

LES INSTRUMENTS DU DROIT ADMINISTRATIF À L'ÉPREUVE DES «PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ» (P.P.P.)

DIANE DÉOM

Professeur à l'U.C.L.

INTRODUCTION

Chacun le sait, on ne rénove pas la société par décret, et la réalisation de l'intérêt général ne peut être l'affaire des seules autorités publiques. Toute politique d'une certaine envergure implique une convergence de comportements privés avec les finalités qu'elle se donne. Tantôt, cette convergence est générale et forcée: les prérogatives de puissance publique sont utilisées pour obtenir de l'ensemble des acteurs privés un résultat déterminé. Tantôt, la convergence est encouragée par l'usage de techniques incitatives, elle devient donc plus sélective. Dans d'autres cas, la convergence est spécifique à quelques acteurs et elle donne lieu à des réalisations communes.

L'association de personnes privées aux fins d'utilité publique poursuivies par l'administration est donc vieille comme le droit administratif, surtout dans un pays comme le nôtre où la conciliation, l'arrangement et les voies médianes ont toujours eu meilleure presse que les discours d'autorité. Le droit administratif n'est pas avare de mécanismes qui abritent, de manière plus ou moins visible, une telle association.

La notion de P.P.P. connaît aujourd'hui une vogue considérable et elle paraît susciter un engouement général. Chacun peut constater qu'elle correspond à une certaine tendance dans la pratique des affaires publiques. Les définitions qui en sont proposées dessinent une notion très floue, susceptible d'acceptions plus ou moins larges, marquée par des concepts issus de l'économie et du management. Le droit positif flamand y attache certaines conséquences de droit, et peut-être le droit européen fera-t-il de même sous peu.

Devant confronter ce phénomène encore mal circonscrit au «droit administratif», nous avons choisi de l'appréhender de manière très large, et d'entendre par là une organisation complexe et durable de comportements concertés entre une personne de droit public et une entreprise privée.

Nous consacrerons le premier point de notre exposé à évoquer les instruments juridiques susceptibles de concourir au P.P.P. ainsi entendu, et à définir de manière générale comment il se situe dans le cadre du droit administratif (I).

Ensuite, nous aborderons successivement cinq questions qui nous semblent importantes dans la pratique des P.P.P.: le principe de légalité et l'utilisation du droit commun (II), le principe de légalité et la répartition des tâches (III), l'insertion des actes unilatéraux dans les P.P.P. (IV), le champ d'application du droit des marchés publics (V), et enfin le principe d'égalité et le droit de la concurrence (VI). Nous concluons ensuite.

I. LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DU P.P.P. (1)

Lorsqu'on essaie de les recenser, on peut les classer en trois catégories: les techniques unilatérales (1), les techniques contractuelles (2), et les techniques institutionnelles (3). Ensuite, il y a lieu de situer la notion de «partenariat public-privé» dans ce vaste paysage (4).

1. Les techniques unilatérales

Certaines techniques juridiques strictement unilatérales peuvent néanmoins s'inscrire dans un processus de collaboration plus ou moins organisée entre le secteur public et le secteur privé. Nous cherchons à les identifier ci-après.

a) Les acteurs privés inspirant la puissance publique

La puissance publique est, en partie, un leurre. Sans même évoquer les dimensions philosophiques, politiques et sociologiques de la question, il est un constat que peut faire tout observateur de la vie publique: les décisions politiques sont fortement influencées par les milieux économiques et sociaux, par les «forces vives» des secteurs concernés, par les lobbies, parfois même par une grande entreprise. Il est banal de souligner que certaines législations sont la traduction, parfaitement lisible comme telle, de compromis ou d'accords avec ou entre des groupes d'intérêts.

Cette influence est un état de fait. Lorsqu'elle dégénère en collusion, elle devient pénalement répréhensible. Parfois, au contraire, le droit institutionnel organise, formalise et légitime la part des interlocuteurs privés dans l'élaboration de normes juridiques. Par exemple, lorsqu'il permet de rendre obligatoire les conventions collectives de travail ou les règlements de déontologie émanant d'un ordre professionnel.

Les mêmes constats peuvent s'appliquer à des interventions publiques d'ampleur plus limitée, dans lesquelles l'utilisation d'un instrument réglementaire constitue en réalité le support de synergies plus ou moins développées entre les pouvoirs publics et des personnes privées. Par exemple, en matière d'urbanisme, il n'est pas rare que l'élaboration d'un plan communal d'aménagement résulte de l'initiative d'un partenaire privé. Le permis de lotir, qui cumule la nature d'acte réglemen-

(1) Nous avons choisi les illustrations de notre propos de préférence dans le droit wallon, qui nous est le plus familier. Que les lecteurs flamands et bruxellois nous en excusent. Il nous a semblé que les sujets traités étaient suffisamment généraux pour que chacun opère sans difficultés les transpositions utiles.

taire et d'acte unilatéral d'autorisation, manifeste officiellement, si l'on peut dire, une réalité similaire. Les arrêtés prescrivant l'assainissement et la rénovation de sites économiques désaffectés et les arrêtés de classement d'un monument ou site peuvent être adoptés sur proposition du propriétaire (2).

La législation urbanistique organise même l'intervention de personnes privées dans la mise en œuvre des plans d'aménagement, et l'utilisation à leur profit de cette prérogative de puissance publique par excellence que constitue l'expropriation pour cause d'utilité publique (3).

b) La puissance publique inspirant les acteurs privés

Plus classiquement, il est évident que le droit administratif décline un large éventail de techniques destinées à inciter les personnes privées à adopter un comportement déterminé. Il suffit de citer les exonérations fiscales et les autres instruments d'incitation fiscale ou parafiscale.

Les subventions constituent un instrument majeur en ce sens. Quelle que soit la forme juridique précise qu'elle revêt, la subvention est un avantage financier destiné à faciliter la réalisation d'une activité ou d'un projet jugé(e) utile à l'intérêt général (4). La subvention trouve donc sa raison d'être dans la convergence entre un objectif d'intérêt public et un autre objectif, compatible mais distinct, poursuivi par le bénéficiaire de la subvention. Ainsi, lorsque le législateur organise l'octroi de primes aux entreprises en vue de la réalisation d'investissements permettant une économie d'énergie, le pouvoir subsidiant poursuit un objectif d'ordre écologique et économique, tandis que les bénéficiaires visent à diminuer leurs coûts de production.

Paradoxalement, on constate que même les instruments juridiques des polices administratives peuvent jouer un rôle incitatif. Il en va ainsi lorsque l'octroi d'un agrément, d'un permis, d'une autorisation administrative est subordonné au respect de certains types de conditions. Si nombre de ces conditions n'ont d'autre but que de garantir l'honorabilité ou la compétence des entreprises visées, d'assurer aux clients une certaine qualité de service, ou de permettre un contrôle administratif, d'autres sont destinées à amener les demandeurs d'autorisation à

(2) Art. 168 du CWATUP pour les sites d'activité économique désaffectés et art. 197, 5°, pour les arrêtés de classement.

(3) Actuellement, art. 58, al. 3 à 6, du CWATUP. Sur ce que cette disposition épuise les possibilités d'exproprier sur base des plans d'aménagement en vue d'une rétrocession au secteur privé, v. Cass., 30 octobre 1975, *A.P.T.*, 1976-1977/4, p. 323, avec les observations de F. DAOUT.

(4) J. SALMON, *Les subventions*, Bruylant, 1976, p. 24.

adopter des comportements déterminés, qualifiées ou non comme des obligations de service public. Par exemple, l'octroi et le maintien de la licence nécessaire à l'activité de production d'électricité sont subordonnés au respect d'un certain nombre d'obligations portant, notamment, sur la promotion de l'utilisation rationnelle de l'énergie (5).

Parfois, ces conditions impliquent des prestations spécifiques très concrètes. Dans le domaine immobilier, on relèvera le mécanisme particulièrement frappant des charges d'urbanisme. Imposées comme conditions d'une autorisation administrative, les charges d'urbanisme permettent aux pouvoirs publics d'obtenir du secteur privé un certain nombre de prestations ou d'investissements. Lorsqu'elles revêtent une certaine ampleur, elles font souvent, l'objet d'un processus de négociation que l'on ne saurait juger illicite en soi, dans la mesure où il augmente les chances de leur bonne exécution. Dans certains pays, ce processus de négociation est formalisé par un contrat, ce qui a amené la Cour de Justice des Communautés européennes à considérer qu'il s'agissait là – du moins lorsque l'objet des charges d'urbanisme était la réalisation d'équipements publics – d'une opération répondant à la définition du marché public de travaux (6).

La répartition des rôles entre secteur public et secteur privé est parfois précisée aussi dans les termes d'une autorisation de police (générale). Par exemple, l'autorisation d'organiser une manifestation sportive, un spectacle, une réunion publique est fréquemment subordonnée à l'existence de certaines précautions dans le chef de l'organisateur: l'intervention d'un service d'ordre privé, la souscription d'assurances spécifiques, l'adoption de mesures pour refouler des personnes armées ou en état d'ivresse, etc. Pour les événements de grande importance ou s'agissant de situations qui se répètent, ce type de régulation implique lui aussi une concertation préalable entre les organisateurs et les autorités de police.

La loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football érige en règle la conclusion de conventions entre les organisateurs et les services de sécurité et de secours (7). La loi du 7 mai 1999 relative aux jeux de hasard, aux

(5) Arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif à la licence de fourniture d'électricité, art. 15 et 22.

(6) Aff. C-399/98, du 12 juillet 2001. Par un raisonnement qui nous paraît assez étrange, eu égard à ses prémisses, la Cour en conclut que le législateur national doit imposer les règles de passation des marchés publics «en aval», c'est-à-dire obliger le titulaire du permis à respecter les procédures de marché public lorsqu'il fait réaliser les travaux. Or, tout le raisonnement de la Cour était fondé sur l'idée que le mécanisme même des charges d'urbanisme était, en soi, un contrat à titre onéreux relevant de la qualification de marché public. Pour une critique de cet arrêt, voy. A. DELVAUX, F. MOÏSES et J.F. JAMINET, «Partenariat public-privé et droit communautaire des marchés publics et des concessions ou la délicate «legal due diligence» des P.P.P.», *Entr. et dr.*, 2004/3, p. 209 et s., spéc. n° 36.

(7) Articles 3 et 5.

établissements de jeux de hasard et à la protection des joueurs prévoit également la conclusion de conventions entre les communes et les plus importants de ces établissements (8). Ainsi, même le domaine des polices engendre le recours à des techniques contractuelles.

2. *Les techniques contractuelles*

Par nature, le contrat constitue l'instrument privilégié des collaborations volontaires de personnes privées aux fins collectives.

Il convient de faire une distinction préalable entre, d'une part, les véritables contrats, et, d'autre part, les arrangements de toute nature qui peuvent intervenir entre partenaires publics et privés pour encadrer leurs initiatives respectives sans créer de véritables engagements juridiques. Les protocoles de collaboration, gentleman's agreements, et autres programmes d'actions concertées peuvent produire d'excellents résultats pratiques (9). Faut-il le dire, la distinction entre «arrangement» et «contrat» est aussi aisée à formuler théoriquement que délicate à appliquer dans certains cas...

Si l'on s'attache aux véritables contrats, une première gamme d'instruments contractuels est constituée par les contrats de droit commun. La liberté contractuelle permet, dans certaines limites sur lesquelles nous reviendrons, d'imaginer toutes espèces d'engagements réciproques par lesquels pouvoirs publics et intervenants privés mettent sur pied une convergence de comportements ou d'initiatives.

Par exemple, l'article 61 de la loi organique des centres publics d'aide sociale permet à ces derniers de conclure des conventions de collaboration avec, entre autres, des personnes et organismes privés. Les articles 172 et suivants du CWATUP organisent l'octroi de subventions à des opérations de «revitalisation urbaine» pour autant que celles-ci fassent l'objet d'une convention entre la commune et une ou plusieurs personnes physiques ou morales de droit privé; la convention doit impliquer un investissement financier des personnes privées, à concurrence d'au moins le double de la subvention régionale.

Indépendamment de dispositions légales précises, le droit immobilier offre d'assez nombreux exemples de l'utilisation des potentialités des contrats de droit

(8) Articles 31 et 34.

(9) V.J. LE BRUN, «L'administration économique par voie contractuelle en Belgique», in: *Renaissance du phénomène contractuel*, CDVA, Martinus Nijhoff, 1971, p. 39 et s. Sur la difficulté de cette distinction, v. M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Story, 1991, n° 304.

commun. L'administration peut insérer dans des contrats de vente, de location, d'emphytéose, toutes clauses destinées à imposer ou favoriser des projets privés qu'elle juge conformes à l'intérêt général; par exemple, des clauses concernant l'obligation de construire ou de respecter un certain type d'affectation. De même, lorsqu'une intercommunale offre en vente ou en location aux entreprises des terrains industriels ou commerciaux qu'elle a équipés, elle élabore un cahier des charges qui comporte usuellement des obligations en termes d'emploi et de respect de l'environnement. Dans ce type de situation, le partenaire public utilise sa situation de propriétaire pour imposer aux candidats à une transaction déterminée des conditions qui ne trouvent pas leur principale raison d'être dans l'équilibre économique de celle-ci, mais bien dans la politique qu'il entend poursuivre.

D'autres contrats ne s'inscrivent pas dans le champ du droit commun, mais sont spécifiquement régis par le droit administratif. On pense, par exemple, à la concession domaniale, par laquelle l'administration use également de sa position de propriétaire, mais, cette fois, en ce qui concerne les biens du domaine public. Le législateur n'en a pas réglé le régime, mais la jurisprudence souligne sa précarité et formule quelques exigences résultant de principes généraux.

Le principal exemple de contrat administratif – il faudrait presque dire, aujourd'hui, de contrat de droit européen, tant le droit administratif est étroitement calqué sur les directives – est évidemment la catégorie des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Contrairement à toutes les hypothèses précédemment examinées, l'intervenant privé n'agit ici que moyennant une rémunération directe de ses prestations par les pouvoirs publics. L'administration n'incite plus, n'autorise plus, mais achète purement et simplement un produit ou un service dont elle a dû préalablement définir les caractéristiques.

A la limite du concept de marché public, apparaît la figure de la concession de service public (10). Il s'agit de l'un des instruments les plus anciens et les plus importants par lesquels le droit administratif organise la collaboration durable du secteur privé au fonctionnement des services publics économiques. Ici, le contractant se voit attribuer le droit – et l'obligation – d'assurer aux usagers, à des conditions partiellement imposées par le concédant, des prestations à titre

(10) En droit belge, v. P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Larcier, 1961; A. BUTTGENBACH et J. GILLET, v° Concession, *R.P.D.B.*, compl. II, 1966; M. PAQUES, *op. cit.*, n° 139 à 153; S. VAN GARSSE, «De concessieve techniek: oud en nieuw instrument van PPS», in: *Publiek-private samenwerking*, die Keure, Brugge, 2004, p. 27 à 54; et P.-E. NOËL, «Le partenariat public-privé et le financement de projets d'infrastructures dans l'Union européenne», in: *Droit bancaire et financier*, Larcier, avril 2004, p. 881 et s., qui explique bien le type de montages contractuels rencontrés dans la pratique à l'échelon européen.

onéreux. Il assume au moins une partie significative du risque économique de l'entreprise (11).

La concession de service public est un mécanisme particulièrement complexe, assez peu usité en Belgique au cours du XXe siècle. Elle revêt, selon la doctrine classique, une nature mixte. Elle juxtapose en effet la technique du contrat, par laquelle le pouvoir public s'engage à l'égard du concessionnaire, et la technique réglementaire, dans la mesure où le concédant fixe les conditions d'exploitation de l'ouvrage ou de prestation du service. On admet généralement qu'elle emporte certaines conséquences de droit quant au régime de l'activité du concessionnaire, par exemple l'immunité d'exécution pour les biens affectés à la concession.

La concession est marquée à la fois par la précarité, qui résulte de la loi du changement, et par la protection du concessionnaire en vue du maintien de l'équilibre économique de la concession.

Lorsqu'elle implique la construction et l'exploitation d'un ouvrage, cette opération constitue une concession de travaux publics et relève du régime des marchés publics. Lorsqu'elle ne porte que sur des services et fournitures, ou principalement sur des services et fournitures, il s'agit d'une concession de service public (le droit communautaire parle de concession de services) qui s'inscrit en dehors de ce régime (12).

Contrats de droit commun ou contrats administratifs: la distinction ne s'applique pas facilement à certaines réalités du droit contemporain. Comment qualifier les contrats de gestion des entreprises publiques autonomes, les conventions environnementales, les contrats de gestion active des sites «Natura 2000», les conventions relatives à l'exploitation de jeux de hasard? Autant d'instruments contractuels dont le législateur prévoit l'existence et certaines conditions d'élaboration, sans pour autant en régler les effets de manière originale.

3. Les techniques institutionnelles

Dans un certain nombre de cas, la collaboration du secteur privé aux fins d'intérêt général va se traduire dans les structures mêmes de l'administration.

(11) La rémunération est le plus souvent à charge des usagers, mais pareille condition n'est pas indispensable à la qualification de concession, du moment qu'elle varie en fonction de critères de type économique. Par exemple, la collectivité publique peut verser des «péages virtuels» établis en fonction de la densité du trafic routier.

(12) Pour des développements sur ce point, voyez *infra*, point V.

On peut déjà voir une manifestation de ce phénomène dans les structures d'administration consultative. Les commissions, conseils, et autres instances organisées de concertation, manifestent le souci ou le besoin qu'ont les pouvoirs publics de prendre l'avis des secteurs intéressés par une réglementation, une législation, des actes administratifs déterminés. Ils accompagnent donc généralement l'exercice de prérogatives de puissance publique plutôt que l'usage de techniques contractuelles ou même incitatives.

Mais l'association du secteur privé aux réalisations publiques peut aussi prendre des formes plus structurelles, spécialement lorsqu'elle vise l'accomplissement durable d'une activité.

La première gamme de techniques de cette nature est celle qui organise l'association du secteur privé à la gestion d'organismes publics ou sa participation à la création et à la gestion d'entités mixtes.

Le droit belge est particulièrement fécond en figures juridiques qui permettent l'association entre pouvoirs publics et personnes de droit privé au sein de structures qui, malgré une forme juridique souvent empruntée au droit privé, demeurent cependant qualifiées comme des autorités administratives, des organismes d'intérêt public, des personnes morales de droit public. On se contente d'évoquer ici l'exemple des intercommunales mixtes, celui des grandes sociétés anonymes de droit public, mais aussi de bien d'autres cas moins connus, comme, en région wallonne, la SOFICO (13), le Port autonome du Centre et de l'Ouest (14), ou encore la SARSI (15) ... A l'échelon communautaire et régional, l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles impose que la structure de ces institutions soit, pour l'essentiel, réglée par le législateur décentral.

L'économie mixte et l'utilisation du droit des sociétés tendent aujourd'hui à déborder de ce cadre, relativement bien appréhendé par la doctrine classique. On voit fleurir des entités prévues par un texte législatif, mais dont la nature de droit public est si peu marquée qu'elle en devient évanescence (16). On pense par exemple à des entités comme la SPAQUE en Région wallonne, dont les missions paraissent relever du service public mais dont l'organisation est régie par le droit commun des sociétés (17).

(13) Décret du 10 mars 1994, modifié à plusieurs reprises.

(14) Décret du 1er avril 1999.

(15) Décret du 13 novembre 2002.

(16) D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, n° 319 et s., font à juste titre observer que la pratique récente mélange de plus en plus les techniques de droit public et celles du droit commun.

(17) «Société publique à forme commerciale», constituée comme filiale spécialisée de la S.R.I.W., et dont l'existence et les missions sont visées par l'article 39 du décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets.

Parfois, le droit positif franchit le pas et consacre clairement la possibilité pour des pouvoirs ou organismes publics de participer avec des partenaires privés à des entités qui relèvent entièrement du droit privé, et le plus souvent du droit des sociétés. Dans ce cas, le législateur autorise donc de manière générique l'utilisation des structures de droit commun. Telle est la portée des législations qui ont organisé l'initiative économique publique, permettant aux sociétés publiques d'investissement de devenir actionnaires d'entreprises de droit privé. Tel est aussi le sens de dispositions qui permettent la filialisation; par exemple, l'article 27 du décret wallon du 5 décembre 1996 qui permet aux intercommunales wallonnes de prendre des participations au capital de toute société lorsqu'elles sont de nature à participer à la réalisation de leur objet social. Ou l'article 12 du décret flamand du 18 juillet 2003, dont l'intitulé est bizarrement traduit «décret cadre politique administrative», qui permet aux agences autonomisées externes de participer à toutes entreprises et associations (18). On relèvera aussi, dans le domaine du non-marchand, l'article 114terdecies de la loi provinciale, concernant la participation des provinces à des a.s.b.l. et autres associations (texte remplacé, en Région wallonne, par les articles 97 à 99 du décret du 12 février 2004 organisant les provinces wallonnes) et l'article 79 de la loi du 8 juillet 1976 qui définit dans quelles conditions les centres publics d'aide sociale sont autorisés à participer à des a.s.b.l. ou sociétés à finalité sociale.

Le législateur flamand s'est inscrit résolument en ce sens. Il a prévu en termes généraux la possibilité, pour la Communauté et la Région flamandes, de constituer des «agences autonomisées externes de droit privé», entièrement soumises au droit commun (19). La constitution de ces agences reste cependant subordonnée à une intervention du législateur décréteur. Il permet aussi à la Communauté et à la Région flamandes de participer à d'autres établissements, associations et entreprises constitués sur la base du droit privé, sans autorisation législative particulière, mais pour autant que cela n'implique pas de transfert de compétences (20). Le décret du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public-privé autorise également en son article 13 la participation à des établissements et entreprises de droit privé, mais sans transfert de compétences et sans apport en numéraire. La combinaison des deux textes ne semble pas aisée (21).

On évoquera encore, parmi les techniques «institutionnelles», même si cette qualification est discutable, la figure du service public fonctionnel. Ici, le secteur

(18) Ce texte doit se lire en combinaison avec l'article 14 du décret du même jour relatif aux partenariats public-privé.

(19) Décret cadre politique administrative, du 18 juillet 2003, art. 29 à 31. Il s'agit d'entités chargées de participer à la mise en œuvre d'une politique, et placées sous l'influence prépondérante de la Communauté ou de la Région flamandes.

(20) *Ibid.*, art. 32.

(21) Pour un commentaire de ces textes, v. D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.* (2003), n° 277 et s., ainsi que la contribution de D. D'HOOGHE dans le présent ouvrage.

privé n'est pas amené à participer à des entités mixtes, mais bien à assumer des missions ou obligations de service public dont l'autorité fixe le contenu. Pareille collaboration peut, nous l'avons évoqué, s'inscrire dans le cadre d'une concession de service public. Mais elle peut aussi reposer, plus simplement, sur l'usage combiné du pouvoir normatif et des mécanismes d'agrément, conjugués le cas échéant avec un système de subventions.

Faut-il le rappeler, telle est la forme sous laquelle sont prestés chez nous certains services publics essentiels comme ceux qu'assument l'enseignement libre, les hôpitaux privés, les mutualités privées. La qualification de service public fonctionnel peut aussi être envisagée pour une multitude d'autres activités telles que l'accueil des enfants en bas âge, le contrôle technique des véhicules et d'autres inspections techniques de sécurité, la certification urbanistique en Région wallonne, voire certaines activités de banque ou d'assurance. La privatisation de certaines grandes activités, traditionnellement assumées par des services publics organiques, amène un regain d'intérêt pour ce concept, qui se trouve en quelque sorte revitalisé par celui du service universel.

4. Le partenariat public-privé

Comment situer le P.P.P. parmi les instruments que nous avons évoqués? Comment appréhender son contenu juridique?

Certaines figures juridiques constituent un support naturel des P.P.P. Tel est le cas en particulier de la concession de service public et de la concession de travaux publics.

D'autres procédés y semblent étrangers. Le marché public ordinaire, la subvention, la vente d'immeubles, ne comportent à première vue aucun élément relevant du «partenariat», c'est-à-dire de la recherche commune d'un résultat. Pourtant, ces procédés sont fréquemment présents dans la mise sur pied de projets répondant à notre définition large: l'organisation complexe et durable de comportements concertés entre une personne de droit public et une entreprise privée. Par exemple, un promoteur immobilier peut solliciter l'élaboration d'un plan communal d'aménagement, acquérir des biens appartenant à la commune, y assainir un site d'activité économique désaffecté en bénéficiant de certaines subventions, obtenir des permis assortis de charges d'urbanisme, et faire construire sur le site rénové un complexe de bureaux dont la commune rachètera une partie. C'est alors la combinaison de procédés juridiques qui organise la convergence des interventions publiques et privées.

C'est ce qui rend si délicate l'approche juridique de ce concept fuyant, qui couvre des réalités très hétérogènes.

Mais les définitions, en droit, n'ont guère d'intérêt qu'en fonction des conséquences qui en résultent. Or, dans la mesure où il emprunte une gamme très étendue de techniques juridiques, traversant tout le droit administratif, le P.P.P. ne relève pas de règles spécifiques qu'il serait possible de décrire comme telles. Par ailleurs, sauf texte législatif, l'existence d'un P.P.P. ne justifie pas non plus de dérogations aux règles générales du droit administratif; et, à la remarquable exception du décret flamand du 18 juillet 2003, de tels textes législatifs se comptent, en droit belge, sur les doigts d'une main.

En droit positif, il est donc particulièrement aisé de répondre à la question qui a inspiré l'intitulé de la présente contribution. Oui, le droit administratif résiste à l'épreuve des P.P.P. A vrai dire, aucune attaque frontale, aucune contradiction visible, aucun conflit de normes, ne peut être identifié.

Pourtant, il est certain que la pratique des P.P.P. pose un certain nombre de questions à la doctrine du droit administratif. Elle fait surgir des problèmes nouveaux quant à la portée, voire quant à la signification même, de certains principes. Ceux-ci apparaissent parfois aux promoteurs des P.P.P. comme des obstacles, des contraintes, des entraves inutiles au développement d'une collaboration fructueuse. Et, à l'inverse, la créativité propre aux P.P.P. peut être perçue comme une manière de contourner les exigences de droit qui s'appliquent aux relations entre les pouvoirs publics et les personnes de droit privé.

Une tension apparaît ainsi entre la rigueur de règles «classiques» et la recherche de souplesse, d'efficacité, de liberté, dont se réclament généralement les promoteurs d'un P.P.P. En l'état actuel du droit, la notion de P.P.P. semble être mise en avant essentiellement pour montrer, et le cas échéant pour écarter, les inconvénients qu'engendre l'application de certaines règles ou principes juridiques. On l'utilise moins pour prôner l'élaboration d'un cadre juridique propre que pour proposer, ou pour justifier, l'assouplissement de contraintes traditionnellement formulées par le droit public et administratif. Dans ce contexte, nous aborderons ci-après, sans prétention à l'exhaustivité, quelques-unes des questions de droit qui, se posent fréquemment à l'occasion de la mise sur pied de P.P.P. (22).

L'exercice est difficile, car il soulève de nombreuses incertitudes et met en cause, à certains égards, la conception même que l'on se fait du droit administratif. Nous nous risquons donc à des prises de position, qui sont sujettes à discussion.

(22) En laissant de côté les questions relatives au domaine public et aux finances publiques, lesquelles sont abordées dans des rapports distincts. Les questions que nous abordons ont été excellemment traitées et illustrées dans l'ouvrage récent, déjà cité, de D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, auquel nous nous référerons fréquemment.

II. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ ET L'UTILISATION DU DROIT COMMUN POUR L'ENCADREMENT DES P.P.P.

La mise sur pied d'un P.P.P. bute très fréquemment sur la question de savoir si son aménagement requiert ou non une habilitation législative.

Cette question est sans objet lorsque le partenariat emprunte uniquement la voie d'actes unilatéraux assortis de démarches de concertation ou de protocoles d'accords. Dans ce cas, il est évident que chacun des actes unilatéraux doit trouver son fondement dans la loi, et que l'encadrement informel de ceux-ci a lieu librement – sous réserve des développements que nous consacrerons au point IV à la légalité de leurs motifs –.

Le problème de l'habilitation législative apparaît lorsque la réalisation d'un partenariat implique le recours à des contrats ou à des techniques institutionnelles. La mise sur pied de tels P.P.P. est-elle possible sans autorisation expresse du législateur?

Nous voudrions aborder tout d'abord cette question sous l'angle exclusivement formel: est-il indispensable que la conclusion d'un contrat ou la constitution d'une entité structurelle soit, en tant que telle, prévue par un texte législatif? Au point suivant, nous évoquerons l'aspect matériel de la question, en introduisant les problèmes liés au contenu et à la finalité des actes en cause.

1. Les techniques contractuelles

Faut-il que chaque opération contractuelle décidée par l'administration puisse se réclamer d'un fondement législatif? Le principe de légalité pourrait dicter une réponse affirmative. Mais la rigueur d'une telle affirmation apparaît excessive dès qu'on la confronte avec les exigences élémentaires de la pratique: il est évident que l'administration, qu'elle soit fédérale, régionale ou locale, conclut journalièrement de nombreux contrats dont la loi ne souffle mot.

La première question consiste à savoir si, dans le silence de la loi, l'administration est autorisée à conclure des contrats de droit commun. Un doute peut surgir dans la mesure où certaines dispositions législatives ont précisément pour objet d'autoriser la conclusion de contrats (23). Il nous paraît toutefois que ce type de dis-

(23) Par exemple, l'article 32 du décret wallon du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, reprenant l'ancien article 28 de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales. Il est vrai qu'il s'agit ici de contrats entre personnes publiques.

position est destiné à encadrer et limiter la conclusion de contrats, plutôt qu'à lui procurer un fondement (24).

Dans la pratique administrative, chacun admet aisément que certains contrats: les baux, les polices d'assurance, l'achat d'un immeuble, peuvent être conclus sans autorisation de la loi, tandis que d'autres nécessiteraient une telle habilitation; par exemple, les emprunts ou l'octroi de garanties, et peut-être les contrats *sui generis* organisant une collaboration avec une personne privée. Sans doute, les premiers relèvent-ils plutôt de la gestion du patrimoine, tandis que les seconds dépassent ce cadre; mais cette affirmation reste assez vague, et partiellement fausse. Nous avouons ne pas voir clairement sur quelles bases on peut tracer, de manière générale, pareille ligne de démarcation (25).

A notre avis, et comme l'écrit généralement la doctrine qui aborde la question (26), 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 (27).

Si les actes unilatéraux, manifestant l'exercice de la puissance publique, doivent trouver leur fondement dans une disposition légale, la conclusion de contrats, en revanche, manifeste simplement l'exercice de la capacité juridique sous la forme de l'autonomie de la volonté et trouve son fondement dans le droit commun. Bien entendu, les règles du droit budgétaire encadrent l'exécution des obligations nées des contrats; mais cette question est traditionnellement considérée comme étrangère aux relations juridiques avec les tiers.

Le même raisonnement doit être tenu à propos des contrats administratifs. Ceux-ci ne se distinguent des contrats de droit commun que par la circonstance que soit le

(24) Ainsi, dans l'exemple cité à la note précédente, le sens de la disposition résidait surtout dans son alinéa 3, abrogé en Région wallonne et non repris dans le décret, lequel soumettait lesdites conventions à l'approbation de l'autorité de tutelle.

(25) La distinction liée au concept de gestion, ou d'exécution, peut éventuellement se défendre pour l'Etat et les entités fédérées, dans la mesure où le législateur constitue pour eux l'organe doté de la plénitude de compétence, y compris pour les engager en tant que personne juridique. En revanche, elle semble sans pertinence en ce qui concerne les personnes juridiques décentralisées.

(26) M. PAQUES, *op. cit.*, n° 107; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 28-29; W. VAN GERVEN, *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins*, Kluwer, 1984, p. 56.

(27) Sur cette question, considérée de manière générale, voyez les développements figurant aux points III et IV ci-après. En outre, la conclusion de certains contrats peut être interdite de manière plus ou moins explicite par des législations spécifiques. Ainsi, par exemple, une loi qui énumère les ressources d'un organisme public sans y citer le produit d'emprunts peut être interprétée comme excluant l'emprunt.

législateur, soit la jurisprudence, définissent un cadre juridique qui leur est propre, et qui se superpose au droit commun (28).

Aucune autorisation législative n'est requise pour permettre à une personne de droit public de conclure des marchés de travaux, de fournitures ou de services. Le bon sens suffit à s'en persuader: il va de soi qu'une personne de droit public peut acheter les biens et faire réaliser les prestations nécessaires à son fonctionnement. Il n'y a aucun motif de raisonner autrement pour les marchés publics qui empruntent la forme de marchés de promotion ou de marchés de concession de travaux, qui constituent un support juridique important des P.P.P. Dans les marges laissées ouvertes par la législation sur les marchés publics, les contractants peuvent innover sur base de l'autonomie de la volonté (29).

Il faut s'arrêter au cas paradoxal des concessions de service public. Ce type de contrat administratif n'est, en droit belge, 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. Par ailleurs, il n'y a pas de disposition de droit commun sur laquelle le régime administratif des concessions vienne se greffer. C'est donc en dehors de tout encadrement législatif que les communes, notamment, usent de ce modèle juridique dans quelques secteurs d'activités. Faut-il considérer cette pratique comme illégale? Nous ne le pensons pas (30). L'absence d'encadrement légal ne supprime pas cet instrument contractuel de la gamme des méthodes utilisables par les autorités publiques.

Ce silence de la loi crée cependant une insécurité regrettable, surtout dans le contexte actuel de renaissance de ce modèle juridique. Si le législateur devait intervenir à cet égard – ce qui est peu probable dans l'attente d'une éventuelle directive européenne –, encore faudrait-il trancher la question de la compétence. S'agit-il d'une question liée aux marchés publics, et relevant principalement à ce titre de la compétence fédérale, ou bien d'un instrument juridique parmi d'autres, dont le règlement appartient au législateur compétent pour organiser les ins-

(28) R. ANDERSEN, «Autorité et contrat dans l'administration moderne en Belgique», *Annuaire européen d'administration publique*, 1997, p. 35 et s., n° 4.

(29) Le droit belge n'oppose donc pas d'obstacle de principe au développement de techniques contractuelles diversifiées, comme celles que décrit P.-E. NOËL dans son article précité.

(30) En ce sens, D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 62. *Contra*, dans une certaine mesure, M. PAQUES, *op. cit.*, n° 142, qui indique qu'un fondement législatif est nécessaire pour l'Etat, les collectivités fédérées et les organismes d'intérêt public, mais non pour les collectivités locales. L'exigence d'un fondement légal nous semble s'appliquer non pas au procédé de la concession proprement dit, mais à toutes les formes de «sous-traitance» touchant à des missions légales (v. *infra*, point III) ou, bien entendu, aux concessions qui impliqueraient l'attribution au concessionnaire de certaines prérogatives d'autorité, par exemple la perception d'une taxe.

titutions concernées par son usage? La seconde solution nous semble la plus correcte.

A notre avis, les personnes morales de droit public n'ont donc pas besoin d'une habilitation législative pour user des techniques contractuelles. Sous réserve des législations qui leur interdisent le recours à certains contrats, comme l'arbitrage, ils disposent de la liberté contractuelle qui est inhérente à la capacité juridique. Rien ne s'oppose donc à la mise en œuvre de la créativité qu'implique l'autonomie de la volonté.

Mais cette affirmation doit s'entendre sous réserve de l'analyse de l'objet et de la finalité des contrats conclus. Si la conclusion d'un bail ou d'un marché public, ou l'octroi d'une concession, ne requièrent pas en soi un fondement législatif, il n'en reste pas moins que leur objet peut, dans certains cas, encourir des griefs de légalité; cet aspect de la question sera examiné au point suivant.

En outre, on ne peut jamais perdre de vue que la technique contractuelle présente certaines limites. *Res inter alios acta*, le contrat est par nature impuissant à régler autre chose que les relations entre les parties. S'il est opposable aux tiers, c'est seulement dans la mesure où ceux-ci doivent en reconnaître l'existence et la force obligatoire entre parties; aucune obligation ni aucun droit ne peuvent en résulter dans leur propre chef. Rien ne semble justifier que les contrats de droit administratif échappent à l'application de ces principes généraux. C'est ce qui, dans l'analyse de la concession de service public, nécessite la distinction entre les «clauses» réglementaires, réglant les conditions de prestation du service (31), et les clauses contractuelles, réglant la relation entre le concédant et le concessionnaire.

2. Les techniques institutionnelles

Lorsqu'un P.P.P. doit se doter d'une structure disposant de la personnalité juridique, il est évidemment possible d'envisager une intervention spécifique du législateur compétent, en vue de la création d'une personne morale «ad hoc», ou encore d'utiliser un type de structure de droit public qui est organisé par la voie législative, par exemple l'intercommunale.

Mais ces procédés seront souvent jugés trop lourds, et tout naturellement, les parties envisageront de recourir plutôt à des structures de droit commun. C'est alors que la question du principe de légalité se posera. Les personnes de droit

(31) Clauses qui ne peuvent être opposées aux usagers que moyennant le respect de l'obligation de publication inhérente aux procédés normatifs.

public peuvent-elles, dans le silence de la loi (32), participer à de telles structures: sociétés commerciales, associations sans but lucratif, groupements d'intérêt économique?

A notre sens, la réponse de principe est identique à celle que nous venons de formuler à propos des contrats: nous ne voyons pas pourquoi l'accomplissement de certains actes juridiques devrait *a priori* faire l'objet d'une habilitation expresse par le législateur. 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 (33).

Cette affirmation est sans doute discutable au regard des nombreux textes qui ont pour objet d'autoriser la participation à des structures de droit commun. Le cas échéant, ceux-ci doivent amener, *a contrario*, à exclure les participations qui ne répondent pas aux conditions qu'ils prévoient. Par exemple, la manière restrictive dont l'article 79 de la loi du 8 juillet 1976 règle la participation des C.P.A.S. à des sociétés à finalité sociale exclut que ces institutions puissent participer à d'autres formes de sociétés commerciales. Mais nous pensons que, lorsque le législateur ne règle rien, le principe est celui de la liberté d'agir (34) plutôt que de l'interdiction d'agir.

(32) Nous l'avons vu au point I, la question est réglée en ce qui concerne la Communauté et la Région flamandes, par les décrets du 18 juillet 2003. Elle fait l'objet, par ailleurs, de diverses dispositions spéciales. Mais elle reste fréquemment non réglée. Tel est le cas, en particulier, pour ce qui concerne la participation des communes dans des associations et dans des sociétés commerciales, ainsi que pour la création de filiales ou la prise de participations diverses par de nombreux organismes d'intérêt public.

(33) En ce sens, D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 269, les auteurs citant les nombreuses prises de position en sens contraire de la part des autorités de contrôle, notamment la Cour des Comptes et la section de législation du Conseil d'Etat. V. aussi P. BLONDIAU, «Les communes peuvent-elles participer à une société commerciale ?», *Mouv. Comm.*, 1998/11, p. 584 et s.

(34) Nous ne parlerions pas véritablement de liberté d'association, dans la mesure où l'application d'un tel concept aux institutions publiques nous semble dénué de sens. Le législateur compétent pour organiser chaque type d'institution publique peut, à notre avis, limiter comme il lui paraît bon les facultés de s'associer, sans devoir justifier de la nécessité et de la proportionnalité de ces restrictions comme il devrait pouvoir le faire s'agissant de personnes privées. Il s'agit en effet d'un choix quant au mode d'organisation institutionnel, au même titre que, par exemple, exclure le recrutement de personnel sous contrat ou la conclusion d'emprunts. La Charte européenne de l'autonomie locale, par exemple, ne reconnaît aux pouvoirs locaux le droit de s'associer que «dans le cadre de la loi» (art. 10). *Contra*, D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 308.

Mais, comme à propos des contrats, l'objet et la finalité de l'acte devront être conformes aux dispositions qui organisent la personne de droit public et déterminent ses compétences ou ses missions (35). La réponse affirmative que l'on peut faire sur le plan purement formel n'épuise donc pas le problème: celui-ci doit aussi être abordé au regard du principe de légalité, et c'est la délicate question à laquelle nous nous attachons maintenant.

(35) Les auteurs qui estiment que la participation à des associations ou sociétés est interdite sans autorisation législative justifient d'ailleurs leur position par des arguments de cette nature. Par exemple, personne ne songerait à contester la possibilité pour une société de transports urbains de participer à une Association internationale des services de transports en commun, même si sa loi organique ne l'y autorise pas explicitement. Ce qui montre bien que les objections ne tiennent pas à la nature de l'acte juridique de participation à une association, mais bien à l'objet de l'association et à la finalité de la participation.

III. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ ET LA RÉPARTITION DES TÂCHES DANS L'ORGANISATION DES P.P.P.

Le P.P.P. comporte, dit-on parfois, une répartition des tâches et des responsabilités. Il met donc en cause l'identification des compétences respectives, et, dans le chef du partenaire public, le respect de la définition légale de celles-ci.

Idéalement, le P.P.P. assigne un cadre commun à des actions que chacun des partenaires mènera dans le registre qui lui est propre. Le contrat de partenariat précise simplement quelles sont les tâches que chacun s'engage à accomplir. Les tâches du partenaire public relèvent de ses missions normales, celles du partenaire privé sont de nature telle qu'il aurait pu les accomplir d'initiative. Dans ce cas, aucune objection ne saurait être tirée du principe de légalité. Mais tous les cas ne s'inscrivent pas dans un schéma aussi limpide. Du point de vue du partenaire public, deux écueils sont à éviter: l'excès de compétence et l'abandon de compétence.

1. L'excès de compétence

Il est assez facile de définir les principes applicables à cet égard. Qu'il s'agisse de collectivités politiques ou d'organismes d'intérêt public, les personnes de droit public ne peuvent agir que dans les limites de leurs compétences légales, définies selon des techniques diverses: liste de compétences pour les collectivités fédérées, clause de compétence générale pour les pouvoirs locaux, objet social plus ou moins précis pour les organismes d'intérêt public. Toutes leurs initiatives doivent pouvoir se rattacher à leur champ légal de compétence.

Il est clair qu'une région ne pourrait participer à un P.P.P. qui l'amènerait à agir dans le domaine de la défense nationale, ou qu'une société de logement social ne pourrait s'aventurer dans un partenariat ayant un but d'expansion économique.

Le champ des compétences provinciales et communales étant imprécis, il se prête davantage aux controverses à cet égard (36). La définition de l'objet de certains

(36) On peut, par exemple, considérer que les communes ne peuvent pas participer à des sociétés commerciales parce que pareille initiative est étrangère à l'intérêt communal. Nous pensons que le concept d'intérêt communal ne peut pas être défini a priori, et certainement pas par référence à une catégorie purement formelle telle que celle-là. Si on peut sans doute estimer que l'initiative économique publique comme telle (c'est-à-dire la participation au financement et à la gestion d'entreprises dans un but de politique économique voire de simple profit financier) échappe aux communes, c'est parce qu'elle est réglée de manière complète par les législations régionales. Mais une participation dans une société commerciale peut avoir bien d'autres objectifs, par exemple fonciers, écologiques, énergétiques, et s'inscrire dès lors dans d'autres champs où la compétence communale peut trouver à s'exercer.

organismes d'intérêt public est également très vague et très large, de sorte que le principe de spécialité n'y fournit plus guère de référence utile. Mais les fondements du raisonnement à tenir restent clairs: il s'agit de vérifier si l'initiative de la personne publique demeure dans les limites des compétences que la loi lui assigne.

Il va sans dire qu'en outre, 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.

2. L'abandon de compétence

Plus délicate est la question de savoir dans quelle mesure une personne de droit public peut confier certaines de ses tâches à un partenaire privé ou à une entité mixte.

On règle facilement l'hypothèse – assez rare, parce que grossière – dans laquelle le partenaire privé ou l'entité mixte se verrait confier l'exercice de tâches impliquant la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique: réglementer, interdire, accorder des autorisations, accomplir des actes exécutoires, exercer une surveillance de type policier, etc. Sans autorisation législative expresse (37), pareille «délégation» est manifestement interdite, quelle que soit la technique juridique utilisée.

L'identification de ce qu'on entend par prérogative de puissance publique n'est cependant pas aussi simple qu'il n'y paraît. Dans les domaines les plus divers, on trouve matière à hésitation. Délivrer des diplômes, par exemple, est considéré comme un acte de puissance publique; mais qu'en est-il de certificats, attestations, constats, auxquels s'attacheraient des effets juridiques? Le contrôle d'identité et la contrainte physique sont assurément des prérogatives policières par excellence; mais en va-t-il de même lorsqu'il s'agit seulement d'empêcher une personne d'accéder à un lieu privé si elle ne décline pas son identité? Régler les conditions de prestation d'un service public est, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, un acte réglementaire; mais qu'en est-il des conditions générales fixées par le concessionnaire d'un service similaire?

S'il est clair dans son principe, le critère de la puissance publique ne s'avère donc pas toujours d'une application aisée. S'agissant d'apprécier la validité d'une

(37) Sur les limites constitutionnelles qui s'appliquent éventuellement à ce type de législation, v. les contributions de X. DELGRANGE et L. DETROUX ainsi que de S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ dans le présent ouvrage.

«délégation» à un partenaire privé ou à une entité mixte, on devra s'attacher à vérifier si l'accomplissement d'un acte similaire est ou non concevable dans les relations purement privées.

Mais la question de l'abandon de compétence se pose bien au-delà des hypothèses dans lesquelles une parcelle de puissance publique est conférée à des personnes privées. Elle peut se poser chaque fois que le P.P.P. opère une sous-traitance de missions publiques, c'est-à-dire dès qu'il permet au partenaire privé ou à l'entité mixte de se substituer à la personne publique dans l'accomplissement de certains actes, venant décharger celle-ci de tâches qui, même si elles ne revêtent pas de caractère de puissance publique, lui auraient normalement incombé.

Que penser, par exemple, d'un P.P.P. qui permettrait au partenaire privé ou à l'entité mixte de «gérer» un ensemble de biens immobiliers appartenant à une commune? Qui confierait au partenaire privé le soin de procéder au recouvrement de certaines recettes publiques, fiscales ou non fiscales? Qui organiserait une «délégation de maîtrise d'ouvrage» sur des travaux financés par la région? Ou encore, qui transférerait la gestion partielle d'un service ou d'une infrastructure pour lesquels le C.P.A.S. dispose d'un agrément? Les exemples sont nombreux.

Indépendamment des questions que ce type de situations peut soulever au regard du droit des marchés publics (38), on peut s'interroger sur sa compatibilité avec les législations organisant le fonctionnement même des personnes morales de droit public. Jusqu'à quel point celles-ci peuvent-elles recourir aux services de tiers pour accomplir des tâches qui, *a priori*, sont les leurs? Jusqu'à quel point le P.P.P. peut-il avoir pour effet de transférer vers un partenaire une partie des responsabilités incombant normalement à une personne publique?

La question surgit quelle que soit la forme juridique qui aboutit au déplacement de la capacité de gestion. Elle n'est d'ailleurs pas propre aux P.P.P.; elle peut se poser pour tout phénomène de décentralisation par services, dès que le législateur n'a pas défini de manière précise les limites de l'intervention de l'organe décentralisé, et même pour tout mécanisme de simple sous-traitance.

A notre connaissance, la doctrine et la jurisprudence ont très peu abordé cette problématique (39). C'est donc sur des bases bien fragiles que nous chercherons à formuler quelques éléments de réponse... que chacun soumettra à sa guise au feu de la critique.

(38) Voy. *infra*, point V.

(39) D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 314, évoquent seulement la position de la section de législation du Conseil d'Etat, pour laquelle les fonctions «essentielles» ne peuvent pas être confiées, même par le législateur, à des entités de droit privé.

Tout d'abord, il nous paraît clair que les personnes morales de droit public peuvent faire accomplir par des tiers un certain nombre de tâches «instrumentales», spécialisées, qui sont dissociables de son activité elle-même. Ces tâches peuvent être matérielles, techniques ou intellectuelles: on pense à l'entretien des bâtiments, à la maintenance de véhicules, à la blanchisserie dans les institutions d'hébergement, mais aussi à l'élaboration de plans d'architecture, au conseil juridique, aux services informatiques, ou à cent autres exemples faciles à imaginer. L'administration peut se procurer des services au même titre qu'elle achète des biens: il s'agit là d'un mode normal de réalisation de ses missions. Pour ce type de tâches, il lui appartient donc de répartir ce qu'elle peut effectuer utilement au sein de ses propres services et ce qu'il vaut mieux se procurer à l'extérieur.

La limite juridique d'un tel procédé tient au respect de la compétence des organes de gestion. L'exercice des compétences déléguées par le législateur ne peut pas être vidé de sens par la sous-traitance, l'expertise ou le conseil. Des intervenants externes, publics ou privés, peuvent assister les organes légalement compétents, mais sans les priver du pouvoir de décision. Quand la loi dispose qu'il appartient au collège échevinal d'assurer la direction des travaux communaux, on ne peut admettre qu'un bureau privé puisse, quel que soit l'habillage juridique retenu, jouer ce rôle en son lieu et place. Un cabinet d'avocats peut préparer des projets de textes réglementaires, mais jamais arbitrer des choix politiques quant à leur contenu. Une firme de «chasseurs de têtes» peut aider les pouvoirs publics à rechercher les meilleurs candidats à des fonctions publiques, mais pas opérer une appréciation définitive des titres et mérites.

Nous n'apercevons pas d'autres limites juridiques à poser à cet égard. L'ampleur du recours à la sous-traitance par certaines administrations laisse parfois songeur; mais ce débat doit être mené plutôt en termes d'efficacité, d'efficience et de bonne gestion, qu'en termes juridiques. Le cas échéant, les procédés de tutelle, le contrôle administratif et financier, et par exemple le contrat de gestion, peuvent réguler le recours à la sous-traitance ou à la filialisation.

Au-delà des tâches «instrumentales», il reste à appréhender les situations dans lesquelles une personne morale de droit public convient avec un partenaire que celui-ci accomplira des tâches qui relèvent directement de sa propre activité principale. Par exemple, un organisme public de transports urbains pourrait-il, sans fondement législatif explicite, s'associer avec un partenaire privé pour assurer les déplacements nocturnes? Il est tentant de répondre clairement par la négative, et de dire qu'une autorisation non équivoque du législateur est indispensable pour permettre la filialisation d'une activité, sa sous-traitance, sa concession, en somme toutes les opérations qui consistent à se décharger d'une partie de la mission ou compétence légale.

A la réflexion, force est pourtant d'en venir à une position plus nuancée.

Le réflexe legaliste trouve tout son sens lorsque la mission assumée par la personne de droit public est une mission exclusive. Par exemple, on ne conçoit pas que la région privatise un segment d'autoroute, que les communes sous-traitent la tenue des registres de la population, ou qu'une société publique chargée de la distribution de l'eau choisisse d'accomplir une partie de cette mission via une société mixte. Dans tous ces cas, la loi assigne aux institutions visées, et, sauf autorisation expresse, à elles seules, la compétence et l'obligation d'assurer une mission de service public bien définie. La privatisation de cette mission, fût-elle menée sous la forme douce d'un P.P.P., doit recevoir l'aval du législateur. A cet égard, des opérations comme les «cross-boarder lease» qui sont menés en matière d'égouttage nous semblent appeler de nettes réserves.

Mais toutes les activités des personnes de droit public ne présentent pas ces caractéristiques. Souvent, elles se voient simplement habilitées à agir dans un domaine déterminé, à assumer une activité qui doit cohabiter avec celles d'autres acteurs, et dont la consistance concrète n'est pas précisée. Elles sont alors dotées d'une capacité d'initiative, plutôt qu'investies d'une compétence.

La vocation d'une intercommunale de développement économique, par exemple, est de cette nature. Il en va de même des compétences d'une province ou d'une commune en matière d'encouragement au tourisme. Un port autonome est à la fois investi de la compétence (obligatoire et exclusive) d'exploitation des infrastructures portuaires proprement dites, et d'une mission (plus ouverte) de promotion de la voie d'eau ou de développement économique des zones portuaires. Pour désigner ce genre de compétences, nous parlerions de «missions d'initiative».

Dans ce genre de cas, le recours à des formules de P.P.P. n'apparaît pas nécessairement comme un abandon de compétence. En convenant de confier – ou de laisser – à un partenaire privé, un certain nombre de tâches, la personne de droit public ne transfère vers le secteur privé aucune prestation que ce dernier n'aurait pas pu assumer de son propre chef. Elle ne se décharge pas non plus de ce qui lui incombe nécessairement. L'intervention du partenaire privé lui permet souvent, au contraire, de mener à bien une action qu'elle n'aurait pas pu entreprendre seule.

En ce sens, le procédé peut au contraire constituer un moyen adéquat, voire privilégié, pour mener à bien une mission légale qui s'exprime plus en termes d'autorisation que d'obligation. On aperçoit mal, dans cette mesure, ce qui interdirait à la personne de droit public de le mettre en œuvre, même dans le silence de la loi.

Le recours aux procédés de partenariat devra bien sûr, comme nous l'avons indiqué à propos des tâches instrumentales, respecter les limites résultant de

l'attribution légale de certaines compétences. Il trouvera aussi ses limites dans des principes ou dispositions légales propres à certaines matières. Par exemple, les subventions doivent être utilisées aux fins pour lesquelles elles sont accordées; ceci exclurait, par exemple, un partenariat prévoyant que des subventions perçues par la commune au titre de l'amélioration des espaces publics urbains entrent dans le capital d'une société mixte constituée en vue de la rénovation d'un quartier.

Pour le surplus, les éventuels excès du recours au P.P.P. pourront être sanctionnés au titre de la bonne gestion, et, sans doute, du principe de proportionnalité. On devrait juger illégal un P.P.P. qui couvrirait l'ensemble de la mission d'une personne de droit public, de sorte que celle-ci se bornerait à jouer un rôle de partenaire dans des sociétés «holdings», voire de simple régulateur. Le P.P.P. doit demeurer un instrument partiel, un mode de réalisation de certains projets, mais il ne peut pas absorber l'initiative publique.

Nous pouvons donc récapituler comme suit notre point de vue. A défaut de dispositions légales explicites:

- a) les tâches instrumentales peuvent être sous-traitées ;
- b) les missions exclusives ne peuvent donner lieu à des sous-traitances, filialisations ou autres formes de privatisation, même dans le cadre de P.P.P.;
- c) les missions d'initiative peuvent donner lieu à l'utilisation de ces techniques, dans le respect d'un principe de proportionnalité.

Certes, la distinction entre les missions exclusives et les missions d'initiative pêche par son imprécision. Nous avons essayé de traduire par là les lectures fondamentalement différentes qu'inspirent les législations qui définissent les compétences des multiples acteurs publics que l'on peut trouver impliqués dans des opérations de P.P.P.

IV. LES ACTES UNILATÉRAUX INTÉGRÉS DANS UN P.P.P., OU LES LIMITES DE LA CONTRACTUALISATION

Qu'ils soient ou non soumis à l'obligation de motivation formelle, les actes des autorités administratives doivent, pour résister au contrôle de légalité, reposer sur des motifs «légalement admissibles». Ce principe constitue l'une des bases de la théorie de l'acte administratif. Il ouvre à la Haute juridiction administrative un champ d'appréciation considérable: on peut y rattacher, en bonne partie, la démarche d'élaboration jurisprudentielle des principes de bonne administration.

Lorsqu'un acte administratif s'inscrit dans le cadre d'un P.P.P., ses motifs mettent forcément en évidence la convergence entre intérêt public et initiative privée. Dans quelle mesure une telle référence est-elle «légalement admissible»? Le risque de l'excès, voire du détournement de pouvoir, n'est-il pas omniprésent?

Cette question se pose pour toutes les décisions de l'administration, mais elle apparaît avec plus d'acuité lorsqu'il s'agit d'un acte unilatéral, adopté en exécution d'une législation qui poursuit des objectifs spécifiques.

Nous prendrons deux exemples de cette problématique.

Le premier est celui d'une autorisation de police générale, portant sur le déroulement d'un festival de spectacles en plein air, moyennant le respect d'un certain nombre de conditions touchant à la sécurité, à l'aménagement des accès, et au maintien de l'ordre. Pourrait-on motiver cette autorisation par l'intérêt touristique du festival, la présence de la commune au sein du comité qui l'organise, et les retombées favorables qu'il engendre pour les finances communales? Pourrait-on assortir l'autorisation d'une condition mettant à charge des organisateurs l'entretien des voiries et l'enlèvement des déchets ménagers au sein du périmètre du festival, pendant toute la durée de celui-ci; voire d'une condition de nature sociale, par laquelle ils s'engageraient à recourir aux services de bénéficiaires d'aide sociale résidant dans la commune?

Le second exemple est celui d'une demande de permis d'urbanisme déposée dans le cadre d'une opération de P.P.P. Cette demande doit évidemment être examinée en fonction des critères ordinaires d'appréciation urbanistique: le zonage, le bon aménagement des lieux, la compatibilité avec le caractère de la zone, etc. Mais, dans l'application de ces critères, l'administration peut-elle, ou doit-elle, tenir compte de l'existence d'un P.P.P.? Peut-elle, par exemple, considérer que les nuisances causées au voisinage par le projet trouveront une compensation dans les améliorations de voirie que le P.P.P. permet de financer? Ou qu'un complexe de bureaux qui fait partie d'un ensemble couvert par un P.P.P. s'insère dans un équipement «de service public ou communautaire» au sens de l'article 110 du

CWATUP, ce qui permet d'en autoriser l'implantation dans n'importe quelle zone?

Ces deux exemples nous paraissent mettre en évidence deux principes essentiels.

Un premier élément résulte directement du principe de légalité. Les qualifications légales doivent être respectées et appliquées telles quelles. L'existence d'un P.P.P. ne permettrait pas, par exemple, de baptiser équipement communautaire un complexe de bureaux. Ni d'étendre à une opération privée le bénéfice d'une exonération fiscale visant les biens d'utilité publique. Pas plus qu'on ne peut considérer comme affecté à l'usage public un bien destiné à une exploitation commerciale, selon la jurisprudence du célèbre arrêt *Liébin et Baudry* (40).

L'existence d'un P.P.P. peut, en revanche, apparaître dans les motifs d'un acte administratif, dès lors que la législation laisse à l'autorité une marge d'appréciation dans le cadre de laquelle il lui appartient de se prononcer en opportunité. Les choix qu'elle pose dans l'intérêt public peuvent alors intégrer, sous le contrôle du juge, tous les avantages que présente à son estime le recours au P.P.P. Ce concept pourra intervenir pour manifester et rendre explicite la synergie des comportements publics et privés. Tel pourrait être le cas, par exemple, pour justifier l'octroi d'une dérogation à un règlement d'urbanisme ou le recours à la procédure de gré à gré pour la vente d'un bien immobilier appartenant à une commune (41).

Mais, même dans ce cas, les motifs de l'acte doivent rester en relation avec la finalité qu'il poursuit intrinsèquement et traduire une appréciation indépendante de l'autorité compétente. Un permis d'urbanisme ne peut être motivé que par des éléments urbanistiques; une autorisation de police, que par des éléments relatifs au maintien de l'ordre. Si légitimes soient-elles, d'autres considérations, financières ou sociales, par exemple, ne peuvent justifier ni l'un ni l'autre. De même, la participation des pouvoirs publics au projet considéré ne peut pas être retenue comme un élément pertinent, même s'il semble évident qu'elle influence, en fait, la décision. L'existence d'un P.P.P. ne peut donc pas être prise en considération si sa finalité est étrangère aux objectifs de l'acte considéré.

Le même raisonnement doit être tenu à propos des motifs de refus et des conditions dont un acte s'assortit. En principe, une autorisation de police ou un permis d'urbanisme ne peuvent donc pas être conditionnés par des éléments

(40) C.E., n° 16.159, du 6 décembre 1973, *R.J.D.A.*, 1974, p. 107 et s. Dans cet arrêt, qui se rapporte à une opération qu'on qualifierait aujourd'hui de P.P.P., le Conseil d'Etat ne s'est pas réellement prononcé sur l'utilité publique de l'expropriation contestée, mais bien sur l'affectation du bien à «l'usage public», condition indispensable pour que l'expropriation puisse être entreprise sans fondement légal explicite.

(41) Si l'on suit la jurisprudence d'un arrêt isolé du Conseil d'Etat, rendu en référé, qui érige en règle le recours à la vente publique: v. *infra*, point VI.

étrangers aux objectifs de la législation dans laquelle ils s'inscrivent. La validité de telles conditions serait hautement contestable, même si les voies contentieuses d'une telle contestation ne sont pas toujours limpides (42).

En outre, l'appréciation de l'autorité compétente doit s'opérer au moment de l'adoption de l'acte, et dans le respect des procédures qui l'encadrent, exigence que des engagements contractuels antérieurs ne peuvent que fausser (43).

L'approche globale qui caractérise le P.P.P. ne peut amener à méconnaître ces exigences de «spécialité» et d'indépendance propre au contrôle des motifs. Si le domaine des polices administratives en fournit les exemples les plus parlants, il n'est pas le seul auquel elle s'applique: tous les actes administratifs unilatéraux y sont soumis. Leur validité s'apprécie au moment de leur adoption, en fonction de la légalité des motifs qui, à ce moment, le justifient.

Lorsqu'on veut insérer un acte unilatéral dans un P.P.P., il faut donc le dissocier des engagements pris par le bénéficiaire dans d'autres domaines, et il ne peut être adopté qu'en fonction d'une appréciation autonome.

Le raisonnement que l'on peut tenir ainsi pour les actes unilatéraux individuels, vaut à plus forte raison en ce qui concerne les actes normatifs, fondamentalement gouvernés par la loi du changement. L'aménagement même des institutions interdit d'entraver l'appréciation des autorités compétentes pour légiférer ou réglementer. Elles doivent garder la libre appréciation de l'opportunité d'agir dans le sens qu'elles jugent conformes à l'intérêt général.

Ce constat marque une limite importante, et sans doute une faiblesse capitale, du procédé contractuel dans l'organisation des P.P.P. Les pouvoirs publics peuvent certes s'engager sur le plan des obligations patrimoniales. Mais ils ne peuvent pas s'engager quant à l'exercice futur de leurs compétences de décision unilatérale, qui sont hors commerce. A notre avis, et même si cette vision des choses peut sembler simpliste, les clauses par lesquelles un accord de partenariat garantirait l'octroi d'une exonération fiscale, l'absence d'intervention réglementaire dans un sens déterminé, ou encore l'octroi d'une autorisation quelconque, seraient en-

(42) On souligne souvent que la contestation de conditions illégales, par exemple pour défaut de proportionnalité, est difficile parce que la condition n'est pas dissociable de l'autorisation. Ce raisonnement est tout à fait pertinent pour les contestations émanant du «bénéficiaire» de l'autorisation. Mais, du point de vue des tiers, un permis peut être contesté parce qu'il est assorti de conditions illégales: il est logique de considérer qu'il n'a été délivré qu'en raison de l'imposition de ces conditions, qui constituent donc un motif illégal de la décision.

(43) La tenue d'une enquête publique en matière d'urbanisme, par exemple, n'a aucun sens réel si l'autorité s'est engagée à délivrer le permis sollicité, ou si elle a prévu qu'elle sera redevable de pénalités financières en cas de refus.

tachées de nullité absolue (44). A notre avis, de tels engagements ne peuvent être admis qu'à condition d'être expressément autorisés par le législateur (45).

Toutefois, il est à notre connaissance assez rare de rencontrer des clauses portant directement pareils engagements. La question que l'on rencontre est plutôt celle de la validité d'un engagement à compenser financièrement l'exercice «néfaste» des prérogatives unilatérales.

Pareille hypothèse est connue de longue date, au titre de la compensation du «fait du prince» et/ou de la théorie de l'imprévision. Le droit des marchés publics reconnaît à l'adjudicataire le droit de se prévaloir de modifications adoptées par son cocontractant ou une autre autorité publique, et rendant impossible l'exécution du marché aux conditions convenues (46). Dans les concessions de service public, l'indemnisation intégrale est de règle pour le «fait du prince» émanant du concédant; s'il émane d'autres autorités, la théorie de l'imprévision peut être invoquée pour obtenir une compensation partielle (47). Dans les autres types de partenariat, on se posera la question de la validité de telles clauses, lorsqu'elles portent sur le fait du contractant public lui-même (48). La question est importante pour la sécurité juridique de nombreux accords de partenariat (49).

(44) M. PAQUES, *op. cit.*, n° 288 à 290 et n° 305. R. ANDERSEN, «Autorité et contrat dans l'administration moderne», art. cité, n° 8 à 13, semble au contraire admettre le recours au contrat même sans fondement légal, si l'intérêt public y trouve son compte. Il invoque comme «contrepois» la faculté de résiliation unilatérale qui permet en tout état de cause à l'administration de se délier de ses engagements. Mais, outre qu'elle n'est pas admise unanimement et clairement par la jurisprudence, cette faculté ne peut s'exercer que moyennant une indemnisation intégrale du cocontractant, ce qui en relativise fortement la portée. L'auteur exclut de cette solution les matières de police et la fiscalité. D. D'HOOGE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 41 à 53, développent une vision assez favorable à la possibilité de contracter, mais ils ne précisent guère quand leur propos vise des situations réglées par la loi ou non. Ils concluent en tous cas en soulignant l'obligation de sauvegarder la liberté d'appréciation de l'autorité (n° 53, 5°).

(45) Le contrat de programme en matière de réglementation des prix, et les conventions sectorielles en matière d'environnement, fournissent les principaux exemples de législations qui permettent à l'autorité publique de se lier par contrat en s'interdisant d'user de leurs prérogatives unilatérales. V. R. ANDERSEN, «Autorité et contrat dans l'administration moderne», art. cité, n° 6-7.

(46) Art. 16, § 2, du cahier général des charges.

(47) *R.P.D.B.*, compl. 2, v° Concession, n° 165 à 183.

(48) Les clauses portant sur la compensation financière de mesures adoptées par une autorité autre que le contractant public ne soulèvent pas ce problème, puisqu'elles ne compromettent pas la liberté d'appréciation de l'autorité compétente.

(49) A titre d'exemple, v. J. DE BEYS, «La décision de la Commission européenne du 12 février 2004 sur les aides d'Etat accordées à Ryanair», *C.H. CRISP*, 2004, n° 1852, pp. 10-11, qui décrit l'engagement pris par la Région wallonne en cas de modification des règles relatives aux horaires des vols ou des taxes aéroportuaires. V. aussi les exemples cités par P.-E. NOËL, art. cité.

Il est particulièrement difficile de se prononcer à ce propos.

D'une part, l'autonomie de la volonté ne permet-elle pas aux contractants d'assurer l'équilibre économique de leur accord, et de garantir aux investisseurs une sécurité juridique qu'ils ne manqueront pas de présenter comme la condition *sine qua non* de leur intervention? Ce mécanisme n'est-il pas érigé en norme dans la figure des concessions de service public? N'est-il pas admis que la faculté de modification et de résiliation des contrats administratifs ne s'exerce que moyennant l'indemnisation du contractant (50)?

Mais, d'autre part, comment admettre que l'appréciation de l'autorité dans des matières d'ordre public soit influencée par les obligations d'indemnisation stipulées par un contrat, peut-être conclu par les précédents titulaires des fonctions politiques? L'abus de clauses de ce genre – spécialement dans les contrats de longue durée – n'est-il pas de nature à compromettre l'exercice normal des pouvoirs, et à rendre excessivement onéreuses des mesures nécessaires à l'intérêt public?

Sans doute doit-on trouver les éléments de réponse dans le principe de la légitime confiance, qui est reconnu en droit public et constitue donc une limitation admissible de la liberté d'appréciation des autorités publiques. L'exercice dépasse les limites d'une contribution comme celle-ci, et nous esquissons seulement quelques éléments de réflexion.

Il y a sans doute une distinction à faire entre les aléas raisonnablement prévisibles et les autres. Si un projet implique la délivrance d'un permis, le risque d'un refus ou de l'imposition de conditions est connu de tous, et on ne saurait parler de «légitime confiance» dans la délivrance d'un permis totalement conforme à la demande. Mais l'action unilatérale présente aussi des aléas moins prévisibles. Ceux-ci peuvent, dans certains cas, avoir une portée équivalente à une résiliation unilatérale du contrat; pour prendre un exemple extrême, l'interdiction par voie législative de l'exercice même de l'activité qui fait l'objet du partenariat. La clause qui organise l'indemnisation dans pareils cas doit être reconnue comme valable (51). Lorsque la mesure unilatérale a seulement pour effet de modifier les conditions d'exécution du contrat, la validité des clauses de garantie devrait être subordonnée à une proportionnalité raisonnable entre l'étendue de la clause et l'équilibre économique du contrat, compte tenu de la nature des engagements pris en contrepartie.

(50) Dans la jurisprudence récente, v. Brux., 31 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 568. La Région de Bruxelles-Capitale avait conclu un accord de coopération avec l'Etat, de manière à céder à ce dernier la charge de certains travaux publics. L'arrêt condamne la Région à indemniser le contractant qu'elle avait déjà chargé des études préalables à ces travaux (contrat dont elle n'avait apparemment tenu aucun compte dans la négociation de l'accord de coopération).

(51) Certains types d'actes unilatéraux pourraient donc être contractuellement qualifiés d'équivalents à une résiliation.

V. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LégISLATION SUR LES MARCHÉS PUBLICS ET LES P.P.P.

Cette question représente à coup sûr l'un des aspects les plus commentés des P.P.P., et elle a fait l'objet de plusieurs contributions éclairantes (52). Nous n'y consacrerons donc pas de très longs développements.

1. La mise sur pied du P.P.P. et le droit des marchés publics

On peut tout d'abord s'interroger sur la qualification des opérations de création d'une structure de P.P.P. en tant que marchés publics.

On connaît la manière dont la législation actuelle définit son champ d'application. Elle s'applique aux contrats à titre onéreux. Les techniques unilatérales et institutionnelles sont donc, en tant que telles, exclues. La jurisprudence de la Cour nous paraît constante sur ce point. La Commission n'hésite cependant pas à affirmer, dans le Livre vert sur le partenariat public-privé (53) que *«les principes du droit des marchés publics et des concessions s'appliquent également lorsque l'attribution d'une mission se réalise par le biais d'un acte unilatéral (par exemple un acte législatif ou réglementaire).»* En ce qui concerne le droit des marchés publics, nous n'apercevons pas le fondement d'une telle affirmation, sauf à établir un détournement de procédure (54).

Dans les P.P.P. contractuels, quels sont ceux qui relèvent de la discipline des marchés publics?

La définition du marché public de travaux est certainement celle qui recèle le plus de difficultés au regard de la mise sur pied de P.P.P.. Elle s'étend en effet à tout contrat à titre onéreux ayant pour objet *«de faire réaliser, par quelque moyen que*

(52) Outre les développements figurant dans les ouvrages précités de D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, v. A. DELVAUX et F. MOÏSES, *Droit bancaire et financement des marchés publics, Dossier du J.T.*, n° 24, Larcier, 2000; P. FLAMEY et Kris WAUTERS, «Le partenariat public-privé et les marchés publics», *C.D.P.K.*, 1999, p. 62 et s.; Ph. FLAMME et M.A. FLAMME, «Partenariat et financement privé face aux directives européennes sur les marchés publics», in: *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Kluwer, 1997, p. 115 et s., qui citent surtout de nombreux exemples; A.L. DURVIAUX et N. THIRION, «Les modes de gestion des services publics locaux, les marchés publics et le droit communautaire», *J.T.*, 2004, p. 17 et s.; A. DELVAUX, J.F. MOÏSES et J.F. JAMINET, «Partenariat public-privé et droit communautaire des marchés publics et des concessions ou la délicate «legal due diligence» des P.P.P.», *Entr. et dr.*, 2004/3, p. 209 et s., ainsi que notre étude «L'avenir des services publics locaux: le point sur la jurisprudence de la Cour de Justice», *Mouv. comm.*, à paraître.

(53) COM (2004) 327 final, 30 avril 2004. V. la note 52, p. 19.

(54) D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 358 à 360.

ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur» (55). Si, en principe, une transaction immobilière ne peut être qualifiée de marché public (56), pareil risque existe si la convention aboutit à faire ériger par le cocontractant un ouvrage répondant aux caractéristiques précisées par le pouvoir adjudicateur. Dans la réglementation actuelle, les dispositions relatives aux marchés de promotion visent notamment l'octroi d'un droit d'emphytéose ou de superficie en vue de la construction d'ouvrages (57) qui peuvent être destinés à répondre aux besoins de tiers (58). Pour pouvoir conclure à l'existence d'un marché de promotion, lorsque l'ouvrage n'est pas destiné à revenir à la personne publique, encore faut-il au moins, à notre avis, que ce soit bien le pouvoir adjudicateur qui assume le prix du marché, c'est-à-dire une contrepartie (en espèces ou en nature) correspondant à la valeur économique des prestations de l'adjudicataire (59).

Par ailleurs, la concession de travaux est définie comme une variante du marché public de travaux, malgré qu'elle présente des caractéristiques foncièrement différentes de tous les autres marchés (60). La Commission européenne a indiqué les éléments de distinction entre marché de travaux et concession de travaux dans une communication interprétative (61).

En ce qui concerne les services, il faut essentiellement rappeler que les concessions de service public – ou, selon l'expression du droit communautaire, les concessions de services – restent étrangères au droit des marchés publics. Cette conclusion qui ressort assez aisément du sens clair des textes est confirmée par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, qui s'est

(55) Loi du 24 décembre 1993, art. 5.

(56) C.J.C.E., aff. C-331/92, du 19 avril 1994. V. A. DELVAUX, F. MOÏSES et J.F. JAMINET, art. cité, n° 11, et les références citées; D. DÉOM et (mise à jour) Chr. THIEBAUT, «Gestion du patrimoine immobilier des personnes de droit public» in: *Guide de droit immobilier*, f.m., VII.2.1.

(57) A.R. du 8 janvier 1996, art. 21.

(58) A.R. du 26 septembre 1996, art. 14.

(59) A.R. du 26 septembre 1996, art. 24. Cette condition exclut par exemple du marché de promotion un acte par lequel un pouvoir public vend un terrain qui lui appartient, à charge pour l'acheteur d'y ériger du logement moyen. Le promoteur ne sera en aucun cas rémunéré par le pouvoir public. Sur la nécessité du paiement d'un prix comme condition de la définition du marché public, v. A.L. DURVIAUX et N. THIRION, art. cité, n° 26; A. DELVAUX, F. MOÏSES et J.F. JAMINET, art. cité, n° 12; Ph. FLAMME et M.A. FLAMME, art. cité, évoquent plutôt l'exigence que le bien entre dans le patrimoine de la personne publique, mais, même si elle paraît logique, cette condition est difficilement conciliable avec les termes littéraux de la réglementation. V. aussi D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 113 et s.

(60) A. DELVAUX, F. MOÏSES et J.F. JAMINET, art. cité, n° 14 à 17.

(61) 29 avril 2000, *J.O.C.E.*, 2000, C-121, p. 21; *A.P.T.* 2000/1, p. 69.

penchée sur la question de manière approfondie dans l'arrêt *Telaustria* (62). La Cour y définit la concession comme un contrat par lequel une entreprise reçoit en contrepartie de ses prestations, non pas une rémunération, mais «*le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation*». Le critère déterminant est donc la prise en charge par l'opérateur du risque économique lié aux aléas de l'exploitation, ou du moins d'une partie significative de ce risque.

2. Le fonctionnement du P.P.P. et le droit des marchés publics

Une fois l'entité constituée, encore faut-il déterminer dans quelle mesure les contrats qu'elle conclura en tant qu'entrepreneur ou prestataire de services seront des marchés publics. La question se confond parfois avec le processus de constitution lui-même (63), mais elle s'en distingue pourtant en soi.

On vise ici les travaux, services ou fournitures que l'entité issue du P.P.P. effectue pour compte de son propre partenaire public.

Le droit communautaire tranche actuellement la question: le droit des marchés publics, et donc la mise en concurrence systématique, s'applique même aux contrats à titre onéreux par lesquels un pouvoir adjudicateur fait appel à son «partenaire privilégié», qu'il s'agisse d'une entité publique ou mixte.

Cette solution a été adoptée par la Cour de justice des Communautés européennes dans le célèbre arrêt *Teckal* (64). Devant se prononcer sur le contrat qu'une commune italienne avait conclu avec un organisme de type intercommunal en vue de la gestion du chauffage de certains bâtiments communaux, la Cour a statué comme suit. Pour que le droit des marchés publics s'applique, «*il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.*» Seule la réunion de ces deux critères permet de considérer que la relation juridique s'opère «in house», et peut se nouer en dehors de la législation sur les marchés publics.

(62) Aff. C-324/98, du 7 décembre 2000. L'arrêt se rapporte aux secteurs spéciaux, mais la solution est identique pour les concessions de services publics s'inscrivant dans le régime général: C.J.C.E., aff. 358/00, du 30 mai 2002.

(63) Spécialement lorsque le P.P.P. est mis sur pied en vue d'une seule opération immobilière, fût-elle de grande envergure.

(64) Aff. C-107/98, du 18 novembre 1999. V. not. A.L. DURVIAUX et N. THIRION, art. cité; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 106 et s.; D. DÉOM, «Quelques réflexions sur la liberté d'association appliquée aux communes», *Mouv. comm.*, 2003, p. 451 et s.

L'application de cette jurisprudence est problématique, en particulier en ce qui concerne la première des conditions formulées par la Cour. La jurisprudence à venir devra préciser jusqu'à quel point un pouvoir de tutelle ou une majorité dans l'actionnariat suffisent à satisfaire aux conditions formulées par l'arrêt *Teckal*.

Dans un arrêt du 8 mai 2003 (65), la Cour a à nouveau abordé cette problématique, mais de manière incidente et très brève. Devant vérifier si certaines dépenses pouvaient être financées par le FEOGA, ce qui implique qu'elles soient exposées conformément au droit communautaire, la Cour a considéré que les autorités espagnoles étaient en droit de recourir aux services d'une société publique, dénommée «Tragsa», sans devoir passer par un appel d'offres. L'arrêt constate simplement que cette société d'Etat, au capital de laquelle les communautés autonomes peuvent participer, est tenue d'effectuer, à titre exclusif, les travaux qui lui confient les pouvoirs publics, de sorte qu'elle constitue un «moyen instrumental» et un «service technique» de l'administration espagnole. Dans ses conclusions précédant un autre arrêt, du 7 décembre 2000 (66) – qui ne s'est finalement pas prononcé sur le problème –, l'avocat général M. Léger semble renvoyer au droit national la question de savoir si la propriété du capital suffit ou non à justifier de l'existence d'un «contrôle analogue» au sens de l'arrêt *Teckal*. La question reste donc entourée d'une certaine imprécision.

Les conclusions de l'avocat général dans une affaire en cours (67), déposées le 23 septembre 2004, soulignent les quelques éléments suivants, en renvoyant largement au droit national:

- l'existence d'un «contrôle analogue» n'est pas exclue du seul fait de la participation d'actionnaires privés dans la société «adjudicataire»;
- le taux de participation au capital ne suffit pas à caractériser l'existence d'une relation «in house», il faut avoir égard aux contrôles effectifs;
- un contrôle portant uniquement sur les décisions stratégiques ou sur les décisions d'adjudication ne suffit pas à satisfaire au critère du contrôle analogue.

Pour situer correctement la portée du problème, il faut souligner que l'arrêt *Teckal* vise une hypothèse où les prestations étaient fournies à la commune sur la base d'un contrat et moyennant paiement d'un prix. L'arrêt n'aborde donc pas la qualification des relations juridiques qui empruntent d'autres procédés, par exemple lorsqu'un organisme est créé en vue d'une mission statutaire qu'il accomplit pour compte d'un pouvoir public sans rémunération spécifique de chacune de ses interventions. Il n'exclut donc pas nécessairement la thèse, généra-

(65) Aff. 349/97.

(66) Aff. 94/99.

(67) Aff. 26/03.

lement retenue en droit interne (68), qui consiste à exclure l'application de la réglementation des marchés publics lorsque l'organisme est «substitué» au pouvoir public dans une mission statutaire, de sorte que ce dernier n'a ultérieurement plus le choix de recourir à l'organisme ou non.

En outre, on ne saurait perdre de vue que les dispositions régissant les marchés de services ne s'appliquent pas lorsque les prestations s'effectuent dans le cadre d'un droit exclusif conféré par des dispositions législatives ou réglementaires «publiées et conformes au traité instituant la Communauté européenne» (69). L'arrêt *Teckal* n'a pas pu se prononcer sur la portée de cette disposition, puisqu'il avait trait à une hypothèse de marché de fournitures.

Si on veut conserver quelque substance à l'initiative des pouvoirs publics en tant que prestataires de services, il est important que le développement de la jurisprudence *Teckal* ménage l'hypothèse de la substitution, et surtout la possibilité d'organiser les relations juridiques avec l'opérateur sur une autre base que la figure du contrat assorti d'un prix. Les pouvoirs publics doivent disposer d'une marge de liberté suffisante pour l'aménagement d'entités, qu'elles soient publiques ou mixtes, en vue de l'accomplissement d'activités économiques d'intérêt général. Cette problématique apparaît de manière plus claire si on la met en rapport avec le «droit communautaire des concessions», que nous abordons au point VI.

3. L'assujettissement du partenaire privé au droit des marchés publics

Il y a encore lieu de vérifier si le partenaire privé impliqué dans un P.P.P. ne devient pas, de ce fait, un pouvoir adjudicateur.

Ce risque n'existe normalement pas pour le partenaire privé lui-même (70), à ceci près que le concessionnaire de travaux publics est soumis à certaines exigences de publicité lorsqu'il sous-traite des travaux couverts par la concession (71). Un partenariat dont le but (voire simplement le résultat) serait de faire passer par le partenaire privé des marchés destinés en réalité au partenaire public et dont le coût serait supporté par ce dernier, serait à coup sûr entaché de fraude à la loi.

(68) V. notamment P.J. DELAHAUT, «L'arrêt *Fédération nationale des entrepreneurs routiers* ou la fin du socialisme municipal», *A.P.T.*, 1983/2, p. 85 et s.; Ph. QUERTAINMONT, «La concurrence du secteur public au secteur privé», *A.P.T.*, 1982/3, p. 137. Sur les problèmes que suscite l'actualisation de cette thèse au regard de la loi du 24 décembre 1993, spécialement son article 3, § 2, v. toutefois M. NIHOUL, «Le régime juridique des marchés publics de certaines entreprises publiques fédérales et régionales», *A.P.T.*, 1995/3, p. 149 et s.

(69) A.L. DURVIAUX et N. THIRION, art. cité, n° 22.

(70) Celui-ci peut cependant acquérir, s'il dispose de droits spéciaux ou exclusifs dans les secteurs spéciaux, la qualité d'entité adjudicatrice au sens du livre II de la loi.

(71) Art. 25 de la loi du 24 décembre 1993 et A.R. du 18 juin 1996.

En revanche, les structures mixtes dans lesquelles le partenaire public occupe une position majoritaire répondront le plus souvent à la définition de pouvoir adjudicateur (72).

(72) Nous ne développons pas plus amplement ce point, largement traité dans la doctrine relative aux marchés publics en général et dans les diverses contributions précitées.

VI. LA PORTÉE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET DU DROIT DE LA CONCURRENCE

La notion même de partenariat implique l'idée d'une convergence, d'une connivence, entre un acteur public et un acteur privé qui conviennent d'agir de concert. Il évoque donc immédiatement le problème de l'égalité de traitement.

Concrètement, on doit se demander si l'autorité a le libre choix du partenaire privé ou si elle est tenue de procéder à une publicité, de comparer les propositions, de justifier son choix. Cette question n'a de sens que lorsque l'opération de partenariat échappe à la législation sur les marchés publics. Comme nous venons de le voir, il en va ainsi pour des conventions purement immobilières et pour les concessions de service public, ainsi que pour toutes les techniques institutionnelles (constitution d'associations et de sociétés mixtes).

En droit interne, le principe d'égalité s'applique bien entendu aux actes administratifs individuels. Mais, contrairement à ce que l'on observe à propos des actes normatifs, ses développements jurisprudentiels sont ici assez inégaux, sans doute parce que son application postule la comparabilité des situations. Si ce n'est dans le droit de la fonction publique, il n'a que rarement été conçu comme imposant par lui-même (donc hors l'intervention du législateur) le recours à des procédures bien définies. Il n'implique pas l'interdiction de recourir au contrat (73), au traitement différencié (74), à l'appréciation cas par cas (75), pourvu que chaque décision repose sur une motivation objective.

Dans le domaine des contrats conclus par l'administration, l'application du principe d'égalité est certaine (76), mais ses conséquences procédurales sont peu développées. A propos de la gestion des biens, par exemple, la jurisprudence souligne certes l'importance du principe d'égalité dans le traitement des offres (77), mais sans formuler de règles procédurales rigides. Contrairement à sa jurisprudence antérieure bien établie, le Conseil d'Etat a cependant considéré que

(73) En ce sens, voy. par exemple l'arrêt de la Cour d'arbitrage, n°52/2000, qui admet le recours au procédé contractuel pour l'autorisation des établissements de jeux de hasard. Le Conseil d'Etat souligne l'obligation d'une appréciation cas par cas lors de la conclusion de telles conventions: arrêts n° 104.314, du 5 mars 2002, et 104.527, du 8 mars 2002.

(74) En matière d'enseignement, par exemple, le principe d'égalité ne va pas jusqu'à imposer des motivations comparatives des décisions relatives aux résultats des élèves: C.E., n° 25 491, du 18 juin 1985; n° 27 512, du 10 février 1987; n° 44 931, du 16 novembre 1993.

(75) A propos des charges d'urbanisme, le Conseil d'Etat a même souligné l'obligation d'une appréciation cas par cas plutôt que selon des règles préétablies: n° 69 975, du 3 déc. 1997.

(76) R. ANDERSEN, «Autorité et contrat dans l'administration moderne», art. cité, n° 14.

(77) D. DÉOM et (mise à jour) Chr. THIEBAUT, «Gestion du patrimoine immobilier des personnes de droit public» in: *Guide de droit immobilier*, f.m., VII.2.1.

l'aliénation des biens immobiliers des communes devait avoir lieu par la vente publique, sauf motifs particuliers (78). La Commission européenne a, pour sa part, fait connaître les éléments qui peuvent être révélateurs d'une aide d'Etat dans une transaction immobilière (79).

En revanche, s'agissant des techniques institutionnelles, nous ne connaissons aucune jurisprudence interne qui ait consacré ni même évoqué l'obligation de justifier le choix du partenaire retenu pour participer à une association ou société mixte. Peut-être est-ce seulement un effet du faible développement du contentieux dans ce type de domaines; ou bien, faut-il en déduire que la pratique de l'*intuitu personae* y est admise?

En tout état de cause, ce débat ne se conçoit plus aujourd'hui qu'à la lumière des développements du droit européen.

La Commission et, dans une moindre mesure, la Cour, ont en effet consacré un principe, désormais désigné sous l'appellation exagérée de «droit communautaire des concessions».

C'est l'arrêt *Telaustria* (80) du 7 décembre 2000, qui a consacré ce principe. Dans cet arrêt, la Cour s'est prononcée sur une opération apparentée à une concession de service public, et reconnue étrangère aux directives relatives aux marchés publics. Il s'agissait du contrat par lequel l'opérateur historique de télécommunications en Autriche confiait à une société mixte, dont il était actionnaire minoritaire, l'édition d'annuaires téléphoniques. Ce contrat avait fait l'objet d'une consultation, mais sans appel à la concurrence proprement dit.

La Cour énonce que, même en dehors du domaine couvert par la législation sur les marchés publics, les entités adjudicatrices sont tenues de respecter les principes fondamentaux du traité et notamment l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité. Ce principe implique, selon la Cour, une obligation de transparence qui 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.» L'arrêt semble donc impliquer une obligation de publicité pour toutes les décisions par lesquelles une entité publique décide de confier un service déterminé à une entité tierce, qu'elle soit publique ou privée, et cela même s'il

(78) C.E., n° 66 428, du 28 mai 1997, en référé. L'arrêt au fond s'est prononcé sur d'autres moyens et n'a pas confirmé ce point de droit. Pour la jurisprudence plus ancienne, qui souligne au contraire la liberté des communes à cet égard, v. not. les décisions citées par P. LAMBERT, *Manuel de droit communal*, t. I, Nemesis, 1992, p. 340; aussi C.E., n° 27617, *Nothelier*, du 4 mars 1987; Brux., 21 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 26.

(79) *J.O.C.E.*, C 209, du 10 juillet 1997, p. 3 et s.

(80) Aff. C-324/98.

s'agit d'une mission confiée de manière durable et exclusive. Toutefois, le raisonnement tenu par la Cour reste fondé sur l'existence d'un contrat à titre onéreux entre l'entité adjudicatrice et la société chargée du service public; cette relation contractuelle entre en principe dans le domaine visé par les directives sur les marchés publics (81), seule sa qualification de concession l'excluant du champ d'application matériel de celles-ci.

La jurisprudence de l'arrêt *Telaustria*, justifiée de manière très vague par les principes généraux du droit communautaire, correspond à des prises de position répétées de la Commission.

Celle-ci s'est exprimée en ce sens dans la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire (82), où elle formule les bases du raisonnement exposé ci-dessus. Le Livre vert de 2003 (83) sur les services d'intérêt général souligne les éléments suivants. *«Il incombe aux autorités publiques de décider de fournir ces services directement via leur propre administration ou de les confier à un tiers (organisme public ou privé). (...) Lorsqu'une autorité publique choisit de confier la fourniture d'un service d'intérêt général à un tiers, la sélection du fournisseur doit respecter certaines règles et certains principes afin de placer sur un pied d'égalité tous les fournisseurs, publics ou privés, potentiellement capables de fournir ce service».*

Le Livre vert de 2004 relatif aux partenariats public-privé (84) s'inscrit pleinement dans cette perspective. La Commission y traite non seulement des partenariats de type contractuel (marchés publics ou concessions), mais aussi des partenariats institutionnalisés, notamment ceux qui donnent lieu à la constitution d'une entité mixte pour la réalisation d'une mission déterminée. La Commission y affirme, dans tous les cas, l'obligation de mise en concurrence. Elle raisonne cependant constamment à partir de l'idée que l'entité mixte est «titulaire d'un contrat» et que le choix de recourir à une telle structure doit se faire après examen des qualités économiques de son «offre» quant aux prestations spécifiques à fournir (85). Selon les vues de la Commission, qui ne sont pas exprimées avec une parfaite clarté, la mise en concurrence semble devoir porter à la fois sur la sélection du partenaire privé et sur le choix de la structure (86).

Il ressort de ces développements que la Commission considère que l'obligation de mise en concurrence vise tous les partenariats, quelle qu'en soit la forme

(81) V. le point 29 et 39-40 de l'arrêt.

(82) 29 avril 2000, *J.O.C.E.*, 2000, C-121, p. 21; *A.P.T.* 2000/1, p. 69.

(83) COM (2003) 270 final, 21 mai 2003, n° 79 et s.

(84) COM (2004) 327 final, 30 avril 2004.

(85) N° 58.

(86) N° 63.

juridique. L'obligation de publicité et de comparaison des offres s'appliquerait tant au choix du partenaire privé qu'au choix de la formule de partenariat pratiquée. Le tout, au nom de l'égalité de traitement entre les «fournisseurs» potentiels.

Ces considérations s'appliquent quelle que soit la nature des activités publiques concernées. Au titre du droit de la concurrence, on impose aux pouvoirs publics des obligations qui sont sans équivalent pour les entreprises privées, de sorte que lorsqu'ils entreprennent des activités économiques, ils cumulent des contraintes formulées à leur égard en tant qu'entrepreneurs et en tant que pouvoirs adjudicateurs (87).

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. Nous estimons que cette position des autorités européennes est fortement idéologique, et profondément critiquable, en ce qu'elle met en cause la liberté de choix entre divers modes de gestion des services publics, allant de la simple régulation jusqu'à l'initiative publique, en passant par le recours aux concessions et l'économie mixte. Une telle évolution du droit communautaire ferait primer le droit de la concurrence sur toute autre disposition du traité, en particulier les articles 16 et 295 (88).

La question du choix du partenaire privé s'inscrit cependant dans un registre un peu différent. Le principe d'égalité ne suffit-il pas à justifier la mise en concurrence systématique des opérations, quelle que soit leur forme juridique, qui impliquent la collaboration avec un partenaire privé?

La question met moins en cause l'application même du principe d'égalité que sa signification procédurale. L'obligation du traitement égal interdit les appréciations discriminatoires et le traitement différencié de cas objectivement comparables; il n'implique pas nécessairement le recours à des procédures neutres, rigides et parfaitement transparentes, créant les conditions d'une comparaison. Il n'est pas difficile de comprendre que les exigences de ce type standardisent les

(87) A.L. DURVIAUX et N. THIRION, art. cité, n° 27.

(88) Nous rejoignons donc très largement les critiques formulées par N. THIRION et A.L. DURVIAUX, «Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire», art. précité. Sur la pertinence contestable du modèle concurrentiel, appliqué à l'ensemble des services publics, et l'hypothèse d'autres modes de contrôle de la décision publique en ce domaine, v. par ex. H. COX, «Questions about the initiative of the European Commission concerning the awarding and compulsory competitive tendering of public service concessions», *Annals of public and cooperative Economics*, 2003, p. 7 et s., spec. p. 24-26.

décisions et nuisent à l'initiative (89). Sans doute la technique du dialogue compétitif, instaurée par les nouvelles directives sur les marchés publics, vient-elle améliorer l'adéquation de la réglementation à des situations atypiques. Mais elle est loin de rencontrer tous les problèmes qui se posent (90).

N'est-ce pas au législateur, plutôt qu'à une jurisprudence construite sur des bases particulièrement vagues, qu'il revient de définir dans quels cas le recours à des procédures formalisées est obligatoire?

A notre avis, la logique de la mise en concurrence obligatoire ne peut être érigée en règle absolue. Elle ne convient ni lorsqu'une opération ou un service sont mis au point à l'initiative originale d'un partenaire privé, ni lorsque pouvoirs publics et entreprise privée s'associent réellement par la mise en commun de certaines ressources en vue de la réalisation d'un objet social. Nous estimons dès lors que les pouvoirs publics doivent conserver la liberté de choix du partenaire privé avec lequel ils entendent s'associer pour entreprendre une activité. La logique du marché public ne peut se confondre avec la définition d'une relation associative. En créant une entité structurellement destinée à prendre en charge tel ou tel besoin d'intérêt général, le pouvoir public ne se comporte pas en maître d'ouvrage, mais bien en «entrepreneur». Sans doute ses décisions doivent-elles être justifiables, motivées, et dépourvues d'arbitraire; mais le souci de contrer les dérives peut passer par des contrôles institutionnels ou juridictionnels spécifiques.

La jurisprudence *Teckal* définit en outre dans quelles conditions l'entité issue de la collaboration pourra ensuite, le cas échéant, effectuer pour le pouvoir adjudicateur des prestations rémunérées spécifiquement comme telles, et entrant dans la catégorie des marchés publics (91). Cette jurisprudence permet de contrer les abus de structures associatives qui seraient mises sur pied uniquement ou principalement pour contourner l'exigence de mise en concurrence.

(89) V. en ce sens, A. DELVAUX, F. MOÏSES et J.F. JAMINET, art. cité.

(90) A. DELVAUX, F. MOÏSES et J.F. JAMINET, art. cité, n° 5 à 7.

(91) Logiquement, cette jurisprudence devrait d'ailleurs s'appliquer même aux entités dont le partenaire privé aurait été sélectionné à l'issue d'une mise en concurrence. On aurait alors affaire à un cumul de sélections.

CONCLUSIONS

La notion de P.P.P. est, sur le plan du droit, un trompe-l'œil. Non seulement elle désigne une manière d'user de techniques juridiques très diverses, mais en outre elle peut s'appliquer à des réalités très hétérogènes.

La notion comporte aussi une dimension idéologique qu'on ne peut se dissimuler: elle tend fréquemment à minimiser la différence de nature entre les institutions publiques et les entreprises privées et à mettre sur le même pied leurs responsabilités, leurs finalités et les risques encourus. En ce sens – et les organisateurs de ce colloque ne s'y sont pas trompés –, elle s'insère dans un mouvement de véritable privatisation.

Au-delà même de ses enjeux économiques, le thème du P.P.P. interpelle fortement le juriste qui n'est pas nourri de traditions anglo-saxonnes. A cet égard, son intérêt essentiel consiste à mettre en évidence plusieurs questions touchant à des aspects fondamentaux de la relation entre autorité publique et entreprises privées. Elle oblige à revisiter la construction classique du droit administratif, et fait découvrir dans ce vaste édifice quelques salles désertes, quelques souterrains oubliés, qui présentent peut-être des risques d'effondrement des parties supérieures...

Nous retiendrons de notre exploration trois thèmes déterminants: celui de l'autonomie de la volonté en droit administratif; celui de la privatisation contractuelle, entendue au sens large comme le déplacement des responsabilités et missions; et celui de l'égalité de traitement. Tous sont bien difficiles, et nous avons seulement essayé d'apporter, sur chacun d'eux, quelque aliment à la réflexion collective.