



SOMMAIRE

- Les partenariats public - privé en droit luxembourgeois, par M. Thewes 105
- Les obligations de contrôle, de surveillance et de direction de l'architecte : questions pratiques, par M. Bena et N. Bernardy . . . 117
- I. Cassation en matière civile - Procédure devant la Cour de cassation - Exigences formelles ayant trait à la rédaction des moyens - II. Bail à loyer - Besoin personnel dans le chef d'une personne morale, bailleresse - III. Compétence - Répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives - Appréciation de la réalité du besoin personnel invoqué par une personne morale de droit public. (Cour de cassation, 5 février 2009) 123
- Droit des obligations - Obligation conditionnelle - Condition suspensive - Vente d'un immeuble sous la condition de l'obtention d'un prêt - Délai de réalisation non précisé - Validité de la vente tant qu'il n'est pas établi que la condition ne peut plus se réaliser - Absence de diligence du débiteur de l'obligation (irrelevant). (Cour de cassation, 26 mars 2009) 124
- I. Action en justice - Action portant sur un droit réel immobilier (bail emphytéotique) - Transcription de l'action au Bureau des hypothèques possible tant que dure l'instance (oui) - II. Droit des obligations - Obligations conventionnelles - Effets des conventions à l'égard des tiers - Action paulienne - Conditions de l'action au fond - Fraude du débiteur - Sanction - Inopposabilité (oui). (Cour d'appel, 7^e ch., 4 mars 2009) 124
- Péremption - Actes interruptifs du délai de péremption - Assignation en reprise d'instance, réassignation, rappel au rôle (oui) - Effets des actes interruptifs - Indivisibilité (oui). (Cour d'appel, 1^{re} ch., 4 mars 2009, note de T. Hoscheit) 126
- Contrat de travail - Licenciement - Lettre de licenciement - Emploi des langues. (Cour d'appel, 3^e ch., 5 mars 2009) 127
- Droit des obligations - Obligations conventionnelles - Conditions de validité des conventions - Cause - Contre-lettre destinée à éluder des dispositions légales d'ordre public (conditions d'attribution des primes au logement) - Contrariété à l'ordre public - Absence de cause réelle et sérieuse - Nullité de la contre-lettre. (Cour d'appel, 1^{re} ch., 11 mars 2009) . . . 128
- Responsabilité du banquier - Contrat de gestion assistée - Obligation de conseil spécifique - Obligation de moyens - Preuve à la charge de la banque - Exigence d'un lien de causalité avec le dommage allégué. (Cour d'appel, 4^e ch., 11 mars 2009, observations de E. Omes) 129
- I. Contentieux administratif - Recours en annulation - Étendue du contrôle du juge administratif - II. Aménagement du territoire - Plan d'occupation des sols - Exigence de précision. (Cour administrative, 19 février 2009, observations de P. Kinsch) 131
- Arbitrage - Clause compromissoire - Blocage de l'arbitrage par l'obstruction de l'une des parties. (Trib. arr. Lux., 6^e ch., 15 janvier 2009) . . . 134
- Chronique judiciaire : Élections - Thémis veut être comprise.

DOCTRINE

Les partenariats public - privé en droit luxembourgeois

AVEC LA PROMULGATION, le 29 mai 2009¹, d'une loi autorisant le gouvernement à réaliser le Campus scolaire de Mersch par le biais d'un partenariat public - privé (P.P.P.), le Grand-Duché de Luxembourg rejoint la liste des pays qui ont recours à ce type de montage juridique et financier pour la réalisation de projets publics d'envergure.

Si les responsables politiques semblent séduits, ce qui se traduit notamment par le fait que le projet de loi déposé au mois de février 2009 a été voté au mois de mai déjà, des voix critiques s'élèvent. Les milieux professionnels, notamment, se sont plaints d'avoir été exclus des négociations en raison de conditions de participation qu'ils jugent trop strictes². Sur le plan juridique, le Conseil d'État n'a pas caché sa profonde méfiance, estimant que « les arguments avancés (...) pour vanter les avantages des P.P.P. ne résistent pas (...) à l'analyse »³.

1. En structurant son premier P.P.P. en 2009, le Grand-Duché ne fait évidemment pas figure de précurseur.

Les origines de ces montages juridiques et financiers sont généralement retracés aux « Public Finance Initiatives » lancées au Royaume-Uni dès les années 1990 pour assurer le financement de certains services publics par le secteur privé, non sans rappeler que des mécanismes permettant d'associer des partenaires privés à la fourniture de services publics ont existé dans la plupart des pays longtemps avant l'invention de la formule du partenariat public - privé⁴.

Contrairement à d'autres États — la France notamment — qui ont légiféré, les autorités luxembourgeoises ont pris le parti de s'engager sur la voie du P.P.P. sans mettre en place un cadre juridique spécifique. La situation en droit belge est complexe, puisque la Flandre a adopté un décret sur les P.P.P. en 2003, tandis que la partie francophone du pays applique le droit commun⁵.

Les négociations en vue de la conclusion de ce P.P.P.⁶ qui viennent d'être ratifiées par la loi votée le 12 mai 2009 ont donc nécessité une mise en œuvre originale des instruments juridiques

(P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, Larquier, Bruxelles, 2005, n° 181).

(5) Pour une étude récente en droit belge et européen, voy. K. MÖRIG, *Les partenariats public - privé : Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Larquier, Bruxelles, 2009, 264 p.

(6) Le processus a été lancé par une délibération du Conseil de gouvernement du 6 juillet 2007, approuvée par la Chambre des députés par le vote, à l'unanimité, d'une motion en date du 12 juillet 2007. Les négociations menées avec une série de candidats qui avaient répondu à un appel d'offres lancé en 2007 ont abouti à la sélection de la meilleure offre en automne 2008. Le texte de loi, déposé au Parlement au début du mois de février 2009, fut adopté par la Chambre le 12 mai 2009 et promulgué le 29 mai 2009.

(1) Loi du 29 mai 2009 relative à la réalisation du Campus scolaire de Mersch pour le Neie Lycée et pour le Lycée technique pour professions éducatives et sociales par le biais d'un partenariat public - privé, *Mém. A*, 2009, p. 1760, *Doc. parl.*, n° 5991.

(2) Voy. par exemple le courrier adressé par l'Ordre des architectes et des ingénieurs-conseils au ministre des Travaux publics le 17 septembre 2007 pour dénoncer le fait que le recours au P.P.P. pénalise les architectes luxembourgeois au profit d'acteurs étrangers (http://www.oai.lu/documents_news/172/L-Wiseler-130907.pdf).

(3) Avis du Conseil d'État du 5 mai 2009, *Doc. parl.*, n° 5991¹, p. 2.

(4) Des auteurs ont d'ailleurs, avec une certaine dérision, qualifié le P.P.P. de « pseudo-découverte »

existants, ce qui ne manque pas de susciter certaines interrogations et difficultés, auxquelles nous nous efforcerons de répondre, non sans cependant chercher à définir en premier lieu la notion même de P.P.P.

1

La notion de partenariat public - privé

A. Définitions

2. 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'État ou de ses démembrements, d'une part, et des entreprises privées, d'autre part »⁷.

Un auteur belge expose quant à lui qu'« on entend généralement par P.P.P. 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 »⁸.

Pour un autre auteur belge, le P.P.P. 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 »⁹.

De fait, « par la variété de ses formes, le partenariat public - privé est polysémique et est 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 »¹⁰.

3. Si au Luxembourg — et d'ailleurs en droit européen — une définition légale fait défaut, le législateur français a en revanche défini la notion de contrat de partenariat depuis l'ordonnance du 17 juin 2004. Il s'agit, selon ce texte, d'« un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de

biens immatériels nécessaires au service public. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée »¹¹.

4. Alors même que la Commission européenne fait partie des plus ardents promoteurs du recours au partenariat public - privé, une véritable définition européenne fait actuellement défaut.

Dans le Livre vert sur les partenariats public - privé publié en avril 2004, la Commission européenne, ayant observé que « le terme partenariat public - privé (« P.P.P. ») n'est pas défini au niveau communautaire », optait pour une approche très large : « Ce terme se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service »¹².

Elle énumère cependant dans la suite immédiate de cette définition extrêmement vaste une série de caractéristiques qui permettent de différencier les P.P.P. d'opérations juridiques qui ne présentent pas l'originalité d'un tel partenariat.

B. Les éléments caractéristiques du P.P.P.

5. Au Luxembourg, comme dans les pays qui nous entourent, l'association de partenaires privés à la mise en place et à la fourniture de services privés n'est en soi rien de nouveau.

Les caractéristiques que l'on met en avant pour différencier le P.P.P. des formes de coopération plus simples sont davantage socio-économiques et financières que juridiques.

6. Pour délimiter plus clairement la notion de partenariat public - privé, la Commission propose donc 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 P.P.P. 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 parties en présence à évaluer, contrôler et gérer ceux-ci¹³.

Le Parlement européen a emboîté le pas à la Commission et adopté en 2006 une résolution dans laquelle il propose, non pas de « définir », mais de « décrire » le partenariat public - privé comme « une coopération à long terme, régie par contrat, entre autorités publiques et secteur privé visant à l'exécution de missions publiques, laquelle voit les ressources requises placées sous une gestion commune et les risques du projet adéquatement répartis en fonction des compétences de gestion des risques dont disposent les partenaires du projet »¹⁴.

Revenant sur le sujet dans sa récente communication du 5 février 2008, la Commission met plus particulièrement en avant comme élément caractéristique du P.P.P. « le rôle dévolu au partenaire privé qui participe aux différentes phases du projet en cause (conception, exécution et exploitation), supporte des risques traditionnellement pris en charge par le secteur public, et, qui contribue souvent au financement du projet »¹⁵.

7. La méthode rejoint celle d'un auteur belge, pour qui les « révélateurs » du P.P.P. seraient :

« — la longue durée de l'opération;

« — l'objectif commun, d'intérêt général;

« — la globalité du contrat, son objet ne se limitant généralement pas à la réalisation d'infrastructures (routes, logements, centres sportifs ou culturels, stations d'épuration) mais s'étendant à la gestion de services publics;

« — l'appel à la créativité, à l'innovation;

« — le coût supplémentaire du recours à la formule P.P.P. est compensé par l'expérience du privé, la qualité de ses prestations, l'accélération surtout de la réalisation du projet;

« — le rôle important de l'opérateur privé dans la conception comme dans l'exécution, le partenaire public assumant essentiellement la définition des besoins et objectifs et contrôlant leur respect;

« — le financement, au moins partiellement, par le privé et le partage, même de manière inégale, des risques, responsabilités et avantages »¹⁶.

(7) P. LIGNIÈRES, *Partenariats public - privé*, 2^e éd., Litec, Paris, 2005, n° 6.

(8) B. LOMBAERT, « Introduction générale », *Les partenariats public - privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, la Charte, Bruxelles, 2005, p. 5.

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

(10) K. MÖRIC, *Les partenariats public - privé : Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 13.

(11) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Texte modifié par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux partenariats.

(12) Livre vert sur les partenariats public - privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, Doc. COM(2004)327, n° 1.

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

(14) Résolution du Parlement européen sur les partenariats public - privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 2006/2043(INI).

(15) Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public - privé institutionnalisés (P.P.P.I.), Doc. C(2007)6661.

(16) P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, Larcier, Bruxelles, 2005, n° 196.

C. Typologie des P.P.P.

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

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

La Commission qualifie de P.P.P. de type purement contractuel « un partenariat qui se fonde uniquement sur des liens contractuels entre les différents acteurs »¹⁷, 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 »¹⁸.

10. 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 (P.P.P.I.) une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions »¹⁹.

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 existante²⁰.

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.

2

Les contraintes du droit des marchés publics et du droit des concessions

11. Le partenariat public - privé est parfois compris, par les non-initiés, comme une alternative à l'organisation d'une soumission classique régie par le droit des marchés publics.

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

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

(19) Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public - privé institutionnalisés (P.P.P.I.), Doc. C(2007)6661.

(20) Voy. 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, *J.T.D.E.*, 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.

En réalité, il ne peut évidemment pas être question d'une alternative : au contraire, la plupart des P.P.P. relèvent du droit des marchés publics et devront donc être conclus dans le respect des règles en la matière.

C'est ce que nous démontrerons dans un premier temps en rappelant ce que recouvrent les notions de marché public et de contrat de concession (A). Nous rappellerons ensuite rapidement les traits dominants des procédures applicables (B) avant de nous intéresser aux problèmes spécifiques que rencontre la pratique lorsqu'il s'agit d'appliquer ces règles à la négociation d'un P.P.P. (C).

A. Les notions

1. La notion de marché public

12. Notre droit définit les marchés publics 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 »²¹.

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.

a) Les pouvoirs adjudicateurs

13. Pour que le droit des marchés publics trouve application, il faut en premier lieu que le co-contractant public soit un pouvoir adjudicateur au sens de la loi et des directives.

L'identification des pouvoirs adjudicateurs est aisée en ce qui concerne l'État et les communes, mais peut s'avérer plus délicate en ce qui concerne d'autres organismes de droit public.

D'après les directives européennes, des entités juridiquement distinctes sont à considérer comme des pouvoirs adjudicateurs si, étant dotées de la personnalité juridique, elles se trouvent néanmoins dans un état de dépendance par rapport aux pouvoirs publics, au regard des modalités de leur financement²² et de leur gestion, et ont été créées pour satisfaire un besoin d'intérêt général autre que commercial et industriel²³.

Si ces conditions cumulatives sont réunies, on est en présence d'un pouvoir adjudicateur, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard au mode d'organisation, de droit public ou de droit privé, de l'entité²⁴.

(21) Article 3, 1, a, de la nouvelle loi sur les marchés publics votée le 5 mai 2009, mais non encore en vigueur (*cf.* Doc. parl. n° 5655¹⁰). Le libellé de cette disposition est emprunté à l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE.

(22) C.J.C.E., 3 octobre 2007, *Université de Cambridge*, aff. C-380/98.

(23) C.J.C.E., 15 janvier 1998, *Mannesmann*, aff. C-44/96.

(24) C.J.C.E., 15 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-214/00. Voy. aussi : Trib. adm., prés., 12 mai 2005, n° 19738. L'ordonnance retient que la société anonyme Luxairport est un pouvoir adjudicateur au re-

14. Les partenariats public - privé comprenant, par définition, un partenaire public, l'application du droit des marchés publics à ce type de contrat n'est pas à exclure au regard de cette première condition.

Si le partenariat prend une forme institutionnalisée, la question peut également se poser de savoir si la personne morale créée conjointement par les deux partenaires n'est pas, à son tour, à qualifier de pouvoir adjudicateur au sens de la loi et des directives.

b) Les opérateurs économiques

15. On est en présence d'un marché public si le contrat doit être conclu entre un pouvoir adjudicateur, au sens qui vient d'être défini, et un autre opérateur économique.

c) Le champ d'application matériel

16. La directive et la loi s'appliquent aux marchés de travaux, aux marchés de fournitures et aux marchés de services :

- les marchés publics de travaux sont définis comme des marchés ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur²⁵,
- les marchés publics de fournitures sont ceux qui ont pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits²⁶, et
- les marchés publics de services sont des marchés portant sur des prestations de services énumérées à l'annexe II de la directive²⁷.

17. Certains contrats importants ne relèvent pas du droit des marchés publics.

Parmi les exclusions spécifiques prévues par les directives et la loi, on peut citer les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location d'immeubles existants²⁸.

2. La notion de concession

a) Définition et caractéristiques

18. 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.

gard du fait que l'État en est l'actionnaire majoritaire, que son conseil d'administration est composé exclusivement de fonctionnaires et que sa mission — à savoir la gestion de l'aéroport de Luxembourg — est à qualifier de mission d'intérêt général.

(25) Directive 2004/18/CE, article 1^{er}, 2, b. Au sens de cette définition, un « ouvrage » est « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

(26) Directive 2004/18/CE, article 1^{er}, 2, c; nouvelle loi sur les marchés publics de 2009, article 3, 1, c.

(27) Directive 2004/18/CE, article 1^{er}, 2, d; nouvelle loi sur les marchés publics de 2009, article 3, 1, d.

(28) Directive 2004/18/CE, article 16, a; loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, article 26, e; Nouvelle loi sur les marchés publics de 2009, article 30, a. À noter toutefois que les contrats de services financiers qui accompagnent ces opérations sont soumis à la directive et à la loi.

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 »²⁹.

19. 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 »³⁰.

Le Conseil d'État luxembourgeois a fourni une définition du contrat de concession, mais c'était en 1872 : « Le terme concession s'applique au droit donné à un tiers d'ouvrir une entreprise à l'usage du public moyennant paiement. Les droits et devoirs réciproques qui naissent de cet usage public sont réglés entre l'État, représentant de l'intérêt général, et le concessionnaire, par des conventions qui portent ordinairement le nom de concession et de cahier des charges »³¹.

20. 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 paie 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 »³².

21. 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 »³³.

Cet élément figure dans la définition de J. Krier que nous avons citée plus haut (point 19). S. Marx explique lui aussi que « la concession entraîne un droit d'exploitation dans le chef du concessionnaire. Le droit d'exploitation s'exprime dans le fait que les aléas et risques relatifs à l'exploitation sont transférés au concessionnaire »³⁴.

C'est cet aspect que la Commission européenne met en avant lorsqu'elle propose de qualifier comme concession « les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confie à un tiers — que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers — la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation »³⁵.

L'élément de distinction décisif entre la concession et le marché public est donc le transfert du risque d'exploitation au concessionnaire³⁶.

22. 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 peu³⁷. 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 service³⁸.

Une participation financière du secteur public n'est pas complètement exclue, notamment lorsqu'il s'agit de garantir la fourniture du service à un prix considéré comme socialement acceptable, mais la qualification de concession requiert que la contribution financière de l'autorité publique n'anéantisse pas le risque financier du concessionnaire³⁹. « Dans le cadre d'un contrat de concession, le cocontractant du pouvoir public doit supporter un risque financier réel qui ne doit pas être couvert par l'administration »⁴⁰.

(34) S. MARX, « Marchés publics et concessions de service public », *Ann. dr. lux.*, vol. 15 (2005), p. 147, spécialement p. 179.

(35) Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000 (2000/C 121/02).

On observe qu'en droit interne la concession est plutôt un contrat, tandis que la définition qui propose la Commission vise également des actes unilatéraux.

(36) « Même si dans la plupart des cas l'origine de la ressource prélevée directement sur l'usager de l'ouvrage est un élément significatif, c'est la présence du risque d'exploitation, liée à l'investissement réalisé ou aux capitaux investis, qui reste déterminante, en particulier lorsqu'un prix est payé par l'autorité concédante » (communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000 (2000/C 121/02)).

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

(38) Hypothèse des *shadow toll* ou péages virtuels.

(39) Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000 (2000/C 121/02).

(40) S. MARX, « Marchés publics et concessions de service public », *Ann. dr. lux.*, vol. 15 (2005), p. 147, spécialement p. 174.

b) Distinction entre les concessions de travaux publics et les concessions de services

23. Les directives « marchés publics » font une distinction entre les concessions de travaux publics et les concessions de services.

La distinction entre ces deux notions n'est pas toujours aisée. Comme le relève un auteur, elle repose sur un faisceau d'indices, dont les principaux éléments sont :

— le caractère dominant ou accessoire des travaux, et

— la définition précise des travaux par opposition à la latitude laissée au concessionnaire de services sur l'exécution éventuelle de travaux⁴¹.

L'intérêt de cette distinction est loin d'être seulement académique. Au contraire, la juste qualification de l'opération est indispensable pour déterminer les règles procédurales applicables.

B. Les procédures

1. Les procédures de passation des marchés publics

24. L'article 6 de la loi sur les marchés publics énonce le principe que les pouvoirs adjudicateurs passent « en règle générale » leurs contrats de travaux, de fournitures et de services par la voie de procédures ouvertes, c'est-à-dire des « procédures dans lesquelles tout opérateur économique peut présenter une offre »⁴².

Le recours à des procédures restreintes, avec ou sans publication d'avis, et le recours à la procédure négociée ne sont permis que dans les cas prévus par la loi⁴³.

2. Les procédures de concession

a) Les concessions de travaux publics

25. La « concession de travaux publics » est définie par la directive et la loi comme « un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public 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 »⁴⁴.

Un tel contrat relève toujours du droit des marchés publics si la concession porte sur des travaux publics selon la définition qui vient d'être donnée.

Toutefois, les directives « marchés publics » soumettent ces conventions à des règles bien moins contraignantes que celles qui régissent les marchés publics, en permettant notamment

(29) M. HERBIET et A. L. DURVIAUX, *Droit public économique*, la Charte, Bruxelles, 2008, n° 57.

(30) J. KRIER, « La réalisation des objectifs de service public en matière de médias électroniques au Grand-Duché de Luxembourg », *Ann. dr. lux.*, vol. 4 (1994), p. 267.

(31) C.E., 22 mars 1872, *Pas. lux.*, t. 1, p. 201.

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

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

(41) S. MARX, *ibidem*, pp. 180 et 181.

(42) Article 3, 10, a, de la nouvelle loi sur les marchés publics votée le 5 mai 2009 mais non encore en vigueur. Par rapport à l'article 3, 11, de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, le changement est principalement terminologique, puisqu'on parle désormais de « procédures ouvertes » là où l'ancien texte visait les soumissions publiques.

(43) Article 6 de la nouvelle loi sur les marchés publics votée le 5 mai 2009 mais non encore en vigueur. L'article 6 de la loi du 30 juin 2003 énonçait, en substance, le même principe.

(44) Directive 2004/18/CE, article 1^{er}, 3; nouvelle loi sur les marchés publics de 2009, article 3, 3.

systématiquement le recours à des procédures négociées⁴⁵.

26. N'oublions pas de rappeler ici que si la passation initiale du contrat de concession est soumise à des procédures allégées, les directives soumettent cependant à certaines conditions les contrats que les concessionnaires passeront ultérieurement avec leurs propres fournisseurs et ceux qui exécuteront des travaux pour eux.

La loi et les directives prévoient en effet que les concessionnaires doivent faire connaître leur intention de conclure de tels contrats par la publication d'un avis⁴⁶.

Il est fait exception à cette exigence si le concessionnaire fait appel, pour l'exécution des travaux, à une « entreprise liée », définie comme :

- entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante,
- entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire, ou
- [entreprise] qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent⁴⁷.

La directive prescrit qu'une liste des entreprises remplissant ces conditions soit jointe à la candidature. Cette liste pourra toutefois être ultérieurement mise à jour.

(45) Si le choix de la procédure de sélection la plus appropriée est libre, on n'oubliera pas que l'article 58 de la directive 2004/18/CE prévoit que le pouvoir adjudicateur qui entend conclure une concession de travaux doit le faire savoir au moyen de la publication d'un avis dont la forme est prescrite par l'annexe VII C de la directive. L'article 59 de la directive prévoit par ailleurs que le délai de présentation des candidatures ne peut être inférieur à cinquante-deux jours. D'après l'article 48 de la nouvelle loi sur les marchés publics de 2009, votée le 5 mai 2009 mais non encore en vigueur, les dispositions d'exécution de cette disposition figureront dans un règlement d'exécution.

(46) Le seuil d'application de cette disposition est actuellement fixé à 5.150.000 EUR (règlement (CE) n° 1422/2007 de la Commission du 4 décembre 2007, voy. aussi la communication du ministère des Travaux publics du 14 décembre 2007, *Mém. A*, p. 1338).

Notons que des règles plus rigoureuses sont d'application si le concessionnaire est lui-même à qualifier de « pouvoir adjudicateur » au sens de la loi et des directives. Nous n'approfondissons pas cette hypothèse, qui paraît antinomique avec l'idée du partenariat public-privé.

(47) D'après l'article 75(1) de la nouvelle loi sur les marchés publics votée le 5 mai 2009, mais non encore en vigueur, on entend par « entreprise liée » : « toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ou dans le cas d'entités non soumises à cette directive, toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, au sens de l'article 56, § 1^{er}, b, ou qui peut exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice ou qui, comme l'entité adjudicatrice, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ».

Cette définition ne figure pas comme telle dans la directive. L'article 63 de la directive 2004/18/CE énonce que « l'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise : a) détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise; ou b) dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou c) peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise ».

Si les contrats avec les entreprises liées sont dispensés de l'obligation de publication d'un avis, le pouvoir adjudicateur peut cependant interdire au concessionnaire de recourir exclusivement aux services de telles entreprises. D'après l'article 60 de la directive 2004/18/CE, il peut imposer que le concessionnaire fasse appel à des entreprises tierces pour jusqu'à 30% de la valeur globale des travaux, ou inviter les candidats concessionnaires à prendre dans leur dossier des engagements sur le pourcentage des travaux qu'ils entendent confier à des entreprises tierces.

b) Les concessions de services

27. D'après la directive, la « concession de services » est « un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix »⁴⁸.

Si la directive définit ainsi la concession de services, c'est pour l'exclure aussitôt de son champ d'application⁴⁹.

28. La concession de services ne se déroule pas pour autant dans un vide juridique. La Cour européenne a en effet déterminé dans une série d'arrêts que les pouvoirs adjudicateurs doivent faire application des principes généraux du Traité CE — principes de transparence et de non-discrimination — lors de la sélection des concessionnaires.

La décision la plus célèbre sur cette question est l'arrêt *Telaustria*, dans lequel la Cour européenne a retenu que :

« Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit 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 »⁵⁰.

29. À la suite de cette jurisprudence, les pouvoirs publics se trouvent dans l'obligation de respecter, lorsqu'il s'agit de l'attribution d'une concession, un ensemble de principes généraux qui, dans les faits, se rapprochent très nettement de ceux qui s'appliquent à la passation d'un marché public.

Comme le remarque le professeur Diane Déom, « 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 »⁵¹.

L'assimilation n'est cependant pas totale. Dans son arrêt *Coname* du 21 juillet 2005, la Cour européenne a ainsi admis que l'obligation de transparence n'impliquait pas, pour l'autorité publique, l'obligation d'organiser un appel d'offres formel⁵².

30. L'absence de règles fermes entraîne une incertitude juridique préjudiciable. Ceci a été reconnu par la Commission européenne, qui a annoncé en 2005⁵³ une initiative communautaire dans ce domaine.

C. Les difficultés d'application du droit des marchés publics et des concessions aux P.P.P.

1. La juste qualification d'un P.P.P. au regard du droit des marchés publics et des concessions

31. La présentation des procédures étant faite, il reste à aborder la question la plus délicate, qui consiste à exprimer une opinion sur la procédure qui doit être suivie lors de la passation d'un P.P.P.

Une erreur commise à ce niveau pourrait avoir pour conséquence l'arrêt de la procédure, voire l'invalidation du contrat déjà conclu⁵⁴.

(51) D. DÉOM, « 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 Charte, Bruxelles, 2005, p. 228.

(52) « Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si l'attribution de la concession par le Comune di Cingia de' Botti à Padania répond à des exigences de transparence qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont, notamment, de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un État membre autre que celui de la République italienne puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession » (C.J.C.E., 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, aff. C-231/03).

(53) Communication (...) concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, Doc. COM(2005)569.

Selon l'appréciation de la Commission, « une telle législation sur les concessions se traduirait notamment par un bond qualitatif dans le niveau de protection des soumissionnaires dans la plupart des États membres, étant donné que les concessions — une fois qu'elles seraient couvertes par la législation communautaire secondaire — relèveraient du champ d'application des directives communautaires relatives aux recours nationaux en matière de passation des marchés publics, qui offrent des recours beaucoup plus efficaces et adaptés que les principes fondamentaux de protection juridictionnelle posés par la Cour européenne de justice ».

(54) Dans notre droit actuel, aucune disposition ne permet au juge de prononcer l'invalidation d'un contrat conclu en violation d'une disposition du droit des marchés publics. Cette situation est cependant appelée à changer lors de la transposition de la nouvelle directive « recours » du 11 décembre 2007 (directive 2007/66/CE). En effet, cette directive dispose que les États membres doivent prévoir une procédure qui permette de faire déclarer un marché « sans effets » dans les cas énumérés à l'article 2quinquies. La transposition de ce texte doit intervenir jusqu'au 20 décembre 2009.

(48) Directive 2004/18/CE, article 1^{er}, 4; nouvelle loi sur les marchés publics de 2009, article 3, 4.

(49) Directive 2004/18/CE, article 17; nouvelle loi sur les marchés publics de 2009, article 31.

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

32. Les P.P.P. se singularisent par la complexité de l'opération qu'il s'agit de réaliser et son caractère global :

— Le partenaire privé n'est pas simplement chargé de la réalisation d'un ouvrage préalablement conçu par le pouvoir adjudicateur, comme le serait l'adjudicataire d'un marché public. Il est associé à la phase de conception, voire chargé de la conception avec la contrainte que l'ouvrage qu'il réalisera doit être conforme à la description qui en aura été faite dans le contrat.

— Au lieu de se terminer au moment de l'achèvement de la construction, le contrat de partenariat s'inscrit dans la durée, le partenaire privé restant — selon la nature et l'objet du contrat — chargé de la gestion ou de l'exploitation de l'ouvrage jusqu'au terme du contrat.

— Le financement de l'opération repose également dans une large mesure sur le partenaire privé, que ce soit durant la phase de construction ou durant la phase d'exploitation.

Cette complexité accrue ne permet cependant pas, en tant que telle, de soustraire les P.P.P. au droit des marchés publics.

33. L'observation de la pratique montre que la majorité des P.P.P. concernent la réalisation de travaux, puisqu'il s'agit le plus souvent de la construction de grands ouvrages (infrastructures de transports, bâtiments scolaires ou hospitaliers, stations de traitement des eaux usées, etc.).

Ils sont donc susceptibles de recevoir la qualification de marchés publics de travaux ou de concessions de travaux, le critère de distinction étant — on l'a vu — l'attribution des risques au concessionnaire.

« Pour la Commission, l'on est en présence de marchés publics de travaux au sens du droit communautaire dès lors que le coût de l'ouvrage est supporté pour l'essentiel par le pouvoir adjudicateur et que le contractant ne se rémunère pas par le biais de droits perçus directement auprès des usagers de l'ouvrage »⁵⁵.

La Cour européenne a emboîté le pas à la Commission⁵⁶.

La qualification de concession doit être écartée, par exemple :

— si les pouvoirs publics assurent le remboursement des financements⁵⁷;

(55) Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000 (2000/C 121/03).

(56) C.J.C.E., 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, point 40; C.J.C.E., 18 juillet 2007, aff. C-382/05, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, point 34.

(57) « Si les pouvoirs publics prennent à leur charge les aléas liés à la gestion de l'ouvrage, en assurant par exemple le remboursement des financements, l'élément du risque fait défaut. Dans ce cas-là, la Commission est d'avis qu'il s'agit d'un marché public de travaux et non pas d'une concession » (communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000 (2000/C 121/04)). On lit à la note n° 10 de ce document que la Commission a retenu la qualification de marché public dans « des cas où un consortium composé d'entrepreneurs et de banques s'engageait à réaliser un ouvrage destiné à satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur, en échange du remboursement par le pouvoir adjudicateur du prêt contracté par les entrepreneurs auprès des banques, accompagné d'un bénéfice pour les partenaires privés. La Commission a analysé cette situation comme un cas de marchés publics car le consortium ne se livrait à aucune exploitation, et ne supportait dès lors aucun risque lié à celle-ci ».

— si l'exploitant privé dispose d'une garantie que les pouvoirs publics couvriront ses pertes⁵⁸.

Une prise en charge partielle du prix par l'État est en revanche admissible, pour autant que le risque inhérent à l'exploitation ne soit pas éliminé⁵⁹. Cette mesure permettra par exemple que le prix diminue pour l'utilisateur.

34. Dans le cas d'une infrastructure destinée à être utilisée par le public en contrepartie du paiement d'une redevance, on parlera d'un contrat de concession si le « risque de la demande » est assumé par le partenaire privé.

S'il s'agit d'une infrastructure pour laquelle la perception d'une redevance n'est pas concevable ou usuelle (écoles, hôpitaux, prisons, etc.), la qualification de concession implique que le partenaire privé assume le « risque de disponibilité ». Le contrat devra alors énoncer des critères de performance précis dont dépendra le montant de la rémunération du partenaire privé.

35. La délimitation de ce qui relève du champ d'application des directives 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 co-contractant un ouvrage répondant aux caractéristiques précisées par le pouvoir adjudicateur »⁶⁰.

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 »⁶¹.

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 com-

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

À 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}, 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 »⁶².

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.

C'est à cette même analyse que doit se prêter le pouvoir adjudicateur. Dans le cas particulier d'un P.P.P., cette évaluation se heurte cependant à la difficulté que le contenu de la convention n'est, par définition, pas encore connu au moment où la procédure est lancée.

2. Les contraintes procédurales du droit des marchés publics

36. Du fait de leur complexité, que nous avons déjà évoquée (point 35), les P.P.P. ne se prêtent que difficilement à l'organisation d'une procédure d'adjudication classique par soumission publique.

Dans la mesure où le recours au P.P.P. se justifie par le défaut de maîtrise des pouvoirs publics dans le domaine concerné, l'élaboration de critères de sélection s'avère délicate.

La conclusion d'un P.P.P. a lieu au terme de négociations complexes qui s'accommodent mal des procédures classiques en matière de marchés publics.

« Dans la pratique, les P.P.P. concernant la réalisation de grands projets d'infrastructure sont le plus souvent attribués au travers de la procédure négociée prévue par la directive. Celle-ci offre en effet la plus grande flexibilité en permettant d'inviter comme soumissionnaires quelques grands groupes de bâtiments travaux publics associés à des entreprises spécialisées

(58) La Commission qualifie de marché public « un cas où, en dépit d'une apparence d'exploitation par le partenaire privé effectuant les travaux, celui-ci bénéficiait en réalité d'une garantie de la puissance publique d'être indemnisé dans des conditions telles que celle-ci assumait en fait les risques liés à l'exploitation » (*ibidem*, note n° 10).

(59) « En précisant que le droit d'exploiter l'ouvrage peut être assorti d'un prix, la directive travaux indique que la rémunération du concessionnaire doit provenir de l'exploitation » (*ibidem*).

(60) D. DÉOM, « 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.

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

(62) C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a., c. commune de Roanne en présence de la Société d'équipement du département de la Loire (S.E.D.L.)*, aff. C-220/05, considérant n° 46.

selon le type de projet concerné et de restreindre ensuite la phase finale de négociation à certains d'entre eux (généralement entre un et quatre) afin de leur permettre de remettre une offre finale (BAFO, pour "best and final offer")⁶³.

C'est également pour une procédure de marché négocié avec publication préalable que le gouvernement luxembourgeois a opté pour la réalisation du P.P.P. de conception, réalisation, financement et exploitation du Campus scolaire de Mersch.

37. La Commission européenne n'approuve pas, loin s'en faut, le choix de cette procédure.

Elle a, à l'occasion des communications qu'elle a faites au sujet des P.P.P., rappelé à plusieurs reprises que le recours à la procédure négociée n'était admis que dans des circonstances exceptionnelles⁶⁴.

La procédure que la Commission européenne considère comme la plus appropriée est celle du « dialogue compétitif », prévue par la directive 2004/18/CE.

Il s'agit, d'après la directive, d'une « procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer⁶⁵ et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre »⁶⁶.

La nouvelle loi sur les marchés publics qui doit organiser cette procédure en droit luxembourgeois a été votée le 5 mai 2009, mais elle n'a pas encore été publiée, sans doute parce que les règlements d'exécution n'ont pas encore été finalisés⁶⁷.

De toute manière, la procédure du dialogue compétitif reste malgré tout soumise à des contraintes qui font — quoi qu'en dise la Commission — qu'elle n'est pas non plus parfaitement adaptée au cas d'un P.P.P.

D'une part, en effet, le recours à la procédure du dialogue compétitif n'est admis que « lorsqu'un marché est particulièrement complexe »⁶⁸ et que le pouvoir adjudicateur « estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché »⁶⁹. L'exigence qu'il doive s'agir d'une procédure présentant une complexité particulière restreint évidemment considérablement le champ d'application de la procédure. Le trente et unième considérant de la directive parle à ce propos de projets où les pouvoirs adjudicateurs sont « dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'offrir ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou de solutions financières/juridiques »⁷⁰, ce qui place évidemment la barre très haut. On notera cependant que la Commission admet que l'appréciation de l'impossibilité peut tenir compte des capacités du pouvoir adjudicateur concerné⁷¹.

D'autre part, et peut-être surtout, la procédure du dialogue compétitif aboutit toujours à figer les offres, une fois terminée la phase du dialogue compétitif. Or, « l'impossibilité d'adapter certaines modalités du P.P.P. (comme le partage des risques ou les indemnités dues en cas de déchéance) pourrait empêcher les candidats présélectionnés de remettre leurs offres, notamment lorsque ces modalités sont essentielles au bouclage du financement du projet »⁷².

Eu égard aux contraintes du droit des marchés publics, il y a donc un risque réel de voir la procédure annulée.

3. La situation paradoxale des concessions en droit luxembourgeois

38. On vient de voir que le contrat de concession apparaît, dans bien des circonstances, comme le modèle le plus approprié pour la réalisation d'un partenariat public - privé.

Le recours à ce type de contrat est cependant compliqué au Luxembourg par le fait qu'il n'existe dans notre pays aucune législation-cadre qui soit appelée à le régir. Tout comme en Belgique, « ce type de contrat n'est [...] régi par aucune législation générale. Le cadre qui lui est propre est déterminé par une jurisprudence plus que clairsemée et par une doctrine fortement inspirée du droit français »⁷³.

39. En l'absence de toute législation-cadre et à défaut de décisions jurisprudentielles en nombre suffisant pour que puisse se développer une doctrine locale, le recours à la forme du contrat de concession est donc un facteur d'insécurité juridique.

(63) P.-E. NOËL, « Le partenariat public - privé et le financement de projets d'infrastructures dans l'Union européenne », *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Larquier, Bruxelles, 2004, p. 890.

(64) « La Commission souhaite rappeler que la dérogation prévue à l'article 7, § 2, de la Directive 93/37/CEE, qui prévoit le recours à la procédure négociée lorsque le marché porte " sur des travaux dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix ", a un champ d'application limitée. Cette dérogation vise uniquement les situations exceptionnelles dans lesquelles des incertitudes pèsent a priori sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer, mais ne vise pas les situations dans lesquelles les incertitudes résultent d'autres causes, telle la difficulté de fixer préalablement le prix en raison de la complexité du montage juridique et financier mis en place » (Livre vert sur les partenariats public - privé (...), Doc. COM(2004)327, n° 24).

(65) Le quarantième considérant de la directive 2004/18/CE indique que le pouvoir adjudicateur peut être amené à limiter le nombre de participants, mais à condition que cette réduction du nombre de candidats soit opérée sur la base de critères objectifs indiqués dans l'avis de marché. Par ailleurs, le quarante et unième considérant indique que le pouvoir adjudicateur peut également prévoir plusieurs phases de négociation avec une réduction progressive des participants, là encore sur la base de critères préalablement déterminés. Toutefois, une concurrence effective doit toujours subsister.

(66) Directive 2004/18/CE, article 1^{er}, 10, c; nouvelle loi sur les marchés publics de 2009, article 3, 10, e. Voy. aussi, à ce propos, la « Fiche explicative sur le dialogue compétitif » de la Commission européenne du 5 octobre 2005, Document CC/2005/04/CE.

(67) *Projet de loi sur les marchés publics*, Doc. parl., n° 5655.

(68) Directive 2004/18/CE, article 24, 1; nouvelle loi sur les marchés publics de 2009, Articles 41 et 3, 10, e.

(69) *Ibidem*.

(70) Directive 2004/18/CE, 31^e considérant.

(71) Fiche explicative sur le dialogue compétitif de la Commission européenne du 5 octobre 2005, Document CC/2005/04/CE, p. 2.

(72) P.-E. NOËL, « Le partenariat public - privé (P.P.P.), technique de réalisation et de financement des équipements publics », *J.T.*, 2005, p. 372.

(73) D. DÉOM, « 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 Charte, Bruxelles, 2005, p. 204.

Cette situation ne connaîtra sans doute une évolution que lorsque la Commission européenne aura mis en exécution son intention, annoncée en 2005, de prendre une initiative législative sur les concessions, initiative qui n'a cependant pas encore abouti⁷⁴.

4. Le risque de devoir multiplier les mises en concurrence

40. On a vu que les principes du droit européen imposent, en toutes circonstances, à l'autorité publique qui souhaite conclure un partenariat avec une entreprise privée, d'observer une procédure qui assurera le respect des principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement.

Le plus souvent, le respect des règles du droit des marchés publics sera requis, ne fût-ce que par précaution.

41. Parfois, plusieurs mises en concurrence successives seront nécessaires à propos d'un seul partenariat.

Ce sera le cas, par exemple, si l'autorité publique décide de faire appel à un conseiller externe qui l'assistera et la conseillera au cours de la phase de préparation et pendant les négociations. Les contrats que les pouvoirs publics concluent avec les conseillers externes qui les assistent au cours de l'élaboration du projet sont, par nature, des marchés publics de services.

Il peut aussi arriver qu'un projet qui a déjà fait l'objet d'une première procédure de publicité connaisse une évolution qui rend nécessaire une deuxième mise en concurrence. La mise en concurrence ne doit en effet pas seulement être formelle. Elle doit être effective et s'il surgit un doute à ce propos, il est probablement plus sûr de recommencer.

De telles mises en concurrence répétées sont problématiques, pas seulement à cause de la perte de temps et d'argent qu'elles occasionnent. Si le partenaire privé précédemment sélectionné y participe, des doutes seront inévitablement exprimés quant à l'objectivité de la procédure et quant à l'égalité de traitement des participants.

42. C'est en particulier lors de la constitution d'un P.P.P. institutionnalisé que pointe le risque de devoir procéder à deux mises en concurrence successives : la première lorsqu'il s'agit de sélectionner le partenaire privé avec qui la société sera sélectionnée, puis un deuxième pour attribuer le marché ou la concession à cette société.

Ce serait évidemment une aberration.

Depuis la décision *Teckal* de la Cour européenne, et encore plus depuis l'arrêt *Stadt Halle*, on sait que les hypothèses dans lesquelles un pouvoir adjudicateur peut invoquer l'exception *in house* pour attribuer un marché à une entité qu'il a contribué à créer sans appel à concurrence sont très restreintes.

Dans sa communication du 5 février 2008, la Commission reconnaît « qu'une double procédure (la première pour la sélection du partenaire privé du P.P.P.I., et la seconde pour l'attribu-

(74) Communication (...) concernant les partenariats public - privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, Doc. COM(2005)569 final.

tion du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte) est difficilement praticable »⁷⁵.

La solution que la Commission préconise est d'opérer dans une seule procédure transparente et concurrentielle la sélection du partenaire privé avec lequel l'entité à capital mixte sera constituée et l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité⁷⁶. La procédure à suivre sera alors déterminée par la qualification à donner au contrat qui doit être conclu.

Pour la Commission, le pouvoir public qui se propose d'entrer dans un P.P.P. institutionnalisé doit annoncer les critères selon lesquels il sélectionnera le partenaire privé et ces critères devront être conformes au principe de non-discrimination⁷⁷.

En outre, l'obligation de transparence requiert, selon la Commission, « que l'entité adjudicatrice inclut dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges de l'information fondamentale sur les documents suivants : le marché public ou la concession qui doit être attribué à l'entité à capital mixte à créer, ainsi que les statuts de cette entité, le pacte d'actionnaires et tous les autres éléments régissant, d'un côté, la relation contractuelle entre l'entité adjudicatrice et le partenaire privé, et, de l'autre, la relation entre l'entité adjudicatrice et l'entité à capital mixte devant être créée »⁷⁸.

43. Une nouvelle mise en concurrence risque d'être nécessaire si le contrat nécessite des adaptations ou s'il doit faire l'objet d'une prolongation.

La Commission admet que le dossier d'appel d'offres peut prévoir la possibilité de renouveler⁷⁹ le contrat ou de le modifier en cours d'exécution⁸⁰, mais elle exige que l'infor-

mation à ce propos soit parfaitement transparente et que tous les participants se trouvent ainsi sur un strict pied d'égalité.

S'il est nécessaire de modifier le contrat au-delà de ce qui avait été initialement prévu, une nouvelle mise en concurrence sera nécessaire.

Il en va de même s'il s'agit d'attribuer au partenaire privé ou à l'entité mixte des missions qui n'étaient pas visées dans la procédure initiale⁸¹.

La Commission souligne que le partenaire privé ou l'entité mixte peut évidemment participer à cette nouvelle mise en concurrence. Elle insiste cependant sur la nécessité que soit préservée l'égalité des candidats : « l'entité adjudicatrice doit prêter une attention particulière à l'obligation de transparence et à l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. Des mesures de sauvegarde spécifiques doivent être prises pour garantir une séparation stricte des personnes qui préparent l'appel d'offres et décident de l'attribution de la mission au sein de l'entité adjudicatrice, d'une part, et celles qui assurent la gestion du P.P.P.I., d'autre part, et pour empêcher toute transmission d'informations confidentielles de l'entité adjudicatrice à l'entité à capital mixte »⁸².

44. Pour être complet, on ne perdra pas de vue qu'en cas de recours à la forme d'un P.P.P. institutionnalisé, la structure mixte mise en place pourrait être, à son tour, astreinte au respect du droit des marchés publics si elle répond à la définition d'un pouvoir adjudicateur que nous avons rappelée plus haut (point 13).

3

Le partenariat public - privé au regard du droit public luxembourgeois

45. Les partenariats public - privé ont suscité un certain intérêt au Luxembourg, mais on constate que — contrairement à d'autres pays comme le Royaume-Uni, l'Espagne ou encore la France — il n'y a eu, jusqu'à cette année, aucune application pratique.

aux marchés publics et aux concessions n'empêchent pas de tenir compte de ces évolutions, pour autant que les principes de l'égalité de traitement et de la transparence soient respectés. Ainsi, au cas où le pouvoir adjudicateur souhaiterait, pour des motifs précis, que certaines conditions de l'adjudication puissent être ajustées après le choix de l'adjudicataire, il est tenu de prévoir expressément cette possibilité d'adaptation, de même que ses modalités d'application, dans l'avis de marché ou les cahiers des charges et de tracer le cadre dans lequel la procédure doit se dérouler, de sorte que toutes les entreprises intéressées à participer au marché en aient connaissance dès le départ et se trouvent ainsi sur un pied d'égalité au moment de formuler leur offre » (*ibidem*, p. 9).

(81) « Les règles applicables aux marchés publics et aux concessions, qu'elles découlent du Traité CE ou des directives relatives aux marchés publics, doivent être respectées lors de l'attribution aux entités à capital mixte de marchés publics ou de concessions, autres que ceux qui ont été mis en concurrence dans le cadre de la procédure qui a précédé la création du P.P.P.I. en cause » (*ibidem*, p. 8).

(82) *Ibidem*, p. 10.

Les praticiens et les juges n'ont dès lors encore guère eu l'occasion de s'intéresser à la compatibilité de ce nouveau mécanisme avec les règles traditionnelles de notre droit public constitutionnel et administratif⁸³.

On s'intéressera d'abord au problème de la justification du recours à la formule du P.P.P. (A). Ensuite, nous nous poserons les questions de savoir si les pouvoirs publics sont, en droit luxembourgeois, libres de contracter (B) et libres de s'associer (C). Enfin, nous aborderons le délicat problème de la gestion des biens publics (D).

A. La justification du recours au partenariat public - privé

46. Lorsqu'un pouvoir public, qui a la possibilité de fournir lui-même un service public en régie directe, choisit de l'organiser en association avec un partenaire privé, voire même de le déléguer complètement, la question se pose si ce choix doit être spécialement justifié⁸⁴.

Le législateur français estime qu'une telle explication est nécessaire : l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004⁸⁵ exige que le contrat de partenariat fasse l'objet d'une évaluation préalable qui doit comporter « une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable »⁸⁶.

À la suite de cette analyse, le recours au partenariat n'est permis que s'il est confirmé :

« 1^o que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet,

» 2^o ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible,

» 3^o ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage »⁸⁷.

(83) Sur cette thématique, nous citerons fréquemment D. 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 Charte, Bruxelles, 2005, pp. 191 et s.

(84) À dire vrai, la question inverse se pose aussi, lorsqu'une personne publique envahit un domaine d'activité où le secteur privé est déjà actif, mais d'une manière qui ne donne pas satisfaction à l'autorité publique.

(85) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, telle que modifiée par la loi du 28 juillet 2008.

(86) *Ibidem*, article 2, § 1^{er}.

(87) *Ibidem*, article 2, § 2.

(75) Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public - privé institutionnalisés (P.P.P.I.) du 5 février 2008, Doc. C(2007)6661, p. 4.

(76) *Ibidem*, p. 5.

(77) « Selon la Commission, le droit communautaire oblige l'entité adjudicatrice à publier les critères de sélection et d'attribution pour l'identification du partenaire privé du P.P.P.I. Les critères appliqués doivent respecter le principe de non-discrimination. Cette obligation s'applique aux marchés publics entièrement soumis aux directives relatives aux marchés publics et aussi, selon la Commission, aux autres marchés publics et concessions » (*ibidem*, p. 7).

(78) *Ibidem*, p. 8.

Il est précisé dans la suite de la communication que « si l'entité adjudicatrice applique le dialogue compétitif ou la procédure négociée, il se peut qu'une partie de cette information ne doive pas être fixée d'avance. Ces éléments peuvent être identifiés au cours du dialogue ou de la négociation avec les entreprises candidates. L'appel à concurrence devrait inclure quelques informations sur la durée prévue du marché public à exécuter ou de la concession à exploiter par l'entité à capital mixte ».

(79) La Commission indique à ce propos que « le principe de transparence impose d'indiquer clairement dans le dossier d'appel d'offres les possibilités de renouvellement ou de modification du marché public ou de la concession attribué à l'entité à capital mixte et d'indiquer des possibilités d'attribution de nouvelles tâches. Le dossier d'appel d'offres devrait indiquer au moins le nombre et les conditions d'application de ces options. L'information ainsi fournie doit être suffisamment détaillée pour assurer une mise en concurrence équitable et efficace » (*ibidem*, p. 8).

(80) « Le P.P.P.I. étant habituellement créé pour la prestation d'un service sur une période assez longue, il doit être en mesure de s'adapter à certains changements intervenus dans l'environnement économique, juridique ou technique. Les dispositions communautaires relatives

Il s'agit là de critères qui lient les pouvoirs publics. L'exigence est donc double : d'une part, il existe une exigence formelle de procéder à une évaluation critique et, d'autre part, le recours au P.P.P. n'est possible que s'il s'avère avantageux au regard des critères énoncés.

47. Il n'y a pas de texte comparable dans notre arsenal juridique. Cela ne veut pas dire que le recours à cette forme de coopération est totalement libre. L'action publique doit en effet 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 »⁸⁸.

Dans son avis sur le projet de P.P.P. « Campus scolaire de Mersch » du 5 mai 2009, le Conseil d'État a justement déploré que le choix de réaliser ce projet sous la forme d'un partenariat public - privé n'ait pas fait l'objet d'une évaluation préalable. « Le Conseil d'État aurait préféré que les auteurs du projet, plutôt que d'énumérer les seuls avantages des P.P.P., aient procédé à une analyse circonstanciée des points forts et des éventuelles faiblesses inhérents à ce nouvel instrument de financement des infrastructures publiques. Il aurait en outre souhaité disposer d'une étude comparative — fût-elle sommaire — des avantages et inconvénients des différents instruments de financement mentionnés ci-dessus. Dans les conditions données, il insiste dès lors qu'en temps opportun les instances gouvernementales évaluent de façon approfondie les leçons à tirer de l'expérience-pilote qu'ils s'approprient à lancer avec le projet sous examen »⁸⁹.

Le Conseil d'État estime qu'il faudrait procéder d'urgence à « la définition des situations, nécessairement limitées et particulières, dans lesquelles l'État acceptera d'abandonner les garanties que lui donnent les procédures normales mises en place pour protéger ses intérêts vitaux » au profit d'un partenariat public - privé⁹⁰.

En ce qui concerne l'intérêt purement financier du recours à un P.P.P., A. Steichen exprime l'opinion que l'appréciation devrait tenir compte de deux phénomènes qui vont en sens opposé : « D'une part, les économies réalisées

dans le cadre d'un partenariat sont d'autant plus fortes que le service public était mal géré. D'autre part, le recours à une solution privée présente un coût additionnel, celui du financement intermédiaire, réalisé par un opérateur privé. Par convention, le coût des fonds publics est égal au coût des emprunts publics. Or, la prime de risque demandée par les prêteurs — banques ou marchés de capitaux — à une entreprise est plus élevée que celle appliquée à un emprunt public émis par un État solvable. Par rapport au taux des emprunts publics, le surcoût du financement privé se situe dans une fourchette de 0,5% à 2%, en fonction du secteur d'activité et de l'entreprise concernés. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où les gains de fonctionnement du service excèdent le coût financier additionnel que le partenariat « public - privé » se justifie d'un point de vue de réduction des coûts »⁹¹.

48. Parmi les justifications qui sont avancées, on entend souvent l'explication que le recours au P.P.P. permet à l'État de faire appel à l'expérience plus grande du secteur privé dans un domaine donné, ou encore celle que le P.P.P. permet de réduire l'endettement public en faisant supporter le risque financier au partenaire privé.

49. Le choix de conclure un P.P.P. pourrait-il être contesté devant le juge?

La réponse à cette question est affirmative, et il y a d'ailleurs eu de telles décisions en France.

L'apport de la jurisprudence luxembourgeoise en la matière est malheureusement des plus ténu. La seule décision ayant touché à cette problématique semble être un jugement du 24 octobre 2005 dans lequel le tribunal administratif rappelait que « le juge administratif est compétent pour connaître de la régularité de la décision unilatérale du pouvoir adjudicateur de choisir le mode de passation d'un marché public déterminé »⁹². Mais il s'agissait évidemment uniquement d'apprécier la légalité du choix d'une des procédures prévues par la loi sur les marchés publics.

Nous n'avons trouvé aucune décision luxembourgeoise qui se prononce sur la légalité du choix fondamental d'un pouvoir public entre une exécution directe, un marché public, une concession ou une forme associative.

On ne peut pas pour autant exclure que les juges soient un jour saisis d'une telle affaire.

L'annulation s'imposerait par exemple s'il s'avérait que le partenariat a été conclu uniquement pour favoriser les intérêts du partenaire privé. L'on serait alors en présence d'un véritable détournement de pouvoirs⁹³. L'appréciation de ces questions est cependant délicate, comme en témoigne le jugement déjà cité du tribunal administratif du 15 décembre 1997 qui, après avoir rappelé que l'action des autorités publiques doit toujours être guidée par l'intérêt public, conclut finalement qu'« à condition de

respecter les dispositions légales et réglementaires applicables, 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 »⁹⁴.

On peut encore envisager une annulation dans l'hypothèse où, sous le couvert d'une association avec un partenaire privé, le pouvoir public empiète sur les attributions que la loi attribue à une autre personne morale. Il s'agirait alors d'un excès de compétences.

L'annulation s'imposerait également si le partenariat aboutissait à la délégation, par le pouvoir public, d'un pouvoir qui lui serait attribué en propre. Les personnes morales de droit public ne peuvent en effet pas déléguer les missions que la loi leur assigne explicitement⁹⁵. Pas plus que l'excès, le recours au P.P.P. ne justifie l'abandon de compétences.

B. Les pouvoirs publics jouissent-ils de la liberté contractuelle?

50. On l'a vu, le P.P.P. est un contrat par lequel un partenaire public et un partenaire privé s'associent sur le long terme pour la réalisation d'une opération d'une complexité particulière (point 6).

S'agissant d'un contrat, la question se pose de savoir si les pouvoirs publics luxembourgeois disposent de la liberté de contracter et, si la réponse est négative, quelles sont les dispositions qui restreignent cette liberté.

1. La capacité des personnes morales de droit public

51. Les personnes morales de droit public jouissent de la personnalité juridique⁹⁶ mais cette personnalité est, dans le cas des personnes morales décentralisées — terme qui, au Luxembourg, vise pour ainsi dire exclusivement les communes et les établissements publics — une personnalité spécialisée et soumise à un contrôle de tutelle.

L'État est la seule entité de droit public luxembourgeois dotée de la pleine capacité.

Les communes ne peuvent poser des actes que lorsque ceux-ci relèvent de l'intérêt communal⁹⁷. D'après la loi qui les organise, les communes

(88) Trib. adm., 15 décembre 1997, n° 10.282 du rôle. Le poids de cette décision est malheureusement affaibli du fait qu'en instance d'appel, la Cour administrative a considéré que l'affaire relevait des juridictions judiciaires alors qu'elle avait trait à des droits civils (Cour adm., 12 mars 1998, n° 10497C du rôle). Les développements généraux du jugement du 15 décembre 1997 nous semblent néanmoins garder droit de cité.

On pourrait sans doute rapprocher aussi l'arrêt déjà cité du Conseil d'État du 22 mars 1872, où on lit que le recours à la concession est à exclure pour des entreprises dans lesquelles il n'y a aucun intérêt public : « Une entreprise dans laquelle l'État n'a aucun intérêt spécial à sauvegarder dans l'intérêt public, et qui par là ne peut être l'objet d'aucune convention entre l'État et le propriétaire, ne peut non plus faire l'objet d'une concession » (C.E., 22 mars 1872, *Pas. lux.*, t. 1, p. 201).

(89) Avis du Conseil d'État du 5 mai 2009, *Doc. parl.*, n° 5991, p. 2.

(90) *Ibidem*.

(91) A. STEICHEN, *Précis de finances publiques*, 1^{re} éd., éd. Saint-Paul, Luxembourg, 2007, n° 287.

(92) Trib. adm., 24 octobre 2005, n° 19309 du rôle.

(93) « Toute initiative publique doit reposer sur des motifs présentant un lien avec un des intérêts publics dont l'autorité a la charge. Si le but ultime du P.P.P. devait s'avérer lié aux seuls intérêts du partenaire privé, on se trouverait devant un cas de détournement de pouvoir » (D. DÉOM, *op. cit.*, p. 209).

(94) Trib. adm., 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 adm., 12 mars 1998, n° 10497C du rôle).

(95) Voy. à ce sujet les développements du professeur D. DÉOM, *op. cit.*, pp. 208 à 213.

(96) « Les personnes de droit public trouvent dans leur capacité juridique la source d'une autorisation générale de contracter dans le cadre du droit commun, pour autant, bien sûr, que l'objet du contrat conclu ne soit pas contraire aux législations qui les régissent » (D. DÉOM, *op. cit.*, p. 203).

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

luxembourgeoises ne sont pas libres de contracter. L'article 173^{ter} 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 EUR. Cette somme pourra être relevée par règlement grand-ducal »⁹⁸.

Le domaine d'action des établissements publics est limité à leur domaine de spécialité⁹⁹.

52. La problématique est illustrée par l'affaire *Commune de Bettborn*.

Cette commune avait conclu, avec un partenaire privé, un « contrat de coopération »¹⁰⁰ en vue de la réalisation d'un parc d'éoliennes sur son territoire. Aux termes du contrat, la commune et le partenaire privé devaient chacun assumer la moitié du coût de réalisation du projet et des frais d'exploitation.

Le ministre de l'Intérieur, agissant comme autorité de tutelle, refusa cependant son accord à cette opération, refus que la commune attaqua devant le juge administratif.

Le tribunal administratif donna raison à la commune, estimant que « la production d'énergie électrique (...) est susceptible d'être entreprise dans l'intérêt général communal pour répondre, outre à un intérêt financier certes patent en l'espèce, surtout et avant tout à un objectif de protection de l'environnement à travers l'économie d'autres ressources combustibles qu'elle permet d'une manière générale de réaliser »¹⁰¹.

Sur appel interjeté par le gouvernement, la Cour administrative considéra cependant, au contraire, qu'il ne s'agissait là point d'une activité d'intérêt communal et, en conséquence, déclara le recours non fondé.

Voici la substance des motifs qui sous-tendent l'arrêt d'appel :

« Le principe de l'autonomie communale consacré par l'article 107 de la Constitution et par la Charte européenne de l'autonomie locale a été invoqué pour y asseoir la déduction non critiquable en soi que l'autonomie de la commune serait la règle et la soumission au contrôle de l'autorité supérieure l'exception.

» L'interprétation de ces textes tels qu'appliqués au cas d'espèce, et spécialement l'étendue qui doit leur être consentie, doit cependant également tenir compte du fait que l'article 3 de la Charte, définissant l'autonomie en question, n'a pas manqué de la limiter à la capacité de régler et de gérer les affaires publiques, donc les affaires ayant trait à des intérêts de la collectivité. La teneur des articles 4 à 6 confirme cette analyse alors que leur juxtaposition permet de constater que les latitudes qui y sont garanties

aux collectivités locales ne sont pas sans rapport avec les préoccupations spécifiques des citoyens de l'entité locale. D'un autre côté l'article 8 dispose *expressis verbis* qu'un contrôle peut être exercé par l'autorité supérieure dans le respect de la proportionnalité entre l'ampleur de l'intervention de contrôle et l'importance des intérêts qu'elle entend préserver.

» (...)

» Le projet pour lequel l'approbation est demandée au ministre de l'Intérieur prévoit la construction et l'exploitation d'une centrale électrique dont la production est destinée à être injectée dans le réseau de distribution commercial de la société Cegedel.

» Il est constant en cause que l'approvisionnement en électricité est d'ores et déjà assuré de façon fiable et satisfaisante dans toute la commune de Bettborn. Il est tout aussi constant que l'exploitant de la centrale projetée n'aura pas les moyens techniques de fournir directement son électricité aux habitants de la commune, cette dernière étant desservie par le réseau d'électricité Cegedel et non par un réseau autonome au niveau communal, comme c'est le cas dans quelques rares communes.

» Dans le projet litigieux, la Cour ne peut de ce fait déceler aucun lien avec les obligations incombant normalement à une administration communale, abstraction faite des rentrées budgétaires découlant éventuellement, si les subside et tarifs préférentiels escomptés correspondent à la réalité de la vente d'énergie à l'entreprise prénommée.

» (...)

» Tout en admettant que la promotion d'un projet industriel dont le bilan écologique est réputé positif peut être considérée comme entreprise dans l'intérêt général, la Cour ne saurait en tirer la conclusion que cet intérêt général pût être considéré comme revêtant d'une façon ou d'une autre un caractère communal. La notion d'intérêt général telle qu'elle est utilisée dans le contexte de cette espèce est par hypothèse sans limites géographiques et l'expression « intérêt général communal » comporte de ce fait une contradiction flagrante dans ses termes »¹⁰².

53. On peut évidemment être d'avis partagé sur cette décision. Le fait est qu'il n'existe actuellement pas un nombre suffisant d'affaires pour pouvoir exprimer une opinion certaine sur cette question.

La prudence est donc de mise pour les partenariats dont le partenaire public est une personne morale spécialisée.

2. Les contraintes découlant de l'article 99 de la Constitution

54. Si nous avons dit précédemment que l'État dispose de la pleine capacité de contracter, cela ne signifie pas qu'il ne faille pas observer certaines procédures en la matière.

55. Il s'agit principalement de l'article 99 de la Constitution, lequel subordonne à l'autorisation de la loi « toute acquisition par l'État d'une propriété immobilière importante, toute réalisation au profit de l'État d'un grand projet d'infrastructure ou d'un bâtiment considérable, tout engagement financier important de l'État ».

Par ailleurs, le même article détermine qu'« aucune charge grevant le budget de l'État pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale ».

56. Le principe de l'annalité de l'impôt est inscrit dans notre Constitution depuis 1868, celle qui soumet au vote d'une loi spéciale les opérations qualifiées d'importantes n'y a été inscrite qu'en 1989¹⁰³.

À l'heure actuelle, la loi considère comme « importante » au sens de la Constitution, toute opération d'une valeur de plus de 40 millions d'euros¹⁰⁴.

Au regard de l'article 99 de la Constitution, l'adoption d'une loi spéciale est donc nécessaire pour la conclusion d'un P.P.P. dont la valeur dépasse ce montant.

C. Les pouvoirs publics jouissent-ils de la liberté d'association?

57. Le partenariat public - privé peut être mis en œuvre par la création d'une personne morale. Selon la terminologie suggérée par la Commission européenne, on parlera alors d'un P.P.P. institutionnalisé.

Le plus souvent, la création d'une telle structure se fera moyennant utilisation d'une des formes sociales prévues par le droit commun. On ne perdra pas de vue, cependant, que le législateur national a toujours aussi la possibilité de créer, par une loi organique spécifique, une personne morale *ad hoc*.

58. Dans le silence de la loi, l'État est libre de prendre des participations dans des structures de droit privé, comme des sociétés commerciales, des associations sans but lucratif et des groupements d'intérêt économique.

« Il n'y a pas de tabou qui s'opposerait de manière générale à ce qu'une personne publique participe, d'initiative, à une structure associative ou sociétaire, soit en tant que partenaire prépondérant, soit à titre minoritaire. Pareille initiative est, elle aussi, une manifestation de leur capacité juridique »¹⁰⁵.

La pratique montre d'ailleurs qu'il ne s'en prive pas.

La liberté de s'associer de l'État n'est à nouveau limitée que par la nécessité d'obtenir l'autorisation du Parlement si la valeur de l'opération dépasse 40 millions EUR.

Citons à ce propos la loi du 1^{er} août 1991 autorisant l'État à participer jusqu'à concurrence de 50 millions EUR dans le capital de la société de développement Agora¹⁰⁶.

(103) Loi du 16 juin 1989 portant révision de l'article 9, troisième et quatrième phrases, *Mém. A*, p. 860. L'objet de cette révision était d'élargir les cas où l'autorisation du législateur était requise tout en permettant à la loi de fixer un seuil en dessous duquel une autorisation spéciale n'est pas requise (voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, n° 3237).

(104) Loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'État, article 80. Le seuil a été très récemment relevé de 7,5 millions EUR à 40 millions EUR par une loi du 29 mai 2009 modifiant l'article précité, *Mém. A*, 2009, p. 1744.

(105) D. DÉOM, *op. cit.*, p. 206.

(106) Loi du 1^{er} août 2001 autorisant les interventions financières de l'État en faveur de la société de dévelop-

(98) Loi communale modifiée du 13 décembre 1988, article 173^{ter}.

(99) Article 108^{bis} de la Constitution; M. THEWES, « Le pouvoir réglementaire démembré », *Ann. dr. lux.*, vol. 14 (2004), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 91-120.

(100) On apprend à la lecture du jugement de première instance que la commune avait initialement envisagé de prendre, à cette fin, une participation dans une société de droit privé. Cette démarche s'était cependant (déjà) heurtée à l'opposition du ministre de l'Intérieur.

(101) Trib. adm., 26 mars 2001, n° 12335 du rôle, réformé en appel.

(102) Cour adm., 13 décembre 2001, n° 13407C.

59. La situation est différente si la loi restreint cette liberté, comme c'est le cas pour les communes.

L'article 173bis de la loi communale autorise les communes et les syndicats de communes à « prendre des participations financières dans des sociétés de droit privé en vue d'une œuvre ou d'un service d'intérêt communal ».

Il s'agit d'un texte de loi qui fut initialement inséré, en 1981¹⁰⁷, dans la loi sur les syndicats de communes. À l'occasion de la réforme de la législation sur les intercommunales, le Parlement jugea cependant plus opportun d'inscrire ces dispositions dans le corps de la loi communale¹⁰⁸.

Il s'agit d'un texte qui n'a pas subi de modifications de fond depuis son adoption initiale.

Il y a lieu d'être attentif aux restrictions figurant dans le texte. D'abord, la prise de participation ne peut se faire que pour une œuvre ou un service d'intérêt communal. Ensuite, la responsabilité prise par la commune doit être limitée : « Les communes ne peuvent s'engager que divisément¹⁰⁹ et jusqu'à concurrence d'une somme déterminée ». Les formes sociales prévoyant une responsabilité solidaire des associés sont donc exclues.

Toutefois, de telles prises de participation doivent être autorisées par un arrêté grand-ducal « qui en détermine les modalités et conditions »¹¹⁰.

On observera aussi que la loi communale n'évoque pas l'hypothèse d'une association entre l'État et une commune. « Sur ce dernier point, la commission s'est entretenue longuement. Si l'on n'insère pas cette faculté dans la présente loi ceci impliquerait qu'une loi spéciale — et par conséquent l'autorisation de la Chambre — serait nécessaire chaque fois que l'État voudrait participer à un syndicat de communes (comme cela a été le cas pour le SEBES). Par contre, si l'on prévoyait cette possibilité dans la présente loi, l'État n'aurait plus besoin de demander cette autorisation. Craignant donc une nouvelle restriction de l'autonomie communale, la commission se prononce contre l'insertion, dans le projet de loi, de la faculté en question »¹¹¹.

La Charte européenne de l'autonomie communale ne garantit par ailleurs que le droit des collectivités locales de s'associer entre elles¹¹².

60. Il n'existe, à notre connaissance, aucune disposition légale ou réglementaire qui oblige-

pement ayant pour objet la reconversion d'anciens sites sidérurgiques.

(107) Loi du 29 juillet 1981 modifiant et complétant la loi modifiée du 14 février 1900 concernant la création de syndicats de communes.

(108) Loi du 23 février 2001 concernant les syndicats de communes.

(109) Le Conseil d'État avait recommandé, dans son avis, de préciser que ce terme interdisait aux communes de s'engager solidairement ou *in solidum*, suggestion qui ne fut cependant pas retenue (*Doc. parl.*, n° 2449², rapport de la commission des affaires communales, p. 3).

(110) Loi communale modifiée du 13 décembre 1988, article 173bis.

(111) *Doc. parl.* n° 2449², rapport de la commission des affaires communales, p. 3.

(112) « Les collectivités locales ont le droit, dans l'exercice de leurs compétences, de coopérer et, dans le cadre de la loi, de s'associer avec d'autres collectivités locales pour la réalisation de tâches d'intérêt commun » (Charte européenne de l'autonomie locale, signée à Strasbourg, le 15 octobre 1985, article 10, 1.). Le Grand-Duché de Luxembourg a approuvé cette Charte par une loi du 18 mars 1987, *Mém. A*, p. 230.

rait formellement les pouvoirs publics à justifier le choix qu'ils font de s'associer avec telle ou telle personne privée ou morale dans une société d'économie mixte. Nous n'avons par ailleurs trouvé aucune décision de justice à ce propos.

Toutefois, l'évolution du droit européen va clairement dans le sens d'une obligation de motivation et de transparence, en tout cas lors de la constitution d'entités d'économie mixte appelées à conclure ensuite un contrat à titre onéreux avec le pouvoir adjudicateur ou à se faire attribuer une mission de service public par un acte unilatéral.

Ainsi, la Commission européenne s'exprime comme suit dans sa récente communication sur les partenariats public - privé institutionnalisés : « Selon la Commission, le droit communautaire oblige l'entité adjudicatrice à publier les critères de sélection et d'attribution pour l'identification du partenaire privé du P.P.P.I. Les critères appliqués doivent respecter le principe de non-discrimination »¹¹³.

Ce n'est pas, loin s'en faut, la première prise de position de la Commission dans ce sens. Le Livre vert de la Commission relatif aux services d'intérêt général de 2003¹¹⁴ va dans le même sens, de même que la communication de 2000 sur les concessions en droit communautaire.

D. Les pouvoirs publics peuvent-ils librement disposer de leurs biens?

61. La mise en œuvre du partenariat public - privé nécessitera fréquemment l'occupation, par le partenaire privé ou l'entité d'économie mixte, de terrains appartenant au partenaire public.

Si cette occupation ne se heurte guère à des difficultés s'il s'agit de terrains relevant du domaine privé de l'autorité publique, il en va autrement des terrains du domaine public.

Le régime des biens appartenant à la communauté est une matière complexe, qui trouve sa base dans l'article 537 du Code civil, lequel énonce qu'il existe des « biens qui n'appartiennent pas à des particuliers, sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ».

Par définition, les biens du domaine public sont ceux qui sont affectés à l'usage de la collectivité tout entière.

(113) Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public - privé institutionnalisés (P.P.P.I.) du 5 février 2008, *Doc. C(2007)6661*, p. 7.

(114) « Si l'acte par lequel les autorités publiques confient à un tiers la fourniture d'un service d'intérêt économique général n'est pas couvert par les directives sur les marchés publics, il doit néanmoins respecter les principes découlant directement du Traité CE, en particulier les dispositions relatives à la liberté de fournir des services et la liberté d'établissement. Tel est le cas des marchés publics ou des concessions de travaux inférieurs aux seuils fixés, des concessions de services (c'est-à-dire des contrats stipulant que la contrepartie pour le fournisseur de service consiste, en partie au moins, dans le droit d'exploiter le service), ou des actes unilatéraux octroyant le droit de fournir un service d'intérêt économique général. Ces règles et principes comprennent l'égalité de traitement, la transparence, la proportionnalité, la reconnaissance mutuelle et la protection des droits des particuliers » (COM(2003)270, n° 81).

L'usage du domaine public est libre (sous réserve des mesures de police), gratuit (à moins que des dispositions particulières imposent des redevances) et égal pour tous.

Les biens du domaine public sont surtout hors du commerce, ce qui veut dire qu'ils sont inaliénables, insaisissables et imprescriptibles.

On voit immédiatement que les principes de la domanialité publique sont souvent vus comme un obstacle à l'exploitation économique de ce domaine.

62. Le premier problème est qu'il s'avère très difficile de consentir au partenaire privé des droits d'utilisation du bien si celui-ci relève du domaine public.

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 »¹¹⁵.

Les droits d'utilisation que le partenaire privé pourra se voir consentir sur le domaine public, par le biais d'un droit de stationnement ou d'une concession domaniale¹¹⁶, ne seront toujours que des droits précaires, révocables par essence.

Comme l'a récemment observé un auteur, « 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 »¹¹⁷.

63. La constitution d'un droit d'emphytéose¹¹⁸ sur un bien dépendant du domaine public est problématique si elle n'est pas autorisée par la loi¹¹⁹. Plusieurs arrêts du Conseil d'État français

(115) Cass. b., 25 septembre 2000, *Pas. b.*, 2000, I, p. 1399.

(116) Le droit de stationnement est octroyé par un acte unilatéral alors que les concessions domaniales sont des contrats administratifs qui autorisent l'occupation exclusive et permanente d'une parcelle du domaine public à des fins privées.

La jurisprudence sur ces questions est clairesmée. Un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg 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 » (Trib. arr. Luxembourg, 17 octobre 1956, *Pas. lux.*, t. 17, p. 68).

(117) D. LAGASSE, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », *in Jurim pratique - Revue pratique de l'immobilier*, n° 1/2008, Larcier, Bruxelles, 2008, n° 6.

(118) 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 J.-P. WINANDY, « Les démembrements de propriété au Luxembourg », *in E. SANZOT, Les droits réels démembrements - Aspects civils, fiscaux, comptables et financiers*, Larcier, Bruxelles, 2008, pp. 633 et s.

(119) Signalons qu'en France une loi du 5 janvier 1988 a autorisé les collectivités locales et leurs établissements

déclarant illégales des conventions de ce type en témoignent¹²⁰.

La difficulté provient du fait qu'un droit d'emphytéose ne peut être constitué pour une durée de moins de vingt-sept ans¹²¹, ce qui rend impossible les aménagements nécessaires pour protéger le domaine. Cette durée minimale est, dit-on, incompatible avec le régime de la domanialité publique¹²².

Contrairement aux droits des pays voisins¹²³, notre droit ne contient aucune disposition qui permettrait à l'administration d'organiser un régime alternatif de gestion du domaine public.

Les juridictions luxembourgeoises paraissent par ailleurs adhérer aux conceptions les plus classiques en la matière. En témoigne l'arrêt de cassation de la Cour du 1^{er} mars 2003, qui rejette l'idée qu'un bien du domaine public — en l'espèce un chemin communal qui n'avait plus été utilisé depuis des décennies — puisse faire l'objet d'une désaffectation tacite¹²⁴.

Nous y voyons une lacune de notre loi, source d'insécurité juridique.

64. La constitution d'un droit de superficie sur un bien du domaine public est en revanche généralement admise¹²⁵, à condition que l'Administration se réserve, dans la convention, le droit d'y mettre fin à tout moment¹²⁶.

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 propriété¹²⁷. 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, tandis que, sous l'empire de la précédente loi de 1824, il était admis que le droit de superficie puisse naître de manière informelle¹²⁸. 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 rapprochent¹²⁹. Si un droit de superficie doit être constitué, un acte formel est donc désormais requis dans notre droit.

65. Notons encore qu'il est traditionnellement enseigné qu'il ne peut y avoir à l'égard du domaine public ni mitoyenneté, ni copropriété¹³⁰.

66. Si les pouvoirs publics conservent toujours la faculté de révoquer la concession ou le droit d'occupation accordés sur le domaine public, ils devront en revanche indemniser l'occupant du dommage qui en résultera pour lui. 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 public¹³¹.

67. L'inaliénabilité de principe des biens du domaine public empêchera notamment le partenaire privé, mais aussi la société d'économie mixte s'il s'agit d'un P.P.P. institutionnalisé, de fournir des garanties réelles à ceux qui financent l'opération.

D. Lagasse observe à ce sujet que « dans la pratique, on constate de plus en plus souvent que, poussés par le souci de valoriser au mieux leur domaine public sans pour autant lui ôter son affectation publique et donc le souci de garantir des possibilités de crédit aux occupants privés, les gestionnaires des domaines publics — par exemple le domaine public des ports, des aéroports, des gares ferroviaires et des autoroutes — octroient des droits réels hypothécables, tel un droit d'emphytéose ou de superficie, qui ne sont pas exactement les droits réels civils correspondants parce qu'ils sont rachetables, généralement destinés et ne sont cessibles que moyennant l'agrément préalable du cessionnaire, et qui peuvent dès lors être qualifiés de "droits réels administratifs" »¹³².

On évoque la possibilité d'une renonciation au principe de l'accession immobilière qui permettrait de scinder durablement la propriété du domaine public et celle des constructions y érigées, ou encore la désaffectation partielle des volumes ou même du sous-sol. Signalons qu'un procédé de ce type a été mis en œuvre pour autoriser la construction d'un complexe hôtelier au-dessus des voies de chemin de fer à Luxembourg-Gare.

68. Si le partenaire privé obtient, par le biais d'un droit de superficie ou par une autre construction juridique, le droit d'hypothéquer les constructions qu'il érige, la nature de cette hypothèque mérite encore l'attention, à contre-courant de la « propension à fermer les yeux sur l'éventuelle appartenance du bien au domaine public afin de permettre l'établissement conventionnel de droits de superficie ou d'une hypothèque » évoquée dans un ouvrage récent¹³³.

Qu'arriverait cependant à l'hypothèque consentie si le partenariat prenait fin anticipativement, que ce soit par suite d'une résiliation de la part du partenaire privé, ou par la déconfiture du partenaire public? L'hypothèque devenant dans ce cas sans assise, le financier devra veiller à conserver d'autres garanties.

69. En France, une loi du 25 juillet 1994¹³⁴ a autorisé, dans certaines hypothèses, la constitution de droits réels sur des biens relevant du domaine public. Au Luxembourg, une telle législation fait actuellement défaut, ce qui pourrait représenter un obstacle au développement des partenariats public - privé.

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.

(120) C.E. fr., 6 mai 1985, n°s 41589 et 41669, *A.J.D.A.*, p. 620; C.E. fr., 30 avril 2004, n° 253372, n.p.

(121) Et même cinquante ans s'il s'agit d'un immeuble destiné au logement.

(122) Sur ces questions, voy. Y. GAUDEMET, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *L'État de droit - Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris 1996, p. 309; M. PAQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé*, tiré à part du *Répertoire notarial*, Larcier, Bruxelles, 2008; D. LAGASSE, « La gestion active du domaine public », *A.P.T.*, 2003/1, p. 87; P. BOUCQUEY et V. 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. 231.

(123) En Belgique, un régime spécifique a été mis en place par la Région flamande uniquement (décret du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public - privé).

(124) Cass., 1^{er} mars 2007, arrêt civil n° 18/07, n° 2413 du rôle, *B.I.J.*, n° 3/2008.

(125) « 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).

(126) P. BOUCQUEY et V. 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. 231, n° 53. Les auteurs se réfèrent notamment à l'arrêt *Loos* du Conseil d'État 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).

(127) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 685.

(128) *R.P.D.B.*, v° « Superficie », compl. t. VII, n°s 97 et s.

(129) 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 » (P. BOUCQUEY et V. 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. 231, n° 57).

(130) P. FRAMME, « Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique : un obstacle au financement privé des équipements collectifs », *J.T.*, 1991, p. 441.

(131) « À 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 » (P. BOUCQUEY et V. OST, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public - privé », in



Pour connaître nos dernières parutions, consultez notre catalogue sur internet :

www.larcier.com

B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public - privé : un défi pour le droit des services publics*, la Charte, Bruxelles, 2005, p. 260, n° 38).

(132) D. LAGASSE, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », in *Jurim pratique - Revue pratique de l'immobilier*, n° 1/2008, Larcier, Bruxelles, 2008, n° 10.

(133) M. PAQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, « Domaine public, domaine privé », tiré à part du *Répertoire notarial*, Larcier, Bruxelles, 2008, n° 22.

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



En guise de conclusion : faut-il légiférer?

70. Nous avons exposé, à plusieurs reprises, notre point de vue que le P.P.P. n'est pas un instrument juridique spécifique mais représente plutôt une mise en œuvre originale d'instruments juridiques existants.

Si cette appréciation est juste, il n'est pas indispensable de légiférer, puisque les instruments juridiques dont il est fait usage disposent déjà d'un cadre juridique.

71. Le cadre juridique est cependant, à certains égards, incomplet ou désuet. Il en résulte une insécurité juridique préjudiciable à l'éclosion des partenariats.

Nous avons évoqué le fait qu'il n'existe pas de loi encadrant les contrats de concession. Selon toute vraisemblance, le législateur luxembourgeois n'interviendra dans ce domaine que lorsque l'initiative annoncée par la Commission européenne aura abouti à l'adoption d'une directive.

Les principes régissant la gestion des biens immobiliers de l'État et des communes apparaissent, quant à eux, surannés. La matière connaîtra cependant peut-être bientôt un regain d'intérêt, comme cela a été le cas en France et en Belgique. Au programme du *bachelor* en droit de l'Université du Luxembourg figure en effet, depuis la rentrée de 2008, un cours de « Droit administratif des biens ».

72. La sécurité juridique est un facteur décisif pour le succès de la formule du partenariat public - privé.

Si elle n'est pas assurée au maximum, la rédaction des contrats devient plus complexe encore et le facteur « risque juridique » provoque un renchérissement du projet.

Si le P.P.P. est appelé à se développer au Luxembourg, par exemple pour la réalisation de la voie de chemin de fer à grande vitesse devant relier la capitale à la frontière française, des interventions législatives ponctuelles pourraient s'avérer utiles.

73. Plutôt que de légiférer, le Luxembourg pourrait également suivre la voie empruntée par certains de nos voisins, qui ont mis en place des centres de compétences, dont la mission est d'analyser les expériences menées et d'identifier les meilleures pratiques.

Le dernier exemple en date est le Centre européen d'expertise en matière de P.P.P. (CEEP) que la Commission européenne et la Banque européenne d'investissement ont créé conjointement en septembre 2008, et qui s'est vu imposer la « tâche principale d'aider le secteur public à pallier ses carences en matière de savoir-faire dans le domaine des P.P.P. »¹³⁵.

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