

## **Partenariats Public – Privé et autorités indépendantes**



Antoine Maniatis

Dr en Droit Public, Université Paris X-Nanterre

Résumé. Les Partenariats Public – Privé constituent un type alternatif et moderne des marchés publics, qui est encore plutôt marginal en Grèce. Une autre mode au sein de l'Administration publique consiste en l'institutionnalisation et la mise en marche d'autorités administratives indépendantes. À titre d'exemple, le droit des marchés publics est doté d'une triade opérationnelle regroupant deux autorités indépendantes, l'Autorité Indépendante Unie de Marchés Publics et le Conseil National de Radiotélévision, ainsi que la Cour des Comptes, dans l'ordre juridique hellénique.

Mots – Clés: Autorités indépendantes, Marchés publics,, Partenariats Public – Privé (PPP)

## INTRODUCTION : LES PPP ET LES AUTORITÉS INDÉPENDANTES

Le terme Partenariats Public - Privé (PPP) *«se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service»*<sup>1</sup>. Il s'agit d'une mode exemplifiant la version alternative du phénomène «contracting out»<sup>2</sup>.

De plus, il conviendrait de signaler que le recours à des modèles institutionnels internationaux est fréquent pour le renouvellement du pouvoir étatique. À titre d'exemple, l'état inscrit son avenir de modernisation dans une large métamorphose qui le conduit à se doter lui-même des organes de régulation, de contrôle et de sanction qui marquent les limites de son action. Cette nouvelle forme d'administration qui gagne du terrain dans des pays disposant de profils juridiques différents se réalise à travers les autorités administratives indépendantes ou bien autorités indépendantes, qui sont sans doute limite et métamorphose de l'état à la fois<sup>3</sup>. Ces instances faisant partie de la personne morale de l'état, ont comme mission la régulation, la surveillance et le contrôle d'un certain domaine d'activités. Quant à leur statut d'indépendance, elles ressemblent aux tribunaux, qui en tout cas sont compétents - et non pas d'autres agents administratifs aussi - de contrôler la légitimité de leurs actes administratifs.

*Nous supposons que les états ayant déjà adopté une loi sur les PPP, tels que la France et la Grèce, sont dotés d'un arsenal législatif suffisant pour tirer profit de ce mécanisme.*

---

<sup>1</sup> Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les partenariats public – privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions* (2004).

<sup>2</sup> A. Maniatis, PPP and the constitutional right to the environment, *Constitutionalism* 2015.

<sup>3</sup> Voir Y. Gaudemet, Administration et droit administratif français: une revue d'actualité, *RHDI* 2004, 163-186, 171, *Idem*, Limite ou métamorphose de l'État en France. Les autorités administratives indépendantes, *RHDH* 2002, 29-43.

## I. LA TRADITION DES PPP ET L'ESPACE ADMINISTRATIF EUROPÉEN

Quant aux origines des PPP, ceux-ci ressemblent fortement à la concession de service public. Le dessèchement d'un lac, dénommé «Ptechai», sur l'île d'Eubée de la Mer Egée fit l'objet d'un contrat de concession à travers le système d'autofinancement. Le concessionnaire assura ce mode de financement, en échange du droit de culture des terres qui en résultaient, pour un espace de dix ans. Les motifs offerts pour la production de cette œuvre, pour laquelle plus de dix cités collaborèrent, consistaient en le fait que les matériaux introduits seraient exemptés de droits de douane, les ouvriers étrangers auraient la liberté d'y travailler et les produits qui en découleraient seraient exemptés d'impôts. Ces règles, relatives à l'exemption douanière et fiscale et à la liberté de prestation de services de part des étrangers, semblent actuelles mais elles furent adoptées à la moitié du quatrième siècle avant J.C. en Grèce. Il s'agit du premier contrat, qui est connu, portant sur la construction d'un ouvrage public, à travers la collaboration de plusieurs états et voire en usage du système de concession. D'après les sources historiques disponibles, cet ouvrage technique pourrait être considéré comme le premier à climax mondial qui exemplifie le modèle de terminologie actuelle «Build, Operate and Transfer». Ce modèle très répandu consiste en la construction, l'opération (à travers l'exploitation de l'ouvrage par le constructeur pour un certain espace de temps) et puis en le transfert de l'ouvrage à la partie contractante publique.

Néanmoins, il conviendrait de signaler que le modèle de PPP est issu d'une longue tradition qui n'est pas liée uniquement à la nation grecque. En effet, dès la période romaine, des formes contractuelles de concession sont organisées par l'Empire et les municipalités dans des domaines aussi variés que les routes, les thermes, les marchés, les ports et le domaine public. De plus, au XVIIe siècle, deux importants contrats sont créés en France dans le domaine du pavage des rues de Paris et de l'enlèvement des ordures ménagères, les baux de Claude Voisin en 1604 et de Le Duchat en 1607. Désormais, la France a compté avec un usage étendu des contrats de concession<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> F. Bergère *et al.*, *Le guide opérationnel des PPP* (Paris 2010) 21-22.

Les PPP ne sont pas régis par une législation spécialisée de l'Union européenne, donc ils se basent par excellence sur la comparaison directe entre les législations nationales. Il conviendrait de signaler que la culture de convergence des règles juridiques constitue une pratique avancée. À titre d'exemple, la Cour de l'Union quant à l'application de la doctrine du droit comparé sous la dénomination «droit commun européen» (connu avec la dénomination en latin *ius commune europaeum*) opte pour la solution la plus adéquate parmi les existantes dans les pays membres même si celle-ci ne réside que chez un seul ordre juridique. Sur l'appui de la jurisprudence de l'Union, une commune compréhension a été atteinte sur les principes de droit administratif, mentionnée comme un acquis européen (traditionnellement dénommé «communautaire») non-formalisé. Cela suggère qu'il n'existe pas une convention formelle mais des exigences assez clairement comprises sur l'application de l'acquis formel avec des standards équivalents et crédibilité. Les cercles académiques ont récemment développé une notion nouvelle, celle de l'«Espace Administratif Européen», qui consiste en la convergence graduelle de structures administratives, de processus et de valeurs vers un modèle commun, particulièrement un commun Modèle Européen. Il est à noter que ce mouvement de syncrétisme, en principe sous l'influence de l'Union, est neuf car la tradition fait preuve d'une diversité nationale dictée par les conditions sociales<sup>5</sup>.

Il résulte que les contrats de concession de service public et des PPP, qui d'ailleurs disposent d'une origine et d'une longue tradition européennes, font partie de cet Espace Administratif Européen.

## II. LES VERSIONS DE PPP DANS L'ORDRE JURIDIQUE DU ROYAUME-UNI

---

<sup>5</sup> A. Maniatis, L'eupéanisation administrative, *Revue de Décentralisation, d'Administration Locale et de Développement Régional* 2007, 78-83.

L'expression «public private partnerships» apparaît dans les années 70-80 à propos d'opération d'urbanisme aux États-Unis avant d'être reprise en Angleterre dans les années 90 dans un sens légèrement différent. Néanmoins, il conviendrait de signaler que la politique britannique en cause, celle d'Initiative Financière Privée («Private Finance Initiative, PFI»), s'inspirait des modèles français de la concession et du marché d'entreprise de travaux publics (METP)<sup>6</sup>.

L'expression susmentionnée vise les hypothèses dans lesquelles les partenaires privés sont associés aux projets de l'Administration et à leur exécution. De nos jours, pour le gouvernement britannique, les PPP visent trois hypothèses; i) les partenariats institutionnels (création de sociétés à capitaux publics et privés); ii) les partenariats dans lesquels les entreprises conseillent les personnes morales publiques pour la valorisation de leurs biens et (iii) les contrats précités d'Initiative Financière Privée, qui sont la principale illustration de ces PPP. Cette troisième version fut lancée en 1992 par le chancelier de l'échiquier dans le but de favoriser l'investissement du secteur privé dans le cadre de contrats payés par les personnes morales publiques en particulier dans le domaine des hôpitaux, écoles et prisons. Aujourd'hui, la plupart des auteurs et le gouvernement du Royaume Uni lui-même considèrent que les contrats d'Initiative Financière Privée englobent aussi les contrats plus anciens que sont les concessions, lesquels représentent environ 18% des contrats d'Initiative Financière Privée signés entre 1992 et 2006. Le contenu de ces contrats se caractérise essentiellement par trois aspects: il s'agit de contrats globaux (conception, construction ou exécution, préfinancement et maintenance ou exploitation) généralement de longue durée, dans lesquels la rémunération du cocontractant varie en fonction de son aptitude à remplir ses obligations en termes de performances (quantitatives et qualitatives) et qui procèdent à un partage détaillé des risques, en général en chargeant le cocontractant d'assumer la plupart de ces risques. Compte tenu de la complexité de ces contrats, dont certains font plus de 12.000 pages, la pratique britannique fait appel dans l'immense majorité des cas à la procédure négociée. En dépit d'un jugement favorable de la Haute Cour de Justice, il ne semble

---

<sup>6</sup> Voir F. Bergère *et al.*, *Le guide opérationnel des PPP* (Paris 2010) 23 et aussi *supra*.

pas pourtant que les conditions ouvertes par les directives communautaires pour recourir aux procédures négociées soient généralement remplies.

### III. LE MODÈLE DE PPP DANS L'ORDRE JURIDIQUE GREC

Le gouvernement français s'est ouvertement inspiré des contrats susmentionnés d'Initiative Financière Privée lors de l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004. Des similitudes se font jour avec ces contrats: contrats globaux même si la conception n'est pas nécessairement confiée au partenaire, un partage des risques, une rémunération qui peut varier en fonction de critères de performance, un préfinancement par le partenaire.

La Grèce a suivi l'exemple de la France, tout en adoptant une loi spécialisée, un peu plus tard<sup>7</sup>. En effet, les PPP ont été institutionnalisés par la loi n° 3389 de 2005, uniquement sous forme de contrats. Leur objet peut consister soit en l'exécution de travaux techniques soit en la prestation de services appartenant au champ de compétence des porteurs publics au fur et à mesure qu'il n'est pas interdit de confier cette prestation au secteur privé. Les porteurs privés, en échange d'une récompense versée soit par les porteurs publics soit par les usagers finaux des travaux ou des services, assument une partie essentielle des risques correspondants. Le financement est du moins partiellement conduit par des capitaux et des ressources assurés par les porteurs privés, qui sont donc en dépendance étroite et préalable du système bancaire. Cela constitue une différence de principe quant au modèle traditionnel d'exécution des travaux publics. Selon ce modèle, le constructeur d'ordinaire n'est pas autorisé à céder ses futures prétentions sur sa récompense, en tout cas payée par le maître de l'ouvrage en parties successives au cours de l'exécution des travaux.

En principe, le coût total de la matérialisation de l'objet contractuel ne saurait dépasser la somme de 500.000.000 d'euros, sans tenir compte de la TVA. De plus, un mécanisme central de soutien a été créé, consistant en un comité interministériel qui

---

<sup>7</sup> A. Maniatis, Aspects de la législation culturelle et technique française, *Νόμος & Φύση* (Nomos & Physi) 2011, <http://www.nomosphysis.org.gr> [en grec].

est compétent pour la soumission des partenariats aux dispositions de la loi n° 3389 de 2005, et le secrétariat spécial qui a une mission auxiliaire de celui-ci.

Les procédures de passation sont l'ouverte et la restreinte qui a été l'utilisée dans la pratique (à des exceptions portant sur le dialogue compétitif). Il existe aussi la procédure exceptionnelle de négociation et la nouveauté de dialogue compétitif, prévue pour la première fois en droit de l'Union européenne sur les contrats publics. Au sein de deux dernières, le critère de sélection consistant en le prix le plus bas est exclu par définition. Contrairement, le critère de l'offre la plus avantageuse du point de vue économique est compatible avec toute procédure de passation et à la fois le seul dans la législation traditionnelle sur les études des travaux techniques publics et sur les prestations de services similaires, à savoir selon la loi n° 3316 de 2005.

La loi n° 3389 de 2005 prévoit que chacun de ces contrats est régi par ses propres clauses, donc en vertu du principe de la liberté des contrats, et d'une manière subsidiaire par le code civil. Néanmoins, dans la pratique l'exclusion du droit public consistant en la branche de législation traditionnelle sur les travaux publics (actuellement codifiée par la loi n° 3669 de 2008), n'eut jamais lieu. Cette survie de la branche qui est sans doute dictée par la nature des choses, est assurée par le fait que les clauses susmentionnées soit renvoient à ces dispositions soit réitèrent le contenu de celles-ci. À notre sens, cette pratique, sans transgresser le principe civiliste de liberté des contrats, met en relief le caractère prioritaire du droit administratif, particulièrement en matière des contrats administratifs. Ceux qui prévoyaient la «privatisation» du droit des travaux publics à travers les clauses des contrats de PPP et donc la baisse en standards de responsabilité du partenaire privé et de qualité de l'exécution des contrats, ont été littéralement démentis.

En Grèce, actuellement ce n'est qu'une partie très restreinte qui a été complétée, d'autant plus très récemment, parmi les constructions programmées. Donc, il s'avère difficile de tirer des conclusions sur le stade de l'exécution de ce type de contrats bien que la qualité des constructions des édifices en cause soit, en principe générale, très bonne.

#### IV. QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ : L'AFFRONTEMENT NON-JURIDICTIONNEL DES LITIGES ISSUS DES PPP

La législation grecque est marquée d'un problème d'inconstitutionnalité puisqu'elle exclut d'une manière explicite le recours à la justice, qui est substituée par l'arbitrage. Certes, la méthode institutionnalisée est répandue à climax international pour la résolution des conflits issus de l'exécution des contrats de PPP<sup>8</sup>. De plus, elle sous-entend un principe général qui n'est pas explicitement consacré dans la législation sur les PPP, la requise fondamentale de célérité. Néanmoins, l'institutionnalisation de la méthode en cause sous forme d'interdiction législative, due à la volonté d'esquiver les retards en rendement de justice par les tribunaux étatiques, a provoqué une polémique considérable. Plus précisément, elle a été interprétée comme incompatible avec la disposition de l'article 20 par. 1 de la Constitution, qui consacre le droit fondamental de demande de protection légitime par les tribunaux.

En tout cas, cette consécration monolithique de l'arbitrage semble palliée par l'éventualité de faire usage d'autres modes de règlement. Bien que la loi en cause ne fasse aucune prévision expresse de cette méthodologie, celle-ci a de par sa nature sa propre place, proche de l'arbitrage. Plus spécifiquement, il est notable que cela est bien le cas de modes tels que les recours administratifs préalables à l'instar de l'arsenal traditionnel du droit administratif, la conciliation et la médiation, d'après l'approche théorique pour les PPP en France<sup>9</sup>.

Il conviendrait de signaler que les deux illustrations suivantes de la médiation qualifient bien deux moments clefs du déroulement d'un PPP:

- le *dialogue* (approche philosophique de la médiation qui est définie comme «l'articulation entre deux êtres au sein d'un processus dialectique»), qui est l'outil principal de la médiation ;

---

<sup>8</sup> Voir S. Kalogirou, A. Maniatis, Righting the right of PPP, in D. Vrontis et al., (eds), *Building New Business Models For Success Through Competitiveness and Responsibility* (2012) 848-849.

<sup>9</sup> F. Lichère et al., *Pratique des Partenariats Public - Privé. Choisir, évaluer, monter et suivre son PPP* (Paris 2009), 214 et ss.



- et le *partenariat* (approche classique de la médiation, selon laquelle la médiation est une «*entremise destinée à amener un accord*»), qui constitue l'aboutissement d'une bonne médiation.

D'ailleurs, le terme «médiation» est utilisé même pour la fonction des conseillers qui interviennent tantôt pour la personne publique, tantôt pour la personne privée dans le déroulement d'une procédure telle que le dialogue compétitif pour la passation d'un contrat de PPP. La phase de dialogue compétitif apparaît comme la première étape de la négociation, qui établit le cadre des éléments discutés lors de la mise au point du marché<sup>10</sup>.

## V. SCEPTICISME SUR L'OPPORTUNITÉ DES CONTRATS DE PPP

Bien que les contrats de PPP soient assez récents dans la pratique, ils ont suscité deux tendances. La première d'entre elles, qui est la plus forte, est apparemment positive tout en mettant l'accent sur l'engagement durable des partenaires privés au succès des contrats, d'ailleurs financés par eux-mêmes. La seconde fait preuve de scepticisme, sinon de négativisme, et focalise notamment sur des imperfections constatées dans la pratique.

Il conviendrait de signaler que d'après UNISON, qui est la plus grande organisation syndicale dans les services publics au Royaume-Uni, la preuve est faite que la privatisation conduit irrésistiblement à une détérioration des conditions de travail et de rémunération du personnel et que les problèmes de capacité budgétaire face aux «PFI» exercent de plus fortes pressions à la baisse encore. Ce qui, en retour, a un effet néfaste sur la qualité du service. L'existence de deux catégories de main-d'œuvre a été une source de grande inquiétude pour les organisations syndicales du Royaume-Uni. Elle se constate quand des personnels du secteur public sont transférés vers des prestataires privés et bénéficient de protections transitoires portant sur leur salaire et leurs conditions de travail. Ces protections sont garanties par la Directive de l'Union

---

<sup>10</sup> Voir L. Serbat, Le conseil: travail de médiation entre le public et le privé, in É. Campagnac (dir.), *Évaluer les partenariats public - privé en Europe* (Paris 2009), 97-109, 99, 109.

européenne sur les droits acquis, transposée à l'ordre juridique du Royaume-Uni. En revanche, le personnel fraîchement recruté peut être engagé sous n'importe quelles conditions. Le gouvernement a répondu au problème que pose l'existence de deux catégories en mettant en place un patchwork de mesures de protection, mais il n'a pas suivi l'application ni contrôlé et évalué l'efficacité. En attendant, les preuves apportées sur la (faible) qualité du service dans les contrats de «PFI» en cours ont conduit le Trésor à lever l'obligation d'inclure les «services souples» dans les projets en «PFI», allant en cela à l'encontre d'une du reste de la politique publique. Les autorités publiques ont désormais à prouver de manière rigoureuse les arguments en faveur de l'inclusion des services souples dans des projets en «PFI». Parmi les services souples il existe le nettoyage, la restauration, le gardiennage et la blanchisserie au contre-pied de services nécessaires à l'entretien des bâtiments et des équipements tels que le chauffage, l'ingénierie, les espaces verts. Non seulement le «PFI» crée de bien plus mauvaises conditions de travail, mais il s'avère qu'il n'est pas non plus capable de fournir des services publics de qualité. Ajouté à toutes les autres critiques formulées à son égard, ceci constitue, selon la même approche qui cependant a une impartialité douteuse en vue de sa provenance, un argument solide de plus pour abandonner la politique des «PFI» dans les services publics<sup>11</sup>.

En tout cas, il existe parmi les cercles académiques des précautions variées sur l'opportunité des PPP. À titre d'exemple, selon une recherche récente sur le champ, il n'existe pas *prima facie* une raison économique pour désirer les PPP au lieu du modèle traditionnel des marchés publics et, de plus, les PPP à peine libèrent des finances publiques. Néanmoins, on estime que le schéma de compagnie à but spécial, qui est exigé par la législation pour la partie privée contractante, va bien de pair avec la théorie économique contemporaine fondamentale sur les projets de développement d'infrastructure<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> M. Jaffe, Chapitre 16 Leçons tirées de l'externalisation des services publics au Royaume-Uni: l'impact sur l'emploi et la qualité, in É. Campagnac (dir.), *Évaluer les partenariats public - privé en Europe* (Paris 2009), 271-284.

<sup>12</sup> I.I. Chinyere, X. Xu, Public - Private Partnerships: The underlining Principles of Infrastructure Investment, Finance and Development Projects, *International Journal of Business and Management* 2012, [www.ccsemet.org/ijbm](http://www.ccsemet.org/ijbm), 109-125.

En outre, il conviendrait de signaler que les PPP dans la pratique comptent avec les premiers échecs même dans le domaine délicat de la culture, dans lequel l'application de ce modèle est restreinte. Cela est bien le cas du PPP relatif aux services d'informatique au musée de Versailles en 2008<sup>13</sup>. La raison apparente de cet échec consistait en l'insuffisance du partenaire privé de gérer les neufs outils technologiques. Néanmoins, en réalité le projet tourna mal pour deux autres raisons aussi (plutôt peu connues encore), à savoir la décision du Ministère compétent de retarder l'exécution du contrat et le fait que l'acquisition de l'entreprise «Unilog» par la compagnie «Logica» provoqua insécurité à des employés à tel point qu'ils la quittèrent au moment crucial<sup>14</sup>.

Cette péripétie rappelle le cas comparable de contrat de «PFI», signé entre le partenaire public «Royal Armouries» et une compagnie privée en décembre 1993, pour la construction, l'opération et la garde du musée à Leeds. L'échec de l'opération du musée est attribué à la très réduite demande par rapport à celle comptée au stade d'évaluation préalable du contrat, à la très restreinte capacité du bâtiment et à la politique de fixation de prix d'entrée très élevés (jusqu'à 18 dollars par personne) malgré l'avertissement des conseillers<sup>15</sup>.

Il importe de signaler que tous les deux contrats ne furent pas remplacés par d'autres contrats de PPP mais par de divers mécanismes.

## VI. LE STATUT JURIDIQUE DES AUTORITÉS INDÉPENDANTES

Selon une indication déjà faite, les actes de la vie juridique des autorités indépendantes, constituées au sein de l'État, sont réputés être des actes de l'État et

---

<sup>13</sup> A. Maniatis, *Aspects de la législation technique et nucléaire française, Νόμος & Φύση* (Nomos & Physi) 2012, <http://www.nomosphysis.org.gr> [en grec].

<sup>14</sup> A. Vassilakou, A. Maniatis, PPP in French law and practice, in D. Vrontis *et al.* (eds), *Building New Business Models For Success Through Competitiveness and Responsibility* (2012), 1611.

<sup>15</sup> M. Legrand, *Mémoire Partenariats public-privé, financement des biens culturels et surplus social*, (2005) [non publié], 56.

susceptibles d'engager la responsabilité de celui-ci. Ce qui peut ne pas être sans poser problème car les instances générales et ordinaires de l'État sont privées de tout pouvoir d'instruction et de réformation à l'égard de ces autorités<sup>16</sup>.

Qui plus est, quelques instances, dont des médiateurs, ne disposent pas toujours le statut d'une autorité purement indépendante quant à leur statut organique, par exemple à cause de la désignation gouvernementale de leurs membres<sup>17</sup>. Il est aussi indicatif des imperfections diffuses qu'en Grèce seulement cinq autorités indépendantes ont acquis un statut constitutionnel, à travers la révision de la Constitution en 2001. Il s'agissait d'une évolution leitmotiv étant donné qu'il s'agissait de la première constitution à climax international qui consacrait les autorités indépendantes à la seule exception des médiateurs, qui en tout cas constituent un cas sui generis. De diverses dispositions constitutionnelles prévoient, désormais, même si pas nommément:

- a. l'Autorité de Protection de Données à Caractère Personnel ;
- b. le Conseil National de Radiotélévision, dont une compétence consiste en l'émission des certificats de transparence aux futurs cocontractants des porteurs publics,
- c. l'Autorité d'Assurance de Secret des Communications ;
- d. le Conseil Supérieur de Sélection de Personnel ;
- e. le Défenseur du Citoyen (à savoir le Médiateur).

Si ce pentaèdre se soumet à des règles communes, au niveau de la Constitution (article 101A prévoyant le contrôle parlementaire) et de sa loi exécutive n° 3051 de 2002, il existe d'autres instances réglementaires qui sont en marge de la consécration d'indépendance. Le cas typique est représenté par la Commission Nationale de Télécommunications et de Postes. Malgré le fait que cette autorité, auparavant consultative, avait gagné son indépendance par une loi préalable à la révision, celle-

---

<sup>16</sup> Y. Gaudemet, Limite ou métamorphose de l'État en France. Les autorités administratives indépendantes, *RHDH* 2002, 32.

<sup>17</sup> A. Maniatis, Autorités indépendantes et droits de l'homme, *AIDH* 2009, 505-522.

ci ne porta pas sur elle. Par une disposition législative de 2005, la Commission a subi une intervention politique, qui altera le mode de désignation de ses membres tout en maintenant la prévision explicite de son indépendance.

Outre les péripéties de diverses autorités indépendantes, il est à signaler qu'il existe aussi d'autres structures similaires, à statut ambigu. Souvent dénommées commissions et non pas autorités, ces figures administratives, qui très rarement ont le statut d'une personne morale de droit public à part, disposent d'une ample mission réglementaire et donnent l'impression d'une autorité technocratique et «décentralisée» face à l'appareil traditionnel du pouvoir exécutif. Cela est le cas de la Commission de Marché de Capitaux en Grèce, marquée du scandale de boom de la Bourse de Valeurs d'Athènes en 1999.

En tout cas, il faut craindre, comme l'ont remarqué de nombreux auteurs et comme l'a souligné en France la Section du rapport et des études du Conseil d'État, qu'un effet de mode entraîne la multiplication des autorités administratives indépendantes, déjà fort nombreuses, ce qui aurait pour conséquence à la fois de les banaliser et d'alourdir le fonctionnement courant de l'administration<sup>18</sup>.

## VII. LA NATURE JURIDIQUE DE L'AUTORITÉ INDÉPENDANTE UNIE DE MARCHÉS PUBLICS ET LE CONTROLE PAR LA COUR DES COMPTES

L'état grec a été doté d'un neuf appareil, qui s'appelle Autorité Indépendante Unie de Marchés Publics et est régi par la loi introductive n° 4013 de 2011, comme celle-ci a été modifiée par la loi n° 4072 de 2012. Selon le rapport accompagnant le projet de la loi introductive, cette initiative législative a été renforcée par la demande permanente des institutions de l'Union européenne sur l'existence d'un interlocuteur unique (au niveau national), crédible et impartial, quant à la stratégie et politique nationale au champ des marchés publics. Cette loi adopte la majorité des propositions de la Commission Européenne sur la fondation d'une autorité indépendante sur les

---

<sup>18</sup> M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes* (Paris 1994) 149.

contrats des entités publiques. Cette osmose, à notre sens, suggère la nécessité de promotion de l'Espace Administratif Européen.

Au niveau international, cette initiative législative constitue un engagement officiel découlant des conditions stipulées au Mémorandum de coopération entre le gouvernement grec et le groupe d'institutions ayant une immixtion cruciale au règlement de la dette publique extérieure de la Grèce. Cette «troïka» regroupe la Commission Européenne, la Banque Centrale Européenne et, pour la première fois quant à un pays de l'Union européenne, le Fonds Monétaire International. La réforme que l'initiative représente, vise à l'unification des règles, des procédures et de la terminologie du droit des contrats qui est applicable en Grèce, donc à une perfection juridique et gestionnaire. Elle tient aussi compte des engagements du «Plan d'Action», du 12.11.2010, passé entre les autorités grecques et la Commission Européenne, sur la fondation d'une Autorité Unie de Marchés Publics.

La neuve instance est l'unique autorité administrative indépendante en cette matière puisque le projet gouvernemental d'introduire également une autre, spécialisée en les travaux publics sans que la «troïka» l'ait suggéré, a été progressivement quitté. Cette évolution est dictée par la nature des choses, en vue de l'unicité des marchés publics à régler et à contrôler. Cela est d'autant plus valable puisque l'ordre juridique hellénique est marqué par un manque de cohérence consistant en un grand nombre d'autorités indépendantes, ayant un champ de compétences pareil.

L'autorité n'échappe pas à certaines imperfections typiques pour l'application du modèle des autorités indépendantes, malgré le fait que le législateur à un grand degré l'a assimilée à celles consacrées par la Constitution. En effet, elle est marquée d'un problème de désignation gouvernementale, sous forme de sélection au début et, plus tard, de proposition de personnes faisant partie du conseil de l'instance. Certes, la loi n° 4013 de 2011 eut la chance d'être appliquée sans retard vu que les premières personnes encadrant le collège furent désignées en janvier 2012.

La législation en vigueur prévoit que les pouvoirs adjudicateurs des marchés publics soumis à celle-ci sont tenus de réaliser une réservation de montée 0,10% sur la valeur, sans T.V.A., du marché initial et du marché complémentaire, en nom et au compte de la neuve autorité. Il conviendrait de signaler que la loi n° 4072 de 2012 a ajouté que

les sommes d'argent qui aboutissent ainsi à l'autorité couvrent pleinement le coût de fonctionnement de celle-ci. Cette restriction sans doute paradoxale assimile cette réservation à une charge réciproque et à la fois l'autorité à un concessionnaire au sein d'un contrat de concession de service public! Qui plus est, l'imposition d'une telle ressource uniquement au détriment du cocontractant du pouvoir adjudicateur transgresse le principe constitutionnel de l'égalité. Enfin, elle accentue la dégradation des relations de travail dans le secteur public, qui évoluent du modèle normal des contrats de travail des fonctionnaires à des contrats de rendement de service par des personnes physiques.

En outre, l'autorité en cause a comme but le développement ainsi que la promotion de la stratégie, de la politique et de l'action nationales dans le domaine des marchés publics, malgré le fait néfaste qu'aucune mention explicite n'existe au sujet autonome des PPP. Il serait opportun de citer la «préhistoire» de corrélation des contrats de PPP au mécanisme étatique non-gouvernemental qui consiste en le contrôle préalable de légalité des contrats publics à prix économique grand, assuré par la Cour des Comptes. La loi sur les PPP ne fait aucune mention de ce contrôle mais tout contrat de ce type a été soumis à ce contrôle juridique indépendant de nature non-juridictionnelle, incorporé à l'article 98 de la Constitution en 2001.

Il est à signaler qu'en droit comparé la Cour des Comptes constitue un organe à nature double, à la fois administrative et judiciaire, qui exemplifie l'Espace Administratif Européen. Aussi pourrait-elle être considérée comme précurseur du modèle récent des autorités administratives indépendantes. Dans cet ordre d'idées, le Conseil d'État ne constitue pas simplement un tribunal administratif supérieur mais un grand corps de l'Administration, en exerçant lui-aussi des compétences administratives exercées d'une manière indépendante. Donc, malgré le fait que les deux organes à nature mixte ne sont pas adoptés par tous les états-membres de l'Union européenne, ils représentent un grand succès de la législation comparée de plusieurs pays de l'Europe.

## VIII. LE CIRCUIT DES COMPÉTENCES ADMINISTRATIVES D'AVIS POSITIF DE L'AUTORITÉ INDÉPENDANTE UNIE DE MARCHÉS PUBLICS ET LE CONTROLE DE LA COUR DES COMPTES

La loi introductive prévoit que les décisions issues des pouvoirs adjudicateurs, qui consistent en la mise en marche de la procédure de négociation pour la passation des marchés publics (selon l'article 40 par. 3 de la directive 2004/17 CE et les articles 30 et 31 de la directive 2004/18/CE), à l'exception des cas de force majeure, sont émises suite d'un avis positif de l'autorité. En cas de silence, l'expiration du délai prévu, d'ordre de 15 jours à partir de la réception du projet de décision, est équivalente à un avis positif. Il s'agit d'un exemple typique de la présomption d'un acte administratif positif, phénomène qui est encore relativement rare en droit comparé, du moins quant aux agents administratifs investis d'un pouvoir décisif et non pas consultatif.

Néanmoins, cette compétence ne semble pas exemptée de problèmes au niveau législatif et dans la pratique. D'abord, le législateur ne clarifie pas les conséquences d'une omission du stade d'avis, en raison de faute du pouvoir adjudicateur. Par contre, au fur et à mesure que la législation impose le contrôle précité, exercé par la Cour des Comptes, elle fait une mention explicite de la peine de nullité qui frappe les contrats signés, en cas de non-demande du contrôle ou de l'émission d'un acte néfaste. Qui plus est, l'autorité, qui entama sa mission en juin 2012, n'a pas diffusé l'information opportune sur l'existence du stade préalable d'avis positif et donc à peine quelques mois plus tard le premier vice légal se produisit. L'état voulait procéder à la passation d'un contrat complémentaire, en faisant usage de la procédure de négociation; la décision ministérielle fut émise sans la soumission du dossier à l'autorité. Quand l'état avait l'intention de signer le contrat avec son cocontractant, il contacta la Cour des Comptes qui devrait exercer son attribution de contrôle préalable. La Cour consentit à la passation du contrat, sans se rendre compte de la requise législative de l'avis positif, explicite ou non, de l'autorité. Dans ce cas-là, le Conseil Juridique de l'État pourrait probablement s'orienter vers une argumentation en faveur de la vigueur du contrat, en tenant compte du caractère exécutoire et de la présomption de légalité des actes administratifs tels que la décision ministérielle en cause. Enfin, le par. 1 de



l'article 61 de la loi n° 4146/2013 cita qu'aucun problème de nullité ne résulta de la non – émission de l'avis (positif), dans les affaires qu'un tel acte devrait être prévu jusqu'au 31.12.2012. Qui plus est, le par. 5 de l'article 233 de la loi n° 4281/2014 fait mention des jours «ouvrables» quant au délai précité de 15 jours.

Il est à signaler que cette dernière loi unifie les statuts juridiques du stade précontractuel des marchés publics de tout type (en principe à partir du 30 juin 2016, à cause des modifications législatives survenues). De plus, elle rend l'Autorité Indépendante Unie des Marchés Publics compétente en premier et dernier ressort pour la décision sur l'unique recours administratif disponible, relatif aux litiges du stade précontractuel, en matière des contrats publics ayant une valeur supérieure à 60.000 d'euros, sans TVA.

En tout cas, un circuit de nouveautés consistant en des compétences administratives par des agents indépendants a emmené à un cercle vicieux. Il est de majeure importance de se rendre compte de l'étroite relation entre, d'une part, les autorités indépendantes, notamment l'Autorité Indépendante Unie de Marchés Publics et le Conseil National de Radiotélévision, et, d'autre part, la Cour des Comptes qui est tenue d'assurer le contrôle de l'émission du certificat de transparence et de l'avis positif, respectivement.

#### CONCLUSION :

#### LA LÉGISLATION SUR LES PPP OUVERTE À DES NOUVEAUTÉS INSTITUTIONNELLES

L'hypothèse de la présente étude a été relativement confirmée vu que les ordres juridiques examinés, tels que le français et le grec, font preuve d'un arsenal législatif suffisant pour l'usage de la nouveauté des contrats de PPP, quoique pas d'une manière absolue. Au contre-pied des imperfections en cause, l'état hellénique a innové par l'introduction d'une autorité indépendante, tout en promouvant l'Espace Administratif Européen et voire l'intégration européenne. Selon l'analyse achevée, le pari est là;

mettre l'autorité récemment activée au service des contrats de PPP, particulièrement quant à l'affrontement des litiges.

En conclusion, le droit comparé a été doté d'une alternative valable, à l'égard des modes traditionnels de production des travaux publics et de prestation des services publics. Cette position ne signifie guère qu'il n'existe pas des marges d'amélioration, dans la législation ainsi que dans la pratique, comme en matière des autorités indépendantes. En tout cas, l'option pour la nouveauté des PPP au lieu des modes traditionnels constitue une question ouverte, qui pourrait être facilitée dans l'avenir par des recherches de management, plus avancées. Qui plus est, le droit comparé a récemment acquiert une neuve branche à part, celle des marchés publics, dotés des nouveautés de fonctions administratives, comme cela est le cas de la triade opérationnelle «Autorité Indépendante Unie de Marchés Publics, Conseil National de Radiotélévision et Cour des Comptes» dans l'ordre juridique hellénique. Il est aussi important de signaler que l'Autorité en cause, après une période initiale d'importance plutôt relativement médiocre, a à jouer un rôle très important en vertu de la loi n° 4281/2014.