qui est au cœur du PPP. Faudrait-il rappeler que la procédure de dialogue compétitif permet aux opérateurs économiques - potentiels futurs titulaires du contrat - d'apporter une meilleure réponse aux besoins des collectivités territoriales grâce aux échanges entretenus avec ces dernières. Cependant, le recours timide à l'urgence pour justifier les projets d'éclairage public est la conséquence de l'imprécision des critères de recours au PPP. Dans la pratique, le retrait du recours de l'urgence, par rapport au critère de la complexité, est l'œuvre du législateur qui n'a pas donné une définition précise à cette notion. L'imprécision du critère de l'urgence et celui de la complexité entraînent un flou total sur leur étendue, dans ce cadre, le rapport des parlementaires propose de les définir précisément. La

¹⁰⁹ J-P. Sueur et H. Portelli, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, *Ibid.*

¹¹⁰ Avis de la MAPPP n° 2007-08 sur le projet de « construction et d'exploitation de l'éclairage public de la ville de Saint-Fons.

¹¹¹ P. Pintat et M. Denis-Vernet, *Contrats de partenariat, CREM, REM... Conditions et intérêt en matière d'éclairage public*, *Ibid.*

situation de l'urgence doit résulter de circonstances exceptionnelles pour la personne publique et n'étant pas de son fait¹¹².

Parallèlement, la dernière condition alternative de « l'efficacité économique » n'est presque jamais recourue, au point que le rapport susvisé propose sa suppression totale. L'article 2 de la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat dispose que le PPP peut être « 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 [les bilans] d'autres contrats de la commande publique ». Cette condition revient à analyser les avantages économiques du projet en question par rapport aux autres formules contractuelles possibles. Ce qui veut dire que l'évaluation préalable comparative est déterminante dans ces circonstances. Il est utile de préciser, à ce stade, que les critères pour justifier du recours au contrat de partenariat en matière d'éclairage public sont choisis par les collectivités territoriales d'une manière déséquilibrée. Ces deux critères sont moins recourus que le critère classique de la complexité du projet. Cette situation reflète le manque de clarté et d'équilibre des conditions de recours au contrat de partenariat, rendant ainsi difficile la souplesse souhaitée à cette formule contractuelle d'exception. En outre, cette souplesse est désormais recherchée par le législateur dans sa réforme en date du 23 juillet 2015, en unifiant les règles relatives aux marchés publics au sens du droit de l'Union européenne. Désormais, il est donc utile d'espérer un paysage juridique favorable à la souplesse du PPP, à moins qu'elle soit trompe l'œil.

§2. Un paysage juridique désormais favorable à la souplesse tant recherchée du partenariat public-privé

La réforme de la commande publique, en transposant les directives européennes¹¹³, marque une évolution importante - plus qu'une réelle révolution - de ce droit et constitue la première étape d'une démarche de simplification du droit de la commande publique¹¹⁴. Elle vient donner une nouvelle ère au PPP en procédant à une unification sous la formule « marché de partenariat ». En procédant ainsi, des changements ont eu lieu notamment sur les conditions de

¹¹² J-P. Sueur et H. Portelli, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, *Ibid.*

¹¹³ L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics transpose le volet législatif de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et de la 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.

¹¹⁴ O. Didriche, *La création d'une nouvelle formule contractuelle : le marché de partenariat*, *Ibid.*

recours. Cette réforme supprime les conditions relatives à l'urgence et à la complexité du projet mais consacre définitivement la condition du « bilan favorable » (I). D'une manière anodine, elle introduit une nouvelle condition d'éligibilité : le seuil de recours au marché de partenariat (II).

I. La consécration singulière par le législateur de la condition alternative de “bilan favorable”

Faisant l'objet de nombreuses critiques, les conditions de recours au PPP ont été bouleversées par la réforme de la commande publique. L'apport fondamental de cette réforme est d'unifier plusieurs formules contractuelles¹¹⁵ en un seul et unique contrat : le marché de partenariat. L'objectif est donc de procéder à une simplification en donnant une définition précise des conditions de recours. Dans cette optique, l'ordonnance du 23 juillet 2015 abroge ainsi l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat qui contenait des règles juridiques complexes n'apportant pas de souplesse au PPP. Ces deux contrats ont certes des ressemblances mais le marché de partenariat contient des spécificités qui lui sont propres même s'il reste toujours dérogatoire au droit commun de la commande publique. Notamment, il est désormais possible de confier une mission de service public dans la mission globale du marché de partenariat. Aussi, la gestion de la mission globale du contrat est libre, c'est-à-dire que les collectivités peuvent monter leurs projets en fonction de leurs besoins.

Mais il est nécessaire de s'intéresser particulièrement aux changements apportés dans les conditions de recours du marché de partenariat. En l'occurrence, la réforme pose un nouveau cadre juridique innovant. Pourtant, le rapport des parlementaires recommandait la suppression pure et simple de la condition de « bilan favorable » et un encadrement strict des conditions relatives à la complexité du projet et de l'urgence. La réalité est toute autre puisque le législateur a décidé de faire un « contre-pied » aux recommandations souhaitées par les assaillants du PPP. En effet, la réforme a consacré uniquement le critère de « bilan favorable » tout en supprimant les conditions relatives à la complexité et à l'urgence. Cette nouvelle condition d'éligibilité est prévue à l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Il dispose que « La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service

¹¹⁵ Les personnes publiques pouvaient, sous l'empire des textes antérieurs, choisir entre plusieurs formules contractuelles (contrat de partenariat, bail emphytéotique administratif, autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels...) lorsqu'elles souhaitaient externaliser la maîtrise d'ouvrage et recourir à un préfinancement privé de leurs équipements.

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 ». Il est utile de préciser que « l'acheteur ne peut donc efficacement justifier le recours au marché de partenariat en expliquant que c'est le seul montage lui permettant d'étaler la dépense dans le temps¹¹⁶ ».

Par ailleurs, même si certaines conditions de recours sont supprimées, la consécration de la condition du « bilan favorable », introduite par la loi du 28 juillet 2008, n'a pas changé d'objectif qui est de faciliter le recours à un contrat d'exception. Cette condition mérite une appréciation souveraine approfondie du juge administratif dans la mesure où l'accès à un contrat d'exception semble de plus en plus difficile au premier abord avec la consécration de ce critère d'éligibilité. Mais la jurisprudence administrative, si elle est constante, semble *a priori* restrictive quand à ce critère parce qu'elle a eu à affirmer, par exemple¹¹⁷, qu'un très faible écart sur le plan financier en faveur du contrat de partenariat ne permet pas, à lui seul, d'établir l'efficacité économique du contrat de partenariat. Ce critère soulève des inquiétudes puisque son appréciation repose sur une subjectivité totale, d'autant plus que l'avis sur un recours d'un tel projet est donné par la MAPPP, qui est un organisme controversé. Même si un flou reste encore sur cette condition, l'espoir est permis pour la souplesse de ce contrat d'exception. La redéfinition des fonctions et des pouvoirs de cet organisme susvisé peut jouer un rôle considérable dans le renouveau de cette formule contractuelle.

Etant une exception en matière de PPP, le domaine de l'éclairage public pourrait connaître une seconde jeunesse lorsque le nouveau cadre réglementaire sera adapté dans la pratique. Comme la réforme a procédé à une simplification en consacrant d'une manière explicite la condition du « bilan favorable », les collectivités territoriales peuvent peut-être profiter de ce nouveau cadre juridique pour renouveler leurs parcs d'éclairage public, qui sont la plupart obsolètes. Force est de constater que la consécration de cette condition unique, dans son appréhension, peut poser des problèmes aux collectivités territoriales. Ayant une volonté de simplification, cette réforme peut rendre encore plus difficile le recours à ce nouveau contrat. Les précisions apportées par le décret d'application de l'ordonnance ne sont pas suffisantes pour espérer véritablement une seconde jeunesse de ce contrat qui n'est pas encore soumis à la pratique. Il semble très difficile de se prononcer sur l'étendue de l'établissement du « bilan

¹¹⁶ O. Didriche, *La création d'une nouvelle formule contractuelle : le marché de partenariat*, *Ibid.*

¹¹⁷ TA Lille, Préfet du Nord, req. n° 1206631, 17 décembre 2013.

favorable » qui n'a pas énormément changé dans les deux régimes. Le législateur a donc un rôle important à jouer pour apporter une sécurité juridique à ce type d'opération¹¹⁸, d'autant plus que ce critère est considéré comme renfermant une grande subjectivité¹¹⁹. En dehors du critère relatif au bilan favorable, la réforme de la commande publique poursuit son innovation en introduisant une nouvelle condition d'éligibilité : le seuil de recours au marché de partenariat.

II. L'introduction surprise d'une nouvelle condition d'éligibilité : le seuil de recours au marché de partenariat

La réforme de la commande publique prévoit que l'évaluation préalable au choix du marché de partenariat devra désormais faire l'objet d'un avis d'un organisme expert et être accompagné d'une étude de soutenabilité budgétaire¹²⁰. Cette phase d'instruction du marché de partenariat est une nouveauté qui mérite d'être énumérée. La réforme de la commande publique est allée plus loin dans sa volonté d'apporter des changements sur le cadre juridique du contrat de partenariat en introduisant une nouvelle condition d'éligibilité : le seuil de recours au marché de partenariat. Dès lors, le marché de partenariat ne pourra être sollicité que si sa valeur « est supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire, 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 encouru¹²¹ ». Retirée puis réintroduite dans l'ordonnance finale, le seuil de recours au marché de partenariat conduit fatalement à une sélection quelque peu systématique des projets¹²². Mais la réforme de la commande publique du 23 juillet 2015 avait une faille parce qu'elle n'avait pas précisé le montant du seuil recours au marché de partenariat. Pourtant, le rapport¹²³ recommandait de subordonner le recours aux contrats de partenariat à la condition que le montant estimé dépasse un seuil financier de 50.000.000 €HT (cinquante millions d'euros hors taxes). Il est utile de préciser, aussi, que le législateur est allé encore une fois à l'encontre des assaillants du PPP. D'ailleurs, Emmanuel Macron qualifiait l'introduction d'un seuil unique pour tous les PPP comme n'ayant pas de « sens »¹²⁴.

¹¹⁸ La Gazette des communes, *Encensés avant d'être décriés, les PPP connaissent un renouveau*, 31 octobre 2016, p.35.

¹¹⁹ A. Boullault et A. Vandepoorter, *Les conditions de recours au marché de partenariat*, Contrats Publics, n° 159, novembre 2015, p.38.

¹²⁰ Ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, art. 74 et 75, JO, 23 juillet 2015.

¹²¹ Ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, art. 75, JO, 23 juillet 2015.

¹²² A. Boullault et A. Vandepoorter, *Les conditions de recours au marché de partenariat*, *Ibid.*

¹²³ J-P. Sueur et H. Portelli, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, *Ibid.*

¹²⁴ E. Macron. Propos recueillis par B. Rallu, S. D'Auzon et J-M. Matalon, Le Moniteur n° 5827, 31 juillet 2015.

Par ailleurs, pour éviter un vide juridique, l'ordonnance a renvoyé à un décret d'application le soin d'encadrer d'une manière stricte le recours au marché de partenariat et plus spécifiquement de préciser la portée du seuil. C'est ainsi que l'article 151 du décret du 26 mars 2016 relatif aux marchés publics¹²⁵ est venu préciser la condition du seuil de recours au marché de partenariat prévue à l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Le pouvoir réglementaire fixe trois seuils¹²⁶ avec des montants relativement modestes, par rapport à ce que recommandait le rapport susvisé. Les acheteurs publics peuvent désormais recourir au marché de partenariat en considération de la nature de l'opération objet du marché de partenariat et des missions confiées au titulaire¹²⁷. L'introduction de ces seuils modestes ne fait que conforter l'idée de sélection systématique des projets. En opérant ainsi, le législateur semble promouvoir le développement de projets de petite taille. En l'occurrence, le domaine de l'éclairage public, en particulier, est concerné puisque le montant du seuil est fixé à **5 millions d'euros HT**. Le faible montant de ce seuil va certainement provoquer une redynamisation des projets d'éclairage public, d'autant plus que les contrats passés dans ce domaine étaient déjà de faible montant. La réforme de la commande publique, en introduisant ces seuils planchers, réserve ces montages contractuels complexes aux projets coûteux. La pratique a d'ailleurs montré que la viabilité du montage n'était pas toujours acquise sur les "petites" opérations¹²⁸. Nonobstant cette volonté restrictive clairement affichée de la réforme de la commande publique, le recours à un montage en PPP notamment dans le domaine de l'éclairage public va certainement connaître un renouveau lorsque le nouveau cadre juridique sera adapté aux spécificités des projets d'éclairage public.

Au regard de ce cadre juridique restrictif, il est fort probable que le recours du marché de partenariat dans le domaine de l'éclairage public va connaître une seconde jeunesse. Mais la mise en œuvre de cette condition d'éligibilité peut être problématique pour les collectivités territoriales notamment dans l'évaluation de la valeur du marché de partenariat. Conformément à l'article

¹²⁵ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art 151, JO, 27 mars 2016.

¹²⁶ « Le seuil prévu à l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, au-delà duquel les acheteurs peuvent recourir au marché de partenariat, est fixé à :

1° **2 millions d'euros HT** lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que 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 ;

2° **5 millions d'euros HT** lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :

a) Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;

b) Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments mentionnés aux 2° et 3° du II de l'article 67 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ;

3° **10 millions d'euros HT** lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés aux 1° et 2° du présent I.

¹²⁷ A. Boullault, *Les dispositions réglementaires spécifiques au marché de partenariat*, Contrats publics, n° 166, juin 2016. p.73.

¹²⁸ O. Didriche, *La création d'une nouvelle formule contractuelle : le marché de partenariat*, Ibid.

151¹²⁹ susvisé, la valeur du marché de partenariat est évaluée 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. Cette appréciation de la valeur paraît difficile dans la mesure où le montant global final du marché de partenariat ne peut se connaître en amont. Parce que la valeur du marché de partenariat peut être toute autre, c'est-à-dire qu'elle peut dépasser le montant initialement prévu. Dans ces situations, les collectivités territoriales - plus particulièrement les communes - doivent supporter ces surcharges financières. Ces dernières, même si elles ont été responsabilisées par cette réforme, ne peuvent contrôler ces aléas. Il aurait été opportun de préciser la part de responsabilité des contractants en cas de changement de circonstances lié à la valeur du marché de partenariat. En outre, à côté de ces conditions de recours au marché de partenariat, la réforme de la commande publique subordonne, quel que soit le montant de l'opération à réaliser, la passation d'un marché de partenariat à une évaluation préalable du mode de réalisation du projet. Cette évaluation est donc une nouveauté introduite par la réforme de la commande publique, elle est donc obligatoire et sera soumise à un « organisme expert »¹³⁰.

Section 2 : La nécessité d'une l'évaluation préalable des modes de réalisation du projet

La réalisation d'une évaluation préalable était une étape indispensable pour recourir au PPP et, aujourd'hui, l'est pour le marché de partenariat. Cette étape est le déclenchement de la procédure de passation du marché de partenariat et est privilégiée pour mieux préparer cette dernière. Elle est donc de la responsabilité entière des CT contractantes. L'évaluation préalable implique une analyse comparative des modes de réalisation du projet (§1) mais aussi, d'une manière concomitante, la réalisation d'une étude de soutenabilité budgétaire (§2).

§1. Une évaluation comparative du mode de réalisation du projet

Cette condition de lancement de la procédure de passation du marché de partenariat est prévue dans l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015¹³¹ qui précise que la décision de recourir à un marché de partenariat doit être précédée de la réalisation d'une « évaluation du mode de réalisation du projet ». En effet, cette évaluation est une nouveauté introduite par la réforme de la commande publique. Pourtant, il existait déjà sous l'empire du contrat de

¹²⁹ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art 151, JO, 27 mars 2016.

¹³⁰ Ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, art. 76, JO, 23 juillet 2015.

¹³¹ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art 74, JO, 23 juillet 2015.

partenariat une obligation¹³² de réaliser une évaluation préalable. La réforme de la commande publique consacre définitivement cette obligation tout en l'adaptant, parce que le champ d'application de l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet est plus large que celui qui existait sous l'empire des dispositions relatives au contrat de partenariat. L'évaluation préalable du mode de réalisation du projet permet à la personne publique, grâce à une présentation du projet et à un comparatif en coût complet des différents montages contractuels envisageables pour le réaliser, d'assurer que l'outil de commande publique choisi est le mieux adapté au projet envisagé¹³³. Ce n'est donc pas strictement une évaluation juridique approfondie de la formule partenariale, l'idée est plutôt de « comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet¹³⁴ ». En application des dispositions de l'article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, cette évaluation n'est pas limitée au marché de partenariat, elle est obligatoire pour tout marché public portant « sur des investissements dont le montant HT est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire ». Ce qui veut dire que cette évaluation n'est pas réservée uniquement au marché de partenariat.

Dans le cadre d'un marché de partenariat portant sur un projet d'éclairage public, l'évaluation du mode de réalisation du projet doit permettre à la collectivité territoriale de combiner plusieurs formules contractuelles possibles pour traduire ses besoins. Elle doit prendre en compte l'ensemble du périmètre fonctionnel du projet. En d'autres termes, elle vise « fondamentalement à identifier et justifier la solution organisationnelle la plus adaptée au besoin exprimé par la personne publique, par exemple le choix entre marché public classique, délégation de services publics et contrat de partenariat¹³⁵ ». Cette analyse comparative doit être menée de manière objective par les CT contractantes. Dans la pratique, le caractère objectif de cette évaluation du mode de réalisation du projet semble biaisé, étant donné que les collectivités territoriales ont tendance à privilégier immédiatement la formule partenariale plutôt qu'une autre. Parce que ces dernières ont subi la politique de promotion faite à la formule partenariale, et de ce fait, sont très subjectives dans leur appréciation d'autant plus que la Mission d'Appui au Financement des Infrastructures - successeur de la MAPPP ? -, organisme expert placé auprès du ministre chargé de la réglementation de la commande publique, rend un avis sur l'évaluation du mode de réalisation du projet. Le nouveau cadre juridique de l'évaluation préalable répond aux

¹³² Cette obligation était prévue à l'ancien article L1414-2 du CGCT. Il disposait, à ce titre, que les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation.

¹³³ Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art 24, JO, 27 mars 2016.

¹³⁴ Ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, art. 40, JO, 23 juillet 2015.

¹³⁵ C. Menard, J.M. Oudot, *L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat*, Ecole nationale d'administration (ENA) « Revue française d'administration publique », 2009/2 n° 130, p. 352.

critiques de la Cour des comptes selon lesquelles l'analyse menée était trop souvent « un moyen de valider un choix a priori de la collectivité en faveur du contrat de partenariat¹³⁶ ». La réforme de la commande publique a donc pour objectif d'inciter les CT d'éviter tout préjugé favorable à cette formule contractuelle. L'encadrement opéré par cette réforme sur l'évaluation préalable permet désormais de ne pas favoriser un mode de réalisation du projet en particulier puisqu'elle doit envisager l'ensemble des montages contractuels possibles.

Par ailleurs, cette évaluation préalable comporte « une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet¹³⁷ ». Il est à noter ici un changement de notion par rapport à l'évaluation obligatoire qui existait avec le régime du contrat de partenariat puisqu'on parlait de « cout global ». À propos de cette notion, la fiche d'impact de l'ordonnance du 23 juillet 2015 retient que « l'analyse en coût complet devra permettre le chiffrage du projet, quelle que soit l'origine des flux financiers considérés (paiement direct par la personne publique, paiement différé, paiement par l'utilisateur). Tous les scénarios envisagés devront reposer sur le même périmètre (conception, construction, exploitation, maintenance, financement), afin d'aboutir à une comparaison objective et complète, en l'état des connaissances à ce moment du montage du projet et des prévisions établies par la personne publique à ce stade de l'opération¹³⁸ ». Le changement de terme n'empêche pas que ces deux notions aient des ressemblances, étant donné que leur objectif reste le même, c'est-à-dire celui de trouver l'outil le moins coûteux pour la CT contractante. Néanmoins, cette réforme n'a pas précisé, contrairement au régime du contrat de partenariat, si l'évaluation préalable devait prendre en compte ou pas l'impact des risques notamment pour les CT. La précision de ces éléments permet d'avoir une approche plus approfondie sur les conséquences probables de cette formule partenariale. Certes l'évaluation préalable poursuit des objectifs d'ordre contractuel, la réforme de la commande publique, dans son objectif d'encadrer d'une manière stricte le recours au marché de partenariat, précise aussi que l'évaluation du mode de réalisation du projet doit prendre en compte des considérations budgétaires, d'où le recours obligatoire à une étude de soutenabilité budgétaire.

¹³⁶ Cour des comptes, « *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser* », *Ibid.*

¹³⁷ Ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, art. 40, JO, 23 juillet 2015, *Ibid.*

¹³⁸ Fiche d'impact Projet de texte réglementaire, p. 59.

§2. La réalisation concomitante d'une étude de soutenabilité budgétaire

L'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit aussi cette obligation pour tous les acheteurs publics. Il dispose que tout acheteur a l'obligation de réaliser « également une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits ». Cette étude de soutenabilité budgétaire est donc un complément qui s'ajoute à la mission d'évaluation du mode de réalisation du projet. Désormais, des considérations d'ordre budgétaires doivent être prises en compte par les acheteurs dans le cadre de leur évaluation préalable. L'objectif est d'avoir une cohérence entre ces deux étapes connexes. Cette étape ne constitue pas une nouveauté en soi puisque la réglementation relative au contrat de partenariat prévoyait que « le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique¹³⁹ ». Cette démarche existait donc avant la réforme de la commande publique. L'étude de soutenabilité budgétaire appréhende tous les aspects budgétaires du projet. En effet, elle est « une démarche de bon sens et de bonne gestion des deniers publics¹⁴⁰ ». L'étude de soutenabilité budgétaire se présente, contrairement à l'évaluation du mode de réalisation du projet, comme une spécificité des marchés de partenariat. En d'autres termes, cette technique d'appréhension de la soutenabilité budgétaire, préalable avant la passation d'un marché de partenariat, n'est pas généralisée dans tous les contrats publics visés par la réforme de la commande publique. Pourtant, l'objectif de cette dernière est de procéder à une simplification et à une unification des règles applicables aux contrats publics. Il aurait été opportun de généraliser cette obligation à l'ensemble des contrats complexes.

Par ailleurs, l'étendue de cette étude de soutenabilité est précisée par l'article 148 du décret du 25 mars 2016¹⁴¹. Sur le fondement de cet article, cinq éléments obligatoires¹⁴² doivent être pris en compte dans l'étude de soutenabilité budgétaire :

- le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle,
- 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,
- l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur,

¹³⁹ Code Général des Collectivités Territoriales, ancien art. L. 1414-10.

¹⁴⁰ L. Cuzzi et A. Le Moal, *Évaluation préalable du mode de réalisation du projet*, Contrats Publics n° 159, novembre 2015, p. 41.

¹⁴¹ Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art 148, JO, 25 mars 2016.

¹⁴² DAJ, Les marches de partenariat, le 21 juin 2016, p.4.

- ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan,
- une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat.

Ces éléments vont permettre de savoir si les collectivités territoriales disposent de ressources financières nécessaires pour s'engager dans une formule partenariale de longue durée. La réforme de la commande publique semble précéder dans sa forme l'évaluation juridique préalable à l'étude de soutenabilité. Mais, dans la pratique, il est mieux de faire cette étude de soutenabilité budgétaire avant l'évaluation préalable parce que les collectivités territoriales doivent veiller à assurer une meilleure utilisation des deniers publics. Aussi, elles doivent maîtriser les impacts des projets auxquels elles s'engagent dans leurs finances publiques. Pour améliorer l'efficacité des dépenses publiques, la réforme de la commande publique prévoit que, comme l'évaluation du mode de réalisation du projet, un avis motivé approuvant le projet doit être rendu. En effet, l'approbation de l'étude de soutenabilité budgétaire est faite par le ministère chargé du budget. L'avis donné par la direction du budget renforce en réalité la confiance des collectivités territoriales qui assurent le financement des projets complexes. Ces dernières doivent être convaincues de leurs engagements financiers, d'autant plus que ces contrats complexes peuvent être *trompe l'oeil* pour les personnes publiques contractantes.

L'instauration d'un nouveau paysage juridique a permis d'encadrer d'une manière plus stricte le recours au partenariat public-privé. L'adaptation de ce nouveau cadre juridique dans les projets des collectivités territoriales va certainement permettre le renouveau du PPP dans sa globalité, et plus particulièrement le domaine de l'éclairage public déjà séduit par cette formule contractuelle. Il est nécessaire que le recours au marché de partenariat n'est pas recommandé lorsque les projets sont de petites tailles, mais, avec cette réforme, cette hypothèse semble de plus en plus plausible. Néanmoins, la réforme de la commande publique semble outrepasser les risques liés à cette formule partenariale, et c'est dans cet aspect en particulier que les critiques ont été les plus virulents. Il aurait été opportun de préciser l'étendue du partage de risques entre les contractants dans le cadre d'une formule partenariale. Ce qui laisse peut être à penser que l'obscurité plane toujours sur certains aspects du partenariat public-privé. Malgré le nouveau cadre juridique favorable à la souplesse de cet outil, il demeure toujours risqué pour les collectivités territoriales.

CHAPITRE 2 : LE PPP, UN OUTIL RISQUÉ POUR LES POUVOIRS PUBLICS

Pour établir des relations contractuelles fiables dans le partenariat public-privé, le dialogue compétitif se présente comme la procédure adaptée. Il va de soi de bien négocier les termes d'un contrat qui est un outil à haut risque pour les collectivités territoriales contractantes. En effet, l'engagement de ces dernières pour la réalisation de leurs projets d'éclairage public peut avoir un impact sur leur situation financière (**Section 1**). Dans ces circonstances, cette formule, à priori séduisante, peut être fallacieuse pour les collectivités territoriales contractantes (**Section 2**).

Section 1 : L'impact du partenariat public-privé sur la situation financière de la personne publique

L'intérêt du recours à la formule partenariale pour les collectivités territoriales est un fait d'ordre budgétaire et financier. En effet, cette formule partenariale contient, à priori, pour les CT plusieurs avantages notamment dans sa simplicité contractuelle, contrairement à la maîtrise d'ouvrage publique. Toutefois, l'exécution de ce contrat présente plusieurs inconvénients pour ces dernières dont les conséquences se manifestent sur différents aspects. Elle entraîne de facto un endettement systématique de la CT qui doit rembourser l'investissement consenti par le titulaire du contrat (§1). En réalité, dans la pratique, les problématiques liées aux enjeux financiers sont insuffisamment prises en compte, ce qui est sources de risques budgétaires pour les collectivités territoriales (§2).

§1. L'endettement systématique de la collectivité territoriale par l'investissement du partenaire privé

Le partenariat public-privé désigne une nouvelle forme de contrats publics fondée sur des techniques de financement venues du secteur privé. Cette partie relative aux financements du secteur privé, étant une prestation obligatoire, est sans doute celle qui révèle le mieux l'originalité de la formule. Dans le cadre de ce montage contractuel, l'investissement consenti par le partenaire privé est remboursé pendant une longue durée par la CT (**II**), ce qui peut peser un poids sur ses finances. Ainsi, il sera très difficile pour la personne publique de connaître le coût final du contrat, étant donné qu'il y'a une instabilité des marchés financiers (**II**).

I. Le remboursement étalé de l'investissement privé par la collectivité territoriale

L'essence même du partenariat public-privé est que le financement du projet soit effectué par le titulaire du contrat, même si la CT peut désormais « concourir au financement des investissements ». Or, comme l'a rappelé la Cour des comptes, les investissements réalisés par la personne privée dans le cadre d'un contrat de partenariat « correspondent en réalité à un endettement public et devront faire l'objet de remboursements par la puissance publique¹⁴³ ». Ces investissements seront remboursés par la CT sous forme de « loyers ». Cette formule contractuelle permet donc un paiement permanent sur toute la durée du contrat. Ce qui veut dire que le titulaire du contrat tire profit dans ce contrat, en grande partie, grâce au remboursement versé par la CT et d'autres ressources périphériques. La réforme de la commande publique a repris cette possibilité de rembourser, d'une manière étalée, pendant toute la durée du contrat. Pourtant, l'article 60¹⁴⁴ de l'ordonnance du 23 juillet 2015 semble restreindre cette possibilité aux personnes publiques en posant le principe de l'interdiction de l'insertion de clause de paiement différé dans tous les marchés publics. Cependant, cette même ordonnance, notamment son article 66¹⁴⁵, est venue nuancer cette interdiction en posant une dérogation à cette règle applicable à l'ensemble des contrats de la commande publique. Cet article dispose que les marchés de partenariat sont soumis à l'ensemble des dispositions de la première partie de la présente ordonnance, « à l'exception des articles 32, 59, 60 et 62, ainsi qu'aux dispositions suivantes ». En d'autres termes, le principe de l'interdiction du paiement différé n'est pas applicable dans le cadre du marché de partenariat. Dès lors, la personne publique peut toujours procéder à un remboursement de l'investissement étalé sur toute la durée du contrat, sous forme de « loyer annuel ». Il semble nécessaire de préciser que, sur ces aspects, la réforme de la commande n'a fait que demeurer une tradition bien ancienne du PPP.

La réforme de la commande publique a pris soin de préciser les modalités de détermination de la rémunération du titulaire du contrat. L'article 80¹⁴⁶ de l'ordonnance susvisée prévoit ces modalités et lie en particulier la rémunération du titulaire à des objectifs de performances. Ce qui conduit la personne publique à rembourser le titulaire du contrat en fonction des objectifs de performances prévus au préalable dans le programme fonctionnel des

¹⁴³ J-P. Sueur et H. Portelli, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, *Ibid.*

¹⁴⁴ Ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, art. 60, JO, 23 juillet 2015

¹⁴⁵ Ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, art. 66, JO, 23 juillet 2015

¹⁴⁶ Il dispose que « La rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par l'acheteur, à compter de l'achèvement des opérations mentionnées au 1° du I de l'article 67, pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat ».

besoins. Elle est contrainte de rembourser annuellement par « des loyers » variables en fonction de l'atteinte ou pas des objectifs chiffrés. Cet aléa qui existe sur le coût que devra verser la personne publique chaque année au titulaire du contrat risque d'être problématique pour les finances des collectivités territoriales. Parce que ces dernières allouent chaque année un budget qui doit être équilibré, ce qui veut dire que la variation probable des montants versés par ces dernières peut entraîner des conséquences sur le respect de l'équilibre budgétaire. En réalité, en opérant ainsi, l'État se désengage en quelque sorte de sa responsabilité en n'apportant pas une sécurité juridique nécessaire à l'endettement des collectivités territoriales. Philippe Seguin¹⁴⁷ disait avant son décès, à propos de cette formule contractuelle, que « de façon générale, on peut dire que l'État a fait preuve, dans toutes ces opérations, d'une myopie coûteuse ».

En outre, cette affirmation est révélatrice du désengagement l'État sur sa politique envers l'équilibre des budgets des CT. Le désendettement automatique de ces dernières par un remboursement étalé n'est qu'une partie cachée de l'iceberg, puisque d'autres considérations méritent - ultérieurement - d'être soulevées. Le remboursement de l'investissement pose, de *facto*, un problème de maîtrise des coûts prévisionnels du budget des CT et plus particulièrement du projet. Il faut donc limiter les effets pervers du recours systématique au contrat de partenariat, provoqué par une crise économique sans précédent, et de rétablir une certaine sincérité budgétaire au sein des bilans comptables, afin de considérablement anticiper les éventuels risques. Ces circonstances leur posent des difficultés quant à l'appréciation du coût global du contrat, ce dernier pouvant dépasser parfois largement ce qui est strictement réservé pour le projet lors de l'évaluation préalable. Étant donné que cette dernière ne s'appuie pas sur des données existantes au moment où elle est faite, on ne peut que constater, dans la pratique, un écart entre le coût prévisionnel du projet et le coût final notamment dans le domaine de l'éclairage public.

II. La difficile maîtrise des coûts prévisionnels du contrat au regard de l'instabilité des marchés financiers

Comme les évaluations préalables effectuées lors du recours au PPP ne sont pas crédibles, il est difficile de pouvoir estimer le coût global de ce type de contrat, d'autant plus qu'il ne peut être connu que lorsque son exécution est terminée. L'évaluation préalable, même effectuée avec grande rigueur, voit régulièrement ses estimations largement dépassées, et les finances de la CT sont directement et durablement impactées. Ces contrats peuvent donc s'avérer plus coûteux que

¹⁴⁷ Il est le premier président de la Cour des comptes.

les marchés classiques. La formule partenariale conduit systématiquement à un renoncement de la compétence de la CT en matière de maîtrise d'ouvrage publique (MOP). Dans le cadre de la MOP, la CT prend en charge la réalisation des travaux par un emprunt qu'elle contracte directement auprès des établissements bancaires. Ce coût est moins onéreux que le remboursement qu'elle fera dans le cadre d'une formule partenariale. Dans ce dernier cas, le coût de la transaction est difficile à estimer lorsque le projet en question nécessite des prestations accessoires comme le recours à une maîtrise d'œuvre. En effet, le coût global d'un partenariat public-privé fait l'objet en réalité d'une estimation lors de l'évaluation préalable. La difficulté repose sur l'estimation d'un coût global qui est flexible, parce qu'il est appelé certainement à évoluer lors de l'exécution du contrat. Ce coût global est constitué à la fois de l'ensemble des coûts identifiés sur le projet, mais également des coûts supplémentaires générés par les risques identifiés en amont¹⁴⁸. S'engager sur un contrat dont le coût global est incertain, et surtout sur une longue durée, est risqué pour les finances des collectivités territoriales lorsque le remboursement est plus onéreux de ce qui était prévu lors de l'évaluation préalable.

Même si la CT connaît le coût global du contrat lors de sa signature, ce dernier n'est qu'une estimation. Il existe donc des risques d'évolution de ce coût au regard de l'instabilité des marchés financiers. Il est difficile de maîtriser ces évolutions de coût qui interviennent en fonction des circonstances de temps. Ainsi, les candidats à ces contrats complexes, connaissant cette instabilité des marchés financiers, prévoient souvent des clauses contractuelles prenant en compte ces évolutions incontrôlables. Ces clauses contractuelles sont manifestement défavorables aux collectivités territoriales. La politique des candidats à ces contrats complexes consiste à faire supporter le risque lié à toute évolution de coût émanant de l'instabilité des marchés financiers aux CT contractantes. Donc ces dernières ne sont pas en mesure de connaître la charge budgétaire liée à l'exécution du contrat. Il apparaît que le coût prévisionnel du contrat peut être largement dépassé par la variabilité des conditions de marché. D'ailleurs la Cour des comptes est allée dans ce sens en disant que, dans la pratique, « le bilan financier de certains contrats est défavorable par rapport aux prévisions¹⁴⁹ ».

Cette situation peut, par conséquent, entraîner des dérives financières pouvant être à l'origine de la résiliation du contrat. Par exemple¹⁵⁰, le PPP signé par la Ville de Soissons avec la société Citelum en 2007 pour l'éclairage de la ville a occasionné un surcoût de 500 000 euros par

¹⁴⁸ F. Lichère, B. Martor, G. Pedini, S. Thouvenot, *Pratique des partenariats public-privé*, LexisNexis Litec, 2009.

¹⁴⁹ Cour des comptes, « *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser* », *Ibid.*

¹⁵⁰ Cour des comptes, « *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser* », *Ibid.*

an pour la ville. Ne pouvant pas supporter ce surcoût considérable, une délibération du Conseil municipal en date du 14 décembre 2012 autorise le Maire à prononcer la résiliation du contrat de partenariat sur un motif de « fautes graves » moyennant une indemnité à verser de 1.368.718, 21€. Cette commune a donc indemnisé lourdement cette entreprise sans avoir le bénéfice de renouveler son parc d'éclairage public. De surcroît, un autre partenariat public-privé pour l'éclairage public est dénoncé par la Ville de Châtillon-sur-Chalaronne (Ain) pour des plusieurs difficultés notamment la clause de financement contient des frais financiers invariables¹⁵¹. Comme pour la ville de Soissons, le maire, a résilié le contrat avec l'entreprise privée pour confier son parc au syndicat intercommunal d'énergie et de e-communication (SIEA). S'il ne souhaite pas s'exprimer sur l'affaire, toujours en justice, il indique « ne pas être opposé sur le principe au PPP, par exemple pour la construction d'un bâtiment. Mais pas pour l'éclairage public¹⁵² ». À côté de l'endettement systématique, la mise en place du contrat présente un risque considérable pour les CT au regard des aléas financiers et budgétaires qui pèsent sur elles.

§2. Une insuffisance manifeste de la prise en compte des enjeux financiers

L'absence d'informations au moment de l'évaluation préalable du contrat ne joue pas en faveur d'une étude de soutenabilité budgétaire prenant en compte toutes les données nécessaires à la mise en place du volet financier du projet. Cette situation ne permet pas une meilleure prise en compte de l'ensemble des risques du projet, notamment de nature financière. Dès lors, la mise en place du contrat fait peser un double risque de rigidification et d'éviction sur le budget des personnes publiques¹⁵³. Afin de connaître les impacts d'un projet, l'étude de soutenabilité budgétaire doit prendre en compte « tous les aspects financiers du projet de marché de partenariat ». La réforme de la commande publique du 23 juillet 2015 accorde une place importante à la gestion des risques. Le recours à cette formule partenariale impose en réalité aux collectivités territoriales de s'endetter sur plusieurs années, parce qu'elles doivent rembourser l'investissement consenti par le partenaire privé. La rémunération par les personnes publiques des opérateurs privés est une dépense de fonctionnement.

En effet, cette formule partenariale peut donc avoir des répercussions sur le budget des collectivités territoriales puisque ce dernier doit prendre en compte annuellement le montant « des loyers à verser ». La difficulté repose sur l'évaluation de ce coût à payer chaque année

¹⁵¹ Commune de Châtillon-sur-Chalaronne, *Extrait du procès-verbal des délibérations du conseil municipal*, 16 avril 2012.

¹⁵² O. Schneid, *Le PPP, un outil à manier avec précaution*, Ibid.

¹⁵³ J-P. Sueur et H. Portelli, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, Ibid.

puisque'il est flexible, ce qui veut dire que les dépenses des CT vont continuer à augmenter sans que ces dernières aient les moyens nécessaires pour supporter ce surcoût. Ainsi, un contrat de partenariat crée « un effet d'inertie qui intervient, par ailleurs, sur des budgets publics déjà marqués par la prédominance de dépenses peu flexibles¹⁵⁴ ». Cette situation peut entraîner un déséquilibre entre les dépenses de fonctionnement et d'investissement des collectivités territoriales. Contrairement à l'État, ces dernières ne doivent pas avoir un budget déficitaire. Plus précisément, leurs budgets doivent être en équilibre réel, c'est-à-dire que les dépenses de fonctionnement doivent être égales aux dépenses d'investissement. C'est la traduction de la règle d'or budgétaire. En effet, étant donné que les PPP sont financés sur les dépenses de fonctionnement, tout surcoût ne pourrait être compensé par un emprunt pour équilibrer le budget.

Dans ces conditions, les collectivités territoriales s'exposent explicitement à des risques de faillite dès lors que le surcoût est difficile à compenser. Il apparaît donc que le partenariat public-privé en éclairage public, étant des projets de petite taille, peut être au final trompeur pour les collectivités territoriales. Dans la pratique, les projets en éclairage public sont souvent portés par de petites communes, à l'exception des coopérations intercommunales existantes. Dès lors, le risque de « rigidification » de leurs dépenses publiques peut être une épée de *Damoclès*. Pour éviter ces risques, ces communes peuvent recourir directement à l'emprunt et exécuter elles-mêmes, à condition d'avoir une expertise interne, le renouvellement de leurs parcs d'éclairage public par le biais de marchés publics classiques, notamment lorsque le niveau de vétusté n'est pas important. Dans ce cas, il convient de recourir à un marché public global de performances, formule moins risquée pour les collectivités territoriales.

Faisant face à des risques d'inflation de leurs dépenses publiques, les collectivités territoriales n'ont pas toutes les garanties nécessaires sur les conséquences financières liées à l'exécution d'un tel contrat. Même si cette formule contractuelle offre plusieurs avantages à ces dernières, elle contient des obscurités notamment sur les aspects financiers. Parallèlement aux risques exposés ci-dessus, le partenariat public-privé fait également peser un risque d'éviction sur le budget des personnes publiques. L'engagement par les collectivités territoriales dans une formule partenariale entraîne une hausse considérable des dépenses publiques. Cette hausse provoque naturellement des dépenses supplémentaires que devront assumer les collectivités territoriales contractantes dans un PPP pour une longue durée. En effet, le recours à ce montage

¹⁵⁴ J-P. Sueur et H. Portelli, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, *Ibid.*

contractuel fait courir un « risque d'éviction » sur le budget des collectivités territoriales, c'est-à-dire que, d'une manière générale, il y'a une baisse considérable des investissements publics au détriment de la hausse des dépenses publiques provoquées par le paiement annuel « des loyers » en guise de remboursement de l'investissement consenti par le partenaire privé.

Au regard de ce qui précède, souvent, les CT sont obligées de trouver des ressources financières suffisantes pour pouvoir supporter ces coûts répétitifs, parce qu'ils sont pris en charge annuellement et pendant une longue durée. Dans la pratique, elles ont parfois le choix entre la réduction de « leurs dépenses de fonctionnement ou d'investissement consacrées à d'autres projets¹⁵⁵ ». Chacune de ces hypothèses est lourde de conséquences, en l'occurrence, elle peut aboutir à un gel de tous les autres projets entamés par les collectivités territoriales ou un arrêt systématique des activités du secteur public pour faute de moyens notamment financiers. Ces situations posent donc un réel risque sur les autres dépenses de fonctionnement des collectivités territoriales. Le risque ne peut être négligé d'autant plus que ces contrats reposent sur des durées relativement longues.

Section 2 : Le partenariat public-privé en matière d'éclairage public : une formule trompe l'œil pour la personne publique

Au-delà de l'impact financier, le partenariat public-privé, du fait de son exécution très longue, est difficilement maîtrisable par les CT qui ont tendance à perdre le contrôle de l'opération du fait de la complexité de l'exécution de cette formule partenariale (§1), créant ainsi un réel déséquilibre du contrat (§2).

§1. La perte de contrôle de l'exécution du contrat par la collectivité territoriale

L'exécution du marché de partenariat fait l'objet de dispositions particulières prévues dans l'article 88 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. L'alinéa 2 de cet article prévoit que « L'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du contrat. Ce contrôle intervient, au minimum, en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues par le contrat et donne lieu à un compte rendu ». La réforme de la commande publique s'inscrit dans l'objectif d'un encadrement plus strict de ces contrats complexes. Avec cette réforme, le suivi et le contrôle de l'exécution de ces contrats sont renforcés. Aux termes de l'article susvisé, afin d'assurer le contrôle de

¹⁵⁵ J-P. Sueur et H. Portelli, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, *Ibid.*

L'exécution du marché de partenariat, le titulaire est invité à produire un rapport annuel qu'il adresse à l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat. Il comprend notamment les données comptables, économiques et financières pour l'année civile et permet d'effectuer une comparaison entre l'année qu'il retrace et la précédente. Ce rapport permet à la collectivité territoriale contractante d'exercer un contrôle plus rigoureux sur l'exécution du contrat. Lorsque cette dernière exerce un contrôle, elle dresse un compte qui est par la suite transmise à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant. Malgré la participation du titulaire du contrat sur le contrôle de l'exécution du contrat, un suivi permanent semble être problématique pour les CT.

En effet, les clauses introduites dans le contrat tel qu'il aura été signé par les partenaires peuvent emporter de nombreuses conséquences sur son exécution compte tenu de la période contractuelle relativement longue. Il convient ainsi, avant la conclusion du contrat, de s'assurer que la collectivité territoriale dispose de ressources humaines nécessaires pour effectuer un contrôle permanent sur l'exécution du contrat. En l'occurrence, elle doit être en mesure de vérifier que les différentes phases contractuelles soient réalisées dans les délais prévus dans le programme fonctionnel des besoins. Comme la performance est au cœur de cette formule contractuelle, elle doit aussi veiller à ce que les coûts prévisionnels initialement prévus lors de l'évaluation préalable soient respectés. La difficulté est de taille pour les collectivités territoriales puisqu'elles doivent assurer un suivi et un contrôle permanent sur l'exécution de leurs contrats. Or, dans la pratique, il est de tradition que des difficultés majeures apparaissent dans l'exécution de ce contrat de longue durée. Dans ces circonstances, les CT sont appelées à faire face au partenaire économique pour trouver des solutions sur des événements non anticipés lors de l'évaluation et de la passation du contrat.

En réalité, les collectivités territoriales n'ont pas les moyens humains et techniques nécessaires pour appliquer les modalités relatives au contrôle de l'opération, alors que ces contrats sont complexes et nécessitent que soient affectés à leur suivi des agents suffisamment formés et que la CT bénéficie d'un dispositif de contrôle interne efficace¹⁵⁶. Cette déficience des collectivités territoriales dans le domaine de la mise en œuvre des contrôles sur l'exécution du contrat pose un véritable problème sur la stabilité des relations contractuelles entre les partenaires. Déjà, ces difficultés sont constatées dès la phase de négociation du contrat, notamment dans le domaine de l'éclairage puisque les projets sont passés par des communes de

¹⁵⁶ Cour des comptes, « *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser* », *Ibid.*

tailles modestes qui ne disposent pas de ressources suffisantes pour faire face à de grands groupes disposant de plusieurs conseils. C'est pourquoi le recours à ce type de contrat est source non seulement de risques financiers pour les collectivités territoriales mais aussi juridiques dans l'application des modalités de contrôle de l'exécution du contrat. Elles ne disposent pas les mêmes armes que les partenaires privés, leur permettant de maîtriser l'exécution du contrat et d'y imposer un équilibre.

Par conséquent, l'engagement sur un PPP de longue durée signe la perte de contrôle des collectivités territoriales sur leurs actifs, leurs dépenses et leurs missions¹⁵⁷. Du fait de leur exécution très longue, l'efficacité du contrôle de l'exécution du contrat est difficilement atteignable pour les CT de petites tailles. Au regard de leur manque de maîtrise sur les dispositifs encadrant ces contrats complexes mais aussi sur l'insuffisance de leurs ressources humaines pour effectuer un contrôle et un suivi permanent sur l'exécution des tâches contractuelles, les CT s'engagent sur des contrats qui, à l'origine, sont « peu protecteurs de leurs intérêts¹⁵⁸ ». Ces dernières n'ont donc pas la capacité de contrôler l'évolution de l'exécution technique du contrat. Dès lors, ce contrat ne présente pas toutes les caractéristiques pour instaurer un rapport d'équilibre entre les partenaires au contrat, d'autant plus les dispositions relatives au partage des risques restent, à nos jours, incertaines. Il est donc nécessaire de se pencher sur une solution alternative à cette formule contractuelle controversée.

§2. Le marché public global de performances, alternatif face au déséquilibre du marché du partenariat ?

Étant une solution adaptée pour le partenariat public-privé, le dialogue compétitif se présente comme une procédure permettant de discuter et de fixer les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre les contractants. La définition claire et précise des critères de répartition des risques peut instaurer un équilibre dans le contrat. L'optimisation du partage de risques entre les cocontractants est un préalable nécessaire pour une réussite de l'exécution des prestations. Sans une bonne optimisation des risques entre les partenaires, l'efficacité du contrat s'avère difficile. En réalité, les relations contractuelles semblent déséquilibrées dès l'origine, étant donné que les rapports de force entre les partenaires ne sont pas les mêmes lors de la négociation du contrat. Comme on sait que le PPP dans le domaine de l'éclairage public est recouru traditionnellement par des communes de tailles modestes, la possibilité pour ces dernières de

¹⁵⁷ A. Troizier, *Point de vue – Réforme des PPP : objectifs remplis ?*, *Ibid.*

¹⁵⁸ Cour des comptes, « *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser* », *Ibid.*

pouvoir négocier ces contrats convenablement à leurs intérêts relève de l'impossible. De surcroît, les partenaires privés de grande envergure sont largement privilégiés, mettant en cause ainsi le libre jeu de la concurrence puisque ce sont les seules en mesure de se porter candidats à ces contrats.

Dans la pratique, les contrats conclus dans le domaine de l'éclairage sont en défaveur des collectivités territoriales. Si ces derniers comportent nécessairement des clauses relatives à la durée, les partenaires sont libres dans la détermination de cette durée et ont l'obligation de retenir une durée globale ferme. La durée de ces contrats est, souvent, longue. Dès lors, un partage équitable des risques instaure un équilibre dans les relations contractuelles, rendant ainsi efficiente l'exécution du contrat. Force est de constater que la complexité de ces projets n'aide pas les collectivités territoriales, en manque d'expertise, de proposer de solutions favorables à leurs intérêts dans le cadre de ces contrats. Elles sont en quelque sorte asphyxiées par les partenaires privés puisqu'ils disposent de l'élément essentiel du contrat qui est le financement. Même si le législateur a, dès l'origine, instauré une logique de partage des risques entre les partenaires, celle-ci semble biaisée puisque ces dernières ne disposent pas de compétences nécessaires pour discuter égal à égal les éléments essentiels du contrat avec leurs partenaires. L'équilibre du contrat, principe fondamental au cœur du contrat de partenariat, reste encore une illusion pour les collectivités territoriales désireuses de renouveler leurs équipements publics par la formule partenariale. Cette dernière a pris le sens inverse de son objectif qui est de renforcer et de moderniser les relations contractuelles, le législateur aurait pu par exemple renforcer davantage les obligations des parties à cet égard.

Cette initiative aura pour effet de préciser le partage de risques entre les cocontractants n'est pas bien précisé par la réforme de la commande publique. Ainsi, pour déterminer le niveau de responsabilité de chaque partenaire sur le partage des risques dans un contrat, Jean Tirole et Stéphane Saussier ont rédigé une note, pour le compte du conseil d'analyse économique (CAE), visant à « renforcer l'efficacité de la commande publique », en avril 2015¹⁵⁹. Dans cette note, ils proposent deux schémas contractuels en termes de partage des coûts envisageables : un remboursement de l'entreprise à hauteur de ses coûts assorti d'un paiement prédéfini, un contrat « à prix fixe » dans le cadre de projets publics non marchands, ou « à prix plafonné ». La deuxième hypothèse se présente comme une solution adaptée pour apporter de la sécurité juridique aux collectivités territoriales dans leurs relations partenariales. Cette solution est moins

¹⁵⁹ S. Saussiera et J. Tirole, *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Les notes du conseil d'analyse économique, n° 22, avril 2015.

dangereuse pour ces dernières puisque le coût du projet ne serait pas flexible, donc il aura moins d'impact sur les finances publiques. Le nouveau cadre juridique du marché de partenariat n'est pas allé jusqu'au bout de la précision du partage des risques qui, pourtant, peut améliorer l'efficacité de l'investissement public.

À défaut d'avoir des précisions sur le partage des risques, les collectivités territoriales disposent d'autres formules contractuelles qui peuvent être considérées comme des alternatives au marché de partenariat pour la mise en œuvre de leurs projets d'éclairage public. Au regard des risques et de la lourdeur du marché de partenariat, les marchés publics globaux de performance se présentent comme une solution alternative adaptée aux projets d'éclairage public des communes de tailles modestes. Cette solution permet à ces dernières de pouvoir contourner la complexité du marché du partenariat pour leurs projets de petite envergure. La réforme de la commande publique a consacré cette technique contractuelle, en remplacement des anciens CREM-REM prévus à l'article 73 du CMP. Elle est prévue à l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015¹⁶⁰. En application de cet article, les CT peuvent conclure un marché associant l'exploitation ou la maintenance à la réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces marchés peuvent ou non prévoir des prestations de conception.

Cependant, la faisabilité du recours au marché public global de performance pour le renouvellement des parcs d'éclairage est difficile à cerner lorsqu'il y'a des travaux à réaliser. Parce que, dans ces conditions, la problématique de la prise en compte des dispositions en matière de maîtrise d'ouvrage publique se pose. Lorsque les CT disposent d'une expertise suffisante en interne, elles peuvent effectuer l'ensemble de l'opération, évitant ainsi de s'engager dans une relation partenariale à haut risque. Cette hypothèse est une alternative pour les projets de tailles modestes puisque cette technique contractuelle présente un réel intérêt pour les collectivités territoriales souhaitant faire rénover et/ou renouveler leur parc d'éclairage public par un partenaire en charge d'une mission globale.

¹⁶⁰ Ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, art. 34, JO, 23 juillet 2015

Conclusion :

Fréquemment utilisé pour rénover et renouveler les équipements publics de plusieurs collectivités territoriales, le partenariat public-privé est une technique contractuelle largement expérimentée dans le domaine de l'éclairage public, étant ainsi le secteur qui connaît le plus grand nombre d'attributions depuis la création du contrat de partenariat. Cependant, la réforme de la commande publique, entrée en vigueur depuis 1er avril 2016, modifie le cadre juridique des contrats de partenariat et, plus généralement, des PPP, en harmonisant l'ensemble de ces montages juridiques sous la forme unique du « marché de partenariat ». Qualifiée de début « d'âge de raison¹⁶¹ », cette réforme, malgré l'introduction de nouvelles dispositions, ne va pas rendre ce type de contrat parfait dans le meilleur des mondes. En effet, les avancées permises par ce nouveau dispositif semblent être importantes et abondantes lorsque les projets seront adaptés à ce nouvel outil.

Grace à l'adaptation de ces nouvelles règles, souples et plus précises, le renouveau des projets d'éclairage peut être espéré en France. Les caractéristiques de ce nouvel outil laissent à supposer que son utilisation sera plus fréquente que son prédécesseur : le contrat de partenariat. Néanmoins, la démarche de simplification de la commande publique par la création du marché de partenariat n'a pas abouti puisque la mesure des changements apportés par cette réforme demeure encore incertaine. Il est sans doute une volonté claire d'éviter les excès et autres « abus » du passé et de prévenir, sinon de responsabiliser certaines personnes publiques plus exposées que d'autres aux écueils du contrat de partenariat¹⁶². En réalité, seule l'adaptation du nouveau cadre juridique peut nous permettre de connaître l'efficacité de cette formule contractuelle dans les projets d'éclairage public. Malgré cette réforme, le partage des risques entre les partenaires n'est pas précisé alors qu'il est central dans « les situations d'asymétrie d'information¹⁶³ ».

En somme, la nouveauté du marché de partenariat réside dans la possibilité d'intégrer une mission de service dans la mission globale du contrat. Etant donné que la reconnaissance de l'éclairage public comme un service public est intervenue, même tardivement, le recours au marché de partenariat se présente désormais comme un concurrent de la concession dans la mesure où l'objet de ces contrats se ressemble. Tous ces deux contrats permettent de confier au cocontractant une mission très globale : financement, conception, construction,

¹⁶¹ J.M Arnaud, *Point de vue - Partenariats public privé : l'âge de raison ?*, Le Moniteur, 24 décembre 2015.

¹⁶² A. Boullault et A. Vandepoorter, *Les conditions de recours au marché de partenariat*, *Ibid.*

¹⁶³ S. Saussiera et J. Tirole, *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, *Ibid.*

entretien/maintenance et gestion du service public¹⁶⁴. Dans un futur plus ou moins proche, le marché de partenariat risque de faire de l'ombre au contrat de concession qui demeure une tradition bien française. La seule différence notable qui existe entre ces deux contrats est que le marché de partenariat déroge les règles de la commande publique. Sinon, on pourrait s'interroger sur l'efficacité de l'intégration de dispositions spécifiques du marché de partenariat dans le décret marché public, et non celui de concession¹⁶⁵.

¹⁶⁴ O. Didriche, *La création d'une nouvelle formule contractuelle : le marché de partenariat*, *Ibid.*

¹⁶⁵ Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, JO, 2 février 2016.

Bibliographie :

Articles :

(A) Boullault et (A) Vandepoorter, *Les conditions de recours au marché de partenariat*, Contrats Publics, n° 159, novembre 2015, p.38.

(A) Boullault, *Les dispositions réglementaires spécifiques au marché de partenariat*, Contrats publics, n° 166, juin 2016. p.73.

(A) Le Lannier et (T). Tran Phuong, *Bilan et évolutions des contrats de partenariat d'éclairage public en France* : Le Moniteur - Contrats publics, 1er mars 2013, n° 130, p. 51-55.

(A) Troizier, *Point de vue – Réforme des PPP : objectifs remplis ?*, Le Moniteur, le 25 octobre 2016.

(A) Caccivio, *Le PPP en matière d'éclairage permet de valoriser le patrimoine*, La Gazette des communes, n° 2199, 2 décembre 2013, p. 36.

(A) Tardivo, *L'éclairage public, une opportunité pour se former au contrat de partenariat ?*, Le Moniteur - Contrats publics 1er mars 2013, n° 130, p. 37-39.

(C) Menard et (J.M) Oudot, *L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat*, Ecole nationale d'administration (ENA) « Revue française d'administration publique », 2009/2 n° 130, p. 352.

(D) Chabanol, *Clause de paiement différé et marchés publics*, AJDA, 1999, p. 364.

(E) Guillaume, et (S) Daboussy, « *Le contrat de partenariat permettra-t-il d'enfouir des lignes électriques ?* », Mon. TP, n°5587, 24 décembre 2010.

(E) Mella, *Le clair-obscur du statut de l'éclairage public*, Mélanges en l'honneur de Monsieur le professeur Alain-Serge Mescheriakoff : Bruylant, 2013, p. 185.

(F) Tenailleau et (T) Carezzi, Sur quelques spécificités des contrats de partenariat d'éclairage public, *Le Moniteur - Contrats publics*, 1er mars 2013, n° 130, p. 41-44.

(J. F) Sestier, *Le groupement d'entreprises : un outil efficace pour l'accès à la commande publique des PME ?*, *Contrats Publics*, no. 148, 10 novembre 2014, p. 22.

(J.P) Babando et J. Bon, Groupement d'entreprises, *Juris Classeur Contrats et Marchés Publics*, 19 avril 2017.

(L) Cuzzi et (A) Le Moal, *Évaluation préalable du mode de réalisation du projet*, *Contrats Publics* n° 159, novembre 2015, p. 41.

(L) Degallaix, *PPP conclus pour la gestion de l'éclairage public, l'exemple de la ville de Valenciennes*, *Le Moniteur - Contrats publics* 1er mars 2013, n° 130, p. 45-46.

(L) Moreau, *Efficacité énergétique et éclairage public : incitation au partenariat et prescriptions normatives*, *Droit de l'Environnement*, n° 190, 1^{er} mai 2011, p. 160.

(O) Didriche, *La création d'une nouvelle formule contractuelle : le marché de partenariat*, *AJ Collectivités Territoriales*, 2015, p.633.

O. Schneid, *Éclairage public : vous avez dit smart ?*, *La Gazette des communes*, 8 février 2017.

(F) Ville, *L'éclairage public fait sa transition énergétique*, *La Gazette des communes*, 14 avril 2013.

(P) Blanquefort et (G) Terrien, *Collectivités et éclairage public*, *Rev. Lamy coll. terr.* 2008, p. 34, p. 51-57.

(P) Pintat et (M) Denis-Vernet, *Contrats de partenariat, CREM, REM... Conditions et intérêt en matière d'éclairage public*, *Le Moniteur - Contrats publics* 1er mars 2013, n° 130, p. 25-29.

(P) Terneyre, *Le marché d'entreprise des travaux publics*, *Revue d'économie financière*, Hors-série, 1995. Partenariat public-privé et développement territorial, pp. 209-211.

(R) Savignat, (C) Dufau, *L'éclairage public*, *CJEG*, 1996, p. 249-251.

(S) Nicinski, *Les contrats de performance énergétique*, Droit et gestion des collectivités territoriales, Tome 33, 2013. Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions, pp. 147-154.

(S) Saussiera et (J) Tirole, *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Les notes du conseil d'analyse économique, n° 22, avril 2015.

Dossiers / Fiches :

DAJ, *Les marches de partenariat*, Mis à jour le 21 juin 2016.

Document d'orientation (PF) « *Une nouvelle approche des contrats de partenariat public privé* » du HM Treasury, décembre 2012.

Clausier-type « Contrat de partenariat d'éclairage public et autres équipements ou services associés », juillet 2012.

Ministère de l'Économie, *Les contrats de partenariat et l'intangibilité des groupements candidats*, 9 février 2009.

Ministère français de l'économie et des finances, Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, *Les contrats de partenariat : guide méthodologique*, version du 25 mars 2011.

Fascicules :

(S) Williamson, *Service de l'éclairage public*, Jurisclasseur Collectivités territoriales, fasc. 738.

(S) Braconnier, *Partenariats public-privé*, Fasc. 646, 31 Décembre 2015.

(J.P) Babando et (J) Bon, *Groupement d'entreprises*, Juris Classeur Contrats et Marchés Publics, 19 avril 2017.

Ouvrages :

(S) Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, 2016, p. 649.

(F) Lichère, (B) Martor, (G) Pedini, (S) Thouvenot, *Pratique des partenariats public-privé*, LexisNexis Litec, 2009.

Rapports :

Rapport du Groupe des banques et organismes financiers membres de l'Institut de la Gestion Déléguée, *Le financement des PPP en France*, Le Moniteur, n° 5369, 20 octobre 2006.

MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, *Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?*, Rapport d'information, n° 733, 16 juillet 2014.

Rapport de la Cour des comptes, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, 3 février 2015.

Revue :

(L). Rapp et (P) Terneyre, *Revue Lamy droit public des affaires*, 2013, n° 2086.

(L) Rapp et (P) Terneyre, *Revue Lamy Droit public des affaires*, 2016, n° 2141.

Textes législatifs et réglementaires :

Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, JO, 2 février 2016.

Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, JO, 27 mars 2016.

Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JO, 29 juill. 2008, p. 12144

Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JO, 18 févr. 2009, p. 2841.

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

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JO, 23 juillet 2015.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	5
<i>Introduction</i>	6
TITRE 1 : LE PARTICULARISME DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE EN ÉCLAIRAGE PUBLIC	16
CHAPITRE 1 : LE PERIMETRE DU MONTAGE PARTENARIAL EN ECLAIRAGE PUBLIC	16
Section 1 : L'hétérogénéité des parties au partenariat public-privé en éclairage public	16
§1. Une pluralité de partenaires privés pouvant répondre à la convention partenariale.....	17
§2. La faculté de constituer un groupement de commandes pour les personnes publiques.....	23
Section 2 : La simplification du financement du partenariat public-privé en éclairage public	30
§1. L'assujettissement des conditions de structuration du financement des projets d'éclairage public.....	30
§2. Une négociation par le partenaire privé des modalités de mise en place du financement.....	33
CHAPITRE 2 : L'EXECUTION TECHNIQUE DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE D'ÉCLAIRAGE PUBLIC	36
Section 1 : La mission complexe de réalisation des travaux d'éclairage public	36
§1. La réalisation des travaux soumise à une succession de phases non conditionnelles.....	36
§2. L'enfouissement des réseaux d'éclairage public, une solution périphérique à la mission globale du contrat.....	38
§3. La performance globale en phase de réalisation des travaux d'éclairage public.....	39
Section 2 : Le singularisme en matière d'exploitation des installations d'éclairage public	41
§1. La mission de l'exploitation et de la gestion énergétique des installations d'éclairage public.....	41
§2. La mission d'entretien et de maintenance des installations d'éclairage public.....	44
TITRE 2. LA CONTESTATION DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ EN ECLAIRAGE PUBLIC	49
CHAPITRE 1 : LE PPP, UN OUTIL VICTIME DE SON ENCADREMENT IMPRECIS	49
Section 1 : Vers un encadrement plus strict des conditions de recours au contrat de partenariat	49
§1. Un paysage juridique auparavant défavorable à la souplesse du partenariat public-privé.....	50

§2. Un paysage juridique désormais favorable à la souplesse tant recherchée du partenariat public-privé	54
Section 2 : La nécessité d'une l'évaluation préalable des modes de réalisation du projet	59
§1. Une évaluation comparative du mode de réalisation du projet	59
§2. La réalisation concomitante d'une étude de soutenabilité budgétaire	62
CHAPITRE 2 : LE PPP, UN OUTIL RISQUÉ POUR LES POUVOIRS PUBLICS.....	64
Section 1 : L'impact du partenariat public-privé sur la situation financière de la personne publique	64
§1. L'endettement systématique de la collectivité territoriale par l'investissement du partenaire privé	64
§2. Une insuffisance manifeste de la prise en compte des enjeux financiers	68
Section 2 : Le partenariat public-privé en matière d'éclairage public : une formule trompe l'œil pour la personne publique	70
§1. La perte de contrôle de l'exécution du contrat par la collectivité territoriale	70
§2. Le marché public global de performances, alternatif face au déséquilibre du marché du partenariat ?	72
<i>Conclusion</i> :	75
<i>Bibliographie</i> :	77
TABLE DES MATIERES.....	82