

# I.F.E.J.I

Institut Français d'Experts  
Juridiques Internationaux



## 1<sup>ER</sup> COLLOQUE DES ACTEURS FRANÇAIS DU DROIT A L'INTERNATIONAL

Pékin, 18 octobre 2007

### LA SECURITE JURIDIQUE AU SERVICE DU DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE

#### CONCESSIONS ET PARTENARIAT PUBLIC PRIVE : EXPERIENCE FRANCAISE : UN CADRE JURIDIQUE AUTONOME ET STABLE DOMINE PAR L'INTERET PUBLIC ET L'EQUILIBRE ECONOMIQUE

Marc Frilet, Avocat, Frilet – Société d'Avocats  
*Secrétaire Général de l'Institut Français d'Experts Juridiques Internationaux (IFEJI)*  
*Responsable du Groupe de Travail PPP du Barreau de Paris*  
*Coresponsable de la PPP Task Force, International Bar Association (IBA)*  
[avocats@frilet.com](mailto:avocats@frilet.com)

Rien ne peut sans doute mieux caractériser l'apport de la science juridique au développement économique que le droit des Concessions de service public et des PPP.

Ce droit aurait pu se développer dans différents pays mais il ne s'est réellement développé, stabilisé et mis en pratique à grande échelle qu'en France et dans divers pays de tradition juridique française.

Cela mérite quelques explications, et je vous propose un bref survol historique afin de mieux apprécier les défis juridiques posés par les concessions et PPP avant de montrer comment la France s'est dotée d'un véritable droit des concessions et PPP dont les fondamentaux contribuent incontestablement à la sécurité juridique au service du développement économique.

#### I. RAPPEL HISTORIQUE

Le développement économique de la plupart des pays du monde est passé par une phase de financement, de réalisation et de gestion d'infrastructures de service public par des entreprises privées. Ces dernières se sont uniquement intéressées aux infrastructures pour lesquelles les usagers étaient disposés à payer un prix pour le service rendu. Ceci a commencé dans le secteur des canaux en Europe, puis s'est développé à partir du 19<sup>ème</sup> siècle dans les secteurs des transports (chemins de fer et ports), de l'eau, du gaz et de l'électricité. La formule juridique était simple : la puissance publique en charge de satisfaire les besoins du public, concédait à un investisseur privé le droit de financer et d'exploiter l'infrastructure et le service et de se rémunérer directement sur l'utilisateur.

Ce mode de délégation de service public est connu sous le nom de « Concession de service public » et parfois de PPP.

L'apport des Concessions et PPP au développement économique est facile à appréhender : dans tous ces pays qui étaient en développement à l'époque, les budgets publics (à un niveau national ou régional) n'étaient pas suffisants pour réaliser au rythme souhaité les infrastructures de base offrant un service pour lequel le citoyen était prêt à payer un prix. Le recours à un concessionnaire privé était donc le bienvenu, d'autant que cette approche permettait de bénéficier de la dynamique du secteur privé, notamment en matière de recherche et de développement, de flexibilité, d'emploi, etc.

Toutefois, les équilibres à trouver entre l'intérêt du public et celui de l'opérateur privé ont donné lieu à de multiples expériences, débats et réflexions avec des résultats contrastés. Les contrats de concession qui avaient souvent été conclus pour des dizaines d'années étaient souvent trop rigides. Ils ne permettaient pas d'adapter convenablement le service aux besoins et capacités contributives des citoyens, ils ne prenaient pas suffisamment en compte les changements économiques et technologiques et ils ne répartissaient pas de façon équilibrée les risques et opportunités entre les parties. De ce fait, de nombreux échecs ont été observés.

Un des exemples fameux au début du 19<sup>ème</sup> siècle, a été le développement de la technologie de l'électricité qui, en quelques années, s'est révélée plus performante que le gaz pour l'éclairage. Cette situation a mis à mal les Concessions en cours pour le service public de l'éclairage au gaz .

En fait, le cadre juridique d'un vrai partenariat public-privé équilibré, n'était pas encore suffisamment élaboré à cette époque. De ce fait, le modèle de concessions de service public a ainsi été peu à peu abandonné après la Première Guerre Mondiale, à l'exception notable de la France et d'un ensemble de pays francophones ou de tradition juridique française (Afrique, Amérique latine, certains pays du Proche Orient et, plus proche de nous aujourd'hui, Viet Nam, Laos et Cambodge).

## **II. L'EXPERIENCE FRANÇAISE. UN DROIT DES CONCESSIONS ET DES PPP COMPLET ET PRAGMATIQUE MOTEUR DU DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE**

Le cadre institutionnel français a permis de résoudre progressivement et pragmatiquement pour les concessions de service public un dilemme bien connu pour tout contrat à long terme qui consiste à respecter à la fois les obligations contractuelles librement souscrites (Pacta sunt servanda) et à les modifier et les adapter lorsque, au fil des ans, les circonstances économiques, politiques, techniques etc. sont modifiées de façon imprévisible et importante. (rébus sic stantibus)

En France, le raisonnement dialectique ayant permis de dégager progressivement un « droit des concessions » de qualité, n'a pas été développé par le législateur, par la puissance publique ou par les représentants des concessionnaires privés ou des usagers mais par une instance originale, le Conseil d'Etat. Cette instance est une cour Suprême pour traiter les différends en matière de contrats publics auxquels appartiennent les Concessions. Elle conseille par ailleurs l'Etat en matière de textes réglementaires, avis, etc. Le Conseil d'Etat est très prestigieux. Il possède la confiance de tous, et on peut sans hésiter la qualifier de « super-régulateur ».

Le Conseil d'Etat a très rapidement considéré que dans l'intérêt du service public et des usagers, il y avait lieu de résoudre le dilemme fondamental des concessions de service public et autres problèmes contractuels entre l'Autorité publique et le Secteur privé, de façon équilibrée, et équitable sans se préoccuper des dispositions du Code civil.

- Il a ainsi commencé par instituer un droit à l'équilibre, basé sur des données économiques précises et encadrées par des préceptes de bon sens, qui s'est reflété dans de nombreuses décisions. Par exemple, lorsque la technologie de l'électricité qui s'est rapidement imposé comme plus performante que le gaz pour l'éclairage. Un célèbre arrêt « Gaz de Bordeaux, » de 1913, a consacré un des principes importants du droit des concessions de service public à savoir la « Théorie de l'imprévision » qui permet d'adapter les obligations contractuelles, lorsque l'équilibre économique du contrat est bouleversé par des circonstances extérieures imprévues (ce qui est différent de la force majeure, caractérisée par une impossibilité absolue d'exécution).
- En contrepartie du droit à l'équilibre reconnu au concessionnaire, dans certaines circonstances, d'autres droits tout aussi particuliers et dérogeant également au droit commun des contrats ont été accordés à l'autorité publique. Cette dernière peut imposer au concessionnaire d'adapter le service et les tarifs, de modifier unilatéralement le contrat, pour garantir la continuité du service public, l'égalité des usagers, etc.
- Toutefois, ces droits très particuliers, sans lesquels on peut comprendre qu'une autorité publique répugne à déléguer à un partenaire privé l'exploitation du service public, peuvent être source d'abus de la part de la puissance publique. Le Conseil d'Etat a donc ainsi encadré l'exercice de ces droits pour éviter qu'ils soient mis en œuvre de façon discrétionnaire et inéquitable (justification d'un intérêt public et garantie d'une indemnisation juste, équitable et rapide).

\*            \*

\*

La synthèse de l'ensemble de ces principes permet de dire qu'il existe aujourd'hui en France un droit des concession de services publics et, dans une moindre mesure des PPP, de qualité et mature. De surcroît, ce droit est constamment adapté aux réalités des projets, grâce aux décisions très pragmatiques du Conseil d'Etat, qui n'est pas tenu de respecter le droit commun des contrats de droit privé.

Cette particularité française a des conséquences très visibles sur le terrain en France, où les contrats de concession de service public sont très nombreux. Aux secteurs déjà évoqués se sont ajoutés de nombreux autres secteurs : autoroutes à péage, aéroports, marinas, ordures ménagères et assainissement, ponts et tunnels à péage, équipements sportifs et stades, lignes d'autobus, etc.

Les contrats de concession de service public se comptent en France par dizaine de milliers et représentent des centaines de milliards de dollars en valeur

Nous estimons pour notre part qu'il n'est donc pas exagéré de dire que, si la France est aujourd'hui un des pays du monde où les infrastructures de service public sont de grande qualité, et où les entreprises françaises sont les leaders mondiaux (Vinci, Bouygues, Veolia, Eiffage, etc.) c'est dans une grande mesure grâce à l'existence d'un droit des concessions dérogeant au droit commun des contrats, basé sur quelques grands principes simples et acceptés par tous et mis en œuvre par un « régulateur » unanimement respecté.

Ce droit pourrait ainsi devenir moyennant quelques adaptations, un droit particulièrement utile à acclimater en Chine, où la régulation économique des contrats entre secteur public et privé ne paraît pas cantonnée dans une codification rigide, réservée aux relations contractuelles « privés-privés ».