Les pratiques françaises et chinoises d'externalisation des services publics

Étant donnée l'absence de définition textuelle ou jurisprudentielle de l'externalisation, la doctrine française s'avère fluctuante à ce sujet³²⁰. Comme le souligne Philippe Yolka, la notion d'externalisation risque d'être interprétée de façon trop large ou trop restrictive : soit « il y aurait externalisation dès que l'administration fait appel à un prestataire extérieur pour satisfaire un besoin quelconque » ; soit la rigueur de la classification exclut l'achat public et la délégation, ou plus précisément, la concession du service public du domaine de l'externalisation en n'y laissant, en fin de compte, que très peu de matière³²¹.

Cette problématique du périmètre de la notion d'externalisation se pose de la même manière au sein de la doctrine chinoise pour laquelle la sous-traitance³²², l'achat public, la convention de délégation entre personnes publiques et la délégation d'un service entier constituent les principaux objets du débat. Il est parfois difficile de trancher, sachant que selon les différents points de vue disciplinaires ou idéologiques, voire philosophiques, ce domaine peut être plus ou moins étendu.

Nous avons retenu une définition étroite de la notion d'externalisation des services publics. Cela étant, elle englobe plusieurs types d'actions publiques telles que l'achat public, les travaux publics, la délégation de certaines compétences administratives et les contrats de partenariat public-privé. La plupart de ces actions, pour ne pas dire la totalité, se réalisent par le biais du contrat qui est considéré dès lors comme « un puissant levier de modernisation de l'État », « un instrument incontournable des politiques sociales » et « un outil essentiel de régulation dans une économie de

320 Voir notamment Jean-David Dreyfus, « L'externalisation, élément de droit public », *op. cit.*, p. 1214 ; Paul Lignières et Laurent Babin, « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *Dr. adm.* 2002, n° 5, p. 37 ; Florian Linditch, « La puissance publique à l'épreuve de l'externalisation », in *La puissance publique*, Travaux de l'AFDA., LexisNexis, 2012, p. 77 ; François Lichère, « Externalisation et personnes publiques », *op. cit.*, p. 66 ; Fabrice Melleray, « Contrats de partenariat et externalisation », *Revue du Trésor* 2007, p. 246 ; Gilles J. Guglielmi, « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », *op. cit.*, p. 175 ; Guillaume Chanson, « L'externalisation, les raisons d'une stratégie gestionnaire », in actes du colloque « Externalisation des propriétés publiques. Pratiques techniques et résultats » organisé par l'Institut d'études administratives, sous l'égide de l'équipe de droit public de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, le 23 septembre 2011, *JCP A* 2012, 2130, p. 20.

321 Philippe Yolka, « Sur l'externalisation en matière administrative », in actes du colloque « Externalisation des propriétés publiques. Pratiques techniques et résultats », *op. cit.*, p. 14.

322 Concernant la distinction entre l'externalisation et la sous-traitance, elle peut être fondée sur la volonté de partenariat et sur la réversibilité de la délégation. La sous-traitance consisterait à déléguer des tâches que l'administration est en mesure de reprendre à tout moment ; l'externalisation, quant à elle, passerait par la dévolution de fonctions complètes, la réversibilité éventuelle du processus serait plus complexe. Le Guide de l'externalisation précise que « l'externalisation va bien au-delà de la simple sous-traitance, car cette notion implique une volonté de partenariat et de "gagnant-gagnant" dans la démarche poursuivie » (AN., Guide de l'externalisation, Rapport, AN. n° 3595, 12 février 2002, p. 11). Cependant, il s'agit plus d'une nuance de degré dans la complexité de l'opération que d'une distinction de nature juridique. Une telle distinction produit en effet peu de sens sur le plan juridique, étant donnée la similitude de leurs modalités de procédure et de leurs effets juridiques. Les auteurs chinois ne reconnaissent d'ailleurs pas cette distinction.

marché »³²³. Or, étant donné l'objet d'intérêt général et les moyens exorbitants de réalisation de ces contrats, ils suivent souvent des règles autres que celles reconnues par le droit commun. C'est là que la doctrine chinoise, tout en se référant au concept anglais de « *contracting-out* », rejoint la notion française de contrat administratif pour une théorisation des contrats d'externalisation des services publics.

L'essor de l'externalisation des services publics est donc accompagné d'une contractualisation croissante dans les secteurs publics des deux pays ayant vécu un temps de dirigisme planificateur. Le nouveau mode de fonctionnement de l'administration nécessite une restructuration de ses missions. Dans ce chapitre, nous abordons dans un premier temps l'externalisation des services publics par voie contractuelle (section 1), puis la question des limites à l'externalisation des services de l'administration (section 2).

323 CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, 2008, p. 8.

Section 1. L'externalisation des services publics par voie contractuelle

Laurent Richer observe trois périodes d'extension de l'utilisation du contrat dans le domaine public sous la V^{ème} République : la phase de l'économie contractuelle (1960-1982), la phase de l'administration territoriale (1982-1992) et la phase du tout contractuel (1992-2002)³²⁴. Cette dernière, se poursuivant jusqu'aujourd'hui, coïncide avec l'essor du recours au contrat dans le domaine public en Chine notamment à partir des lois du 15 mars 1999 « sur les contrats »³²⁵, du 30 août 1999 « sur les appels d'offres »³²⁶ et du 29 juin 2002 « sur la commande publique »³²⁷. Pendant cette période, la doctrine chinoise tend à créer une catégorie de contrats administratifs sous le prisme de la notion française de contrat administratif (I), laquelle fournit les principales modalités d'externalisation des services publics (II).

I. La recherche de la notion de contrat administratif en Chine sous le prisme de la notion française de contrat administratif

Si la notion française de contrat administratif est née d'une construction jurisprudentielle, et occupe dès lors une place considérable dans le droit administratif, le droit positif chinois ne reconnaît pas officiellement le contrat administratif, malgré une attention particulière portée par la doctrine à cette notion depuis les années 1990. Le débat doctrinal s'est ainsi engagé sur les questions de l'existence du contrat administratif, de sa définition, de sa nature juridique, de son identification et du régime qui lui est applicable. Parmi les nombreuses contributions doctrinales³²⁸, deux ouvrages ont été spécifiquement consacrés au contrat administratif³²⁹. Quelle que soit la divergence entre ces théories, elles prônent unanimement la reconnaissance officielle du contrat administratif par le droit positif et considèrent que la notion de contrat administratif est dorénavant indispensable pour la poursuite de la réforme générale de l'État.

324 Laurent Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973.

325 " 合同法 ", He-tong-fa.

326 Préc..

327 Préc..

328 Voir notamment YING Songnian, *Traité de droit administratif*, Presses Fangzheng de Chine, 1998, p. 344 et s. [应松年, 行政法学新论, 中国方正出版社]; JIANG Ming'an, *Contentieux administratif et procédure administrative*, Presses de l'Université de Beijing, 1999, p. 251 et s. [姜明安, 行政法与行政诉讼法, 北京大学出版社]; LUO Haocai, *Droit administratif*, Presse de l'Université de Beijing, 2001, p. 180 et s. [罗豪才, 行政法学, 北京大学出版社]; YE Bifeng, *Contentieux administratif et procédure administrative*, Presses de l'Université Renmin de Chine, 2003, p. 177 et s., [叶必丰, 行政法与行政诉讼法, 中国人民大学出版社] et WANG Kewen, *Traité élémentaire du droit administratif économique*, Presses de l'Université de Beijing, 2004, p. 291 et s. [王克稳, 经济行政法基本论, 北京大学出版社].

329 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif*, Presses de l'Université de sciences politique et juridique de Chine, 1994 [张树义, 行政合同, 中国政法大学出版社]; YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs*, Presses de l'Université Renmin de Chine, 2000 [余凌云, 行政契约论, 中国人民大学出版社].

Les théoriciens chinois du contrat administratif se sont largement inspirés des droits étrangers tels que le droit allemand, le droit américain, le droit japonais et, en particulier, le droit français. En effet, l'introduction de la notion de contrat administratif par l'ouvrage prométhéen de WANG Mingyang en 1989 a fourni nombre d'éléments constitutifs de cette notion et, avant tout, la dénomination de contrat administratif³³⁰. La notion française de contrat administratif constitue désormais un élément incontournable dans presque tous les ouvrages abordant le contrat administratif³³¹. Elle exerce, ce faisant, une influence majeure sur la doctrine chinoise tant concernant la question de l'existence des contrats administratifs (A) que pour leur identification (B).

A. La question de l'existence des contrats administratifs

Depuis les études successives de Gaston Jèze³³², de Georges Péquignot³³³ et d'André de Laubadère³³⁴, la spécificité du contrat administratif se voit clairement affirmée en droit français. Les contrats administratifs sont des contrats, mais marqués par un particularisme dû à leur but d'intérêt général et au fonctionnement particulier de l'administration publique. Considérés comme un moyen d'assouplissement des interventions publiques, ils sont aussi des actes de l'administration par lesquels celle-ci réalise ses missions. Or, comme le constate le Conseil d'État dans son étude de 2008 sur le contrat, non seulement la distinction des décisions administratives unilatérales et des conventions conclues par l'administration n'est pas toujours facile à opérer³³⁵, mais encore la conclusion et l'application de certaines conventions sont subordonnées à l'intervention d'une décision unilatérale³³⁶.

Entre le contrat au sens du droit commun et l'acte administratif caractérisé par l'unilatéralité, la nature du contrat administratif constitue une question primordiale pour les juristes chinois. Tout en admettant que les contrats administratifs sont des contrats³³⁷, les auteurs chinois, comme la

330 " 行政合同", Xing-zheng-he-tong.

331 Hormis les ouvrages précités, il convient de citer l'ouvrage de YANG Jiejun, spécifiquement consacré au contrat administratif en droit français, réalisé à la suite de son séjour d'études en France, intitulé « Les contrats administratifs français », *Presses de l'Université Fudan*, 2009 [杨解军, 法国行政合同, 复旦大学出版社].

332 Gaston Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 vol., Giard, 1927 – 1934 ; *Théorie générale des contrats de l'administration*, Giard, 1934 – 1936.

333 Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, thèse Montpellier, 1945.

334 André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ., 1956 ; rééd. avec la collaboration de Franck Moderne et Pierre Delvolvé sous le titre *Traité des contrats administratifs*, LGDJ., 1983.

335 CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, op. cit., p. 154 – 159.

336 *Ibid.*, p. 160 – 162.

337 Voir YANG Xiaojun, « La nature juridique et les caractéristiques du contrat administratif », *Recherche du droit administratif*, 1998, n° 2, p. 16 [杨小君, 论行政合同的特征与法律性质, 行政法学研究]; LIU Cui, « La signification de l'existence des contrats administratifs », *Science juridique*, 1999, n° 5, p. 70 [刘萃, 试论行政合同的存在意义, 法律科学]; LI Weihua, « La nature du contrat administratif », *Presse universitaire de*

doctrine française³³⁸, opèrent une distinction entre contrat administratif et contrat de droit commun de l'administration (1). Dans le même temps, la distinction entre les contrats administratifs et les actes unilatéraux s'avère quelque peu ambiguë compte tenu d'une certaine similitude entre ces deux catégories d'actes de l'administration (2).

1. La distinction entre contrat administratif et contrat de droit commun

En Chine, bien que la notion de contrat administratif fasse l'objet de débats doctrinaux depuis vingt ans, aucun texte juridique ne mentionne le terme « contrat administratif ». Lors de l'élaboration du projet de la loi « sur le contrat » en 1997, certains experts du droit administratif ont suggéré la création d'un chapitre ou, au moins, d'un article relatif au contrat administratif³³⁹. Toutefois, cette proposition n'a pas été retenue par la commission de rédaction du projet de loi. Qu'est-ce que le contrat administratif, sinon un contrat tout court ? Existe-t-il des contrats administratifs en droit chinois ? Dans l'affirmative, quels contrats sont administratifs ? Ces trois questions formulées par LIANG Huixing, alors membre de ladite commission, n'ont pas pu obtenir de réponses satisfaisantes. De surcroît, même si le contrat administratif pouvait exister, il devait logiquement être encadré par les règles du droit administratif, alors que la loi « sur le contrat » s'intéresse plutôt aux contrats du droit civil³⁴⁰. Cela suppose une distinction entre les contrats du droit commun — même s'ils sont conclus par l'administration — et les contrats dits administratifs³⁴¹.

Cette étape intellectuelle s'avère nécessaire, comme en droit français, pour la naissance du contrat administratif. En France, hormis les quelques interventions législatives, notamment en matière de marchés de travaux publics, qui attribuent à la juridiction administrative le contentieux, le contrat administratif est surtout né d'une évolution jurisprudentielle accompagnée de

l'Université de Shandong (section des sciences humaines et sociales), 2001, n° 5, n° série 178, p. 106 [李卫华, 行政合同的性质, 山东师大学报 (人文社会科学版)] et LIU Guang, « Du caractère contractuel des contrats administratifs », *Presses universitaires de l'Institut des cadres de la gestion agricole de Shandong*, 2002, vol. 18, n° 3, p. 67 [刘光, 论行政合同的合同性, 山东省农业管理干部学院学报]. Voir également YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 30.

338 Voir notamment André de Laubadère *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, LGDJ., 1956, p. 23 – 24 et sv..

339 Voir notamment YING Songnian, « Le non négligeable contrat administratif », *Legal Daily*, 9 juin 1997, p. 1 [应松年, 行政合同不可忽视, 法制日报].

340 LIANG Huixing, « Débat lors de la réunion des experts sur le projet de loi "sur le contrat" », *Frontiers of Law in China*, 1998, n° 2, p. 55 [梁慧星, 讨论合同法草案征求意见稿专家会上的争论, 中国法学前沿]. Ce débat doctrinal se caractérise par un paradoxe ironique : les théoriciens zélés du contrat administratif sont prêts à sacrifier la nature administrative du « contrat administratif » pour que celui-ci soit officiellement reconnu par la loi, tandis que les défenseurs de la nature privée du contrat, en excluant le contrat administratif du domaine des contrats du droit commun, ont sauvé le particularisme des contrats administratifs qui relève du droit public.

341 Selon ZHANG Li, il y a tout de même une distinction, bien que subtile, entre les « contrats publics assimilés aux contrats civils » et les « contrats civils ordinaires ». Voir ZHANG Li, « Les contrats publics en Chine », in *Droit comparé des contrats publics*, sous la dir. de Rozen Noguellou. et Ulrich Stelkens, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 495.

commentaires doctrinaux. La distinction faite par le commissaire du gouvernement David entre « l'État puissance publique » et « l'État personne civile »³⁴² fournit la base de la distinction entre « la gestion publique » et « la gestion privée » établie par le commissaire du gouvernement Romieu à l'occasion de l'affaire *Terrier*³⁴³. La jurisprudence ultérieure a suivi cette solution pour opérer la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit commun de l'administration soit au regard de la « nature même » du contrat (l'existence des clauses exorbitantes)³⁴⁴, soit en fonction de l'objet du contrat (« l'exécution même du service public »)³⁴⁵. C'est par ce développement à la fois jurisprudentiel et doctrinal, plutôt que par les qualifications législatives ponctuelles, que la notion de contrat administratif s'est progressivement construite en France. André de Laubadère affirme en 1956, dans son *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, que « la distinction fondamentale des contrats administratifs proprement dits et des contrats de droit commun (ou de droit privé) conclus par l'administration » est un acquis depuis longtemps³⁴⁶.

Bien que le contrat civil et le contrat administratif s'inscrivent dans un droit général des contrats³⁴⁷, le contrat administratif est soumis à un régime particulier en raison de son but d'intérêt général et des moyens exorbitants issus de prérogatives de puissance publique dans l'exécution du contrat. De ce particularisme lié à l'objectif du contrat administratif découlent certains pouvoirs spécifiques de l'administration qui remettent en cause le principe d'égalité des parties : un pouvoir de modification unilatérale ou de résiliation unilatérale du contrat³⁴⁸, un pouvoir d'exiger l'exécution

342 Concl., David, TC., 8 février 1873, *Blanco*, *op. cit.*.

343 Concl., Romieu, CE., 6 février 1903, *Terrier*, *op. cit.*.

344 CE., 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Rec.*, p. 909 ; *D.* 1916, 3, p. 35, concl. Blum.

345 CE., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, *Rec.*, p. 167 ; *AJDA* 1956, p. 272, concl. Long.

346 André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 8. La distinction n'a pas toujours été en France. Avant l'abandon de la théorie de la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, elle n'existait pas, car tous les contrats conclus par des personnes publiques étaient regardés comme des actes de gestion, et donc soumis au régime du droit commun (Aucoc, *Conférence de droit administratif*, 1885, 1, 488 ; Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, Berger-Levrault, 1887-1888). La jurisprudence *Blanco* marque l'abandon de la théorie des actes d'autorité et de gestion.

347 CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, p. 96.

348 Ce pouvoir de modification et de résiliation du contrat est un principe général du droit administratif, qui s'applique même dans le silence du contrat. Pour la résiliation unilatérale : CE., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Rec.*, p. 246 ; 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33 ; C. const., 18 janvier 1985, décision n° 84-185 DC, *Rec.*, p. 36. Pour la modification unilatérale : CE., 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen*, req. n° 94624 ; 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *Rec.*, p. 216 ; 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33. La possibilité de modifier ou de résilier unilatéralement le contrat existe aussi en droit privé du contrat, tels que les contrats de travail (avec le pouvoir de l'employeur de modifier unilatéralement les clauses non substantielles) ou les contrats de bail (avec l'acte de délivrer congé afin de mettre fin au bail. C. cass. civ. 3^{ème}, 12 juillet 1988, *Bull. civ.*, III, n° 126). À ce titre, le contrat administratif apparaît comme ne différant pas fondamentalement du contrat civil. Il n'est d'ailleurs pas impossible, selon le Conseil d'État, dans son rapport du le contrat en 2008, « d'assister dans un futur proche à une convergence entre les deux contrats » (Conseil d'État *Rapport public 2008 : Le mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, p. 106 – 107). Mais cette possibilité est surtout justifiée par l'objectif ultime du contrat administratif en vue d'assurer au mieux l'intérêt général et la bonne exécution du service public.

du contrat en dépit d'événements extérieurs modifiant l'équilibre contractuel et un pouvoir de contrôle et de surveillance qui s'impose au cocontractant³⁴⁹ et qui ouvre, le cas échéant, un pouvoir de sanction administrative sur le cocontractant³⁵⁰.

Ces prérogatives de l'administration dans le contrat administratif sont aussi bien constatés par la doctrine chinoise³⁵¹. Il en est ainsi, par exemple, en matière de cession ou de transfert de la propriété de l'État. S'agissant du pouvoir de contrôle de l'administration, l'article 6 du règlement provisoire du 19 mai 1990 « sur la cession et le transfert de l'usufruit de la terre urbaine de l'État »³⁵² dispose que « les cessions, transferts, locations, hypothèques et la cessation de l'usufruit de la terre sont soumis au contrôle de l'office chargé de la gestion des terres »³⁵³. Aux termes de l'article 17 de ce même texte, si le cocontractant ne respecte pas les délais ou les principes d'exploitation, ledit office intervient et, le cas échéant, prononce des sanctions³⁵⁴. Son article 42 prévoit la possibilité de résilier unilatéralement le contrat de cession ou de bail en vue de la satisfaction des « besoins de l'intérêt public »³⁵⁵. La résiliation anticipée d'intérêt public est possible sans qu'il soit besoin de suivre les procédures prévues pour sa passation, bien qu'elle soit subordonnée, comme en droit français³⁵⁶, à l'obligation d'indemniser le cocontractant.

Selon Gaston Jèze, « le contrat administratif suppose essentiellement deux contractants qui se reconnaissent placés sur un pied d'inégalité : l'un représente l'intérêt général, le service public ; l'autre l'intérêt privé du contractant »³⁵⁷. Conclut dans un objectif d'intérêt général, les contrats administratifs sont censés assurer le bon fonctionnement du service public et permettre la mise en

349 Agnès Roblot-Troizier, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007, p. 990.

350 CE., 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, *Rec.*, p. 513.

351 Voir notamment YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 32 – 181. Voir également YANG Yang, « Contrat administratif : un nouveau mode d'action administrative », *Gestion administrative en Chine : administration et droit*, 2005, n° 5, n° série 239, p. 22 – 25 [杨阳, 行政合同: 一种新型行政技术, 中国行政管理: 行政与法制] et MA Di, « Les prérogatives administratives dans le contrat administratif et leur encadrement juridique », *Droit et société*, 2008, n° 1, vol. 2, p. 191 [马迪, 论行政合同中的行政优益权及其法律控制, 法制与社会].

352 " 城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例 ", Cheng-zhen-tu-di-shi-yong-quan-chu-rang-he-zhuan-rang-zan-xing-tiao-li.

353 " 县级以上人民政府土地管理部门依法对土地使用权的出让、转让、出租、抵押、终止进行监督检查 ".

354 Les sanctions peuvent aller jusqu'à la privation du droit de l'exploitation sans contrepartie.

355 L'article 42 dudit règlement provisoire dispose que « selon les besoins de l'intérêt public et de la Société, l'État peut légalement récupérer la terre avant l'échéance prévue par le contrat, il doit, par conséquent, dédommager le cocontractant en fonction de l'état réel de son exploitation » [根据社会公共利益的需要, 国家可以依照法律程序提前收回, 并根据土地使用者已使用的年度和开发利用土地的实际状况给予相应的补偿].

356 CE., 2 mai 1958, *Distillerie Magnac Laval*, *Rec.* p. 246 ; 24 novembre 1972, *Société ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, *Rec.*, p. 753 ; 2 février 1987, *Société TV6 et autres*, *Rec.* p. 29.

357 Gaston Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, *op. cit.*, vol. 1, p. 8.

œuvre de l'action administrative. Sur ce point, ils s'apparentent à des actes administratifs unilatéraux lesquels constituent le moyen classique de réalisation de l'intérêt général.

2. Le contrat administratif et l'acte administratif unilatéral

Si la distinction du contrat et de l'acte unilatéral est valable en droit administratif (a), l'application de cette distinction entre contrat administratif et acte administratif unilatéral n'est pas dépourvue de difficultés (b).

a. La distinction du contrat administratif et de l'acte administratif unilatéral

En parallèle à la question de la nature véritablement contractuelle du contrat administratif, celle de la distinction entre contrat administratif et acte unilatéral de l'administration a également occupé l'attention de la doctrine chinoise³⁵⁸. Si la majorité des auteurs chinois s'accordent sur cette distinction, il s'agit d'une distinction théorique, introduite par le biais du droit comparé ou, plus précisément, grâce à la traduction d'ouvrages juridiques étrangers. Le terme « acte administratif unilatéral »³⁵⁹ est paru tout d'abord dans l'œuvre pionnière de WANG Mingyang³⁶⁰, puis dans les traductions successives d'ouvrages français de droit administratif³⁶¹.

Selon la doctrine française, la distinction entre contrat administratif et acte administratif unilatéral s'inscrit dans une distinction plus large : celle du contrat et de l'acte unilatéral. À ce titre, René Chapus suggère, outre la considération du nombre des auteurs de l'acte³⁶², d'adopter un critère matériel, c'est-à-dire un critère fondé sur le « contenu de l'acte ». Ainsi, lorsque l'acte est « destiné à régir le comportement de personnes qui sont étrangères à son édicition, c'est-à-dire qui sont des tiers par rapport à lui », il est un acte unilatéral ; lorsque l'acte est « destiné à régir les relations réciproques de ses auteurs », il est un contrat³⁶³. Cette position tend à résumer les divers propos

358 Une présentation sommaire des différentes approches doctrinales a été faite par HUANG Xuejian et ZHOU Chunhua, « De la nature juridique des contrats administratifs », *Presses universitaires de l'Institut supérieur des officiers policiers de Xinjiang*, 2008, vol. 28, n° 1, p. 35 – 38 [黄学贤、周春华, 评述行政合同的法律属性, 新疆警官高等专科学校学报].

359 " 单方行政行为".

360 Wang Ming-yang, *Droit administratif français, op. cit.*, p. 107 – 108.

361 Voir notamment Gustave Peiser, *Droit administratif général*, 19^{ème} éd., trad. par LIAO Kunming et ZHOU Jie, éd. École administrative nationale, 2002, p. 56 – 81 [廖坤明、周洁, 法国行政法, 国家行政学院出版社]; Jean Waline, *Droit administratif*, trad. par LU Ren, Commercial Press, 2008, p. 446 et s., [鲁仁, 商务印书馆].

362 Lorsqu'il n'y a qu'un seul auteur, l'acte est évidemment unilatéral. Cependant, le fait que l'acte est issu de deux ou plusieurs auteurs n'implique pas nécessairement le caractère contractuel tel le cas des arrêtés interministériels. En ce qui concerne le critère quantitatif de la classification entre actes unilatéraux et actes plurilatéraux, la doctrine l'a retenu depuis longtemps. Sur ce point, voir les définitions de Léon Duguit, Louis Rolland, André de Laubadère et de Marcel Waline, citées par Charles Eisenmann dans son *Cours de droit administratif*, t. II, LGDJ., 1983, p. 389 – 391.

363 René Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Monchrestien, 15^{ème} éd., 2001, p. 492.

doctrinaux sur cette distinction. Ainsi, Marcel Waline définit l'acte unilatéral comme celui qui « crée des obligations à quelqu'un qui, lui, n'avait pas concouru à l'acte »³⁶⁴. Dans le même sens, Pierre Delvolvé ajoute que « l'acte unilatéral peut avoir des conséquences sur son auteur lui-même » et que « c'est plus encore l'adoption de l'acte de par la seule volonté d'une autorité administrative qui caractérise son caractère administratif »³⁶⁵. Charles Eisenmann, dans son *Cours de droit administratif*, condamne résolument la classification par critère quantitatif et propose les définitions des actes plurilatéraux et des actes unilatéraux de façon suivante : « les actes plurilatéraux (bilatéraux ou multilatéraux) sont : les actes créant des normes qui régissent les rapports mutuels de leurs auteurs, c'est-à-dire statuant des obligations-droits des uns envers les autres ; en d'autres termes, les actes créant des normes ayant pour sujet leurs créateurs mêmes. Les actes unilatéraux sont : ou bien des actes d'un seul individu, ou bien les actes de deux ou plusieurs individus qui ne créent pas des normes destinées à régir leurs rapports »³⁶⁶.

Ainsi, ce qui permet de distinguer l'acte unilatéral et le contrat est un critère combiné de la manière d'élaborer l'acte d'une part, et de l'effet de son application d'autre part. Lorsque l'acte est élaboré ou réputé être validé par une seule « volonté » sans consentement de ses destinataires, il est un acte unilatéral. En revanche, lorsque l'acte est le résultat du consentement de deux « volontés » ou deux « camps », deux « côtés » (selon les expressions utilisées par les auteurs) et établit des droits et obligations réciproques pour tous deux, il est un contrat.

La distinction du contrat et de l'acte unilatéral étant ainsi théoriquement établie, il reste que son application n'est pas toujours simple.

b. Les difficultés relatives à la distinction du contrat administratif et de l'acte administratif unilatéral

La distinction du contrat administratif et de l'acte administratif unilatéral, comme le constate Christophe Guettier dans son « Droit des contrats administratifs », n'a pas toujours « la force de l'évidence »³⁶⁷.

1° Une première difficulté apparaît dans le cas où le contrat administratif est accompagné d'actes unilatéraux. Ainsi, hormis les actes détachables du contrat qui sont très tôt considérés

364 Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 384. Il en serait de même, selon la logique de l'auteur, s'agissant des droits créés par l'acte.

365 Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, p. 16. L'auteur souligne également « l'absence de consentement des destinataires de l'acte ». Sur ce point, voir également *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, CUJAS, 1975, Georges Dupuis, « Définition de l'acte unilatéral », p. 205 ; Pierre Ferrari, « Essai sur la notion de coauteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », p. 215.

366 Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 394.

367 Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3^{ème} éd., 2011, p. 64 – 74.

susceptibles de recours pour excès de pouvoir (procédure normalement réservée aux actes unilatéraux)³⁶⁸, dans beaucoup de contrats administratifs figurent souvent des clauses que Léon Duguit qualifie de « réglementaires »³⁶⁹, notamment dans les contrats de concession de service public. Une théorie de l'acte mixte a été adoptée par nombre d'auteurs³⁷⁰ en dépit de l'absence de reconnaissance d'une telle catégorie d'acte administratif par le droit positif. Cette théorie est accueillie par la majorité des auteurs chinois qui voient dans le contrat administratif un concours de clauses réglementaires et de clauses contractuelles³⁷¹.

Il en découle logiquement une distinction entre ces deux catégories de clauses quant à l'application des règles du droit commun ou du droit public. Cette distinction est fondée sur celle entre les clauses liées à l'intérêt public et les clauses qui ne regardent que les intérêts du cocontractant. Autrement dit, comme le résume André de Laubadère, « ont une nature réglementaire toutes les clauses qui concernent l'organisation ou le fonctionnement du service public ; ont une nature contractuelle les clauses qui [...], d'une part n'intéressent en rien le public, d'autre part ne touchent même pas aux règles et conditions de fonctionnement du service »³⁷². Cette distinction est significative en droit français dans la mesure où depuis 1906 il est possible d'invoquer devant le juge administratif les clauses réglementaires de certains contrats³⁷³, tels les contrats de concession, et depuis 1996 de les contester par un recours pour excès de pouvoir en vue de leur annulation³⁷⁴.

Or en Chine, où le recours pour excès de pouvoir n'existe pas, une telle distinction formelle ne ferait que compliquer inutilement la procédure. Il s'agit de savoir si un contrat administratif, quelle que soit l'importance des clauses réglementaires qu'il contient, doit être soumis aux règles du

368 CE., 4 août 1905, *Martin*, req. n° 14220.

369 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., Ancienne Librairie Fontemoing, E. de Boccard, 1927 – 1930, t. I, p. 420 et sv..

370 Voir notamment Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, *idem* ; Henry Berthélemy, *Traité élémentaires de droit administratif*, Rousseau, 1930, p. 711 et s. ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., rééd. par Dalloz, 2002, p. 1015 ; Gaston Jèze, notes de jurisprudence, *RDP.*, 1907, p. 680 ; Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, LGDJ., 1943, p. 715 ; Louis Rolland, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 10^{ème} éd., 1951, n° 149 ; Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 392 ; Yves Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ., 1971, p. 151 et sv..

371 Voir notamment LIU Cui, « La signification de l'existence des contrats administratifs », *op. cit.*, p. 70 ; LI Weihua, « La nature du contrat administratif », *op. cit.*, p. 108 ; ZHU Xinli, « Les caractéristiques fondamentales du contrat administratif », *Presses universitaires de l'Université de Zhejiang (section de sciences humaines et sociales)*, 2002, vol. 33, n° 2, p. 23 [朱新力, 行政合同的基本特性, 浙江大学学报 (人文社会科学版)] ; YANG Yang, « Contrat administratif : un nouveau mode d'action administrative », *op. cit.*, p. 24.

372 André de Laubadère ..., *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 107.

373 CE., 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Rec.*, p. 962

374 CE., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, req. n° 138536 ; *AJDA* 1996, p. 732, chron. Didier Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot.

droit civil ou à celles du droit administratif³⁷⁵. Malgré la tendance doctrinale à soumettre les contrats administratifs au droit administratif³⁷⁶, le droit positif ne reconnaît pas une telle situation. Les contrats qualifiés de nature administrative par les juristes universitaires sont considérés comme des contrats purs et simples par les tribunaux. En l'absence de textes juridiques définissant le contrat administratif, les juges de la République Populaire appliquent un principe similaire à la théorie de la nature intégralement contractuelle du contrat administratif qui dominait à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle en France³⁷⁷. Compte tenu de l'état du droit positif, certains auteurs ont proposé une théorie de la double nature du contrat administratif. Selon cette théorie, le contrat administratif n'est pas une combinaison d'un contrat et d'un acte administratif unilatéral, mais plutôt leur fusion. La nature du contrat administratif dépend du contexte dans lequel il est invoqué³⁷⁸. Pour mieux comprendre cette approche, il convient d'évoquer une théorie comparable, concernant notamment la concession de service public, développée au début du XX^{ème} siècle en France par Léon Blum, qui parlait du « double aspect, de la double nature de la concession »³⁷⁹ et, à une certaine période, soutenue par Maurice Hauriou qui constatait la nature contractuelle lorsqu'il s'agit des « rapports de l'administration et du concessionnaire », mais réglementaire lorsqu'il s'agit de la situation « vis-à-vis des administrés »³⁸⁰. Cette théorie de la double nature, vivement repoussée par la majorité de la doctrine française³⁸¹ et même abandonnée par certains auteurs qui l'avaient initialement défendue³⁸², pourrait en revanche fonctionner en Chine pour que les contrats administratifs entrent dans le champ du contentieux administratif. En effet, la reconnaissance de la nature administrative de certains contrats conclus par l'administration est susceptible d'inclure ces

375 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 88 – 90. Sous l'influence du « Droit administratif français » de WANG Mingyang, l'auteur préconise la distinction du contrat administratif et du contrat civil.

376 WU Denglong, « Le contentieux des contrats administratifs », *Recherche de droit administratif*, 1997, n° 2, p. 25 – 29 [吴登龙, 行政合同诉讼探悉, 行政法学研究]; SHEN Kaiju, « Les conflits relevant d'un contrat administratif doivent être soumis au contentieux administratif », *in* actes du colloque en 1997 de l'association de la science juridique de Chine, section du droit administratif, p. 1 [沈开举, 行政合同纠纷应纳入我国行政诉讼的受案范围, 中国法学会行政法学研究会 1997 年提交的论文]; ZHANG Buhong, « Rapport sur les nouvelles questions de la recherche du droit administratif en Chine », *Chian Legal Publishing House*, octobre 1999, p. 10 [张步洪, 中国行政法学前沿问题报告, 中国法制出版社]; SUN Lujian, « Le régime juridique du contrat administratif », *Presses universitaires de l'Université du Nord-ouest*, 2003, vol. 33, n° 3, p. 101 – 103 [孙录见, 论行政合同的法律地位, 西北大学学报 (哲学社会科学版)].

377 Voir notamment Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} éd., Berger-Levrault et Cie, 1896, t. I, p. 605.

378 Voir notamment HUANG Xuejian et ZHOU Chunhua, « De la nature juridique des contrats administratifs », *op. cit.*, p. 37.

379 Concl. Blum, CE., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, req. n° 16178.

380 Maurice Hauriou, note sous décision du Conseil d'État, 21 décembre 1906, *Syndicat Croix-de-Seguey-Tivoli*, *op. cit.*, *Rec. Sirey* 1907, III, p. 33.

381 Pour les critiques de cette théorie, voir notamment Gaston Jèze, *RDP* 1907, *op. cit.*, p. 681 ; André de Laubadère et..., *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 104 ; Yves Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, p. 151.

382 Notamment par Maurice Hauriou qui semble finalement avoir opté pour la thèse de l'acte mixte (*cf. cit.*).

contrats dans le champ défini par l'article 11 de la loi du 4 avril 1989 « sur le contentieux administratif ».

2° Une autre difficulté liée à la distinction du contrat administratif et de l'acte unilatéral survient lorsque la conclusion d'un contrat ne fait que déclencher l'application d'un acte unilatéral, tels les contrats d'adhésion³⁸³. Les contrats d'adhésion sont marqués par l'absence de discussion libre quant à l'élaboration du contenu du contrat et par le fait que le choix de l'adhérent se limite à l'acceptation ou au refus du contrat. Étant donnée cette prépondérance de l'administration dans le choix des termes du contrat, la nature contractuelle des contrats d'adhésion est susceptible d'être mise en question³⁸⁴. Cependant, les contrats d'adhésion existent aussi en droit privé, et ils sont bien admis comme des contrats authentiques³⁸⁵. L'absence de discussion dans les contrats d'adhésion en droit privé est en fin de compte due à la volonté d'une des parties qui refuse les négociations, alors qu'en droit administratif, elle est justifiée par l'intérêt général en tant que but ultime de la volonté administrative. La particularité des contrats d'adhésion administratifs, ou plutôt des contrats administratifs tout court car tout contrat administratif pourrait être regardé comme une sorte de contrat d'adhésion, réside dans la prépondérance et surtout la supériorité de l'administration à l'égard du cocontractant. Mais un contrat inégalitaire n'est pas pour autant un acte unilatéral lequel exclut l'obligation de consentement du destinataire. En d'autres termes, l'administration ne peut pas imposer un contrat administratif. Avant les effets unilatéraux, il y a bien une rencontre des volontés qui fait naître un contrat³⁸⁶. Il semble que cette idée a bien emporté la conviction de la majorité des théoriciens chinois du contrat administratif.

L'existence des contrats administratifs tient à ce qu'ils se distinguent des contrats de droit commun et des actes unilatéraux, tout en cumulant leurs caractéristiques. Selon les partisans de la théorie chinoise du contrat administratif, la reconnaissance de ce caractère mixte constitue la base théorique des contrats administratifs, malgré leur absence en droit positif. Il n'est d'ailleurs pas exact d'assimiler l'absence du terme « contrat administratif » dans les textes juridiques à l'inexistence d'une catégorie de contrats administratifs en droit. La notion française de contrat administratif est,

383 Pour une analyse du problème des contrats d'adhésion, voir André de Laubadère, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 67 – 71.

384 Voir notamment Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 371 ; Maurice Hauriou, note sous décision du Conseil d'État, 23 mai 1906, *Dame Chauvin*, S. 1908, III, p. 17.

385 Voir pourtant une critique soulevée par Raymond Saleilles dans « De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand », cité par André de Laubadère dans « *Traité des contrats administratifs* », *op. cit.*, p. 68.

386 CE., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados c/ Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, req. n° 79402 et 79495, *AJDA* 1972, p. 245, concl. Guillaume : « Un contrat administratif, comme tout contrat, suppose l'existence et la rencontre de deux consentements ». Voir aussi Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 145 – 164.

quant à elle, presque née en même temps que le droit administratif français moderne sans que le terme « contrat administratif » soit employé par les textes. Certes, le développement de la notion française de contrat administratif est surtout dû à une construction jurisprudentielle, ce que les juges chinois ne sauraient réaliser, mais force est de constater que nombre de contrats conclus par l'administration ne sont pas régis par la seule loi du 15 mars 1999 « sur les contrats »³⁸⁷, mais par des normes spécifiques, telle la loi du 29 juin 2002 « sur la commande publique »³⁸⁸. Les contrats administratifs sont, comme en France, identifiables.

B. L'identification des contrats administratifs

La présentation des critères jurisprudentiels de la notion française de contrat administratif par l'ouvrage classique de WANG Mingyang a largement influencé les théoriciens chinois quant à la définition du contrat administratif (1). Nombre de contrats conclus par l'administration chinoise sont dès lors susceptibles d'être considérés comme contrats administratifs (2).

1. Les critères de définition du contrat administratif

Ces critères sont cumulativement d'ordre organique (a) et matériel (b).

a. Le critère organique

En France, il est communément conçu que tous les contrats conclus par l'administration ne sont pas administratifs. En revanche, pour qu'il y ait contrat administratif, la présence d'une personne publique est requise³⁸⁹. Les contrats conclus entre les personnes privées sont en principe exclus du champ des contrats administratifs³⁹⁰ sous réserve de l'exception par détermination législative. Ce principe n'a pas été remis en cause bien que quelques exceptions jurisprudentielles soient admises à travers la théorie du mandat administratif³⁹¹.

387 Préc..

388 Préc..

389 TC., 21 mars 1983, *UAP, Rec.*, p. 537, *AJDA* 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; *D.* 1984, p. 33, note Jean-Bernard Auby et Hubert-Gérald Hubrecht ; *Rev. adm.*, 1983, p. 368, note Bernard Pacteau.

390 TC., 17 janvier 1972, *SNCF c/ Solon et Barrault, Rec.*, p. 944 ; *RDP* 1973, p. 473, concl. Braibant : « La règle selon laquelle les contrats passés par les personnes privées, même chargées d'une mission de service public, sont des contrats privés, est l'une des plus solides de notre système de répartition des compétences ».

391 Quelques cas rares où le contrat conclu entre personnes privées peut être qualifié d'administratif : les marchés relatifs à la construction des routes nationales (TC., 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot, Rec.*, p. 603), certains contrats d'occupation du domaine public (TC., 10 juillet 1956, *Société des Steeple-chases de France, Rec.*, p. 587), lorsqu'une personne privée titulaire d'un contrat d'aménagement et agissant pour le compte d'une personne publique (TC., 7 juillet 1975, *Commune d'Agde, Rec.*, p. 798), les contrats recueillis et poursuivis par une société issue de la transformation d'un établissement public et les contrats passés par une personne privée chargée d'une mission de service public (avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État, 18 mai 2004, *EDCE.*, 2005, p. 185) ou les contrats conclus par une personne privée transparente (CE., 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, req. n° 281796, *AJDA*, 2007, p. 915, note Jean-David Dreyfus).

Le critère organique paraît aux yeux des auteurs chinois comme la condition *sine qua non* de l'existence d'un contrat administratif. Ainsi, les uns s'attachent à la présence d'un sujet administratif³⁹², tandis que les autres proposent de restreindre le champ aux seuls établissements administratifs³⁹³ compte tenu des ambiguïtés relative à la définition du sujet administratif. En effet, les établissements administratifs ne sont pas les seules personnes morales susceptibles d'être qualifiées de sujets administratifs : certains organismes peuvent être qualifiés de sujets administratifs par la loi et la situation des USP demeure incertaine.

Si la doctrine chinoise fait preuve d'un attachement unanime au critère organique, c'est-à-dire à la présence d'une personne publique parmi les parties au contrat administratif, les opinions divergent lorsque le contrat est conclu entre deux personnes publiques. Certains auteurs estiment que dans ce cas, la prépondérance administrative disparaît, car il s'agit d'un rapport interne de l'administration, plus précisément d'une collaboration entre les diverses entités administratives³⁹⁴. En France, on parle de mutualisation. La mutualisation est proche de la notion de mise à disposition et de co-administration que Jean-David Dreyfus, s'appuyant sur l'idée de Maurice Hauriou, définit comme « une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes publiques, exerçant des compétences concurrentes, déterminent les objectifs ainsi que les règles d'organisation et de fonctionnement d'un service commun ou coordonnent l'activité des services qu'elles gèrent »³⁹⁵. Or, toute les opérations entre personnes publiques ne sont pas mutualisation. La notion française de contrat administratif désigne des contrats entre personnes publiques et personnes privées, mais aussi certains contrats entre personnes publiques. Cette approche française, soutenue en Chine par ZHANG Shuyi dans son ouvrage fondateur sur le contrat administratif³⁹⁶, est acceptée par la majorité des auteurs chinois. Toutefois une troisième opinion, minoritaire, tout en admettant qu'un contrat administratif peut être conclu entre personnes publiques, persiste à distinguer les contrats entre personnes publiques et personnes privées des contrats entre personnes publiques. Elle propose de considérer les seuls contrats entre personnes publiques et personnes privées comme des contrats administratifs *stricto sensu*. Pour les contrats conclus entre personnes publiques, il convient selon

392 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 87 ; LUO Haocai, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 180 ; YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 30 ; YE Bifeng, *Contentieux administratif et procédure administrative*, *op. cit.*, p.177 ; JIANG Ming'an, *Contentieux administratif et procédure administrative*, *op. cit.*, p. 251 ; WANG Kewen, *Traité élémentaire du droit administratif économique*, *op. cit.*, p. 291.

393 YING Songnian, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 344.

394 LIU Cui, « La signification de l'existence des contrats administratifs », *op. cit.*, p. 70 ; WU Denglong, « Le contentieux des contrats administratifs », *op. cit.*, p. 23. Voir également l'analyse de ZHANG Li, « Les contrats publics en Chine », *op. cit.*, p. 502.

395 Jean-David Dreyfus, « Mutualisation des services et mise en concurrence », *AJDA* 2007, p. 1865.

396 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 44 – 46. Publié en 1994, cet ouvrage est le premier qui traite spécifiquement la notion de contrat administratif en Chine.

ces auteurs d'employer le terme « convention »³⁹⁷. Il est possible que cette opinion s'inspire de l'analyse de Léon Duguit sur la distinction entre contrat et convention³⁹⁸, sachant que son « *Traité de droit constitutionnel* » est accessible en langue chinoise depuis 1999³⁹⁹. Cette distinction au sein des contrats administratifs aurait pour conséquence de soumettre les contrats entre personnes publiques à un régime autre que celui appliqué aux contrats entre personnes publiques et personnes privées, ce qui n'est pas fondamentalement différent de la théorie consistant à exclure les contrats entre personnes publiques du domaine des contrats administratifs. Mais *in fine*, ni le droit positif, ni la majorité de la doctrine ne fait la distinction entre « convention » et « contrat »⁴⁰⁰.

Quoi qu'il en soit, le critère organique joue un rôle prépondérant dans la qualification du contrat administratif. Certains auteurs chinois ont même proposé de qualifier le contrat d'administratif dès lors qu'au moins une des parties est un établissement administratif⁴⁰¹. À ce propos, il existe aussi, en droit français, une présomption du caractère administratif d'un contrat conclu entre deux personnes publiques⁴⁰². Néanmoins, le critère organique n'est pas toujours

397 LIU Xiaowia, « Recherche sur la mise en place des contrats administratifs », *Presses universitaires de l'Institut de sciences politique et juridique de Gansu*, août 2002, n° série 63, p. 32 [刘晓霞, 我国行政合同的适用范围及相关问题探悉, 甘肃政法学院院报].

398 En langue chinoise, les termes « contrat » et « convention » sont " 合同 " (He-tong) et " 协议 " (Xie-yi).

399 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, trad. par WANG Liwen et ZHENG Ge, éd. Liaohai et Chunfengwenyi, 1999 [王文利、郑戈, 辽海出版社、春风文艺出版社]. Pour Léon Duguit, les deux contractants d'un contrat « ont une situation et des intérêts opposés ; l'un a l'obligation d'accomplir une certaine prestation envers l'autre, lequel a le pouvoir d'exiger l'accomplissement de cette prestation. Un acte juridique n'est un contrat que s'il peut rentrer dans ce moule à contrat qu'est la stipulation ; je veux dire qu'il n'y a contrat [...] que si en un mot un lien entre créancier et débiteur est voulu par les deux individus. Sinon il y a autre chose qu'un contrat : il peut y avoir une convention ; mais il n'y a pas de contrat » (*Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. I, p. 281. À ce titre, Duguit invoque au soutien de son analyse le Cours de droit civil français de Charles Aubry et Charles Rau : « Une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique. La convention qui a pour objet la formation d'une obligation se nomme plus spécialement contrat. La convention est le genre, le contrat est l'espèce... il s'ensuit qu'il peut y avoir concours de volonté sans qu'il y ait contrat, qu'il n'y a pas de contrat lorsqu'il y a pluralité de déclarations de volonté ayant le même objet et déterminées par le même but, et non pas pluralité de déclarations de volonté ayant des objets différents, déterminées l'une par l'autre ; qu'il n'y a pas contrat non plus, bien qu'il y ait convention, quand celle-ci a pour objet de provoquer la formation d'une situation, qui n'est pas un rapport de créancier à débiteur ». (*Idem*, p. 283),

400 La traduction stricte de l'ouvrage de YU Lingyun devrait être « *Traité des conventions administratives* » selon le terme choisi par l'auteur. Néanmoins, une telle traduction littérale, et sur tout compte tenu de la connotation qu'assigne la théorie de la distinction entre contrat et convention, trahirait son contenu qui aborde bien tous les contrats administratifs.

401 XU Zongli, « Actes administratifs bilatéraux – étude sur les accords-cadres, les conventions et les contrats administratifs », in actes du colloque inter-détroit « Contrats administratifs et transparence administrative », sous la dir. de YANG Jiejun, Presses de l'Université Dongnan, 2002, p. 63 [许宗力, 双方行政行为——以非正式协商、协定与行政契约为中心, 杨解君编, 行政契约与政府信息公开——2001年海峡两岸行政法学术研讨会实录, 东南大学出版社].

402 TC., 21 mars 1983, *UAP*, *op. cit.*, *AJDA* 1983, p. 356, concl. Labetoulle : « Un contrat entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif [...] sauf dans le cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé ».

suffisant⁴⁰³. L'importance du critère matériel s'accroît à mesure que les interventions de l'État se réalisent par le biais du contrat.

b. Le critère matériel

En droit français, le critère matériel s'apprécie à travers l'objet, le contenu ou encore la volonté des parties du contrat. Pour ne pas répéter les détails développés par les ouvrages classiques du droit des contrats administratif⁴⁰⁴, il convient de rappeler simplement que depuis 1912, deux critères sont utilisés par la jurisprudence, de façon alternative : le critère fonctionnel de la clause exorbitante du droit commun (α) et le critère matériel du service public (β).

α . Le critère fonctionnel de la clause exorbitante du droit commun

Étant l'un des critères fondamentaux du caractère administratif du contrat depuis la jurisprudence *Société des granits porphyroïdes des Vosges*⁴⁰⁵, la clause exorbitante du droit commun est pourtant dépourvue de définition constante et précise. Force est de constater que la définition classique s'appuyant sur le contenu du contrat⁴⁰⁶ s'avère de moins en moins satisfaisante. En effet, il paraît d'emblée difficile de déterminer son caractère exorbitant. Celui-ci existe par rapport au droit commun : il serait « hors de portée »⁴⁰⁷ des particuliers. Une clause exorbitante est, selon Georges Vedel, une stipulation « illicite, impossible ou inaccoutumée »⁴⁰⁸ du droit civil. Cette thèse est confortée, de façon négative, par un arrêt du Tribunal des conflits : « les clauses des contrats comportant des délais d'exécution et des pénalités pour retard sont de même des clauses usuelles dans les contrats entre particuliers et ne sauraient donc être regardées comme exorbitantes du droit commun »⁴⁰⁹. Or, les termes « illicite », « impossible », « inaccoutumé(e) » et « inusuel(le) » ne sont que des qualificatifs qui ne dispensent pas d'examiner au cas par cas les litiges en question. En

403 Si le contrat conclu par une personne publique « ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé », le contrat n'est pas qualifié d'administratif. C'est le cas pour l'essentiel de l'activité des services publics industriels et commerciaux qui relève du juge judiciaire (TC., 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, Rec., p. 831).

404 Voir notamment, André de Laubadère ..., *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 182 – 243 ; Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 96 – 116.

405 CE., 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, op. cit.. L'origine de la notion de clause exorbitante se trouve dans les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sous Conseil d'État, 6 février 1903, *Terrier*, qui opère une distinction entre gestion privée et gestion publique d'une personne publique. En effet, la distinction entre l'État personne civile et l'État personne publique était déjà en germe dans les raisonnements du commissaire du gouvernement David sous l'arrêt *Blanco*.

406 CE., 20 octobre 1950, *Stein*, Rec., p. 505 ; TC., 15 novembre 1999, *Cne Bourisp c/ Saint-Lary-Soulan*, req. n° 03144.

407 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, LGDJ., 1983, p. 224.

408 Georges Vedel, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *L'évolution du droit public*, Études offertes à Achille Mestre, Sirey, 1956, p. 527.

409 TC., 14 novembre 1960, *Société agricole de stockage de la région d'Ablis*, Rec. p. 866.

outre, le critère de la simple distinction entre les stipulations déterminées par l'administration et les pratiques et coutumes du droit commun est peu opérationnel eu égard aux évolutions du droit commun par lesquelles ce qui était exorbitant peut ne plus l'être. Ainsi la résiliation unilatérale qui déroge au principe conventionnel et qui est souvent utilisée par l'administration dans son exercice de la puissance publique, n'est pas systématiquement exorbitante. En effet, s'appuyant sur le principe de la liberté contractuelle posé par l'article 1108 du Code civil, le Tribunal des conflits et la Cour de cassation reconnaissent la faculté d'insérer une clause de résiliation unilatérale en cas de manquement de l'un des cocontractants à ses obligations⁴¹⁰. Ce faisant, le simple caractère unilatéral de la résiliation de l'administration ne suffit plus à la qualifier d'exorbitant : il faut chercher, chaque fois et au cas par cas, un motif précis pour invoquer l'application du droit exorbitant. Il n'est pas étonnant que Jean Lamarque ait évoqué déjà dans les années 1970, le « déclin du critère de la clause exorbitante du droit commun »⁴¹¹. Si cette prédiction était démentie par la jurisprudence, il est certain, comme le souligne Jacques Moreau, que le contrat de droit public s'approche du contrat de droit privé⁴¹².

Il convient de souligner que le critère de la clause exorbitante n'est pas pris en considération par les auteurs chinois. Ce n'est pas parce que les clauses exorbitantes sont plus difficiles à déterminer en droit chinois qu'en droit français. En France, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation des clauses exorbitantes en fonction des circonstances du litige, ce qui n'est pas le cas en Chine où le domaine du droit exorbitant au sens de l'approche française est défini par la loi « sur le contentieux administratif ». Tout ce qui est exorbitant du droit commun échappe à la compétence des cours et tribunaux Populaires. Est-ce à dire que les contrats administratifs chinois ne comportent pas de clauses exorbitantes ? La doctrine ne s'est pas prononcée sur cette question. Pour la plupart des auteurs chinois, les clauses exorbitantes ne constituent pas une catégorie juridique qui permettrait la répartition des compétences et la détermination de la nature juridique comme en droit français. Ils ont plutôt une compréhension matérielle de la clause exorbitante. Les clauses exorbitantes peuvent exister dans un contrat administratif, parce que les besoins de la réalisation des missions de service public ou de la gestion administrative l'exigent. En d'autres termes, l'administration n'a pas besoin d'inscrire les prérogatives de puissance publique dans le contrat car l'exécution de ses missions implique par elle-même un régime exorbitant du droit commun.

410 TC., 15 juin 1970, *Commune de Comblanchien*, *Rec.*, p. 889 ; C. cass., 24 mars 1987, *Commune de Doubs c/ Ammerich*, *D.* 1987, I.R. p. 83.

411 Jean Lamarque, « Le déclin du critère de la clause exorbitante du droit commun », in *Mélanges offertes à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, t. II, 1974, p. 497.

412 Jacques Moreau, note sur le décision du 19 novembre 2010 du Conseil d'État, *Office national des forêts*, req. n° 331837, concl. rapporteur public Dacosta, *JCP A* 2011, n° 3, p. 22.

β. Le critère du service public

En France, la question de l'identification du contrat administratif est intrinsèquement liée à celle de la répartition de compétences juridictionnelles. Au début du XX^{ème} siècle, dans les débats doctrinaux français, l'École du service public rejetant résolument la théorie de la personnalité de l'État et la distinction classique entre gestion publique et gestion privée⁴¹³, tend à ériger le service public en critère unique de répartition des compétences juridictionnelles et, *a fortiori*, pour la détermination du contrat administratif. Dès lors, ce n'est pas l'exercice de la puissance publique qui démontre l'existence d'un service public, mais à l'inverse, c'est le fait que l'État poursuit des activités d'intérêt général qui justifie ses procédés exorbitants. L'idée est certes noble et présente d'ailleurs certains intérêts à l'égard de la structure du droit public : en vue de la réalisation de l'intérêt général, l'État crée et gère les services publics qui seront soumis au droit public.

Dans ce sens, dès 1873 dans l'arrêt *Blanco*, le terme « service public » a été employé comme critère de compétence administrative en matière de contentieux de responsabilité de l'État. La décision *Terrier*⁴¹⁴, rendue par le Conseil d'État en 1903, marque une marche décisive dans le développement de la confirmation du service public en tant que critère de compétence de la juridiction administrative, en incorporant le contentieux des collectivités locales. En 1908, dans l'affaire *Feutry*⁴¹⁵, le Tribunal des conflits adopte la solution que le commissaire du gouvernement Romieu a fait triompher en 1903, en étendant la compétence administrative au contentieux de la responsabilité extra-contractuelle. La décision *Thérond*⁴¹⁶ du Conseil d'État du 4 mars 1910 confirme l'unification qu'opèrent les arrêts *Terrier* et *Feutry* en matière de contentieux en faveur du critère service public. Enfin, par la décision *Époux Bertin*, le Conseil d'État qualifie un contrat d'administratif dès lors qu'il a pour objet de confier au cocontractant « l'exécution même du service public » et « sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun »⁴¹⁷.

Ainsi, une sorte de synthèse de l'objet du contrat et de ses modalités est réalisée par la jurisprudence *Bertin*⁴¹⁸ : un contrat est qualifié d'administratif soit parce qu'il contient des clauses exorbitantes du droit commun, soit parce que le cocontractant participe directement à l'exécution

413 Voir notamment Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin 1913, réimp. par La Mémoire du Droit, 1999 ; *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005.

414 CE., 6 février 1903, *Terrier*, *op. cit.*, concl. Romieu.

415 TC., 29 février 1908, *Feutry*, *Rec.*, p. 208, concl. Teissier.

416 CE., 4 mars 1910, *Thérond*, *Rec.*, p. 193, concl. Pichat.

417 CE., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, *Rec.*, p. 167 ; *AJDA* 1956, p. 272, concl. Long

418 Préc..

même du service public. Les deux critères peuvent s'accumuler ou jouer indépendamment l'un de l'autre.

Le critère matériel français marqué par cette dualité alternative est présenté en Chine à travers le droit comparé, notamment par le *Droit administratif français* de WANG Mingyang⁴¹⁹ et les *Droits administratifs étrangers* de JIANG Ming'an⁴²⁰. Dès lors, la doctrine s'attache à l'objet du contrat en tant que critère matériel pour la définition du contrat administratif. Ainsi, ZHANG Shuyi reprend directement le terme « service public »⁴²¹ pour désigner la finalité poursuivie par les contrats administratifs, tandis que d'autres utilisent l'expression « gestion administrative »⁴²² ou « fonction administrative »⁴²³ qui pourrait se référer à la notion de clause exorbitante du droit commun.

*

Les théoriciens chinois définissent ainsi le contrat administratif comme un contrat conclu entre un établissement administratif ou un sujet administratif et d'autres personnes privées ou publiques dans le but de réaliser des missions de service public ou de mettre en place des activités selon une gestion administrative. À la lumière de cette définition, nombre de contrats conclus par l'administration entrent dans le champ des contrats administratifs.

2. L'étendue du contrat administratif selon la doctrine chinoise

Selon ZHANG Shuyi⁴²⁴, l'apparition des contrats administratifs en Chine remonte à la politique de contractualisation de la gestion et de la responsabilité de la production agricole autour des années 1980⁴²⁵. Dès lors, les contrats de louage, d'exploitation ou de cession du droit d'usage ou de l'usufruit des propriétés publiques sont considérés par la doctrine comme des contrats

419 WANG Mingyang, *Droit administratif français*, op. cit., p. 145 – 148.

420 JIANG Ming'an, *Droits administratifs, étrangers*, Law Press, 1993, p. 3 [姜明安主编, 外国行政法教程, 法律出版社].

421 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif*, op. cit., p. 87 : " 公务 " (Gong-wu) en langue chinoise.

422 XU Chongde, PI Chunxie, *Mélange : Recherches du droit administratif en Chine (1949 – 1990)*, Law Press, 1991, p. 473 [许崇德、皮纯协主编, 新中国行政法学研究综述(1949 – 1990), 法律出版社]; YING Songnian, *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 344 ; LUO Haocai, *Droit administratif*, op. cit., p. 180 et 258 ; YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 30 ; JIANG Ming'an, *Contentieux administratif et procédure administrative*, op. cit., p. 251 ; WANG Kewen, *Traité élémentaire du droit administratif économique*, op. cit., p. 291 : " 行政管理 " (Xing-zheng-guan-li) en langue chinoise.

423 YE Bifeng, *Contentieux administratif et procédure administrative*, op. cit, p.177 : " 行政职能 " (Xing-zheng-zhi-neng) en langue chinoise.

424 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif*, op. cit., p. 4.

425 " 农业生产经营承包责任制 ", Nong-ye-sheng-chan-jing-ying-cheng-bao-ze-ren-zhi. La première mise en place de cette politique date de 1978 qui marque le début de la grande Réforme économique poursuivie jusqu'alors.

administratifs par excellence. Depuis le XIII^{ème} Congrès du PCC en 1987, l'utilisation du contrat par l'administration s'étend aux domaines socioculturel, industriel, commercial, du transport et des travaux publics⁴²⁶. Ainsi, selon MA Huaide, sont des contrats administratifs « les contrats de planification familiale, d'expropriation administrative pour cause d'utilité publique, de protection de l'environnement, de gestion de la sécurité publique, d'assistance à la recherche d'emploi » ainsi que les contrats de gestion et de contrôle des activités industrielles et commerciales⁴²⁷. YING Songnian ajoute dans ce catalogue les contrats de concession des activités industrielles ou commerciales de l'État, de la commande publique et des travaux publics⁴²⁸. Depuis la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », les contrats de recrutement d'agents publics sont aussi susceptibles d'être qualifiés d'administratifs⁴²⁹. Les contrats de marché public sont classés, selon ZHANG Li, comme « contrats publics assimilés aux contrats civils » qui se distinguent des contrats administratifs proprement dits⁴³⁰. Toutefois, comme le souligne ce même auteur, le contrat de marché public, comme beaucoup d'autres « contrats publics assimilés aux contrats civils », « demeure entouré de règles spécifiques à caractère administratif » et « constitue un contrat différent des contrats civils ordinaires »⁴³¹.

Face à ces divers contrats, certains auteurs suggèrent de distinguer ceux dont les obligations du cocontractant de l'administration sont encadrées par des textes législatifs ou réglementaires⁴³². Par ailleurs, selon une approche économiste, une distinction est établie entre les contrats administratifs de nature économique et les autres. Cela étant, une troisième classification, proposée par YANG Xiejun, attire l'attention. Cet auteur, s'appropriant la classification établie par Laurent Richer selon la nature du lien constaté avec l'intérêt général, retient une classification selon la nature du lien avec la fonction administrative. Les trois catégories de contrats administratifs — « contrat d'encadrement », « contrat-moyen » et « contrat-but »⁴³³ — sont alors adaptées au droit

426 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif*, *Ibidem*.

427 MA Huaide, *Droit administratif chinois*, Presse de l'Université de sciences politiques et juridique de Chine, 1997, p. 129 [马怀德主编, 中国行政法, 中国政法大学出版社]: "还有计划生育合同、公共征收合同、环境保护责任状、治安管理责任状、劳动就业责任状".

428 YING Songnian, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 364.

429 Voir partie II – titre I – chapitre I – section 2 – II : La nature juridique du contrat de fonction publique.

430 ZHANG Li, « Les contrats publics en Chine », *op. cit.*, p. 495, 500 et sv..

431 *Ibid.*, p. 501.

432 ZHU Xinli, *Théorie générale de droit administratif*, Presses de l'Université de Zhejiang, 1995, p. 213 [朱新力, 行政法基本原理, 浙江大学出版社].

433 Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 74 – 88. Selon cet auteur, les contrats d'encadrement consistent à définir des règles générales « en vue de l'exercice d'une activité d'intérêt général ». Parmi les contrats d'encadrement, figurent par exemple les contrats de Plan ou les conventions de gestion de service public. Les contrats-moyens permettent à l'administration de « se procurer les moyens humains, financiers et matériels nécessaires à son bon fonctionnement ». Les contrats de recrutement d'agents publics et les contrats de marché public illustrent ce type de contrat administratif. Quant aux contrats-buts, ce sont des contrats dont la fin d'intérêt général est poursuivie « par le biais de la satisfaction donnée aux besoins du cocontractant ». Ce sont, par exemple, les contrats d'aide et les conventions d'occupation du domaine public.

chinois. Ainsi, vis-à-vis de la répartition de Laurent Richer, YANG Jiejun propose de distinguer trois catégories de contrats administratifs :

1° Les « contrats d'activités administratives » qui comprennent notamment les contrats à effet réglementaire et les contrats de délégation de certaines compétences administratives (l'évaluation de certaines demandes en vue de l'obtention d'une autorisation administrative, la gestion de la sécurité publique et de l'expropriation pour cause d'utilité publique) ;

2° Les « contrats relatifs à la gestion administrative » tels que les contrats de recrutement d'agents publics, de commande publique et de délégation de service public ;

3° Les « contrats de contentieux administratif » qui consistent à régler les conflits nés des actions de l'administration par voie consensuelle⁴³⁴.

Force est de constater que malgré quelques divergences de formulation, l'idée de cette classification est proche de celle retenue par Laurent Richer : la première catégorie de contrats consiste à encadrer les activités administratives, sans les exécuter ; la deuxième s'intéresse directement à leur exécution même ; la troisième est liée à un intérêt particulier du cocontractant.

*

La doctrine chinoise adopte donc une théorie proche de celle de la notion française de contrat administratif. L'introduction de cette notion en Chine concourt à la politique de transformation du rôle de l'État et de modernisation des actions publiques. Sous l'influence de la théorie de la nouvelle gestion publique et en parallèle à la privatisation, l'État promeut une politique d'externalisation des services de ses établissements publics. Le contrat administratif constitue, à cet effet, l'outil typique de l'externalisation.

434 YANG Jiejun, « L'utilisation du contrat dans les actions administratives » in actes du colloque inter-détroit du droit « Contrats administratifs et transparence administrative », *op. cit.*, p. 19 : " 行政活动上的合同 ", " 行政组织法上的合同 " et " 行政争议上的合同 ".

II. Les modalités de l'externalisation des services publics

En ce qui concerne l'externalisation des services publics, le contrat administratif représente la forme principale⁴³⁵, pour ne pas dire unique⁴³⁶, des modalités de sa mise en œuvre. Il s'agit, selon Christophe Guettier, d'une « technique de dévolution d'une activité de l'administration »⁴³⁷.

En Chine, si l'externalisation en tant que méthode de fonctionnement des services publics provient de la pratique anglo-saxonne dite « *contracting-out* », sa théorisation juridique est largement inspirée par le droit français. Nous venons de montrer à quel point la notion française de contrat administratif a influencé la construction doctrinale de cette même notion en Chine. Le rapprochement théorique entre le droit français et la doctrine chinoise permet d'utiliser le même langage juridique pour aborder les modalités de l'externalisation des services publics.

Ainsi, ces modalités peuvent se décliner en trois catégories : la délégation de service public (A), le marché public (B) et le contrat de partenariat public-privé (C).

A. La délégation de service public

Il convient d'abord de comparer les notions française et chinoise de délégation de service public (1) avant d'étudier son application (2).

1. La comparaison entre les notions française et chinoise de délégation de service public

En France, la notion de délégation de service public est consacrée par les lois d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 « relative à l'administration territoriale de la République » et n° 93-122 du 29 janvier 1993 « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ». La première utilise trois termes différents quant à la délégation de service public : « convention de délégation de service public », « convention de gestion déléguée » et « contrat de service public » ; la deuxième définit la délégation de service public comme « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un

435 Comme le souligne le Conseil d'État dans son étude de 2008, le contrat prend une importance particulière dans les actions de l'État en ce qu'il sert de support à « l'échange marchand » pour l'intervention économique de la puissance publique, à « organiser les services publics », à « solenniser des engagements », à « conforter des droits ou à délimiter des partages de responsabilité » et contribue à « la prévention du conflit individuel ou collectif » et à « l'organisation de la sortie du conflit » (CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, p. 135 – 136).

436 L'administration peut par ailleurs externaliser par des actes unilatéraux.

437 Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 244.

service public, dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service »⁴³⁸.

Avant la qualification législative, cette notion était apparue en jurisprudence à la fin des années 1980 et au début des années 1990 sous d'autres formulations. Ainsi, quelques années avant la législation de 1992-1993, le Tribunal des conflits avait retenu l'expression « acte juridique de dévolution de l'exécution de service public »⁴³⁹, puis en 1994, le Conseil d'État mentionna « la délégation de gestion d'un service public » et précisa que le cocontractant supporte dans certaines limites « le risque financier de l'exploitation »⁴⁴⁰. Le juge administratif apporta ensuite une précision sur la condition légale de rémunération en refusant la qualification de délégation de service public dans le cas où la rémunération est assurée au moyen d'un prix prédéterminé au lieu d'être substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation⁴⁴¹. Le critère du mode de rémunération permet de distinguer la délégation de service public du marché public, bien que cette distinction devienne de plus en plus subtile.

En outre, une délégation ne signifie pas l'abandon total d'un service public, lequel serait plutôt le résultat d'une privatisation. À ce titre, le Conseil d'État a déclaré qu'une personne publique ne peut « légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences [...], ni davantage exercer celles-ci sous couvert d'une structure de droit privé »⁴⁴². Si la délégation opère un transfert de compétence de la personne publique délégante au délégataire accompagné d'une substitution de celle-là par celui-ci dans la gestion du service délégué, ni ce transfert, ni cette substitution ne doit être « global »⁴⁴³.

438 Article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques » (modifiée par l'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001). Voir Jean-Bernard Auby et Christine Maugué, « La notion et le régime de la délégation de service public », *JCP éd. gén.* 1996, 3941 ; Jean-David Dreyfus, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA* 2002, p. 894.

439 TC., 6 juin 1989, *SAEDE c/ SA Lyonnaise des eaux et ville de Pamiers*, *Rec.*, p. 293 ; *RFDA*, 1989, p. 457, concl. Stirn.

440 CE., 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, *Rec.*, p. 1033.

441 CE., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, *Rec.*, p. 137 ; *AJDA* 1996, p. 729, chr. Didier Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot ; *RFDA* 1996, p. 715, concl. Chantepy, note Philippe Terneyre. Pour un contrat qualifié par ses signataires de régie intéressée, CE., 30 juin 1999, *SMITOM*, *Rec.*, p. 229 ; *AJDA*, 1999 714, concl. Bergeal ; *RFDA*, 1999, p. 1134, obs. Jean-Claude Douence. Voir aussi Jean-Claude Douence, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *Mélanges Franck Moderne*, 2004, p. 501.

442 CE., 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, req. n° 108969.

443 Sur ce point, voir l'analyse de Guillaume Glénard, « La notion de délégation dans le droit de la délégation de service public », *Dr. adm.* 2002, n° 2, p. 4.

Ces deux points étant précisés, il convient de relever cinq critères issus de la définition législative : la présence d'un contrat⁴⁴⁴, celle d'une personne publique délégante, celle d'un délégataire public ou privé, la gestion d'un service public et le mode de rémunération⁴⁴⁵.

Comme en France, la délégation de service public s'est développée en Chine notamment dans les infrastructures liées à la gestion urbaine telles que les transports en commun, la construction de bâtiments d'utilité publique, la collecte et le traitement des déchets, la gestion des parcs de stationnement et les fournitures d'eau, d'électricité et de gaz. Comme de coutume, tout commence par une expérimentation locale. Le 9 octobre 2001, la municipalité de Dongguan, province du Guangdong, a publié un avis « relatif au développement des investissements privés »⁴⁴⁶. En août 2002, nombre de services publics urbains comme les transports en commun et les fournitures d'eau, d'électricité et de gaz ont été ouverts aux initiatives privées, sous forme d'une convention de délégation conclue par l'office administratif anciennement chargé de l'exécution du service et sous le contrôle des autorités administratives compétentes. Cette politique fut affirmée par l'autorité centrale lors de la III^{ème} session de l'assemblée plénière du Comité central du XVI^{ème} Congrès national du PCC avec l'adoption de la décision du Comité central « sur les questions relatives au perfectionnement du système de l'économie socialiste de marché »⁴⁴⁷. Le 19 mars 2004, l'ancien ministère de la construction (transformé en 2008 en ministère de l'habitation et du développement urbain-rural) a édicté un règlement « sur la concession de la gestion de services publics urbains »⁴⁴⁸. Aux termes de l'article 2 dudit règlement, une concession de service public urbain est l'opération par laquelle « le gouvernement sélectionne un investisseur ou un prestataire pour la fourniture ou la gestion d'un service public urbain, pendant une durée déterminée, dans le cadre limité par les lois et règlements et conformément aux règles concurrentielles du marché »⁴⁴⁹. La notion française de concession en tant que mode de gestion du service public, introduite par

444 Sur le contrat de délégation de service public, voir notamment Jean-Claude Douence, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA* 1993, p. 936 ; Jean-Bernard Auby et Christine Maugué, « Les contrats de délégation de service public », *JCP éd. gén.* 1994, 3743.

445 Sur ces cinq critères, voir Jean-François Lachaume ..., *Droits des services publics, op., cit.*, p. 360 – 370. Voir aussi, pour une variante d'explication des critères de la convention de délégation de service public, Laurent Richer, *Droits des contrats administratifs, op. cit.*, p. 578 – 588.

446 " 关于促进民营经济发展的若干意见 ", Guan-yu-cu-jin-min-ying-jing-ji-fa-zhan-de-ruo-gan-yi-jian.

447 Préc..

448 " 市政公用事业特许经营管理办法 ", Shi-zheng-gong-yong-shi-ye-te-xu-jing-ying-guan-li-ban-fa.

449 " 政府按照有关法律、法规规定, 通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者, 明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度 ".

l'ouvrage de WANG Mingyang⁴⁵⁰, est ainsi reprise par les autorités publiques chinoises avec quelques adaptations circonstancielles⁴⁵¹.

Mais la concession n'est pas la seule modalité de délégation d'un service public en droit français. Avant l'officialisation textuelle de l'expression « délégation de service public », la « gestion déléguée »⁴⁵² de service public pouvait déjà revêtir plusieurs formes et a été l'objet de nombreuses études abordant la gestion des services publics⁴⁵³ aussi bien que les contrats administratifs⁴⁵⁴. La délégation de service public peut se réaliser aujourd'hui sous les formes suivantes : la concession, l'affermage, la régie intéressée⁴⁵⁵, la gérance⁴⁵⁶, le marché d'entreprise de travaux publics⁴⁵⁷, le bail emphytéotique administratif et l'occupation temporaire du domaine public⁴⁵⁸. Toutes ces formes n'entrent pas dans le champ de l'externalisation ; par ailleurs, elle sont différemment appréciées par la doctrine chinoise.

450 WANG Mingyang, *Droit administratif français*, *op. cit.*, p. 406 – 412.

451 Il s'agit de prime abord d'une reprise du vocable « concession de service public » traduit en langue chinoise par WANG Mingyang comme " 公务特许 " (Gong-wu-te-xu), transcrit par le règlement du 19 mars 2004 dans le cadre des services publics urbains comme " 市政特许经营 " (Shi-zheng-te-xu-jing-ying).

452 Expression notamment de René Chapus, voir par exemple une édition du *Droit administratif général* antérieure à la date de la législation de 1992-1993, 5^{ème} éd., t. I, p. 433. C'est d'ailleurs aussi l'expression retenue par la circulaire interministérielle du 7 août 1987 « relative à la gestion déléguée des services publics locaux », *JO.*, 20 décembre 1987, p. 14863.

453 Voir à titre d'exemple Jean-Marie Auby, « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946 », *CJEG* 1949, p. 2 ; Christian Bettinger, *La concession de service public et de travaux publics*, Berger-Levault, 1978 ; Jean Dufau, *Les concessions de service public*, Moniteur, 1979 ; Georges Dupuis, « Sur la concession de service public », *D.* 1978, chron. 222.

454 Hormis les ouvrages classiques précités de Léon Duguit, Maurice Hauriou, Gaston Jèze et d'André de Laubadère ainsi que d'autres ouvrages et manuels du droit administratif général, voir notamment Hubert-Gérald Hubrecht, *Les contrats de service public*, thèse Bordeaux, 1980.

455 Marcel Waline, « La notion de régie intéressée », *RDP* 1948, p. 337 ; Philippe Coste, *La régie intéressée*, thèse Orléans, 2005 ; Denys de Béchillon et Henri Savoie, « La régie intéressée : une formule contractuelle d'avenir ? », *AJDA* 1012, p. 1437.

456 S'agissant de la gérance, Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Claudie Boiteau et Clotilde Deffigier soulignent dans leur manuel *Droit des services publics*, que cette pratique, traditionnellement considérée comme un des modes de gestion déléguée, « ne répond plus, aujourd'hui, aux critères de la délégation de service public ». En effet, le gérant ne se substitue pas à la personne publique délégante, n'assume pas les risques financiers liés à l'exploitation du service et, par conséquent, sa rémunération n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation (CE., 7 avril 1999, *Commune de Guiherand-Granges*, *Rec.*, p. 878 ; *AJDA* 1999, p. 517, concl. Bergeal). Voir Jean-François Lachaume ..., *Droits des services publics*, *op. cit.*, p. 379.

457 Voir Xavier Bezançon et Olivier Van Ruymbek, « Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ? », *AJDA* 1990, p. 813 ; Philippe Terneyre, « Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages collectifs : le marché d'entreprise de travaux publics », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 315 ; Fabrice Melleray, « Le marché d'entreprise de travaux public, un nouveau Lazare Juridique ? », *AJDA* 2003, p. 1260.

458 Concernant les définitions de ces modes de délégation de service public, voir Jean-François Lachaume ..., *Droits des services publics*, *op. cit.*, p. 370 – 378 ; Laurent Richer, *Droits des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 570 – 577 ; Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 250 – 273.

2. Les modalités de la délégation en vue de l'externalisation des services publics

Il ne s'agit pas, dans le cadre de la présente étude, de présenter toutes les modalités de délégation de service public — ce que les manuels de droit administratif général, du/des service/s public/s et des contrats administratifs ont fait aussi bien que les travaux de recherche ciblés sur certaines modalités particulières⁴⁵⁹ — mais de confronter les modalités de délégation de service public à la définition de l'externalisation que nous avons retenue. À ce titre, il n'est pas inutile de rappeler que nous avons défini l'externalisation comme l'opération par laquelle un établissement public, titulaire du pouvoir adjudicateur, confie une partie de ses activités à un prestataire de droit privé en vue de la réalisation d'un service public non marchand. Il convient d'abord de comparer les types de délégation de service public entre les droits français et chinois (a), avant de définir la nature de l'objet à externaliser (b).

a. Les types de délégation de service public

La restriction limitant l'externalisation au domaine non marchand permet de délimiter, *qua hinc qua hac*, une frontière entre privatisation et externalisation. Ainsi, la délégation des services publics à caractère marchand n'entre pas dans le champ de notre étude. Sont pris en compte, seuls, les services publics communément conçus, selon le temps et le lieu, comme non « privatisables ». Ce faisant, nous avons tendance à exclure la quasi-totalité des concessions de service public du domaine de l'externalisation. En effet, le fait que le délégataire se substitue à la personne délégante pour la gestion directe et totale du service transféré en assumant la responsabilité des dommages non liés à l'exercice des prérogatives de puissance publique et qu'il est rémunéré au moyen des résultats de l'exploitation du service neutralise les effets de l'externalisation au profit d'une sorte de privatisation. La substitution privée à la personne publique n'est certes pas complète, car elle détermine les règles applicables au service, exerce un contrôle du respect de ces règles et, le cas échéant, assume la responsabilité extra-contractuelle pour les dommages causés par l'exercice des prérogatives de puissance publique, mais le résultat d'une telle opération ne se différencie pas substantiellement de celui de la privatisation d'un service public, telle la transformation d'un établissement public en société anonyme. Un point commun demeure : le pouvoir de détermination des règles relatives à l'organisation du service public et le pouvoir de contrôle du respect de ces règles appartiennent au pouvoir adjudicateur tandis que la gestion est confiée à un opérateur de droit privé.

459 Voir les travaux de recherche précités.

De même, en Chine, on parle indifféremment de privatisation d'un côté, et d'externalisation par la concession de l'autre⁴⁶⁰. Certains assimilent même complètement la concession de service public à la privatisation de service public. C'est par exemple l'opinion de MAO Shoulong et LI Mei :

« La concession de service public consiste à concéder certaines activités de l'État à des opérateurs externes. Plus précisément, il s'agit d'une opération par laquelle le gouvernement délègue un service public qu'assure directement un organisme privé qu'il choisit à travers un appel d'offres. En réalité, la concession de service public est une sorte de privatisation de service public, elle s'inscrit dans la politique générale de privatisation. »⁴⁶¹

Il est pourtant possible d'établir une distinction fonctionnelle entre privatisation et externalisation en ce qui concerne la concession de service public. En effet, dans le cas de la concession, la personne publique concédante n'est pas disparue, même si elle n'assure plus l'exécution du service, tandis que dans le cas de privatisation, soit la personne publique se transforme en personne morale de droit privé, soit elle est dissoute au profit d'une personne privée. Le service externalisé au moyen d'une concession ne change pas de nature, alors que ce n'est pas nécessairement le cas pour la privatisation qui opère souvent au préalable une requalification de caractère marchand sur le service en question.

En outre, en Chine, l'État ne se distingue pas de ses collectivités locales, ni de ses établissements administratifs. L'ensemble de ces entités publiques constitue un corps national indivisible qui assure les divers services publics. La concession d'un de ces services n'est qu'une partie externalisée de la fonction de l'État. Ainsi, la concession de service public pourrait être considérée comme un mode d'externalisation, lorsqu'il s'agit de la concession d'un service public qui était antérieurement assuré en régie directe par un établissement administratif et de nature non marchande.

460 Voir notamment LIU Bo, CUI Pengpeng et ZHAO Yunyun, « Étude sur les éléments déterminants de la décision de l'externalisation des services publics », *Presses de la science de gestion publique*, 2010, n° 2, p. 46 – 53 [刘波、崔鹏鹏、赵云云, 公共服务外包决策的影响因素研究, 公共管理学报]; JU Hua, « Le champ de l'externalisation contractuelle des services publics : contraste entre théorie et pratique », *Gestion administrative de Chine*, 2010, n° 4, p. 51 – 55 [句华, 公共服务合同外包的适用范围: 理论与实践的反差, 中国行政管理]; YANG Hua et LIU Qaun, « L'externalisation des services publics de l'État : signification, risque et régime juridique », *Études doctrinales*, 2011, n° 4, p. 52 – 58 [杨桦、刘权, 政府公共服务外包: 价值、风险及其法律规制, 学术研究].

461 MAO Shoulong et LI Mei, *Les réformes fonctionnelles des gouvernements occidentaux*, op. cit., p. 25

L'affermage constitue une autre modalité de délégation d'un service public en France. Tout en contenant les mêmes éléments fondamentaux qu'une concession, l'affermage se distingue de celle-ci par le fait que le fermier ne supporte pas les dépenses de premier établissement : le contrat ne porte que sur l'exploitation de l'ouvrage ou du service⁴⁶². Il s'agit donc d'un contrat différent du contrat de concession⁴⁶³, bien que la pratique les rapproche et parfois les juxtapose⁴⁶⁴.

En revanche, ni le droit chinois ni la doctrine chinoise, ne distingue la concession de l'affermage. Dès lors que l'établissement délégant cesse de gérer le service en laissant au délégataire la responsabilité principale et les risques de l'exploitation, peu importe que l'ouvrage ou le service existe déjà ou non, il y a concession de service public. En effet, dans la pratique, lors de la délégation d'un service existant, le gouvernement local crée une société à capital public (avec le personnel de l'ancien établissement chargé de ce service), sépare ensuite cette société de l'établissement conformément à la politique de séparation entre les établissements administratifs et les entreprises publiques, et lui confie enfin la gestion et l'exploitation du service. C'est le cas notamment des délégations des services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité ainsi que de transports en commun urbains. Comme la société publique dérive directement de l'établissement délégant, et les biens publics en tant que support matériel du service font partie de son capital, elle n'a pas de redevances ou de « surtaxe » à verser.

Hormis la concession et l'affermage, un autre mode, relativement marginal, de délégation de service public se pratique en France. Déjà en germe à la fin de l'Ancien Régime, la régie intéressée suscite aujourd'hui un nouvel intérêt après une période de désuétude. Tout en étant une délégation contractuelle de la gestion d'un service public, la régie intéressée se distingue de la concession et de l'affermage par le fait que le régisseur agit pour le compte de la personne publique délégante⁴⁶⁵ et reçoit une rémunération « figurant en dépenses dans le budget [public] »⁴⁶⁶ et « en fonction du chiffre d'affaires de l'exploitation du service et des gains de productivité et des bénéfices obtenus »⁴⁶⁷. À l'épreuve actuelle de la crise de la gestion déléguée, la régie intéressée, située « à

462 Voir notamment Pierre Subra de Bieusses, « La spécificité de l'affermage », *AJDA* 1996, p. 608.

463 CE., 6 janvier 1971, *Société Gaz et eaux, Rec.*, p. 1.

464 CE., 6 mai 1991, *Syndicat intercommunal du Bocage*, req. n° 65846 ; *AJDA* 1991, p. 717, note Pierre Subra de Bieusse ; *JCP éd. gén.* 1991, II, n° 21749, note Michel Guibal. Un fermier peut être, en cours de contrat, concessionnaire des nouveaux travaux d'exploitation du même service public.

465 CE., 19 janvier 1912, *Marc et Béranger*, req. n° 33843, décision citée par Denys de Béchillon et Henri Savoie, in « La régie intéressée : une formule contractuelle d'avenir ? », *op. cit.*. CE., 21 octobre 1985, *Société des transports automobiles Michel Delattre* ; *AJDA* 1986, p. 105, concl. Olivier Fouquet. Voir Marcel Waline, « La notion de régie intéressée », *RDP* 1948, p. 344.

466 Jean-François Lachaume ..., *Droits des services publics, op., cit.*, p. 377.

467 Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 254.

mi-chemin entre la régie simple et la concession »⁴⁶⁸, « permet, écrivent Denys de Béchillon et Henri Savoie, aux collectivités publiques de disposer d'une réelle maîtrise des conditions d'exercice du service, tout en bénéficiant des avantages communément admis de la gestion déléguée »⁴⁶⁹. Pour cette raison, la régie intéressée serait, à notre sens, la pratique d'externalisation des services publics par excellence. Toutefois, dans un contexte général de privatisation, ce mode d'externalisation n'est pas connu dans la pratique en Chine.

Quant à la gérance, son appartenance à la catégorie de la délégation de service public est remise en question à cause de son mode de rémunération forfaitaire⁴⁷⁰. À l'instar de la gérance, la qualification de marché d'entreprise de travaux publics peut aussi s'avérer ambivalente compte tenu de la particularité de l'objet du contrat⁴⁷¹. Ces deux types de délégation de service public sont proches du marché public, d'autant que le Code des marchés publics leur est applicable. Toutes ces subtilités techniques dans la pratique et en droit français en matière de délégation de service public ne semble pas être appréhendées par la doctrine chinoise qui se contente de s'approprier la notion de concession comme l'unique mode de délégation des services publics.

b. Les activités de service public en tant qu'objet d'externalisation

La deuxième restriction issue de notre définition de l'externalisation vise la nature de l'objet à externaliser. Celui-ci peut être soit des activités de service public que l'administration assure, soit des biens publics dont l'administration dispose. Dans ce dernier cas, l'administration peut, par la voie de la concession, confier la gestion de ses propriétés publiques, immobilières ou mobilières, à une personne de droit privé pour une durée déterminée. Ici, le contrat de concession est utilisé, si l'on emprunte l'expression de Christophe Guettier, « comme technique de valorisation du domaine de l'administration »⁴⁷². Pour cet auteur, le contrat d'occupation du domaine public, le contrat de mobilier urbain et le bail emphytéotique administratif figurent dans cette catégorie de contrat de dévolution de service public⁴⁷³.

468 Circulaire n° 75-634 du 13 décembre 1975 du ministère de l'intérieur.

469 Denys de Béchillon et Henri Savoie, « La régie intéressée : une formule contractuelle d'avenir ? », *op. cit.*, p. 1438.

470 CE., *Commune de Guilhaumand-Granges*, *op. cit.* ; *AJDA* 1999, p. 517, concl. Bergeal.

471 L'opérateur est chargé de la construction de l'ouvrage et de son exploitation (CE., 30 juin 1999, *Département de l'Orne et Société Gespace France*, req. n° 169336 et 169545 ; *CJEG* 1999, p. 434, note Laurent Richer).

472 Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 255.

473 *Ibid.*, p. 255 – 273.

Il importe de préciser que notre restriction ne consiste nullement à nier que ces contrats de valorisation du domaine public soient des contrats d'externalisation des services publics⁴⁷⁴. Les propriétés publiques constituent des moyens substantiels de la réalisation du service public et les concessions de travaux et ouvrages publics consistent notamment à construire, entretenir et aménager des biens publics. L'activité et les biens qui y sont attachés vont souvent de pair dans un acte de concession de service public, comme c'est le cas de la distribution d'eau potable où la concession concerne aussi bien l'établissement immobilier et le réseau de distribution que l'activité de fourniture.

Néanmoins, l'occupation d'un bien public notamment immobilier par une personne privée ne se destine pas nécessairement à la réalisation d'un service public. Ainsi, par une concession d'occupation domaniale ou de voirie, une personne privée peut réaliser ses propres activités industrielles ou commerciales telles que les exploitations des plages et des restaurants dans les parcs publics.

En outre, l'occupation d'une propriété publique immobilière ne suffit pas toujours à constituer une gestion de service public. C'est le cas des baux emphytéotiques qui doivent être obligatoirement assortis d'une convention d'exploitation⁴⁷⁵.

Enfin, les contrats qui ont pour unique objet de concéder une propriété publique, qu'ils soient une modalité de l'externalisation ou non dans les deux pays, n'affectent guère le système de la fonction publique et par conséquent, n'entrent pas dans le cadre de la présente étude. Par analogie, sont également exclus les baux emphytéotiques administratifs qui ont pour objet de confier la maîtrise d'ouvrage au cocontractant et les contrats de vente en l'état futur d'achèvement.

*

Il résulte de cette délimitation des modalités de délégation de service public au regard de la définition de l'externalisation que nous donnons dans le cadre de la présente étude que la concession des services publics non marchands représente le mode commun de la délégation de service public que la France et la Chine utilisent pour externaliser leurs services publics.

474 Sur l'externalisation des propriétés publiques, voir une série d'études issues du colloque « Externalisation des propriétés publiques. Pratiques techniques et résultats », organisé par l'Institut d'études administratives, sous l'égide de l'équipe de droit public de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, le 23 septembre 2011, *JCP A* 2012, n° 17.

475 CE., avis n° 356101, 16 juin 1994.

B. Le marché public de services

Le marché public constitue une autre modalité importante d'externalisation des services publics. Mais comme la délégation de service public, tous les marchés publics n'entrent pas dans le champ de l'externalisation des services publics selon notre définition. Celle-ci exclut les marchés de travaux et d'ouvrages publics qui portent sur les biens immobiliers publics et les marchés de fourniture qui ont pour objet des biens mobiliers. Nous ne retenons donc que les marchés publics de services, qui visent directement ou indirectement les activités de service public. Il convient de comparer les notions française et chinoise de marché public de services (1) avant de distinguer cette notion par rapport à celle de délégation de service public (2).

1. Les notions française et chinoise de marché public de services

En France, le marché public de services est une des catégories de marché public et respecte les règles communes du code des marchés publics. Celui-ci définit le marché public, dans son article 1^{er}-I, après plusieurs modifications⁴⁷⁶ en vue d'une harmonisation avec le droit de l'Union européenne⁴⁷⁷, comme « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de service ». Trois critères ressortent de cette définition : le critère organique (a), l'objet du contrat (b) et la rémunération de la prestation (c)⁴⁷⁸.

Ces trois critères sont aussi bien présents dans la notion chinoise d'achat public, équivalent de marché public français. L'article 2 de la loi du 26 juin 2002 « sur la commande publique »⁴⁷⁹ dispose que « la commande publique désigne l'acte par lequel les établissements administratifs, unités de service public et organismes sociaux publics, moyennant le financement public, commandent les produits, travaux et services selon la liste groupant les achats du gouvernement légalement établie ou lorsque le montant d'un achat atteint le seuil minimal »⁴⁸⁰. Dans un alinéa

476 Fondé en 1964 par le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 « portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics », le Code des marchés publics a subi trois réformes générales en 2001 (par le décret n° 3001-210 du 7 mars 2001), en 2004 (par le décret n° 2007-15 du 7 janvier 2004) et en 2006 (par le décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006).

477 Il s'agit notamment de l'harmonisation des dispositions du code des marchés publics avec celles des directives 2004/17/CE du 31 mars 2004 « portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux » et 2004/18/CE du 31 mars 2004 « relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ».

478 Sur ces trois critères, voir par exemple Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 403 – 443.

479 Préc..

480 " 政府采购, 是指各级国家机关、事业单位和团体组织, 使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为".

suivant, cette même disposition précise que la « commande publique » se réalise par « la voie contractuelle » et « à titre onéreux »⁴⁸¹.

a. Le critère organique

Concernant le critère organique du contrat de marché public, le Code des marchés public français s'applique, selon son article 2, à « l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial » et aux « collectivités territoriales et établissements publics locaux » (y compris les EPIC locaux). La distinction française entre la sphère de l'État central et la compétence territoriale n'est pas valable en droit chinois où aucune mesure de décentralisation n'est légalement reconnue. Cependant, la distinction entre EPA et EPIC qui joue en tant que critère fonctionnel dans l'application des règles du marché public pour les établissements publics de l'État français n'est pas prise en compte par la disposition chinoise malgré la distinction entre les établissements administratifs et les USP. La loi « sur la commande publique » s'applique alors à tout organisme de l'État, qu'il soit de nature administrative, économique ou sociale, dès lors qu'il est susceptible d'exercer des prérogatives de puissance public, et par conséquent, un pouvoir adjudicateur.

Quant au cocontractant du marché, depuis la réforme de 2001, le Code des marchés publics français a étendu son application aux personnes publiques candidates à l'attribution d'un marché public à l'exclusion des contrats de « prestations intégrées »⁴⁸², de « quasi-régie »⁴⁸³ ou encore des « contrats-maison »⁴⁸⁴ qui traduit littéralement les contrats « *in house* » du droit de l'Union européenne⁴⁸⁵, ainsi que les contrats dont le cocontractant bénéficie d'un « droit exclusif » aux termes de l'article 3-2° du Code des marchés publics⁴⁸⁶. Selon la définition que nous donnons à

481 " 采购", " 合同方式 " et " 有偿取得 ".

482 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics*, Le Moniteur, 4^{ème} éd., 2012, p. 78.

483 Lucien Rapp, « Quasi régie, quasi régime », *AJDA* 2010, p. 588.

484 Pierre Delvolvé, « Marchés publics : des "contrats-maison" », *RDUE* 2002, p. 53.

485 Dans partie I – titre I – chapitre I – section 1 – I – A – 2 : Les sociétés à capitaux exclusivement publics : des commerçants à part entière, nous avons évoqué l'intérêt de cette notion « *in house* » issue du droit de l'Union européenne. Selon la jurisprudence de la CJUE, les règles du marché public ne s'appliquent pas « dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (CJCE (CJUE), 18 novembre 1999, *Teckal*, *op. cit.*, concl. Cosmas, *Rec.*, I-8121). Bien qu'il soit toujours inopportun de la développer dans les détails pour les mêmes raisons évoquées *supra*, il est tout de même nécessaire ici de donner une illustration de l'application de cette notion en droit français. Il s'agit de l'article 3-1° du code des marchés publics qui exclut les « accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités » de son champ d'application.

486 Article 3-2° dudit code exclut son application aux « accords-cadres et marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée, lorsque ce pouvoir adjudicateur bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

l'externalisation des services publics, les conventions entre les personnes publiques sont déjà en principe exclues du champ de notre considération. Or, ces deux exceptions issues du Code des marchés publics ont pour effet de soustraire certains cocontractants de droit privé à son application. Tel est le cas de certaines sociétés d'économies mixtes locales et notamment des sociétés d'HLM.

Face à ce même problème, la loi chinoise « sur la commande publique » n'a pourtant pas pris soin de préciser la qualité du cocontractant. Selon la définition que donne son article 11, le prestataire ou le fournisseur est « une personne morale ou physique ou un organisme »⁴⁸⁷. Beaucoup d'USP exerçant des activités industrielles et commerciales peuvent devenir prestataires de service. Or, il se trouve que ces USP exerçaient souvent, avant leur séparation de leurs établissements administratifs créateurs, les services en question. Elles sont apparemment soumises aux conditions égales de la procédure d'appel d'offres. Mais les avantages fiscaux dus à leur identité particulière d'établissement public leur permettent d'avoir plus de marges dans les offres. L'intervention des USP dans le marché public fausse ainsi considérablement les jeux de la libre concurrence. À mesure que les USP à caractère marchand se transforment en sociétés anonymes qui ne bénéficieront donc plus de ces avantages, le phénomène des prestataires publics doit diminuer. Toutefois, cela ne réduit pas pour autant leurs avantages qui ne relèvent pas de l'ordre juridique tels que leur relation ancienne avec les pouvoirs adjudicateurs et l'image qu'elles ont pour gagner plus facilement la confiance de ces derniers. La même situation se produit également en France concernant les entités publiques marchandes.

b. L'objet du contrat

Les dispositions françaises et chinoises mentionnent trois catégories principales d'objet pour un contrat de marché public : la fourniture de produits, de travaux effectués sur des ouvrages publics, et de services rendus auprès de personnes publiques. Par notre définition de l'externalisation des services publics, nous avons exclu les marchés de fourniture et de travaux publics qui sont liés au droit des biens publics.

Cette restriction étant, non seulement la clarification matérielle des catégories de marché public n'a pas beaucoup de conséquence juridique quant à l'application des règles du marché public, mais surtout la délimitation de la catégorie des marchés publics de services n'est pas une tâche facile. En effet, la définition que donne l'article 1-III du Code des marchés publics est plus symbolique qu'opératoire. Selon cette disposition, sont marchés publics de services « les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de

487 " 法人、其他组织或者自然人 ".

services » ; dans l'hypothèse où un marché public « a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées » ; dans le cas où un marché public « porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux ». Si, dans la première hypothèse, il est relativement aisé de saisir le critère du montant, le critère purement matériel dans la deuxième hypothèse peut faire l'objet de discussion. Au même titre que la définition française, l'article 6 de la loi du 29 juin 2002 « sur la commande publique » n'éclaire pas davantage la notion de marché public de services, en se contentant de la définir de façon négative :

« Les services désignés par la présente loi sont les objets des achats du gouvernement autres que ceux qui portent sur les produits et sur les travaux. »⁴⁸⁸

Quant aux produits et travaux, leurs définitions ne sont pas plus précises. Dans les deux alinéas précédents, cette même disposition procède à l'énumération d'exemples. On retrouve le même procédé en droit de l'Union européenne qui exerce de plus en plus d'impact sur le droit interne de France en matière de marché public. Ainsi l'article 29 du Code des marchés publics, reprenant la liste établie par l'annexe I-A de la directive 92/50, énumère les services soumis aux obligations de publicité et d'appel d'offres au-dessus du seuil du marché⁴⁸⁹.

488 Article 2 alinéa 6 de la loi du 29 juin 2002 « sur la commande publique » : " 本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象 ".

489 L'article 29 donne une liste des services comme suit :

1. Services d'entretien et de réparation
2. Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des services de transports ferroviaires
3. Services de transports aériens de voyageurs et de marchandises
4. Services de transports de courrier par transport terrestre et par air
5. Services de communications électroniques
6. Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3
7. Services informatiques et services connexes
8. Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 6° de l'article 3
9. Services comptables, d'audit et de tenue de livres
10. Services d'études de marché et de sondages
11. Services de conseil en gestion et services connexes
12. Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques
13. Services de publicité
14. Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés
15. Services de publication et d'impression
16. Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues

Quelle que soit la difficulté de délimiter les marchés publics de services, il convient pourtant d'observer que ce type de marché public nécessite l'intervention de personnels externes, non pas seulement pour délivrer un produit matériel ou effectuer une construction ponctuelle, mais pour remplir des tâches quotidiennes en vue de permettre à la personne publique de mieux exécuter ses missions de cœur de métier. C'est pourquoi l'externalisation des services publics concerne surtout les marchés publics de services.

c. La rémunération de la prestation

Selon les définitions française et chinoise du marché public, le marché public de services est un contrat administratif qui a pour objet la prestation de services « à titre onéreux ». C'est dire que l'administration adjudicatrice doit payer un prix en tant que contrepartie du service fourni par l'opérateur cocontractant. La jurisprudence française admet que la contrepartie ne soit pas payée par la personne publique adjudicatrice elle-même ou qu'elle soit réalisée moyennant d'autres formes de rémunération que le versement direct⁴⁹⁰. Cependant, cette souplesse sur la forme du paiement n'autorise pas l'absence de prix ou de contrepartie de la prestation, qui est un des éléments constitutifs d'un contrat quelle que soit sa nature juridique. À ce titre, l'article 43 de la loi « sur la commande publique » soumet les contrats de commande publique à la loi du 15 mars 1999 « sur les contrats » en ce qui concerne les stipulations obligatoires du contrat⁴⁹¹. L'obligation de fixer « un prix ou une contrepartie » figure explicitement dans l'article 12-V de cette loi⁴⁹².

Comme élément indispensable du contrat de marché public, la rémunération ne suscite pas de problématique abondante. Son intérêt se révèle plutôt dans la distinction du marché public et de la délégation de service public, laquelle peut s'avérer difficile à opérer dans la pratique.

2. La difficile distinction du marché public et de la délégation de service public

Le marché public de services et la concession de service public étant les deux modalités principales de l'externalisation des services publics pratiquées en France et en Chine, leurs régimes juridiques se différencient, par exemple, en ce qui concerne les règles relatives à la publicité de l'appel d'offres. Cette différenciation des procédures de passation constitue un critère permettant de

490 CE., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, req. n° 247298 : l'exploitation à titre exclusif d' « une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires » et l'exonération de « redevance pour occupation du domaine public » en guise de « contrepartie des prestations fournies par la société alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour la collectivité ».

491 Aux termes de l'article 43 de ladite loi, « la loi sur les contrats s'applique aux contrats de commande publique » [政府采购合同适用合同法].

492 " 价款或者报酬 ".

distinguer ces deux modes d'externalisation (a). Toutefois, cette distinction n'est pas toujours facile à saisir dans la pratique (b).

a. Le critère de distinction entre marché public et délégation de service public

Comme nous l'avons évoqué *supra*, le mode de rémunération constitue un des critères les plus importants de la distinction entre marché public et délégation de service public en droit français. Il a surtout l'avantage d'être relativement simple à saisir vis-à-vis d'autres critères comme la maîtrise de la gestion du service ou encore l'exploitation effective du service. Le principe est posé par une décision du Conseil d'État du 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*⁴⁹³, puis entériné par le législateur avec l'article 3 de la loi du 11 décembre 2001 « portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier »⁴⁹⁴ : le critère est celui de la rémunération « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Lorsque l'opérateur cocontractant est chargé de la gestion d'un service public ou assure directement l'exploitation d'un service public et, *a fortiori*, lorsqu'il est rémunéré directement par les usagers du service ou éventuellement par un paiement forfaitaire, versé par la personne publique délégante, mais non exclusif et en fonction des résultats de l'exploitation du service, le contrat est qualifié de délégation de service public. En revanche, si la contrepartie de la prestation du service est rémunérée au moyen d'un prix fixe versé par la personne publique adjudicatrice et correspond au coût de la prestation, si bien que l'opérateur ne court pas de risques liés aux résultats de l'exploitation du service, le contrat est un marché public.

Bien que les procédures de mise en place de la concession de service public urbain et de la commande publique soient différentes, la question de la distinction entre ces deux modalités d'externalisation n'a pas été abordée par la doctrine chinoise. Or, il peut s'agir d'un silence volontaire en vue d'assimiler le régime juridique des contrats de concession de service public urbain à celui des contrats de commande publique. En effet, malgré les avancées doctrinales sur la notion de contrat administratif, celle-ci n'existe pas en droit positif. Les contrats de concession de service public urbain et de commande publique étant théoriquement des contrats administratifs, ils sont encadrés par des textes différents mais visent les mêmes objets : le service public. C'est pour un motif d'intérêt général que la personne publique délégante ou adjudicatrice exerce certains pouvoirs administratifs qui ne trouvent pas de justification dans une simple relation contractuelle au sens du droit civil. Quant à la voie de recours pour les contestations sur ces décisions administratives, les

493 CE., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, req. n° 168325 ; *RFDA* 1996, p. 715, concl. Chantepy, note Philippe Terneyre.

494 Disposition modifiant l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », ainsi que l'article L. 1411-1 du Code générale des collectivités territoriales.

articles 52, 55 et 58 de la loi « sur la commande publique » prévoient les recours gracieux, hiérarchique et de contentieux administratif que l'adjudicataire peut successivement former. En revanche, dans le règlement « sur la concession de la gestion de service public urbain », aucune précision n'est apportée sur la voie de recours en cas de litige. C'est là que se trouve l'intérêt pour les partisans de la théorie du contrat administratif d'assimiler le régime contentieux de la concession à celui de la commande publique : la concession est vue comme une sorte particulière de commande publique, ou de marché public selon l'expression française.

b. L'assimilation entre marché public de services et concession de service public

En France, il est parfois difficile de faire la distinction entre marché public et concession de service public dans la mesure où, en pratique, la forme de rémunération peut être variée et mixte. En effet, la rémunération peut provenir de recettes d'origines diverses : du paiement reçu de la part des usagers, d'un versement forfaitaire par la personne publique ou encore du paiement par une personne tiers. Si la première hypothèse illustre sans équivoque la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, les deux dernières ne le sont pas nécessairement. Ainsi, si la rémunération forfaitaire est allouée à titre exclusif, c'est-à-dire dans l'objectif de recouvrir les risques économiques et financiers que peut subir l'exploitant du service, elle est considérée comme un prix versé par l'administration, et par conséquent, le contrat est qualifié de marché public⁴⁹⁵. Encore faut-il s'interroger sur la signification de « résultats de l'exploitation ». Ceux-ci consistent non seulement dans la rémunération reçue de la part des usagers du service, mais peuvent aussi recouvrir d'autres bénéfices : on pense ici à tous les produits financiers réalisés sur la base de l'exploitation du service, tels ceux résultant de la revalorisation des déchets d'un centre de traitement des ordures ménagères⁴⁹⁶.

En outre, la rémunération peut être composée de plusieurs recettes d'origines différentes. Dans ce cas, un examen de l'équilibre financier du contrat s'avère nécessaire afin d'apprécier l'existence du risque que court l'exploitant du service. Cette appréciation est celle du caractère substantiel de la rémunération liée aux résultats de l'exploitation du service. Toutefois, le seuil minimum de la recette substantiellement liée aux résultats de l'exploitation est fixé par le juge au

495 Voir François Llorens, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », in *Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2012, p. 301. Voir également les analyses de Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 288 – 289.

496 CE., 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre ouest seine-et-marnais*, req. n° 198147 ; *AJDA* 1999, p. 714, concl. Bergeal, note Jean-Marc Peyrival.

cas par cas⁴⁹⁷, tandis que la signification de « risque » reste incertaine⁴⁹⁸. Or, pour choisir entre l'application de la procédure du marché public et celle de la concession de service public, la qualification doit être logiquement faite *a priori*, alors que les éléments qu'apprécie le juge ne peuvent jouer qu'*a posteriori*. Sous l'impact du droit de l'Union européenne, lequel a tendance à aligner le régime des concessions sur celui des marchés publics, les procédures de passation des concessions de service public et des marchés publics de services semblent converger⁴⁹⁹. Témoin de cette évolution de la relation entre le marché public et la concession de service public⁵⁰⁰, la doctrine chinoise a plutôt eu la prudence de ne pas se précipiter dans le débat de leur distinction, tant que la notion de contrat administratif reste « clandestine » à l'égard du droit positif et que la pratique de ces deux modes d'externalisation d'un service public requiert une stabilisation.

Si les contrats de concession de service public et de marché public représentent des modèles classiques d'externalisation des services publics, le contrat de partenariat se présente comme un nouvel outil issu de la modernisation de l'externalisation des services publics

C. Le contrat de partenariat

Selon la définition de l'OCDE, le partenariat public-privé est « un accord entre l'État et un ou plusieurs partenaires privés (parmi lesquels figurent éventuellement les opérateurs et les financiers), en vertu duquel les partenaires privés fournissent un service selon des modalités qui permettent de concilier les buts de prestation poursuivis par l'État et les objectifs de bénéfice des partenaires privés, l'efficacité de la conciliation dépendant d'un transfert suffisant du risque aux partenaires privés »⁵⁰¹. Vis-à-vis de cette définition, la création du contrat de partenariat public-

497 Ainsi, dans l'affaire précitée *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre ouest seine-et-marnais*, le seuil est fixé à 30 %, tandis que dans une autre affaire portée devant le Tribunal administratif de Dijon, *Préfet du département de la Nièvre c/ Ville de Nevers* (14 novembre 2000, req. n° 102), le seuil est fixé à 20 %. Le commissaire du gouvernement Bergeal, dans ses conclusions sur l'affaire *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre ouest seine-et-marnais*, écrit qu'« il serait vain de fixer un pourcentage précis » pour reconnaître « l'existence d'une responsabilité réelle du délégataire dans la gestion du service ». Voir Lucien Rapp, « La prise en compte du critère économique et financiers dans les contrats publics : le risque d'exploitation », *Le Bulletin de Jurisprudence des Contrats Publics* 2000, n° 9, p. 82.

498 Le risque pour l'exploitant peut signifier soit le fait de perdre de l'argent à cause de l'exploitation, soit le fait qu'il ne réalise pas de profits en sus de la recette qu'il reçoit pour couvrir les coûts de l'exploitation. Sur ce point, voir par exemple Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 294 – 296.

499 Laurent Richer, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA* 2007, p. 2225.

500 Voir SHANG Lin, « Étude sur la relation entre concession de service public et achat du gouvernement – sous l'angle du droit de l'Union européenne sur le marché public », *Investment & Cooperation*, 2012, n° 11, p. 3 [尚琳, 公用事业特许经营与政府采购关系的研究——基于欧盟公共采购法的视角, 投资与合作]; ZOU Ying, « Les critères de détermination des pouvoirs adjudicateurs dans les marchés publics selon le droit de l'Union européenne et leur intérêt comparatif en Chine », *Heibei Law Science*, 2012, vol. 30, n° 3, p. 177 [邹颖, 论欧盟公共采购法采购主体的界定标准及其对我国的借鉴意义, 河北法学].

501 OCDE, *Les partenariats public-privé Partager les risques et optimiser les ressources*, OCDE, 2008, p. 17. Voir également François Brenet et Fabrice Melleray, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrat administratif*, LexisNexis, coll. « Collectivités territoriales », 2005.

privé, en France, a tendance à ériger ce type de contrat en une catégorie distincte des contrats classiques de la commande publique (1), tandis qu'en Chine, le contrat de partenariat, faute de qualification juridique, repose sur une définition générale qui englobe presque toutes les catégories de contrats d'externalisation des services publics (2).

1. La notion française de contrat de partenariat

Selon une définition générale, presque tous les types de convention de délégation de service public peuvent entrer dans la catégorie des contrats de partenariat⁵⁰². Pour certains, une reconstruction du droit de la commande publique à partir des contrats classiques (délégation de service public et marché public) aurait pu suffire à satisfaire aux besoins croissants d'externalisation de l'administration⁵⁰³. D'ailleurs, le contrat de partenariat n'a pas vocation à remplacer les contrats de délégation et de marché public, et selon Stéphane Braconnier il ne représente pas « un instrument alternatif aux marchés publics et délégations de service public » mais plutôt « un instrument subsidiaire », « réservé à des projets spécifiques, dûment identifiés et évalués »⁵⁰⁴.

Compte tenu des lacunes des formes classiques de l'externalisation et notamment des rigidités procédurales de passation des conventions de délégation de service public et des contrats de marché public, le contrat de partenariat est censé constituer « un dispositif plus précis et plus complet que les autres formes de contrats globaux dont il est une forme d'aboutissement [...] »⁵⁰⁵. Il s'agit, pour Paul Lignières, d'un « nouveau contrat pour réformer l'État »⁵⁰⁶. Dans cette logique, le contrat de partenariat doit comporter certaines spécificités par rapport aux autres contrats d'externalisation de service public (délégation de service public ou marché public). Afin de relever ces spécificités, il convient de s'appuyer sur la définition textuelle apportée par l'article 1-I de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 « sur les contrats de partenariat » (modifiée par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 « pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés »), laquelle mérite d'être reproduite ci-dessous :

502 Voir Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 685 – 686 et notamment le tableau contenant les types de contrats de partenariat public-privé selon le Fond monétaire international cité par cet auteur. Ainsi, les formes récurrentes telles que *Build-own-operate*, *Build-develop-operate*, *Design-construct-manage-finance*, *Build-operate-transfer* et *Build-transfer-operate* sont considérées comme des contrats de partenariat public-privé. Cependant, il ne s'agit pas des types juridiques classés selon des critères juridiques du droit français.

503 Voir notamment Alain Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *AJDA* 2004, p. 1737.

504 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics*, op. cit., p. 139.

505 Anne Bréville, « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », *AJDA* 2004, p. 1759.

506 Paul Lignière, « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'État », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, vol. II, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 575.

« Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet 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, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital.

« 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 chargée. »

À partir de cette définition, quelques caractéristiques du contrat de partenariat peuvent être relevées : une mission globale, la conception de tout ou partie de l'ouvrage par le concourant privé, le partage des risques économiques et financiers et la variabilité du mode de rémunération et des objets du contrat. Cela étant, la notion de contrat de partenariat est présumée se confronter à la « logique concessive » d'un côté, et à la « logique de marché » de l'autre⁵⁰⁷.

Par rapport à la délégation de service public, le contrat de partenariat permet de confier à l'opérateur privé la conduite de projets complexes sans déléguer la gestion du service public. D'ailleurs, étant donné son mode de rémunération — paiement par la personne publique, étalé tout au long du contrat —, les risques d'exploitation du service sont partagés entre la personne publique et le partenaire privé.

Par rapport au marché public, le contrat de partenariat permet à la personne publique de ne pas être maître d'ouvrage en laissant la conception de l'ouvrage ou du service au partenaire privé. La forme de rémunération d'un contrat de partenariat déroge à l'interdiction de paiement différé édictée par le Code des marchés publics ; elle permet d'optimiser le coût sur l'ensemble des objets liés à la réalisation d'un service public et déroge aussi, par conséquent, au principe d'allotissement des missions de natures différentes (construction, exploitation ou maintenance).

Le but de la création du contrat de partenariat en tant que nouvelle catégorie de contrats publics est donc de réunir les avantages des contrats de délégation de service public et de marché

507 Expressions issues du livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, présenté par la Commission le 30 avril 2004, p. 9 et s. ; elles sont utilisées par Alain Ménéménis pour comparer ces trois types de contrats publics (« L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *op. cit.*, p. 1740).

public en les purgeant de leurs inconvénients afin de favoriser le développement des concours privés aux services publics. Malgré les oppositions aux contrats de partenariat public-privé qui tendent à réduire leur utilisation en les rendant subsidiaires à l'égard des marchés publics et des délégations de service public⁵⁰⁸, le Conseil d'État affirme que le contrat de partenariat apporte « une réponse juridique supplémentaire au besoin économique d'infrastructures et d'efficacité accrue de l'action publique »⁵⁰⁹. Au lieu d'une simple relation entre vente et achat, le partenariat repose sur un échange de services et de réseaux dans l'externalisation des services publics.

« L'âge du partenariat, écrit Laurent Richer, est donc aussi celui de "outsourcing". »⁵¹⁰

Cela est d'autant plus vrai que le partenariat est un phénomène mondial. En revisitant les concepts classiques du droit public français et en comparant l'approche publiciste française à la vision anglo-saxonne en matière de partenariat public-privé, Raphaël Apelbaum soutient que « dans un univers juridique où la globalisation tend à uniformiser les droits sous l'influence de la *common law* anglaise et américaine, les PPP à la française peuvent redonner l'avantage à la *civil law* dans cette compétition des droits »⁵¹¹. Cette opinion se vérifie à travers le développement des contrats de partenariat en Chine.

2. La notion chinoise de contrat de partenariat

Nous avons montré qu'en France, le contrat de partenariat déroge aux « règles habituelles » de la commande publique (laquelle comprend les concessions de service public et les marchés publics) et constitue une sorte d'« assouplissement » de ces règles⁵¹². Soumis à un régime juridique particulier, le contrat de partenariat français est donc une catégorie juridique qui a ses propres règles, conditions et contours vis-à-vis des autres contrats d'externalisation des services publics, alors que ce n'est pas le cas en Chine où les contrats de partenariat sont plus étudiés par les économistes que par les juristes. Il ne s'agit pas d'un type de contrat administratif particulier, mais

508 Certaines conditions de l'utilisation du contrat de partenariat relèvent de l'ordre constitutionnel : urgence, complexité et efficacité économique. Voir les décisions du Conseil constitutionnel, n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 et n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008. Par ailleurs, le principe de l'évaluation préalable, prévu dans l'ordonnance du 17 avril 2004, a pour objet de justifier le recours au contrat de partenariat par rapport aux autres formes d'externalisation notamment les marchés publics.

509 CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, op. cit., p. 28.

510 Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 683.

511 Raphaël Apelbaum, « Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger », *AJDA* 2004, p. 1766.

512 Laurent Bêteille, Rapport n° 239 « sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat », annexe au procès-verbal de la séance du 26 mars 2008 du Sénat, p. 10.

de l'ensemble des contrats conciliant le public et le privé afin de satisfaire à la fois l'intérêt général et les intérêts particuliers du cocontractant.

En effet, dans le même but de promouvoir la relation « partenariale » public-privé, le contrat de partenariat englobe en Chine presque tous les contrats de commande publique. YU Hui et QIN Hong, dans leur *Livre vert sur le service public urbain en Chine*, désignent le partenariat public-privé comme une sorte de coopération à long terme entre les établissements publics et les organismes privés, établie par le biais du contrat, dans le but de procurer des services publics. Dans cette coopération, les établissements publics et les organismes privés partagent tant les bénéfices que les risques de l'exploitation du service. Selon ces auteurs, le partenariat peut comprendre les concessions de service public, les contrats de financement privé des services publics, les entreprises d'économie mixte ou encore les aides publiques⁵¹³. Il s'agit donc d'une définition générale du contrat de partenariat. Cette définition semble emporter l'adhésion de la majorité des commentateurs, qu'ils soient économistes ou juristes. Lorsqu'on parle des contrats de partenariat public-privé en Chine, on ne désigne pas une catégorie précise de contrat administratif, comme c'est le cas en France, mais tous les contrats entre personnes publiques et personnes privées en vue de la réalisation d'un service public. L'accent est surtout mis sur le transfert des activités de service public et sur le partage des risques économiques entre le public et le privé. Le contrat de partenariat de service public est donc synonyme du contrat d'externalisation des services publics.

*

En Chine, les types de contrats d'externalisation de service public ne sont pas classés selon des critères juridiques rigoureux comme en France, bien que la notion française de contrat administratif y exerce un impact considérable quant à leur théorisation. Il s'agit en effet d'une difficile réconciliation de la pratique de l'externalisation des services publics, importée des pays anglo-saxons, et de la théorie de contrat administratif, inspirée du système romano-germanique et notamment français. Quoi qu'il en soit, à travers la comparaison des modalités de l'externalisation des services publics entre les deux pays, les deux modèles classiques — concession de service public et marché public — constituent la pierre angulaire de l'externalisation des services publics malgré le développement d'autres modalités. Se pose ensuite logiquement la question relative aux limites de l'externalisation.

513 YU Hui et QIN Hong, *Livre vert sur le service public urbain en Chine N° 1 — les expériences chinoises du partenariat public-privé*, Shanghai People's Publishing House, 2007, p. 10 et s. [余晖、秦虹, 中国城市公用事业绿皮书 N° 1——公私合作制的中国试验, 上海人民出版社].