

LA GESTION DES BIENS DU DOMAINE PUBLIC

M^e Marc THEWES

*Avocat à la Cour
Chargé de cours associé à l'Université du
Luxembourg*

M^e Thibault CHEVRIER

Avocat

1. L'Etat, les communes et les établissements publics sont propriétaires de nombreux biens immobiliers.

Il est admis qu'il convient de faire, parmi les propriétés publiques, une distinction entre celles qui relèvent du domaine public et celles qui représentent le domaine privé.

Les critères déterminants pour distinguer parmi les biens des personnes publiques ceux qui appartiennent à chacun des catégories sont cependant loin de faire l'unanimité dans notre pays. La jurisprudence a en effet une vision beaucoup plus large de ces critères que l'administration.

2. L'intérêt – ou la justification – de cette distinction réside dans l'application aux biens du domaine public d'un régime juridique spécifique, dérogoire au droit commun.

Ce régime ne découle pas d'une législation cohérente mais au contraire de l'application de textes de loi épars relevant tant du droit privé que du droit public sur la base desquels la jurisprudence, largement influencée par les courants de pensée de la doctrine, a bâti une théorie de la domanialité publique.

3. Ces règles, destinées à protéger la propriété publique et les intérêts de la collectivité, représentent une entrave à l'objectif d'une gestion efficace du patrimoine des personnes publiques.

L'objet de la présente contribution est de mettre en évidence ces contraintes mais aussi d'étudier de quelle manière le domaine de l'Etat peut néanmoins être mis en valeur dans notre droit actuel.

1

LA NOTION DE DOMAINE PUBLIC

A. Le domaine public selon la loi

4. Il n'existe pas de définition légale du domaine public en droit luxembourgeois.¹

Pour autant, la loi n'ignore pas la distinction entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé.

L'étude des textes révèle en effet de nombreuses dispositions légales ponctuelles qui désignent expressément des biens comme dépendances du domaine public.²

Il s'agit souvent de textes anciens³. Parmi les législations plus récentes, on peut

cependant citer une loi du 22 décembre 1995 qui a clarifié la classification domaniale de bon nombre de voiries.⁴

Mentionnons aussi la loi du 26 juillet 2002 sur la police et l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg ainsi que sur la construction d'une nouvelle aérogare, qui prévoit que la mise à disposition des «*propriétés domaniales bâties et non bâties de l'enceinte aéroportuaire*»⁵ à une nouvelle entité gestionnaire (constitué depuis lors sous la forme de société commerciale Luxairport S.A., société dont le capital sont directement et indirectement détenu par l'Etat lui-même).

Parfois, les classifications découlant de la loi peuvent étonner. Ainsi, par exemple, la place du Glacis est, en tant qu'ancien terrain militaire, considérée comme appartenant au domaine privé⁶, malgré son

¹ On verra ci-dessous que l'article 538 du Code civil, qui est parfois présenté comme le siège de la matière, ne fournit en réalité pas une définition satisfaisante des biens du domaine public.

Par comparaison, le Code général de la propriété des personnes publiques français de 2006 énonce que «*sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique (...) est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public*».

² V. p. ex. la loi du 31 mars 2000 concernant l'administration et l'exploitation du Port de Mertert qui, tout comme la loi du 22 juillet 1963 relative à l'aménagement et à l'exploitation d'un port fluvial sur la Moselle qu'elle abroge, déclare d'utilité publique les terrains, propriété de l'Etat, affectés au port fluvial de Mertert.

³ V. p. ex. la loi du 22 janvier 1890 concernant l'aliénation des terrains faisant partie du domaine public dans la Moselle et la partie

navigable de la Sûre, ainsi que des anciens lits de ruisseaux abandonnés, qui autorise le Gouvernement «*à aliéner par voie de concession, vente, transaction ou autrement, les îlots, atterrissements et alluvions faisant partie du domaine public dans la Moselle et la partie navigable de la Sûre*» (Mém. 1890, p. 31).

⁴ Loi du 22 décembre 1995 concernant le reclassement partiel de la voirie et la reprise par l'Etat d'une série de chemins vicinaux, Mém. A, 1996, p. 89.

⁵ Mém. A, 2002, p. 1758.

⁶ «*La partie des anciens glacis de la ville de Luxembourg sur laquelle se tient la foire annuelle dite "Schobermesse", dépendait jusqu'en 1867, du domaine de la forteresse fédérale; la ville de Luxembourg ayant, par l'effet du traité de Londres du 11 mai 1867, cessé d'être une ville fortifiée, les terrains compris dans le domaine militaire sont entrés dans le domaine privé de l'Etat; cette situation a été confirmée par la loi*

affectation à une utilisation des plus publiques⁷.

5. La loi détermine aussi, mais là encore de manière ponctuelle le régime juridique de certains biens dépendant du domaine public.

On peut citer comme exemple la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un Fonds des routes. Cette loi met en effet en place un régime juridique particulier pour les autoroutes, qui prévoit notamment que «*les riverains de ce domaine ne jouissent pas des droits reconnus aux riverains des voies publiques ordinaires, particulièrement du droit d'accès*».⁸

B. Le domaine public dans la jurisprudence

6. En l'absence d'une définition légale, la jurisprudence luxembourgeoise suit les orientations données par la doctrine et la jurisprudence française et belge en la matière.

Les décisions en la matière ne sont pas légion, mais on peut citer un arrêt déjà ancien de la Cour, qui retient que «*dès que l'Etat, par un fait des organes ayant qualité à cet effet, consacre son terrain à un usage ou à un service reconnu public par la loi, ce*

du 21 mai 1868, relative à l'aliénation des domaines.» (Cour Supérieure de Justice (appel), 20 décembre 1912, *Pas. Lux.*, t. 9, p. 70).

⁷ D'après la même décision, «*la circonstance qu'un terrain de l'Etat a été entouré de routes et de trottoirs plantés d'arbres n'empêche pas son application à un service public, alors que la circulation du public sur le terrain même revêt un caractère de pure tolérance.*» (Cour Supérieure de Justice (appel), 20 décembre 1912, *Pas. Lux.*, t. 9, p. 70).

⁸ Loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un Fonds des routes, Article 4.

terrain passe du domaine privé dans le domaine public».⁹

On peut aussi citer une décision assez récente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, qui retient ce qui suit:

«Le domaine privé comprend les biens que l'Etat ou la commune possède et gère comme un particulier et qui lui produisent des revenus. Ils sont susceptibles d'appropriation privée et, par conséquent, aliénables et prescriptibles.

En revanche, sont considérés comme faisant partie du domaine public les biens qui sont affectés à l'usage du public, c'est-à-dire qui sont hors du commerce et ne peuvent faire l'objet ni d'une possession, ni d'une propriété privée.

Font partie du domaine public, non seulement les biens qui, par leur nature ou par leur aménagement, sont nécessaires à un service public, mais encore ceux qui sont directement affectés à la satisfaction d'un besoin public, à l'usage du public».¹⁰

7. On voit immédiatement que cette conception du domaine public est très large. Conformément à cette jurisprudence, en effet, un bien doit être considéré comme faisant partie du domaine public

- a) s'il est la propriété d'une personne publique, et
- b) s'il est affecté l'usage direct du public ou nécessaire à la fourniture d'un service public.

C. Le domaine public dans la doctrine

8. La doctrine luxembourgeoise traitant du droit public des biens apparaît comme clairsemée et frileuse.

⁹ Cour 20 décembre 1912, *Pas. Lux.*, t. 9, p. 70.

¹⁰ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (3^e Ch.), 11 janvier 2008, n^o 95273 du rôle, jugement n^o 5/2008, n.p.

Selon l'ouvrage sur *l'Etat luxembourgeois* de P. MAJERUS, qui fait toujours référence, «*le domaine public est formé par les biens immeubles de l'Etat, affectés à l'usage du public*».¹¹ Par opposition, l'auteur considère que le domaine privé «*comprend notamment les meubles affectés à l'usage des services publics, les bâtiments publics, les terrains des anciennes fortifications, les forêts domaniales, les terrains miniers, etc.*»¹²

L'auteur a donc une vision particulièrement restrictive de la composition du domaine, puisqu'il ne vise que les biens de l'Etat – ceux des communes et des établissements publics n'étant pas mentionnés – et retient l'affectation à l'usage du public comme élément décisif.

Cette opinion est partagée par H. DELVAUX, qui écrit dans ce qui semble bien être la seule étude spécialement consacrée à la matière en droit luxembourgeois que «*le domaine de l'Etat est constitué par l'ensemble des biens meubles et immeubles que l'Etat possède et gère en tant que personne morale de droit public. Quant au domaine public, il est formé par les biens immeubles de l'Etat affectés à l'usage direct du public*».¹³

Dans son récent *Précis des finances publiques*, A. STEICHEN paraît adopter la même conception: «*en droit public luxembourgeois, le domaine public est l'ensemble des biens (chemins, routes, fleuves, etc.) appartenant à l'Etat (art. 538 C. civ.)*».¹⁴

¹¹ Pierre MAJERUS, *L'Etat luxembourgeois*, 6^e édition, Editpress, 1990, p. 306.

¹² Pierre MAJERUS, *loc. cit.*.

¹³ Henri DELVAUX, «Le domaine public et le domaine privé en droit luxembourgeois», *Revue juridique et politique: indépendance et coopération*, 1970, n° 4, p. 877 et 878.

¹⁴ Alain STEICHEN, *Précis des finances publiques*, Ed. Saint Paul, Luxembourg, 2007, p. 92.

9. Les auteurs cités se réfèrent tous à l'article 538 du Code civil comme étant la disposition qui définirait le domaine public en droit luxembourgeois.

Cette approche, qui s'inscrit dans la suite des thèses défendues par V. PROUDHON¹⁵, est aujourd'hui considérée comme inadéquate en France comme en Belgique.¹⁶

D'ailleurs, l'énumération de l'article 538 du Code civil n'est manifestement pas complète. Elle ne vise par exemple que les voies de l'Etat alors qu'il est acquis qu'il existe un domaine public communal.¹⁷ Il ne vise aussi que les voies par terre («chemins, routes et rues») alors que la voirie par fer fait évidemment partie du domaine public.

10. Selon G. RAVARANI, l'affectation du bien à l'usage de tous est décisive: «*un bien appartient au domaine public lorsque, par une décision expresse ou implicite de l'autorité, il est affecté à l'usage de tous, sans distinction de personnes*».¹⁸

Dans cette conception, la manière dont le bien profite à la collectivité importe peu,

Signalons toutefois que le passage cité, l'auteur ne s'intéresse pas tant à la définition du domaine public mais plutôt à la nature juridique des revenus qu'il génère.

¹⁵ Victor PROUDHON, *Traité du domaine public*, 2^e éd., 1843-1845.

¹⁶ Fabrice MELLERAY, «La recherche d'un critère réducteur de la domanialité. Remarques sur la modernisation annoncée de la notion de domaine public», *A.J.D.A.*, 2004, p. 490 et s. Michel PAQUES, Diane DEOM, Pierre-Yves ERNEUX et Dominique LAGASSE, «*Domaine public, Domaine privé*», Larcier, Bruxelles, 2008, n°s 8 et 9.

¹⁷ Ceci amène H. DELVAUX à prendre la précaution de préciser «*que cette énumération n'est pas limitative et qu'elle concerne les biens tant de l'Etat que des communes*» (Henri DELVAUX, *loc. cit.*).

¹⁸ Georges RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2^e éd., 2006, Ed. Pasirisie luxembourgeoise, n° 1291.

ce qui permet l'inclusion, dans le champ de la domanialité publique, des biens affectés à un service public.

Nous avons proposé une définition similaire: «*Par définition, les biens du domaine public sont ceux qui sont affectés à l'usage de la collectivité toute entière*». ¹⁹

¹⁹ Marc THEWES, «Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois», *J.T.L.*, 2009, p. 105, n° 61.

2

L'OBJECTIF DE VALORISATION

11. Historiquement, le droit domanial est dominé par un souci de conservation du patrimoine. Il s'agit de préserver le patrimoine de l'Etat contre toute appropriation par des tiers.

Dans cette approche, le domaine public est perçu comme un poids mort, une charge pour les pouvoirs publics, tenus d'aménager et d'entretenir le domaine pour satisfaire aux besoins des citoyens.

Non seulement il ne produit pas de revenus mais de surcroît, des dépenses doivent être engagées pour sa conservation et son aménagement.

*«Les revenus du domaine sont minimes. En tout cas, ils sont largement dépassés par les frais d'entretien qui incombent à l'Etat».*²⁰

12. L'évolution défavorable des finances publiques amène cependant les pouvoirs publics sur les possibilités de générer un revenu direct grâce aux biens du domaine, ou alors de faire supporter par un partenaire privé les coûts d'un aménagement jugé souhaitable du domaine public (ou d'ailleurs du domaine privé).

A. La valorisation par une meilleure gestion

13. Au premier abord, la valorisation²¹ du domaine public consiste à rechercher

dans quelle mesure les biens du domaine sont susceptibles de générer un revenu sans mettre en cause leur affectation première au service de l'intérêt public.

On envisage alors de rendre payantes des utilisations du domaine qui étaient auparavant gratuites mais aussi d'autoriser, contre rémunération, des usages nouveaux jusqu'alors interdits.

Le souci d'efficacité dans la gestion du domaine, moyennant notamment la mise en place de structures de gestion dédiées est un autre facteur.

a. Les redevances

14. Un premier moyen de tirer des revenus d'une dépendance du domaine consiste à rendre son utilisation payante pour les usagers.

15. Une telle démarche est-elle cependant compatible avec les principes gouvernant le domaine public, notamment le principe du libre accès et de la gratuité ?

*«L'usage du domaine public conforme à sa destination normale est en principe gratuit. On n'imagine en effet pas de faire payer l'exercice des libertés publiques, en particulier la liberté d'aller et de venir».*²²

²⁰ Pierre MAJERUS, *L'Etat luxembourgeois*, 6^e édition, Editpress, 1990, p. 306.

²¹ Le terme de «valorisation» n'a pas de signification juridique déterminée. Il s'agit, d'après le dictionnaire, «de conférer une valeur plus grande à la chose» (Dictionnaire Le

Robert), de mieux l'exploiter, de la rendre plus utile ou plus rentable.

²² Michel PAQUES, Diane DEOM, Pierre-Yves ERNEUX et Dominique LAGASSE, «*Domaine public, Domaine privé*», Larcier, Bruxelles, 2008, n° 147.

16. Si la gratuité est de principe, il reste cependant possible de rendre payants des utilisations qui vont au-delà de l'usage normal.

Il est ainsi, par exemple, possible de rendre payant le stationnement en bordure des voies publiques puisque la chaussée est destinée à la circulation des véhicules et non à leur arrêt prolongé. Il se justifie, à ce titre, de soumettre l'usage à des fins de stationnement à la perception d'une taxe et aussi d'en limiter la durée dans le temps.

Il est également admis que les usages commerciaux du domaine public peuvent, même lorsqu'ils sont conformes à la destination, donner lieu à la perception d'une redevance. Ceci permettrait, par exemple, de soumettre à redevance l'activité des entreprises de transports qui font de la voirie un usage qui va au-delà de l'usage normal.²³

17. Le principe de gratuité ne concerne par ailleurs que les biens du domaine qui sont affectés à l'usage de la collectivité.

L'accès aux dépendances du domaine public affectées à un service public n'est pas nécessairement libre; le visiteur d'un musée devra en payer l'entrée et l'usager des transports en commun aura à s'acquitter du prix d'un ticket.

A vrai dire, on ne paye cependant pas alors une redevance pour l'accès au domaine concerné mais plutôt un prix pour le service.

18. Le principe de gratuité peut également être écarté lorsque le domaine a fait l'objet d'un aménagement particulier.

Ainsi, par exemple, la navigation sur la Moselle est soumise à un péage.

L'usage des autoroutes pourrait également être rendu payant. Il s'agit en effet de voies qui sont d'ores et déjà soumises à un régime spécial.²⁴

b. Les concessions domaniales

19. À côté des utilisations collectives du domaine public, la pratique connaît des hypothèses où les pouvoirs publics accordent un droit d'usage privatif du domaine à un particulier ou à une entreprise contre paiement.

On peut citer de nombreux exemples.

- Certaines occupations privatives sont indispensables pour permettre au domaine de satisfaire l'utilité publique à laquelle il est affecté. On songe par exemple aux concessions funéraires dans les cimetières ou aux concessions d'emplacements sur les marchés. Sans ces actes, le domaine ne pourrait pas remplir son rôle.
- D'autres autorisations sont accessoires et utiles à l'affectation principale du bien. On songe ici aux stations essence concédées le long des autoroutes ou encore aux locaux concédés à des commerçants dans les gares et les aéroports pour permettre aux voyageurs de s'approvisionner.
- Bon nombre de concessions, enfin, sont purement commerciales. On songe ici notamment aux terrasses que les restaurants et débits de boissons sont autorisés à installer sur la

²³ On sait qu'au Grand-Duché de Luxembourg, l'établissement d'une ligne de transport par route des passagers est soumise à une autorisation du ministre des Transports (Règlement grand-ducal du 3 février 1978 déterminant les conditions d'octroi et de retrait des autorisations d'établissement et d'exploitation des services de transports routiers réguliers de personnes rémunérés).

²⁴ Ce régime découle de la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un Fonds des routes.

voie publique mais aussi à des kiosques à journaux ou à des distributeurs de boissons implantés sur la voie publique.

B. La valorisation par l'investissement

20. La mise en valeur du domaine public passe souvent par la réalisation, ou parfois la réfection, des équipements qui le rendent mieux adapté à l'usage auquel il est destiné.

L'investissement augmente indéniablement la valeur intrinsèque du bien et son utilité pour la collectivité.

21. Dans le passé, les investissements de ce type ont essentiellement été réalisés à la charge des budgets de l'Etat et des communes mais les pouvoirs publics cherchent aujourd'hui de plus en plus à associer des partenaires privés, sous la forme de concessions ou de partenariats.

C. La valorisation par l'aliénation

22. L'hypothèse de la valorisation d'un bien par sa réalisation n'est que rarement envisagée à Luxembourg, mais elle doit néanmoins être évoquée ici.

a. La vente de biens devenus inutiles

23. Les personnes de droit public peuvent évidemment vendre un bien qui a fait partie du domaine mais qui est devenu inutile.

On peut notamment citer à ce sujet un loi du 17 décembre 1853, qui est toujours en vigueur, et qui autorise le Gouvernement à vendre les parcelles de terrain non utilisées lors de la réalisation de travaux de voirie : *«Le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg est autorisé à vendre, au profit de la caisse de l'Etat, soit*

par adjudication publique, soit sur des soumissions présentées par des propriétaires riverains, aux clauses et conditions qu'il arrêtera, les propriétés appartenant à l'Etat, et que les constructions de routes ou sections de routes nouvelles, ont laissé disponibles. Le relevé des propriétés à vendre sera publié par le Mémorial législatif et administratif, au moins quinze jours avant la vente».²⁵

c. Les réalisations immobilières complexes

24. L'une des modalités de mise en valeur du domaine public les plus spectaculaires consiste à permettre la réalisation d'opérations immobilières complexes.

Il s'agit de réaliser des constructions privées (commerces, bureaux, etc...) au-dessus ou en-dessous du domaine public.

On peut citer l'exemple du complexe hôtelier réalisé dans le quartier de la gare à Luxembourg et qui se trouve implanté sur une dalle qui enjambe le domaine public ferroviaire, dalle qui comporte de surcroît un parking souterrain concédé à un opérateur privé.

Un autre exemple restera sans doute à l'état de projet: Le nouvel aménagement de la place de l'étoile devait en effet comporter un vaste centre commercial implanté sur les deux côtés de la route d'Arlon et relié par un large pont au-dessus de la voie publique. Il n'a pas trouvé l'aval des autorités, principalement parce que les surfaces commerciales nouvellement créées paraissaient démesurées, mais la difficulté juridique d'une construction surplombant la voie publique fut également évoquée.

25. À l'évidence, de tels aménagements sont permmissibles, à condition que leur réalisation n'entrave pas l'usage du

²⁵ Loi du 17 décembre 1853, autorisant la vente de parcelles domaniales, Mém., p. 898.

domaine public conformément à sa destination.

3

LES INSTRUMENTS DE VALORISATION

26. D'un point de vue pratique, l'administration ne peut gérer l'intégralité de ses biens.

Afin de valoriser son domaine public, elle devra nécessairement s'adresser à des entreprises qui ont les moyens humains et matériels, les ressources et l'expérience requise pour réaliser des opérations de valorisation du domaine public.

L'appel aux services d'une entreprise privée peut prendre différentes formes, dont on s'attachera à rappeler les traits caractéristiques.

27. L'initiative de ces opérations ne provient d'ailleurs pas nécessairement des pouvoirs publics.

En ce qui concerne les occupations privatives du domaine, il est fréquent que ce soit le riverain, le commerçant ou l'entrepreneur qui s'adresse à l'administration afin que celle-ci le fasse bénéficier d'une parcelle du domaine public à son usage exclusif.

Il arrive cependant aussi que ce soit le pouvoir public qui envisage, dès la conception d'un ouvrage, l'affectation de certaines surfaces à des exploitations privées, comme des commerces ou des espaces de restauration.

A. Les instruments qui s'inscrivent dans une logique de gestion

a. Les concessions de service public

28. Au sens où l'entend notre droit, un contrat de concession est une convention par laquelle une autorité publique confie la

gestion d'un service public à une personne privée, chargée, le cas échéant, d'ériger les ouvrages nécessaires à ce service.²⁶

La concession de service public présente un triple intérêt pour l'administration: «*elle lui permet d'abord de ne pas devoir investir de fonds publics dans l'entreprise, ensuite de la mettre à l'abri des risques d'exploitation du service public, enfin, d'entrer en*

²⁶ Suivant un ouvrage belge récent, «*la concession de service administratif est un contrat administratif par lequel l'autorité publique compétente charge une personne – le plus souvent privée mais parfois publique – de gérer, temporairement et sous son contrôle, un service public, aux clauses et conditions fixées par un cahier des charges, annexé à la convention, étant entendu que cette gestion se fait aux frais, risques et périls du concessionnaire, moyennant rémunération de celui-ci à la charge, le plus souvent, de l'usager*» (Michel HERBIET et Ann Lawrence DURVIAUX, *Droit public économique*, La Chartre, Bruxelles, 2008, n° 57).

Pour un auteur luxembourgeois, «*la concession peut être définie de manière générale comme un mode de gestion résultant d'un acte appelé contrat de concession, par lequel une personne administrative (le concédant) charge une autre personne, privée ou publique (le concessionnaire), de gérer et de faire fonctionner un service public. Elle est traditionnellement un moyen de décharger la personne publique des frais et des risques du service, du coût des investissements, en totalité ou en partie, en même temps qu'elle laisse l'exploitant disposer du revenu du service pour la rémunération des frais et le profit d'un bénéfice*» (Jérôme KRIER, «La réalisation des objectifs de service public en matière des médias électroniques au Grand-Duché de Luxembourg», *Ann. dr. lux.*, vol. 4 (1994), p. 267).

possession gratuitement des installations de service public à la fin de la concession».²⁷

29. La concession de service public comportera souvent un droit accessoire d'occupation du domaine.²⁸

Le domaine est ainsi valorisé au fil de l'exécution de la concession.

La concession de services a sa place dans notre exposé au titre des obligations imposées au concessionnaire d'entretenir d'améliorer ou d'étendre l'infrastructure existante.²⁹

30. Dans ses arrêts *Parking Brixen* et *Commission c. Italie* notamment, la Cour européenne a retenu que la différence entre un contrat de concession de services et un marché public de services réside dans le mode de rémunération.

Alors que, dans le cas d'un marché public, c'est le pouvoir adjudicateur qui paye le service, la concession est – selon cet arrêt – caractérisée par le fait que «*la rémunération du prestataire de services*

provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l'usage du parking concerné».³⁰

Bien plus que le mode de paiement, c'est cependant le fait que le concessionnaire assume le risque d'exploitation qui est décisif.

Comme l'a souligné la Cour européenne, «*l'on est en présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question*».³¹

On est en présence d'une concession si la rémunération du concédant dépend de manière substantielle de la fréquentation de l'ouvrage qu'il a construit ou de l'utilisation par le public du service qui lui est concédé. Dans la définition européenne, la provenance des fonds importe peu³². Le paiement peut donc être à la charge des pouvoirs publics, pour autant qu'il reste fonction de l'usage que le public fait de l'ouvrage ou du service.³³

²⁷ M. PÀQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 188.

²⁸ Ces contrats «*comportent bien occupation du domaine public, mais leur objet dominant, comme d'ailleurs leur cause, ne sont pas l'occupation domaniale. L'objet du contrat porte sur la mission dévolue*» (Nil SYMCHOWICZ, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Edition du Moniteur, Paris, 2009, p. 166).

²⁹ Lorsque le contrat ne prévoit pas d'investissements importants de la part de l'exploitant privé, l'opération semble devoir prendre la qualification d'affermage.

Selon O. RAYMUNDIE, l'affermage est en effet «*le mode de gestion par lequel une personne publique confie par contrat, à un fermier, la gestion d'un service public, à ses risques et profits, grâce à des ouvrages qu'elle lui remet moyennant le versement d'une contrepartie, prélevée sur les ressources provenant de l'exploitation du service*» (Olivier RAYMUNDIE, *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, Le Moniteur, Collection Actualités juridiques, Paris, 1995).

b. Les autorisations domaniales

31. La loi ne prescrivant pas la forme de l'autorisation domaniale, il semble admis qu'elles peuvent être accordées ou bien par un acte administratif unilatéral, ou bien sous la forme d'une convention appelée «concession domaniale».

³⁰ C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, points 39 et 40.

³¹ C.J.C.E., 18 juillet 2008, *Commission c. Italie*, aff. C-382/05, point 34.

³² En France, la jurisprudence du Conseil d'Etat considère, au contraire, que la rémunération du concessionnaire par l'usager est indispensable pour retenir la qualification de contrat de concession.

³³ Hypothèse des «shadow toll» ou péages virtuels.

(1) Les autorisations domaniales unilatérales

32. Les autorisations d'occupation du domaine public délivrées dans la forme d'un acte unilatéral sont caractérisées par leur grande précarité.

Il s'agit «*d'une faveur à laquelle l'autorité administrative peut mettre fin dès qu'elle considère que l'intérêt général l'exige*».³⁴

Une telle autorisation peut dès lors être modifiée ou même révoquée à tout moment, sans préavis³⁵ et sans que le permissionnaire évincé ne puisse prétendre à une indemnité.

33. L'autorisation peut également comporter dans son corps des contraintes particulières qui restreindront éventuellement l'usage que le permissionnaire peut faire du domaine public. On songe par exemple à l'obligation de respecter les droits des riverains ou de se plier à des règles destinées à préserver la sécurité publique.

34. La permission peut enfin être subordonnée au paiement d'une redevance, sans que cette exigence ne mette en question sa précarité.

(2) Les concessions domaniales

35. La concession domaniale n'est pas définie dans la loi.

La doctrine propose de dire qu'il s'agit «*un contrat administratif par lequel l'autorité publique concédante accorde une autorisation domaniale, un droit d'utilisation privative du domaine public*».³⁶

36. La concession est un contrat régi par le droit civil qui confère au concessionnaire des droits que l'administration doit respecter.

«*L'élément contractuel impose à l'administration l'obligation de respecter les droits du concessionnaire. Elle ne peut y porter atteinte – et notamment augmenter les charges du concessionnaire ou mettre prématurément fin à la concession – sans être tenue, à moins que le contrat ne prévoie le contraire, au paiement de dommages-intérêts pour violation de ses obligations contractuelles (...)*».³⁷

La jurisprudence sur ces questions est clairsemée. On peut cependant citer un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui retient, à propos d'une concession funéraire, que «*les concessions de terrains (...) créent au profit des concessionnaires un droit réel d'une nature spéciale, droit de jouissance et d'usage avec affectation spéciale et nominative, lequel rentre certainement dans la catégorie des droits civils*».³⁸

37. La concession domaniale confère donc à l'occupant privatif un droit bien plus stable que celui qu'il pourrait tirer d'une autorisation unilatérale.

Même si la concession domaniale reste révocable – ou rachetable³⁹ – si l'intérêt public le commande, le concessionnaire se trouve protégé par la garantie que son dommage sera indemnisé.

Cette sécurité justifiera qu'il fasse des investissements dans le bien et qui le

³⁴ M. PÀQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 158.

³⁵ Sous réserve des principes de bonne administration découlant notamment de la législation sur la procédure administrative non contentieuse.

³⁶ M. PÀQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 183.

³⁷ M. PÀQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 184.

³⁸ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 17 octobre 1956, *Pas. lux.*, t. 17, p. 68.

³⁹ On peut ici citer un arrêt de la Cour du 7 mars 1980, d'après lequel: «*Ces concessions, normalement faites moyennant redevance, sont essentiellement révocables ou rachetables*» (Cour 7 mars 1980, *Pas. lux.*, t. 25, p. 32).

rendra aussi enclin à payer une redevance d'un montant plus élevé.

La concession domaniale permet dès lors aux pouvoirs publics une bien meilleure valorisation de leur domaine.

c. Les régimes *ad hoc*

38. Plutôt que de faire appel à l'un des instruments qui viennent d'être évoqués, la pratique luxembourgeoise de ces dernières années montre une inclinaison à la mise en place de régimes *ad hoc* par l'adoption de législations ponctuelles ou sectorielles.

L'analyse de ces législations montre que dans certains cas, l'objectif de valorisation du domaine public a été pris en compte tandis que dans d'autres régimes, le domaine public est mis à disposition gratuitement.

(1) La gestion des ondes

39. La loi du 30 mai 2005 portant organisation de la gestion des ondes prévoit que *«les ondes radioélectriques sont des ressources rares dont la gestion et l'utilisation sont réservées à l'Etat»*⁴⁰ et soumet leur utilisation à un régime de concessions.⁴¹

La loi luxembourgeoise ne se prononce pas expressément sur la nature juridique des ondes hertziennes. On peut cependant considérer, dans la logique d'une décision du Conseil Constitutionnel français du 28 décembre 2000 que *«l'utilisation des fréquences radioélectriques sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat»*.⁴²

⁴⁰ Loi du 30 mai 2005 portant organisation de la gestion des ondes, Article 2(1), Mém. A., 2005, p. 1159.

⁴¹ Loi du 30 mai 2005 portant organisation de la gestion des ondes, Article 2(2).

⁴² Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-442 du 28 décembre 2000.

40. La loi de 2005 prévoit une valorisation du domaine par la perception d'une redevance dont le montant est fixé par un règlement grand-ducal.

Toutefois, le règlement d'exécution prévu par la loi ne semble pas encore avoir été adopté, si bien que la perception effective de redevance est douteuse, sauf si leur montant devait résulter des cahiers des charges que les opérateurs se voient imposer et qui ne sont pas publics.

(2) Les services publics en réseau

41. On peut citer en exemples les textes de loi récents sur les services publics en réseau (télécommunications, électricité et gaz).

Les lois du 1^{er} août 2007 en matière de gaz⁴³ et d'électricité⁴⁴ accordent ainsi aux concessionnaires désignés de réseaux de distribution d'électricité et de gaz un droit d'établissement de leurs réseaux sur les fonds appartenant au domaine public (notamment les rues et les places) et règlent la manière dont les exploitants doivent s'accorder avec les propriétaires privés dans les cas où les réseaux doivent être implantés sur des fonds appartenant à des propriétaires privés.

L'activité donne lieu à la perception d'une redevance, dont le bénéficiaire désigné par la loi est l'Etat et non le propriétaire du domaine emprunté par le réseau. La perception de la redevance est en effet attachée à l'activité concédée et non au droit de faire usage du domaine public.

Les textes de loi cités n'opèrent donc aucune valorisation du domaine public

⁴³ Loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel, Mém. A., 2007, p. 2798.

⁴⁴ Loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, Mém. A., 2007, p. 2764.

puisqu'elles – au contraire – elles prévoient la gratuité de l'usage du domaine.⁴⁵

42. Le même constat s'impose à l'examen de la législation en matière de télécommunications.

Ainsi, l'article 65(3) de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques prévoit que lorsqu'un réseau de communications emprunte le domaine public, «*l'autorité concernée ne peut imposer à l'opérateur aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité, de quelque nature que ce soit*». Le texte précise même que l'«*opérateur détient en outre un droit de passage gratuit pour les infrastructures et ressources associées dans les ouvrages publics situés dans les domaines publics de l'Etat et des communes*».⁴⁶

43. La situation est éventuellement différente dans l'hypothèse où une commune propriétaire d'un réseau décide de le faire gérer par un opérateur privé. Une telle opération peut, selon l'option politique qui aura été prise, prendre la forme d'une mise en concession ou bien celle d'une vente.

L'opération de privatisation des réseaux d'électricité et de gaz de la Ville de Luxembourg dont le principe a été décidé par le conseil communal le 12 juillet 2010

⁴⁵ La gratuité de l'usage du domaine public est prévue par l'article 40 de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité et par l'article 44 de la loi relative à l'organisation du marché du gaz naturel.

⁴⁶ Loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques, Mém. A, 2005, p. 1144.

Signalons qu'il n'y a aucune disposition de ce type au profit des opérateurs de téléphonie mobile dans la loi du 30 mai 2005 portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques (Mém. A., 2005, p. 1159). V. aussi les dispositions du Plan directeur sectoriel «Stations de base pour réseaux publics de communications mobiles», Mém. A., 2006, p. 618.)

semble prendre la forme d'une aliénation puisqu'il est question d'un apport de ces actifs au groupe ENOVOS en échange d'une participation dans le capital de cette société.

(3) L'exploitation de l'aéroport du Findel

44. Nous avons déjà évoqué la loi du 26 juillet 2002 sur la police et l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg ainsi que sur la construction d'une nouvelle aérogare⁴⁷, qui a autorisé la constitution d'une société commerciale chargée de la construction et de l'exploitation d'une nouvelle aérogare et de divers équipements connexes (parking, gare souterraine, etc...).

Cette loi prévoit la mise à disposition de la nouvelle société de propriétés domaniales bâties et non bâties à déterminer par règlement grand-ducal et selon des modalités à arrêter par une convention.

45. Ici encore il n'a pas été spécialement tenu compte de l'objectif de valorisation. En effet, ni la loi, ni la convention conclue le 15 janvier 2003 ne prévoient de rémunération de l'Etat pour la mise à disposition de ces terrains et constructions, réalisée sous la forme d'un droit de superficie.

B. Les instruments qui s'inscrivent dans une logique d'investissement

a. Les marchés publics

46. Les investissements destinés à valoriser le domaine public étaient jusqu'ici principalement réalisés à la charge des budgets de l'Etat et des communes.

Un pouvoir public qui souhaite charger des entreprises de tels travaux de

⁴⁷ Mém. A, 2002, p. 1758.

valorisation devra observer la législation sur les marchés publics.

47. Dans notre droit les marchés publics sont définis comme des «*contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive*». ⁴⁸

Un contrat sera donc qualifié de marché public si les trois conditions résultant de cette définition sont remplies:

- un contrat passé par un *pouvoir adjudicateur*,
- avec un *opérateur économique*, et
- qui a pour objet *l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services*.

b. Les concessions de travaux

48. L'article 1^{er}, 3. de la directive 2004/18 définit la concession de travaux publics comme étant «*un contrat présentant les mêmes caractères que les marchés publics de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix*».

La concession de travaux est donc un instrument juridique très proche du marché public.

La concession de travaux se présente comme une alternative au marché public lorsqu'il est concevable de rémunérer l'entreprise chargée des travaux non pas par un paiement à la charge du budget

⁴⁸ Article 3, 1, a) de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics (Mém. A, 2009, p. 2492). Le libellé de cette disposition est emprunté à l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE.

mais moyennant concession du droit d'exploiter l'ouvrage à ériger. ⁴⁹

c. Les partenariats public-privé

49. Il n'y a, à l'heure actuelle, pas de définition du *Partenariat public-privé* qui fasse l'unanimité.

Suivant un auteur français, «*le partenariat public-privé peut se définir comme la collaboration, autour de projets, de l'Etat ou de ses démembrements, d'une part, et des entreprises privées, d'autre part*». ⁵⁰

Un auteur belge expose quant à lui qu' «*on entend généralement par PPP tout projet réalisé conjointement par des parties de droit public et de droit privé dans le cadre d'un partenariat en vue d'obtenir une valeur ajoutée*». ⁵¹

Pour un autre auteur belge, le PPP est «*une technique contractuelle par laquelle une autorité publique charge une entité tierce de réaliser (construire ou rénover substantiellement) et d'exploiter une infrastructure d'intérêt général par le recours (exclusif ou principal) à un financement privé levé en considération des revenus futurs de l'infrastructure en assumant certains risques liés à cette infrastructure*». ⁵²

De fait, «*par la variété de ses formes, le partenariat public-privé est polysémique et est*

⁴⁹ Selon une communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire le point de différenciation entre la concession de travaux et le marché public «*réside dans l'octroi du droit d'exploiter l'ouvrage comme contrepartie de la construction de celui-ci; ce droit d'exploitation peut également être accompagné d'un prix*» (JOCE, 2000/C 121/02 du 29 avril 2000).

⁵⁰ Paul LIGNIÈRES, *Partenariats public-privé*, 2^e éd., Litec, Paris, 2005, n° 6.

⁵¹ Benoît LOMBAERT, «Introduction générale», *Les partenariats public-privé (PPP): un défi pour le droit des services publics*, La Charte, Bruxelles, 2005, p. 5.

⁵² Pierre-Emmanuel NOËL, «Le partenariat public-privé (P.P.P.), technique de réalisation et de financement des équipements publics», *J.T.*, 2005, p. 369, spéc. p. 370.

*particulièrement rétif à la synthèse. Définir juridiquement le partenariat public-privé exigerait à peu près une définition de chacune des formes multiples et infinies du partenariat public-privé».*⁵³

50. Pour délimiter la notion de partenariat public-privé, on met en avant une série de caractéristiques permettant de distinguer les Partenariats d'autres contrats conclus entre des pouvoirs publics et des partenaires privés:

- leur durée relativement longue, impliquant une collaboration entre le partenaire public et le partenaire privé sur les différents aspects d'un projet à réaliser;
- le mode de financement du projet, assuré pour partie par le secteur privé, parfois par le biais de montages complexes entre divers auteurs. Des financements publics, occasionnellement très importants, peuvent néanmoins venir s'ajouter aux financements privés;
- le rôle important de l'opérateur économique, qui participe à différents stades du projet (conception, réalisation, mise en œuvre, financement). Le partenaire public se concentre essentiellement à la définition des objectifs à atteindre en termes d'intérêt public, de qualité des services offerts, de politique des prix, et assure le contrôle du respect de ces objectifs; et
- la répartition des risques entre le partenaire public et le partenaire privé, sur lequel sont transférés des aléas habituellement supportés par le secteur public, même si les PPP n'impliquent pas que le partenaire assume tous les risques, ou la part la plus importante des risques liés à l'opération. La répartition précise des risques s'effectue au cas par cas, en fonction des capacités respectives des

⁵³ Kim MÖRIC, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 13.

parties en présence à évaluer, contrôler et gérer ceux-ci.⁵⁴

51. Les communications de la Commission européenne mettent en avant la distinction entre les partenariats contractuels et les partenariats institutionnalisés et cette catégorisation des PPP en deux grandes familles est reprise par la quasi-totalité des auteurs.

52. Les PPP contractuels reposent sur un montage contractuel complexe entre une autorité publique et un ou plusieurs partenaires.

La Commission qualifie de PPP de type purement contractuel «*un partenariat qui se fonde uniquement sur des liens contractuels entre les différents acteurs*»⁵⁵, ce qui le distingue du partenariat institutionnalisé, qui, lui, «*implique la mise en place d'une entité détenue conjointement par le partenaire public et le partenaire privé*».⁵⁶

53. Par opposition au partenariat contractuel, on parle d'un partenariat institutionnalisé lorsque les partenaires mettent en place une structure ad hoc disposant de la personnalité juridique.

On lit dans la Communication du 5 février 2008 que «*la Commission entend comme partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI) une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions*».⁵⁷

⁵⁴ *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, Doc. COM(2004)32.

⁵⁵ *Livre vert sur les partenariats public-privé (...)*, Doc. COM(2004)327, n° 21.

⁵⁶ *Livre vert sur les partenariats public-privé (...)*, Doc. COM(2004)327, n° 253.

⁵⁷ *Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux*

Selon les cas, il peut s'agir de la création d'une nouvelle entité juridique, ou d'une prise de participation du partenaire privé dans une entreprise publique déjà existante.⁵⁸

L'entité peut être créée dans les formes du droit commun (société, association, groupement d'intérêt économique) ou faire l'objet d'une loi organique spéciale.

c. Les régimes *ad hoc*

54. Il n'est pas interdit au législateur de mettre place des régimes *ad hoc* pour encadrer la réalisation d'investissements destinés à valoriser un bien domanial.

On en trouve d'ailleurs un exemple dans la loi déjà citée du 26 juillet 2002 sur la police et l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg⁵⁹. En effet, cette loi autorise le Gouvernement à charger «*un organisme de droit public ou privé de tout ou partie des activités de développement, de mise en valeur et d'exploitation de l'aéroport de Luxembourg, y compris l'administration et la gestion des infrastructures aéroportuaires*»⁶⁰. Le texte légal énonce explicitement que les missions qui peuvent être ainsi déléguées concernent «*la construction et le financement de la nouvelle aérogare et du terminal petits porteurs*»⁶¹ et c'est cette même formule qu'on retrouve dans le contrat conclu entre

partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), Doc. C(2007)6661.

⁵⁸ Voir à ce sujet l'arrêt *Mödling* de la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E., 10 novembre 2005, aff. C-29/04, JTDE n° 126/2006). Il s'agissait d'une affaire où, dans un premier temps, un acteur public avait constitué une société dont il détenait la totalité du capital et à laquelle il avait attribué un marché en se prévalant de l'exception *in house* pour ensuite la privatiser en partie.

⁵⁹ Mém. A, 2002, p. 1758.

⁶⁰ Loi du 26 juillet 2002, Article 2.

⁶¹ Loi du 26 juillet 2002, Article 2.

l'Etat et la société Luxairport S.A. le 15 janvier 2003.⁶²

C. Les instruments qui s'inscrivent dans une logique d'aliénation ou de privatisation

a. La vente de biens du domaine public

55. L'hypothèse de valorisation la plus simple est la vente pure et simple des biens dépendant du domaine.

Comme les biens du domaine public ne sont pas dans le commerce, une telle vente n'est possible que si le bien a préalablement été soustrait à ce régime.

Nous étudierons la forme que doit prendre une telle désaffectation dans la suite (v. *infra* n°s 80 à 82).

b. Le droit de superficie

56. A première vue, le droit de superficie ne semble pas un instrument pertinent s'inscrivant dans une logique d'aliénation ou de privatisation.

Selon la lettre de l'article 14-1 de la loi «Pacte Logement» du 22 octobre 2008, «*le droit de superficie est un droit réel, conféré par le propriétaire d'un immeuble à un superficiaire, moyennant paiement d'une contribution financière à convenir entre le propriétaire et le superficiaire, suivant un titre constitutif, autorisant le superficiaire à y ériger des constructions qui seront sa propriété jusqu'à l'expiration du droit de superficie*».⁶³

57. Il convient de souligner ici le fait que le superficiaire est le propriétaire des constructions érigées.

⁶² Ce contrat est publié en annexe au règlement grand-ducal du 14 avril 2003 qui l'approuve (Mém. A., 2003, p. 1122).

⁶³ Article 13-1 de la loi «Pacte Logement» du 22 octobre 2008.

Cette propriété dure néanmoins jusqu'à l'expiration du droit de superficie.

La cession de droit réels pendant la durée du droit de superficie équivaut donc bien à une privatisation, certes temporaire, mais qui aura pour effet de laisser la possibilité pour un particulier ou une personne morale de bâtir sur cette parcelle du domaine de l'administration des constructions qui reviendront, après juste indemnisation, dans le patrimoine de la personne publique.

L'instrument du droit de superficie semble largement utilisé par bon nombre d'administrations communales.

4

L'IMPORTANCE DE LA JUSTE QUALIFICATION DE L'OPERATION

58. On sait que les différents actes juridiques que nous avons évoqués ci-dessus sont soumis à des régimes juridiques très différents les uns des autres.

A. La juste qualification des opérations immobilières

59. Dans le domaine des opérations immobilières, la délimitation de ce qui relève du champ d'application des directives sur les marchés publics n'est pas toujours aisée.

Comme l'observe un auteur, «*si en principe, une transaction immobilière ne peut être qualifiée de marché public, pareil risque existe si la convention aboutit à faire ériger par le cocontractant un ouvrage répondant aux caractéristiques précisées par le pouvoir adjudicateur*». ⁶⁴

Ceci est illustré par la comparaison de deux arrêts de la Cour européenne.

Le premier de ces arrêts date du 19 avril 1994. Il s'agit d'une affaire où la Cour, saisie d'une question au sujet de la juste qualification à donner à une opération immobilière combinant une cession d'immeuble et la réalisation de travaux sur ce bien, retient que c'est la qualification de vente qui s'impose, les travaux n'étant qu'accessoires. D'après cet arrêt, «*un*

contrat mixte qui porte à la fois sur l'exécution de travaux et une cession de biens ne relève pas du champ d'application de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, si l'exécution des travaux présente seulement un caractère accessoire par rapport à la cession de biens». ⁶⁵

Une question semblable a été à nouveau soumise à la Cour en 2005. Il s'agissait cette fois d'une convention par laquelle la commune de Roanne chargeait une société d'économie mixte de la construction d'un pôle de loisirs comportant un complexe cinématographique et de locaux commerciaux ayant vocation à être cédés à des tiers, ainsi que des ouvrages destinés à être remis au pouvoir adjudicateur, à savoir un parc de stationnement ainsi que des voies d'accès et des espaces publics.

La question de la qualification à donner à cette convention se posait parce que la société se voyait aussi confier la mission de procéder à des acquisitions foncières, d'organiser un concours d'architecture et/ou d'ingénierie, de faire procéder à des études, de réaliser les travaux de construction, d'établir et de tenir à jour certains documents comptables et de gestion, de rechercher des fonds, de mettre en place des moyens efficaces pour assurer la commercialisation des ouvrages, ainsi

⁶⁴ Diane DEOM, Les instruments du droit administratif à l'épreuve des partenariats public-privé, in: B. LOMBAERT (Dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics*, La Charte, Bruxelles, 2005, p. 220.

⁶⁵ C.J.C.E., 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA c. Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria et Gran Casino de Las Palmas SA*, aff. C-331/92.

que d'assurer de manière générale la gestion et la coordination de l'opération et l'information de la commune.

A l'issue de son analyse du dossier, la Cour européenne retient dans son arrêt du 18 janvier 2007 que l'objet principal de la convention «*est l'exécution d'un ensemble de travaux aboutissant à la réalisation d'un ouvrage au sens de l'article 1^{er}, sous c), de la directive, à savoir un pôle de loisirs*». Dès lors, la qualification de marché public de travaux s'impose. Pour la Cour, «*les éléments de services prévus par la convention, tels que l'acquisition foncière, la recherche de fonds, l'organisation d'un concours d'architecture et/ou d'ingénierie ainsi que la commercialisation des bâtiments font partie de l'achèvement de cet ouvrage*».⁶⁶

Ces deux arrêts ne sont absolument pas contradictoires. La Cour a, dans les deux cas, adopté la même approche, consistant à analyser l'objet réel de la convention qui lui était soumise.

60. La qualification de concession domaniale ne pourra être retenue que si le contrat ne met pas d'autres obligations à la charge de l'entreprise.

Il faudra donc déterminer de manière préalable si la concession domaniale a une existence propre ou si elle est «*adossée à d'autres contrats*», c'est à dire si elle forme avec un marché public, une délégation de service public ou une concession de travaux un «*ensemble contractuel indissociable*».⁶⁷

En effet, au risque de nuire aux objectifs de concurrence saine, on ne saurait tenter

de dissimuler au sein de concessions domaniales des procédures nécessitant des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Sur ce point, une procédure est d'ailleurs encore en cours en France⁶⁸ concernant l'attribution de la gestion d'un complexe sportif par une concession domaniale.

Celle-ci aurait dû notamment respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence et la Cour Administrative d'Appel de conclure qu'elle cachait en réalité une délégation de service public.

61. Dans ce contexte, il est encore intéressant de rappeler l'analyse faite par les juridictions administratives françaises des contrats de fourniture de mobilier urbain.

Ces contrats présentent en effet la particularité qu'en échange de la mise en place du mobilier urbain, l'opérateur privé se voit accorder le droit d'effectuer un affichage publicitaire sur les équipements fournis.

S'agit-il alors d'une concession domaniale ou d'un contrat de fourniture?

En France, cette question a fait l'objet d'un avis du Conseil d'Etat dès le début des années 1980. Ce rapport conclut que «*les contrats dits de "mobilier urbain" ne peuvent (...) être assimilés à des concessions de service public. Ils constituent une variété de marchés publics, marchés de prestations de service, assortis d'autorisations d'occupation du domaine public*».⁶⁹

Cependant les obligations dont le titulaire de ce type de contrat s'assimilaient de plus en plus à des missions de service public, notamment la mise en place de bornes d'information, ou

⁶⁶ C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a., contre Commune de Roanne en présence de la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, aff. C-220/05, Considérant n° 46.

⁶⁷ Jacques PEPERS. «Conventions d'occupation du domaine public: les risques contentieux du choix d'une procédure transparente», *AJDA*, 2010, p. 1465.

⁶⁸ Cour administrative d'appel de Paris, 24 Juin 2009, req. n° 09PA01921

⁶⁹ Avis du Conseil d'Etat français, Section de l'Intérieur, séance du 14 octobre 1980 (n° 327449).

le fait de prêter un service pour un coût qui ne correspond pas à la réalité du marché.

Ce constat a amené une partie de la doctrine à remettre en cause cette qualification de marché public en soulignant le fait que l'administration ne versait pas un «prix» au sens traditionnel.⁷⁰

Le Conseil d'Etat français a cependant réaffirmé dans un arrêt de 2005 d'après laquelle seule la qualification de marché public est appropriée. La plus haute juridiction administrative française motive sa décision par la considération *«qu'en contrepartie des prestations ainsi assurées par la [société], la commune l'a autorisée à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires et l'a exonérée de redevance pour occupation du domaine public; que la cour a pu juger, sans commettre d'erreur de droit, que l'autorisation et l'exonération ainsi accordées constituaient des avantages consentis à titre onéreux par la commune en contrepartie des prestations fournies par la société alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour la collectivité ; que la cour, en admettant ce caractère onéreux, n'a pas méconnu le principe de la liberté de l'industrie et du commerce qui n'interdisait pas à la commune de valoriser son domaine public»*.⁷¹

En étendant ce critère du caractère onéreux du contrat à un coût négatif, le Conseil d'Etat a ainsi légitimé sa position en qualifiant ce type de contrat de marché public.

On se réjouira donc que le marché des vélos de location Vel'oh ! mis en place sur

le territoire de la Ville de Luxembourg a été attribué à la société JCDecaux à l'issue d'une procédure de passation de marché public.

B. Les opérations immobilières un jour soumises à une obligation de transparence et de mise en concurrence ?

62. Nous avons jusqu'ici évoqué l'hypothèse d'une application des règles du droit européen par le biais d'une requalification d'une opération présentée comme une concession immobilière mais qui serait en réalité à considérer comme un marché public.

Ce n'est cependant peut-être pas la seule hypothèse qu'il faut envisager.

63. Selon la Commission européenne, *«tout acte, qu'il soit contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers est à examiner à la lumière des règles et des principes découlant du traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services (articles 43 et 49 du traité CE), ces principes incluant notamment les principes de transparence (publicité), d'égalité de traitement (mise en concurrence), de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle»*.⁷²

Il s'agit là de principes qui ont notamment été mis en avant par la jurisprudence *Telaustria*⁷³ de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Dans cet arrêt, la Cour a retenu au sujet d'une concession de services que:

«Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit

⁷⁰ Gilles LE CHATELIER, «Les concessions domaniales appliquées au mobilier urbain», *Mon. TP*, 30 juin 2000, p. 110.

⁷¹ Conseil d'Etat, décision du 4 novembre 2005 (Société Jean-Claude Decaux, n° 247298)

⁷² *Livre vert sur les partenariats public-privé (...)*, Doc. COM(2004)327, n° 8.

⁷³ CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, §62

communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier.

Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.

*Il appartient au juge national de statuer sur le point de savoir si cette obligation a été respectée dans l'affaire au principal et d'apprécier en outre la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet».*⁷⁴

64. Les pouvoirs publics peuvent dont se trouver obligés d'observer les principes découlant directement du traité même pour des contrats pour lesquels aucun texte exprès n'impose une obligation spécifique.

Comme le remarque le P^r Diane DEOM, «*la tendance lourde du droit européen va donc vers une transposition généralisée des principes de base du droit des marchés publics à tout montage impliquant un déplacement de responsabilités des pouvoirs adjudicateurs vers des entités tierces, qu'elles soient publiques, privées ou mixtes*».⁷⁵

Si la condition de l'existence d'un intérêt suffisant pour des opérateurs économiques provenant d'autres Etats membres est remplie, les concessions domaniales

pourraient un jour être elles aussi soumises à ce régime.

65. Si devait être le cas, le régime applicable resterait néanmoins en retrait par rapport au régime des marchés publics.

Les exigences découlant du traité n'imposent en effet pas de mise en concurrence comparable à celle du droit des marchés publics.

L'obligation, pour l'administration, de respecter le principe de la transparence trancherait néanmoins avec les pratiques actuelles.

66. Le droit européen pourrait toutefois évoluer sur cette question.

La directive du 12 décembre 2006⁷⁶ relative aux services dans le marché intérieur comporte déjà, en filigrane, une obligation de mise en concurrence qui pourrait éventuellement trouver à s'appliquer aux actes unilatéraux comme les concessions domaniales.

On lit en effet à l'article 12 de cette directive que lorsque l'activité de service est soumise à autorisation et «*lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture*».

Selon un auteur français, «*il résulte implicitement, mais nécessairement, que dès lors que le domaine public est susceptible d'être le siège d'une activité de "service", l'autorisation d'occupation ne peut être délivrée totalement librement par la collectivité publique. Pour les collectivités publiques, il n'est point d'autre choix, dès*

⁷⁴ C.J.C.E., 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*.

⁷⁵ Diane DEOM, «Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "Partenariats public-privé"», in: B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé: un défi pour le droit des services publics*, La Chartre, Bruxelles, 2005, p. 228.

⁷⁶ Dir. 2006/123/CE, JOCE, L n° 376, 27 déc. 2006, p.36)

*lors, que d'assurer et la publicité et la mise en concurrence des candidats».*⁷⁷

⁷⁷ Geoffroy BERTHON, «Le régime de passation des concessions domaniales à la croisée des chemins», *RFDA*, 2009 p. 483

5

LE REGIME JURIDIQUE DU DOMAINE PUBLIC EN CONFLIT AVEC L'OBJECTIF DE VALORISATION?

67. L'objectif de valorisation des biens du domaine impliquera souvent l'attribution à un partenaire privé de droits sur le domaine.

Si ceci ne soulève que peu de difficultés s'il s'agit de terrains relevant du domaine privé de l'autorité publique, il en va autrement des terrains du domaine public.

La constitution de droits privatifs se heurte en effet souvent au régime juridique spécial des biens du domaine public.

A. Les obstacles découlant du régime du domaine public

a. Les conséquences du principe d'inaliénabilité des biens du domaine public

68. Le régime de la domanialité publique est un régime de protection de la propriété publique.

L'objectif est de sauvegarder le patrimoine de l'Etat et des communes de toute appropriation par des tiers.

*«Il s'agit de protéger les biens domaniaux dans leur substance, comme dans leur destination, vis-à-vis des tiers et dans une certaine mesure vis-à-vis de l'administration».*⁷⁸

Les biens du domaine public sont déclarés comme étant hors du commerce⁷⁹

⁷⁸ Jean-Marie AUBY et Pierre BON, *Droit administratif des biens*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1995, n° 57.

⁷⁹ «Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou

et, de ce fait, inaliénables⁸⁰, imprescriptibles⁸¹, et insaisissables.⁸²

69. Le principe qui veut que les biens du domaine public soient hors du commerce devrait, dans la logique juridique ordinaire, avoir pour conséquence qu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'une convention.

Telle est en effet la règle qui découle de l'article 1128 du Code civil: «*Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions*».⁸³

Cette difficulté a cependant été surmontée par la jurisprudence, qui admet la possibilité d'occupations temporaires rémunérées du domaine public.

flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades et généralement toutes les portions du territoire luxembourgeois qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.» (Code civil, Article 538)

⁸⁰ D'après l'article 1598 du Code civil, seules les choses qui sont dans le commerce peuvent être vendues.

⁸¹ L'article 2226 du Code civil dispose qu'«*on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce*».

⁸² Pour une discussion de la portée de ce principe en droit luxembourgeois, v. Georges RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2^e éd., 2006, Ed. Pasicrisie luxembourgeoise, n° 1291 et 1292

⁸³ On cite un arrêt de la Cour de cassation française du 7 juillet 1869 qui, par application de cet article, déclare que les rivages de la mer ne peuvent faire l'objet d'aucune convention.

On peut ainsi citer un arrêt de la Cour du 7 mars 1980, d'après lequel: «*Le principe de l'indisponibilité du domaine public ne fait pas obstacle à ce que l'Etat concède certaines portions de ce domaine ou autorise l'établissement d'entreprises - dans le sens le plus large - sur les lieux qui en dépendent, de même qu'il ne s'oppose pas à ce que l'Etat accorde, sur ce domaine, des concessions ou permissions ayant pour objet de simples droits de jouissance ou d'occupation temporaires. Ces concessions, normalement faites moyennant redevance, sont essentiellement révocables ou rachetables*».⁸⁴

On peut citer à ce propos un arrêt de la Cour de cassation belge qui rappelle que «*les biens du domaine public étant affectés à l'usage de tous, ils sont hors du commerce et nul ne peut acquérir sur eux, par convention ou par usucapion, un droit privé qui puisse faire obstacle à cet usage et porter atteinte au droit de la puissance publique de le régler et de le modifier en tout temps selon les besoins et l'intérêt de l'ensemble des citoyens*».⁸⁵

70. Les conventions ayant pour objet la constitution d'un droit sur un bien du domaine doivent donc être aménagées de telle manière à les rendre compatibles avec l'affectation du bien et le principe de précarité.⁸⁶

⁸⁴ Cour 7 mars 1980, *Pas. lux.*, t. 25, p. 32.

⁸⁵ Cass. b., 25 septembre 2000, *Pas. b.*, 200, I, p. 1399.

⁸⁶ Comme l'a récemment observé un spécialiste de la matière, «*le régime d'indisponibilité des biens du domaine public n'empêche pas de jouir de droits privés sur le domaine public. Tous les droits privés, sans exception, tant les droits réels et les droits personnels, peuvent être concédés sur le domaine public, pour autant qu'ils soient aménagés en vue de respecter les principes de compatibilité et de précarité susmentionnés*» (Dominique LAGASSE, «La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique», in: *Jurimpratique – Revue pratique de l'immobilier*, n° 1/2008, Larcier, Bruxelles, 2008, n° 6).

Certaines opérations ne pourront pas être réalisées parce qu'elles ne se prêtent pas à l'adaptation qui est requise.

71. La constitution d'un droit d'emphytéose⁸⁷ sur un bien dépendant du domaine public est problématique si elle n'est pas autorisée par la loi⁸⁸. La difficulté

⁸⁷ Le législateur luxembourgeois a abandonné, avec l'adoption de la loi du 25 octobre 2008, dite du «pacte logement», toute référence à la notion de «bail» lorsqu'il s'agit de l'emphytéose. La nouvelle terminologie a été choisie pour mettre en exergue le fait qu'il s'agit réellement d'un démembrement de la propriété. Nous renvoyons à ce propos aux commentaires de Jean-Pierre WINANDY, «Les démembrements de propriété au Luxembourg», in: Emmanuel SANZOT, *Les droits réels démembrés. Aspects civils, fiscaux, comptables et financiers*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 633 et s.

La loi «Pacte Logement» définit l'emphytéose comme «*un droit réel qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, moyennant paiement d'une redevance à convenir entre le propriétaire et l'emphytéote, suivant titre constitutif*» (Article 14-1 de la loi «Pacte Logement» du 22 octobre 2008).

⁸⁸ Signalons qu'en France une loi du 5 janvier 1988 a autorisé les collectivités locales et leurs établissements publics à consentir des baux emphytéotiques sur leur domaine public. En Belgique, la Flandre a autorisé, de manière générale, la constitution de droits réels sur les biens de la Région et de la Communauté dans le contexte du décret du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public-privé.

Pour un exemple d'une telle autorisation législative en droit luxembourgeois, v. l'article 3 de la loi du 26 juillet 2002 sur la police et l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg ainsi que sur la construction d'une nouvelle aérogare, (Mém. A, 2002, p. 1758), qui prévoit que «*les propriétés domaniales bâties et non bâties de l'enceinte aéroportuaire sont mises à la disposition de l'organisme (...) par voie d'emphytéose ou par voie de cession de gré à gré d'un droit de superficie entre l'Etat et cet organisme*». A noter que les pouvoirs publics n'ont finalement accordé à la société Luxairport S.A. qu'un droit de superficie sur les surfaces énumérées dans un règlement grand-ducal (le droit de superficie a été accordé par un contrat publié au Mém. A, 2003, p. 1122).

provient du fait qu'un droit d'emphytéose ne peut être constitué pour une durée de moins de vingt-sept ans,⁸⁹ ce qui rend impossible les aménagements nécessaires pour protéger le domaine. Cette durée minimale est, dit-on, incompatible avec le régime de la domanialité publique.⁹⁰

72. Notons aussi qu'il est traditionnellement enseigné qu'il ne peut y avoir à l'égard du domaine public ni mitoyenneté, ni copropriété.⁹¹

73. La constitution d'un droit de superficie sur un bien du domaine public est en revanche généralement admise⁹², à condition cependant que l'administration se réserve, dans la convention, le droit d'y mettre fin à tout moment.⁹³

Il est en effet enseigné que le droit de superficie n'est pas un démembrement de la propriété – qui serait incompatible avec le régime de la domanialité publique – mais plutôt une *superposition de plusieurs droits de propriété*.⁹⁴ Par ailleurs, la législation organisant le droit de superficie était jusqu'ici considérée comme étant largement supplétive, permettant ainsi les aménagements nécessaires pour préserver le domaine public.

Nous ne pensons pas que l'adoption de la loi du 25 octobre 2008 change l'une ou l'autre de ces caractéristiques.

En revanche, le recours à un acte notarié ou à un acte administratif est désormais nécessaire au Grand-Duché de Luxembourg, alors que sous l'empire de la précédente loi de 1824, il était admis que le droit de superficie puisse naître de manière informelle.⁹⁵ Ce changement pourrait s'avérer problématique alors qu'il sera à l'avenir impossible de traiter comme un droit de superficie d'autres situations qui s'en rapprochent.⁹⁶ Si un droit de superficie doit

⁸⁹ Et même cinquante ans s'il s'agit d'un immeuble destiné au logement.

⁹⁰ Sur ces questions, voir: Y. GAUDEMET, *L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi*, in: «L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant», Dalloz, Paris 1996, p. 309; Michel PAQUES, Diane DEOM, Pierre-Yves ERNEUX et Dominique LAGASSE, *Domaine public, domaine privé*, Tiré à part du Répertoire notarial, Larcier, Bruxelles, 2008; Dominique LAGASSE, «La gestion active du domaine public», *A.P.T.*, 2003/1, p. 87; Pascal BOUCQUEY et Vincent OST, «La domanialité publique à l'épreuve des Partenariats public-privé», in: B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé: un défi pour le droit des services publics*, La Chartre, Bruxelles, 2005, p. 231.

⁹¹ Philippe FLAMME, «Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique: Un obstacle au financement privé des équipements collectifs», *J.T.*, 1991, p. 441.

⁹² «Pour autant qu'un droit privatif de superficie ne fasse pas obstacle à l'affectation précitée, il peut être établi sur un bien du domaine public.» (Cass. b., 18 mai 2007, *Rev. Not.*, 2007, p. 631, obs. D. LAGASSE).

⁹³ Pascal BOUCQUEY et Vincent OST, «La domanialité publique à l'épreuve des Partenariats public-privé», in: B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé: un défi pour le droit des services publics*, La Chartre, Bruxelles, 2005, p. 231, n° 53. Les auteurs se

réfèrent notamment à l'arrêt *Loos* du Conseil d'Etat belge, qui, ayant rappelé que «conformément à la loi du changement du service public, l'autorité doit pouvoir modifier sans obstacle et à tout moment les règles relatives à l'utilisation du domaine public», annula une convention parce qu'elle ne contenait pas de stipulations garantissant «d'une manière convenable» ce droit de modification (C.E. b., 9 janvier 1990, *Loos*, arrêt n° 33.732).

⁹⁴ Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 685.

⁹⁵ R.P.D.B., v° *Superficie*, Compl. T. VII, n° 97 et s.;

⁹⁶ Selon BOUCQUEY et OST, cette théorie qu'ils qualifient de «superficie-conséquence» permettrait la conclusion que «même sans le prévoir expressément, tout titre d'occupation privative du domaine public contient, comme accessoire, un droit de superficie au concessionnaire – à moins évidemment que ce titre n'ait expressément exclu cette hypothèse» (Pascal BOUCQUEY et Vincent OST, «La domanialité publique à l'épreuve des Partenariats public-privé», in: B. LOMBAERT

être constitué, un acte formel est donc désormais requis dans notre droit.

74. Il est également possible de constituer des servitudes à charge des biens du domaine public.

H. DELVAUX observe à ce propos que «*le domaine public est inaliénable et imprescriptible, mais il peut être grevé de servitudes compatibles avec la destination publique du bien*».⁹⁷

75. L'inaliénabilité de principe des biens du domaine public rend aussi plus difficiles les financements privés d'opérations sur le domaine public.

Il est en effet difficile pour le partenaire privé, mais aussi pour la société d'économie mixte s'il s'agit d'un PPP institutionnalisé, de fournir des garanties réelles à ceux qui financent l'opération.

Nous renvoyons à ce propos à une étude récente que nous avons consacrée aux partenariats public-privé en droit luxembourgeois.⁹⁸

b. Les difficultés dues à la nécessaire précarité des droits concédés

76. La nécessité d'aménager les conventions créant des droits sur le domaine public de telle manière à les rendre révocables entre évidemment en conflit direct avec l'objet de valorisation poursuivi.

Il est bien clair, en effet, que l'entrepreneur privé exigera une réduction de prix en échange des contraintes qui lui sont ainsi imposées.

(dir.), *Les partenariats public-privé: un défi pour le droit des services publics*, La Charte, Bruxelles, 2005, p. 231, n° 57).

⁹⁷ Henri DELVAUX, «Le domaine public et le domaine privé en droit luxembourgeois», *Revue juridique et politique: indépendance et coopération*, 1970, n° 4, p. 877 et 878

⁹⁸ Marc THEWES, «Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois», *J.T.L.*, 2009, p. 105, n° 61.

Pour les concessions domaniales, où la précarité est sous-entendue, la faculté de révoquer ou de modifier la concession ou le droit d'occupation a également un prix. Les pouvoirs publics risquent en effet de devoir indemniser l'occupant du dommage qu'il aura subi.

77. Le montant de l'indemnisation pourrait-il faire l'objet d'une fixation à l'avance par le biais d'une clause pénale? Il a été avancé que de telles clauses seraient nulles pour contrariété à l'ordre public.⁹⁹

c. Les difficultés en rapport avec l'affectation du bien

78. Pour les biens destinés à une utilisation collective, par le public ou par une catégorie d'usagers, les actes administratifs ou les conventions destinées à valoriser le domaine doivent de surcroît respecter les droits de la collectivité.

L'exemple le plus caractéristique en est évidemment la voirie publique, dont l'usage est en principe libre.

Ceci se justifie par le constat que le droit d'user du domaine public est un corollaire de la liberté publique d'aller et de venir.¹⁰⁰

«Le principe est qu'un citoyen a le droit, même en l'absence d'un texte l'y autorisant expressément, de tirer de chaque dépendance du domaine public l'utilisation correspondant à son affectation. Tous les individus ont donc, en principe, le droit

⁹⁹ «A notre sens, de telles clauses pénales comminatoires ayant pour effet, sinon pour but, de paralyser l'exercice du droit de révocation dans l'intérêt public devraient être écartées par le juge pour contrariété, si pas à l'article 1229 du Code civil, du moins à l'ordre public.» (Pascal BOUCQUEY et Vincent OST, «La domanialité publique à l'épreuve des Partenariats public-privé», in: B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé: un défi pour le droit des services publics*, La Charte, Bruxelles, 2005, p. 260, n° 38).

¹⁰⁰ Article 12 de la Constitution: «*La liberté individuelle est garantie*».

d'accès aux biens du domaine public affectés à l'usage de tous sans devoir obtenir une autorisation préalable».¹⁰¹

79. Seules les usages privatifs conformes, ou au moins compatibles, avec l'affectation du bien sont permises sur un bien dépendant du domaine public.

«*Si un bien constitue une dépendance du domaine public, il est destiné à l'usage de tous et nul ne peut acquérir un droit privé pouvant constituer un obstacle à cet usage et porter atteinte au droit de pouvoirs publics de le réglementer à tout moment, eu égard à cet usage*».¹⁰²

«*La finalité de la domanialité publique (...) c'est le maintien du service rendu par le bien (...), le maintien de l'affectation. Il ne faut pas que l'Administration puisse s'en priver ni en priver la collectivité actuelle ou future*».¹⁰³

B. La «solution» de la désaffectation

80. Face aux contraintes particulières du régime particulier des biens du domaine public, il peut être tentant de voir dans le déclassement et la désaffectation des biens du domaine public une solution aux difficultés évoquées.

81. Aucun texte ne précise la forme que doit prendre l'opération de désaffectation.

Pierre MAJERUS affirme même que «*le domaine ne peut être désaffecté qu'en vertu d'une loi*».¹⁰⁴

Un arrêt ancien de la Cour admettait qu'un bien pouvait subir une désaffectation tacite par un non-usage prolongé: «*Il est de principe que les terrains faisant partie de la voie publique deviennent prescriptibles du moment qu'ils cessent d'avoir cette destination, c'est-à-dire, lorsque, par des faits nombreux, persévérants et exclusifs de l'usage public, les habitants de la commune attestent une abstention complète de jouissance, tandis qu'un seul, profitant de ce non-usage prolongé s'en empare pour y poser des actes de possession publics, non interrompus et exclusifs de la jouissance de tous autres*».¹⁰⁵

On doit cependant se demander si cette jurisprudence a encore cours. En effet, la Cour de cassation a récemment cassé un jugement du tribunal d'arrondissement qui avait admis une désaffectation tacite d'un chemin communal intégré depuis 1960 «*par apposition de clôtures dans la globalité des terrains exploités*»¹⁰⁶ par une des parties.

La Cour de cassation sanctionna le jugement sur le fondement de la loi communale, qui dispose en son article 106 que «*sans préjudice d'autres dispositions légales spéciales sont soumises à l'approbation du ministre de l'Intérieur les délibérations des conseils communaux portant sur les objets suivants: (...) Le changement du mode de jouissance des biens communaux*».

Pour la Cour de cassation, «*en se déterminant, pour la constatation de la désaffectation du chemin communal, aux actes des époux (...) sans considérer s'il y a eu manifestation de volonté de désaffectation de la part des autorités*

¹⁰¹ M. PÀQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 143.

¹⁰² Cass. b., 18 mai 2007, *Rev. Not.*, 2007, p. 631, obs. D. LAGASSE.

¹⁰³ M. PÀQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 75.

¹⁰⁴ Pierre MAJERUS, *L'Etat luxembourgeois*, 6^e édition, Editpress, 1990, p. 306. Dans une note de bas de page MAJERUS observe cependant que «*d'après la jurisprudence luxembourgeoise,*

la désaffectation peut également résulter de la cession prolongée de l'usage» (*loc. cit.*).

¹⁰⁵ Cour Supérieure de Justice, 7 janvier 1916, *Pas. lux.*, t. 9, p. 457.

¹⁰⁶ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 14^e Ch., 25 avril 2006, n.p.

publiques conformément à la loi visée, les juges du fond ont violé cette loi par refus d'application.¹⁰⁷

82. Par ailleurs, la désaffectation pure et simple n'est souvent pas possible alors que l'utilité publique subsiste.

On peut alors envisager la réalisation d'une opération immobilière complexe aboutissant à une imbrication, sur une même parcelle cadastrale, de propriétés domaniales et de propriétés privées.

Du point de vue du droit domanial, la réalisation d'une opération de ce type nécessite un déclassement et une désaffectation «en volume» ou «en tréfonds».

«Le volume désaffecté bascule dans le domaine privé et peut être aliéné ou grevé de droits réels conformément au droit commun. De la sorte des assemblages complexes de propriétés publiques et privés peuvent être constitués».¹⁰⁸

La réalisation d'une telle opération est complexe. Il est notamment nécessaire de décrire avec précision les différentes parties de l'assemblage car celles-ci ne seront pas identifiées par des numéros cadastraux distincts.

C. Les contraintes en matière de gestion du domaine privé

83. Les pouvoirs publics restent soumis à des règles particulières même lorsqu'ils gèrent les biens du domaine privé.

Contrairement au particulier, par exemple, il est interdit – sauf si la loi spéciale l'y autorise¹⁰⁹ – au pouvoir public de faire des libéralités.

Les opérations patrimoniales avantageuses pour les opérateurs privées sont également scrutées par la Commission européenne, puisqu'elles sont susceptibles de constituer des aides d'Etat, interdites par le droit européen.

84. La gestion des biens du domaine privé n'est pas purement patrimoniale. Dans ce domaine, la recherche du gain financier n'est pas l'aspect primordial.

L'action publique doit toujours être guidée par la recherche du *bien public* et l'autorité qui agit doit toujours être en mesure de justifier ses choix.

On peut citer à ce sujet un jugement du tribunal administratif du 15 décembre 1997, qui rappelle que *«les pouvoirs conférés aux autorités administratives doivent être exercés par celles-ci en considération du seul intérêt général. En usant de leurs pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils leur ont été conférés, elles commettent un détournement de pouvoir susceptible d'être sanctionné par le juge administratif»*.¹¹⁰

Reste à savoir qui d'autre que l'Administration elle-même pourrait être juge de ce que commande l'intérêt général. Les juridictions sont en tout cas peu enclines à entrer dans ce débat. Dans son jugement du 15 décembre 1997, le tribunal administratif conclut en effet, juste après avoir énoncé le principe que l'action publique doit être dictée par

budgétaire qui autorise l'aide au développement d'autres Etats et qui met en place un cadre budgétaire permettant d'accorder des aides d'urgence en cas de catastrophe naturelle, par exemple.

¹⁰⁷ Cour de cassation, Civ., 1^{er} mars 2007, Arrêt n° 18/07, N° 2413 du registre, n.p.

¹⁰⁸ M. PÀQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 88.

¹⁰⁹ On songe aux lois qui attribuent un patrimoine aux entreprises privatisées mais aussi à la loi

¹¹⁰ Tribunal administratif, 15 décembre 1997, n° 10.282 du rôle. Il est malheureusement difficile de citer cette décision comme faisant autorité car en instance d'appel, la Cour administrative a considéré que l'affaire relevait des juridictions judiciaires (Cour administrative, 12 mars 1998, n° 10497C du rôle). Les développements généraux du jugement du 15 décembre 1997 nous semblent néanmoins garder droit de cité.

l'intérêt général, que ce n'est pas la rôle du juge de contrôler que tel est effectivement le cas: *«L'administration est seule juge de l'intérêt général, qui est une notion d'opportunité politique trouvant sa sanction au niveau politique, mais échappant en principe au contrôle du juge de l'annulation»*.¹¹¹

85. Rappelons aussi que les communes ne peuvent poser des actes que lorsque ceux-ci relèvent de l'intérêt communal¹¹², ou – par exception – dans les cas où la loi leur attribue la gestion de services qui, en soi, sont d'intérêt national.

D'après la loi qui les organise, les communes luxembourgeoises ne sont pas libres de contracter. L'article 173ter de la loi communale prévoit que *«sans préjudice de la législation sur les marchés publics les communes et les syndicats de communes peuvent conclure entre elles et avec des personnes morales de droit public et de droit privé et avec des particuliers des conventions en des matières d'intérêt communal. Ces conventions sont soumises à l'approbation du ministre de l'Intérieur, si leur valeur dépasse 100.000 euros. Cette somme pourra être relevée par règlement grand-ducal.»*¹¹³

Le respect de ces dispositions est surveillée par l'autorité de tutelle.

¹¹¹ Tribunal administratif, 15 décembre 1997, n° 10282 du rôle. En appel, la Cour administrative retint même que la question échappait complètement à la compétence du juge administratif au motif qu'il s'agissait *«d'un acte qui, même s'il a été posé par une autorité de droit public, soit le conseil communal, compétent pour disposer des droits immobiliers de la commune, est de nature purement civile, en ce qu'il documente le refus de la commune de s'engager conventionnellement sur une question de droit patrimonial relative à son domaine privé»* (Cour administrative, 12 mars 1998, n° 10497C du rôle).

¹¹² Article 107 de la Constitution; Marc THEWES, *«Le principe de subsidiarité en droit administratif luxembourgeois»*, in: R. ANDERSEN et D. DEOM (dir.), *Droit administratif et subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

¹¹³ Loi communale modifiée du 13 décembre 1988, article 173ter.

6

AUTRES DIFFICULTES JURIDIQUES

86. Quel que soit l'instrument juridique employé, la mise à disposition de biens dépendant du domaine privé nécessite la prise en compte de certaines difficultés juridiques, qui devront être réglées par une stipulation contractuelle expresse ou une disposition de l'acte unilatéral ou de la loi.

A. Le sort des constructions

87. Le sort des constructions érigées sur le domaine public devra être réglé à l'avance, en général, celles-ci sont rétrocédées à l'autorité concédante, après une juste indemnisation.

Mais cette indemnisation, afin d'éviter tout contentieux, devra avoir fait l'objet d'une clause au sein de la concession domaniale.

B. La limitation dans le temps

88. Une autre clause importante est celle de la durée, que ce soit sur son *quantum* mais aussi sur le renouvellement de la concession domaniale.

De manière classique, la fixation d'une période courte permet davantage de souplesse, et, sur le plan contentieux, elle prévient des estimations de manque à gagner/perte de profit futur invoqué par le concessionnaire qui s'étale sur plusieurs années.

La contrepartie est qu'une concession domaniale de courte durée ne va pas inciter les éventuels concessionnaires à valoriser le domaine public et investir dans un projet si le couperet semble proche.

La combinaison d'une précarité latente qui entoure la concession domaniale et la fixation d'une durée courte pourrait très certainement décourager de nombreux entrepreneurs.

Concernant le renouvellement, il convient de déterminer, pour les deux parties, la durée du préavis, la forme de la dénonciation du contrat et le caractère implicite ou explicite du renouvellement.

Au sujet de la dénonciation, l'autorité concédante prendra soin de se réserver une clause de résiliation unilatérale avec ou sans juste motif.

C. La fixation du prix

89. L'occupation du domaine public n'est normalement pas gratuite, mais elle donne lieu au paiement d'une redevance.

*«L'occupation privative des dépendances du domaine public n'est pas gratuite et donne lieu à la perception d'une redevance au profit de la collectivité».*¹¹⁴

La mise à disposition gratuite pourrait en effet être considérée comme procurant un avantage anormal au bénéficiaire de ce droit. Une telle situation s'exposerait à la critique au regard du principe d'égalité.

Si l'occupant exerçait une activité économique, la gratuité pourrait représenter une distorsion de la concurrence.

¹¹⁴ Jean-Marc PEYRICAL, Répertoire de droit immobilier, *Conventions d'occupation domaniale*, Dalloz, 2009.

90. Quant à la nature de cette redevance, un auteur relève qu'«il s'agit de redevances d'un type un peu particulier, qui ne correspondent pas vraiment à la contrepartie proportionnelle d'un service perçu. Elles doivent plutôt être considérées comme les fruits perçus par l'administration en contrepartie du droit, même temporaire, d'occuper son domaine. Dans ce cadre, les redevances en cause sont plus proches - sans pour autant pouvoir être confondues avec elles - des sommes versées au titre d'une location que du prix perçu en contrepartie d'une prestation».¹¹⁵

91. L'administration devra veiller tout particulièrement à soigner la clause qui aura un impact direct sur la valorisation du domaine public.

Dans l'intérêt d'une bonne gestion du domaine, la fixation du prix doit en effet être adéquate.

La méthode de calcul de la redevance exposée par Franck LAGARDE semble pertinente. L'auteur établit que «la détermination du montant de la redevance due par l'occupant privatif d'une dépendance domaniale doit se fonder sur deux éléments: un élément fixe, à savoir la valeur locative des lieux, et un élément variable, à savoir l'ensemble des avantages procurés par le bénéficiaire de la concession domaniale».¹¹⁶

On peut aussi évoquer ici une circulaire du gouvernement français qui recommande aux administrations de tenir compte, dans la fixation de la redevance, de la valeur immatérielle du bien concédé. En effet, y lit-on, «un grand nombre de lieux emblématiques ou singuliers appartenant au domaine immobilier de l'Etat disposent

d'une forte valeur immatérielle dont il convient de prendre la mesure».¹¹⁷

«Le calcul de la redevance devra tenir compte (...) des avantages en terme d'image, de notoriété, qui ont conduit l'occupant à retenir tel ou tel lieu et qui se sont avérés suffisamment substantiels pour motiver sa demande auprès de l'administration mais également des avantages de nature économique retirés par le bénéficiaire».¹¹⁸

92. Une clause de révision ou d'indexation de ce prix pourra également être insérée dans le contrat de concession domaniale. La formule ou les indices ne devront cependant pas aboutir à bouleverser l'économie générale du contrat.

D. La responsabilité envers les tiers

93. Il est certainement judicieux de régler dans l'instrument juridique de mise à disposition du bien, les questions touchant la responsabilité envers les tiers.

Le propriétaire du domaine pourrait en effet rester responsable envers les tiers des dommages subis par ceux-ci.

Il a donc tout intérêt de se réserver le moyen de pouvoir se retourner contre la personne à qui il a concédé le bien.

94. Les Cours et tribunaux luxembourgeois retiennent depuis un arrêt de principe rendu en 1984 que les pouvoirs publics ne peuvent pas se décharger de la garde sur les biens du domaine public:

¹¹⁵ Jean-Marc PEYRICAL, Répertoire de droit immobilier, *Conventions d'occupation domaniale*, Dalloz, 2009.

¹¹⁶ Franck LAGARDE, *Modalités de calcul de la redevance due par l'occupant privatif d'un équipement sportif public*, AJDA, 2005 p.1474.

¹¹⁷ Circulaire ministérielle du 23 mars 2009 (http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_1215.pdf)

¹¹⁸ Circulaire ministérielle du 23 mars 2009 (http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_1215.pdf)

*«L'Etat, en raison de sa mission d'intérêt général de veiller à la sécurité de la circulation sur les voies publiques, ne peut se décharger contractuellement sur un entrepreneur de la garde d'une route sur laquelle des travaux sont à exécuter, qu'il est responsable du préjudice causé par le fait d'une route ouverte à la circulation qui n'est pas suffisamment sûre».*¹¹⁹

Cette jurisprudence, qui initialement ne s'appliquait qu'aux voies ouvertes au public, a été progressivement étendue.

La jurisprudence décide désormais qu'il importe peu que la voirie soit ou non ouverte à la circulation.¹²⁰

Un arrêt de la Cour du 17 janvier 2001 en a fait application dans le contexte d'un accident survenu dans la cour d'un immeuble, en mettant cependant à nouveau l'accent sur le fait que celle-ci était restée ouverte au public: *«S'il est vrai que le chantier litigieux n'était pas établi sur la voie publique, toujours est-il qu'il avait été convenu entre la ville et [l'entreprise] que le chantier resterait ouvert au public».*¹²¹

95. Il paraît donc judicieux de prévoir dans la convention ou dans l'acte une clause expresse aux termes de laquelle le concessionnaire doit tenir le pouvoir concédant quitte et indemne du dommage causé à un tiers.

¹¹⁹ Cour d'appel, 24 octobre 1984, n° 6707 et 6826 du rôle.

¹²⁰ Georges RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, ed. 2000, n° 502.

¹²¹ Cour d'appel, 1^{re} Ch., 17 janvier 2001, n° 23213 du rôle, n.p.

7

PERSPECTIVES D'AVENIR

96. Le tour d'horizon que nous venons d'effectuer montre que la valorisation des biens du domaine se heurte fréquemment aux contraintes liées à l'affectation de ces biens au domaine public.

Les principes régissant la gestion des biens immobiliers de l'Etat et des communes apparaissent, à bien des égards, surannés.

97. L'absence d'une définition claire de ce qui relève du domaine public est un réel problème.

Il serait judicieux de suivre l'exemple du législateur français et de nous doter d'une loi sur les propriétés des personnes publiques.

Cela permettrait de supprimer un facteur d'insécurité juridique considérable.

98. Une nouvelle définition de la domanialité publique pourrait aussi être l'occasion d'en restreindre le champ à ce qui doit réellement être protégé.

On signalera à ce sujet qu'un aspect important de la réforme menée en France a été la désaffectation de certains biens qui étaient jusqu'alors considérés comme des dépendances du domaine public. Les immeubles de bureau propriétés de l'Etat sont en effet désormais considérés comme des biens du domaine privé, en tout cas s'ils n'ont pas fait l'objet d'aménagements particuliers.¹²² Il en a été de même pour les aéroports, ce qui a ouvert la voie à leur privatisation.

99. Le droit foncier s'avère également inadapté à la réalisation d'opérations immobilières de quelque complexité.

Comment, en effet, définir les différents corps d'une construction complexe enjambant la voie publique si celle-ci n'a pas de référence cadastrale et si de surcroît aucun texte de loi ne régit les volumes aériens ainsi créés.

L'imagination des juristes permet certes de surmonter ces difficultés, mais ne serait-il pas plus judicieux de leur fournir au moins un cadre juridique dans lequel ils pourront exercer leur art?

100. Notre pays pourrait également suivre l'exemple des pays voisins qui ont permis, sous des conditions très strictes, l'inscription de droits réels sur les biens du domaine public.¹²³

101. Enfin, une meilleure connaissance des bonnes pratiques pourrait, ici encore, constituer un avantage important.

A la lecture des quelques documents accessibles au public et sur la base de notre pratique professionnelle, on ne peut s'empêcher de penser que les pouvoirs publics évaluent les biens de leur domaine bien en dessous de leur valeur réelle.

Les «loyers» réclamés ici et là pour des droits de superficie paraissent en tout cas dérisoires par rapport à la valeur de marché du terrain.

¹²² Etienne FATOME, «Le statut des immeubles à usage de bureau des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004», *A.J.D.A.*, 2005, p. 584.

¹²³ Loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. Voir aussi à ce sujet la décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 DC du 21 juillet 1994.