
LE NOUVEAU RÉGIME DES CONCESSIONS DE TRAVAUX ET DE SERVICES

MAXIME VANDERSTRAETEN



RÉSUMÉ

Les pouvoirs adjudicateurs ont pris l'habitude d'appliquer les principes généraux de la commande publique, issus du droit primaire européen et du droit administratif, aux contrats exclus du champ d'application de la loi sur les marchés publics.

Les implications concrètes de ces principes généraux sont néanmoins sujettes à incertitude. Dans ce contexte, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et l'arrêté royal du 25 juin 2017 offrent une codification et une précision bienvenues du régime applicable aux concessions de travaux et de services. Ce régime s'inspire dans une large mesure du droit des marchés publics, tout en aménageant une plus grande flexibilité au profit du concédant.

Les concessions de services inférieures au seuil de publicité européenne sont cependant exclues du champ d'application de la nouvelle loi. Ces concessions demeurent donc régies par les principes généraux précités. En pratique, la mise en œuvre de ces principes s'inspirera probablement des règles plus précises issues de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, voire de la loi du même jour relative aux marchés publics. Quoique ces règles soient plus contraignantes, leur application volontaire permet au concédant de rencontrer de manière sûre les exigences des principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination, sans devoir concevoir un régime de passation *ad hoc*.

SAMENVATTING

Aanbestedende overheden zijn gewend geraakt aan de toepassing van de algemene beginselen van overheidsopdrachten, die voortvloeien uit het Europese primaire recht en het administratief recht, op opdrachten die van het toepassingsgebied van de wet inzake overheidsopdrachten zijn uitgesloten.

De concrete implicaties van deze algemene beginselen zijn echter onzeker. In dit verband bieden de wet van 17 juni 2016 betreffende concessieovereenkomsten en het koninklijk besluit van 25 juni 2017 een welkome codificatie en verduidelijking van het regime van toepassing op concessieovereenkomsten voor werken en diensten. Deze regeling is grotendeels geïnspireerd op het overheidsopdrachtenrecht, waarbij de concessieverlenende overheid tegelijkertijd meer flexibiliteit wordt geboden.

Concessies voor diensten onder de Europese drempel zijn echter uitgesloten van het toepassingsgebied van de nieuwe wet. Op deze concessies blijven de bovengenoemde algemene beginselen derhalve van toepassing. In de praktijk zal de toepassing van deze beginselen waarschijnlijk gebaseerd worden op de meer precieze regels die voortvloeien uit de wet van 17 juni 2016 inzake concessieovereenkomsten, of zelfs de wet van dezelfde dag inzake overheidsopdrachten. Hoewel deze regels minder flexibel zijn, stelt de vrijwillige toepassing ervan de concessieverlenende overheid in staat om op een veilige manier te voldoen aan de vereisten van de beginselen van transparantie, gelijkheid en

non-discriminatie, zonder dat een plaatsingsregeling ad hoc hoeft te worden uitgewerkt.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	3
1. Remarques terminologiques.....	4
1.1 Concession / marché public.....	4
1.2 Concession de travaux / concession de services	7
1.3 Concession domaniale.....	8
2. Le régime des concessions avant la réforme de 2017	8
2.1 Les concessions de travaux	8
2.2 Les concessions de services.....	9
3. Le régime des concessions après la réforme de 2017.....	10
3.1 Aperçu du nouveau cadre réglementaire	10
3.2 Déterminer la valeur de la concession	11
3.3 Régime commun des concessions de services (au-dessus du seuil de 5.548.000 euros) et des concessions de travaux (quelle que soit la valeur de ces dernières)	12
3.3.1 <i>Passation</i>	12
3.3.2 <i>Motivation et recours</i>	16
3.3.3 <i>Exécution</i>	16
3.4 Les concessions de services sous le seuil de 5.548.000 euros	17
3.4.1 <i>Champ d'application des principes généraux</i>	17
3.4.2 <i>Implication de ces principes généraux en termes de passation</i> . ..	19
3.4.3 <i>Motivation et recours</i>	21
3.4.4 <i>Exécution</i>	22
Conclusion	23



Introduction

1. Les concessions de travaux et de services forment un pan méconnu – ou en tout cas moins bien connu – du droit de la commande publique. Certains pouvoirs adjudicateurs s'en désintéressent au motif que les concessions constituent des contrats singuliers auxquels ils n'auraient *a priori* pas vocation à recourir.

2. La figure de la concession est toutefois moins exceptionnelle qu'il n'y paraît et recouvre des réalités variées : construction et/ou exploitation d'un parking public, d'un théâtre, d'un téléphérique, d'une aire d'autoroute, d'une station de recharge pour véhicules électriques, d'un service de location de vélos, d'un service de perception des amendes de stationnement, etc.

3. La récente réforme issue de la transposition de la directive 2014/23/UE a encore davantage mis en lumière l'importance des concessions, en consacrant un régime juridique proche de celui des marchés publics.

La présente contribution a pour objet de synthétiser les règles applicables aux concessions de travaux et de services. Nous comparerons à cet égard le régime applicable avant 2017 (2) à celui issu de la réforme précitée (3). Nous commençons cependant par quelques précisions terminologiques (1).

1. Remarques terminologiques

4. Suivant l'exemple européen, le droit belge de la commande publique se compose désormais d'une loi sur les *marchés publics*¹, d'une part, et d'une loi sur les *concessions*², d'autre part. Les deux notions seront distinguées (1.1).

La particularité du nouveau régime tient à ce qu'il vise à la fois les concessions de *travaux* et les concessions de *services* (1.2).

Enfin, nous distinguerons la concession de travaux ou de services de la concession *domaniale*, même si les deux réalités peuvent parfois se recouper (1.3).

1.1 Concession / marché public

5. Un *marché public* est un contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.³

6. La *concession de travaux* est un contrat à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix. La *concession de services* vise les contrats qui confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux.⁴

7. La nouvelle loi sur les concessions précise que l'attribution d'une concession de travaux ou de services « implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploita-

1 Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Cette loi et ses arrêtés d'exécution transposent (i) la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et (ii) la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

2 Loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Cette loi et son arrêté d'exécution transpose la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

3 Art. 2, 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

4 Art. 2, 7^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

tion normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».

8. Le Conseil d'État a d'ores et déjà fait application de cette nouvelle définition de la notion de concession dans un arrêt *Intermédiance* du 14 février 2017.⁵ Cet arrêt concernait pourtant une concession de services non soumise *ratione temporis* à la récente réforme. Le Conseil d'État a cependant considéré qu'il pouvait d'ores et déjà être tenu compte des définitions issues de la directive 2014/23/UE, dès lors que celle-ci se donne pour objectif de lever l'insécurité juridique née des difficultés d'interprétation du concept de concession.

Il est vrai que, comme le constate le Conseil d'État, l'interprétation de la notion de « concession », et sa distinction par rapport à celle de « marché public », n'est pas aisée, ce dont témoignent les nombreux développements jurisprudentiels et doctrinaux en la matière.⁶ Le Conseil d'État a tenté d'en faire la synthèse dans son arrêt du 14 février 2017.

S'appuyant sur les considérants de la directive, le Conseil d'État pose en substance les principes suivants :

- la notion de concession suppose l'existence d'un risque lié à l'exploitation des services et trouvant son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle.⁷ Il ne s'agit donc pas de simples aléas de gestion inhérents à tout contrat, mais de variations de l'offre, de la demande, ou des deux ;
- le concessionnaire ne se contente pas de prester un service : il l'exploite, le gère, en assure la délivrance dans le temps ;
- le risque peut être limité, mais il ne peut pas être nul ;
- l'étendue de la marge de manœuvre dont dispose le concessionnaire dans la définition des modalités de l'exploitation n'est pas un critère déterminant.

9. Les critères ainsi énoncés confirment le caractère décisif du *risque d'exploitation* afin de distinguer la concession du marché public. Cette notion n'est

5 C.E., 14 février 2017, n° 237.379, s.c.r.l. *Intermédiance*, A.P.T., 2017/1-2, pp. 87-94 (extraits) et note M. VANDERSTRAETEN, « Le Conseil d'État précise la ligne de démarcation entre la notion de concession de services et celle de marché public de services ».

6 En plus des références citées par les parties dans le cadre de l'arrêt commenté, voy. égal., à propos de la distinction entre les marchés de travaux et les concessions de travaux, A. DELVAUX et F. MOISES, « La promotion immobilière publique et la concession de travaux publics » in *La réforme des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 369 et s.

7 La circonstance que l'opérateur économique soit rémunéré par des tiers ne suffit pas nécessairement pour établir le transfert du risque d'exploitation (C.J.U.E., 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A SIA*).

néanmoins pas univoque⁸ et il est fort à parier que l'identification concrète d'une concession (en particulier d'une concession de services) restera problématique.⁹

10. En cas de doute quant à la qualification d'un contrat en marché public ou en concession, la prudence imposerait d'appliquer la loi relative aux marchés publics.

L'exposé des motifs du projet de loi devenu loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession confirme que « l'adjudicateur qui a le moindre doute sur la qualification du contrat qu'il entend passer (au regard des clauses de son « cahier des charges ») ou qui n'entend pas faire du transfert de risque d'exploitation une « exigence minimale » non négociable, aura tout intérêt à faire application des règles de passation (publicité et procédure) des marchés publics. Ces règles et procédures répondent en effet aux exigences de publicité et garanties procédurales prévues par le présent projet pour la passation des concessions. Elles permettront dès lors d'assurer, en principe, la validité de la procédure de passation, que le contrat soit, à terme, qualifié de concession ou de marché ».¹⁰

L'on peut néanmoins se demander si cette précaution est véritablement de nature à écarter tout risque de recours de la part d'un soumissionnaire évincé. S'il est vrai qu'une procédure de passation conforme à la loi sur les marchés publics offre en principe aux soumissionnaires des garanties procédurales équivalentes, voire supérieures, à celles du droit des concessions (en termes de publicité, d'égalité entre les soumissionnaires, etc.), l'on ne saurait préjuger que le résultat d'une procédure de passation menée sous le premier régime serait nécessairement identique à celui découlant de l'application de l'autre régime.¹¹ Or, au regard de la jurisprudence récente du Conseil d'État, un soumissionnaire évincé a intérêt à son moyen dès « qu'il ne peut être tenu pour acquis que l'irrégularité dénoncée par le moyen a été sans influence sur le sens de la décision prise ».¹² L'on peut du reste se demander si le moyen invoquant l'application de la « mauvaise » loi (par exemple la loi sur les marchés publics au lieu de la loi sur les concessions) n'est pas d'ordre public.¹³

8 S. VAN GARSE et C. DUBOIS, « Het risico in concessieovereenkomsten », *M.C.P.*, 2017/3, pp. 319-327.

9 Pour une illustration récente, voy. Bruxelles, 22 juillet 2016, *M.C.P.* 2017/2, pp. 197-212 et note A. L. DURVIAUX.

10 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1708/1, p. 20.

11 Notamment parce que, sous le régime des concessions, le concédant aurait pu faire usage de diverses règles plus souples que celles issues du droit des marchés publics – cf. *infra* –, ce qui aurait pu avoir une influence sur la décision finale.

12 C.E., 20 décembre 2017, n° 240.252, *s.a. SODRAEP*. Dans cet arrêt, le Conseil d'État doute même de l'applicabilité de l'exigence d'intérêt au moyen dans le cadre d'un contentieux soumis à la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics. En particulier, l'article 14 de cette loi soumet la recevabilité du recours à deux conditions : d'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché ; d'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant. Le Conseil d'État en déduit que le recours doit soulever *au moins un* moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant, mais que lorsque cette condition est respectée, l'article 14 n'interdit pas que soient soulevés *d'autres moyens*, qui allèguent une violation n'ayant pas lésé ou ne risquant pas de léser le requérant.

13 *Contra* (à propos d'un moyen soulevé d'office par l'auditeur et concernant l'application *ratione temporis* de la loi du 17 juin 2016) : C.E., 9 janvier 2018, n° 240.359, *s.a. Hullbridge Associated et*

11. La loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics dispose qu'en cas de *marché mixte* contenant des éléments de marchés de travaux, de fournitures ou de services, ainsi que des éléments de concessions, le marché est passé conformément à la loi sur les marchés publics.¹⁴

1.2 Concession de travaux / concession de services

12. La *concession de travaux* porte sur l'exécution de travaux, c'est-à-dire « soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I [de la loi] ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences définies par l'adjudicateur qui exerce une influence décisive sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage ». ¹⁵

La *concession de services* vise les contrats qui confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux ainsi définis.¹⁶

13. La notion de « concession de services », au sens du droit européen, est plus large que celle de « concession de service *public* » telle qu'elle est interprétée en droit interne.¹⁷ Les concessions du droit de l'Union peuvent concerner n'importe quel type de service (sauf exclusions spécifiques), tandis que les concessions de service public du droit administratif belge ne concernent que les contrats qui ont pour objet un service public.¹⁸

14. Suivant la nouvelle loi sur les concessions, les *concessions mixtes* ayant pour objet à la fois des travaux et des services sont attribuées conformément aux dispositions applicables au type de concession qui constitue l'objet principal du contrat.¹⁹

Cette situation sera fréquente en pratique. L'objet principal pourra être déterminé en fonction de valeur respective des travaux et des services : il s'agira d'une concession de travaux si la part des travaux est supérieure au coût de la prestation de services attachée à l'exploitation de l'ouvrage.

La qualification en tant que concession de travaux ou en tant que concession de services est évidemment cruciale, notamment parce que les concessions de services ne sont soumises à la nouvelle loi que dans la mesure où elles atteignent le seuil de publicité européenne (actuellement 5.548.000 euros – cf. *infra*).

n° 240.360, s.a. *M&M Sitty*.

14 Art. 21. Voy. égal. l'article 19, § 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

15 Art. 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. L'ouvrage est défini par la même disposition comme « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

16 Art. 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

17 B. CAMBIER, P. LAGASSE et A. PATERNOSTRE, « Le champ d'application personnel et matériel de la nouvelle loi sur les marchés publics », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 124 et s.

18 Exposé des motifs du projet de loi devenu loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1708/1, p. 14.

19 Art. 18, al. 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

1.3 Concession domaniale

15. La concession domaniale est un « contrat administratif par lequel l'autorité publique concédante permet à un usager déterminé soit d'occuper une parcelle du domaine public de manière exclusive, soit d'utiliser le domaine public à des fins auxquelles il n'est pas immédiatement destiné, de manière durable, mais de façon précaire et révocable et moyennant paiement d'une redevance ».²⁰

16. La concession domaniale ne relève pas de la concession de travaux ou de services si l'autorité se limite à définir les conditions d'usage ou d'exploitation du bien ou de la ressource mis à disposition. En revanche, si la concession domaniale n'est qu'un élément indissociable et accessoire d'un contrat qui vise principalement, pour un adjudicateur, à confier l'exécution de travaux ou de services répondant aux exigences qu'il définit et dont il peut forcer l'exécution, contre le droit d'exploiter l'ouvrage ou les services, le contrat doit être qualifié de concession de travaux ou de services.²¹

17. Même lorsque la concession domaniale ne peut pas être qualifiée de concession de travaux ou de services, son octroi est soumis aux principes généraux du droit administratif, voire aux principes de droit européen.²²

2. Le régime des concessions avant la réforme de 2017

18. Le régime des concessions avant la réforme de 2017 se caractérise par les fortes dissemblances entre les concessions de travaux (2.1) – qui sont soumises à certaines règles spécifiques au sein du régime ordinaire des marchés publics –, et les concessions de services (2.2) – qui sont exclues du champ d'application des règles des marchés publics.

2.1 Les concessions de travaux

19. Sous la directive 2004/18, les concessions de travaux n'étaient soumises qu'à un nombre limité de dispositions.²³ Dans les secteurs spéciaux, la directive 2004/17 excluait même de son champ d'application les concessions de travaux octroyées par des entités adjudicatrices dans le cadre de leurs activités dans ces secteurs.

20 P. BOUCQUEY et V. OST, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Chartre, 2005, p. 279.

21 Exposé des motifs du projet de loi devenu loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1708/1, p. 16.

22 F. MOISES et D. SPROCKEELS, « Les procédures d'attribution des contrats publics », *Rev. prat. imm.*, 2014/3, pp. 52-55 ; P. TEERLINCK et R. GHERGHINARIU, « L'arrêt *Promoimpresa* de la CJUE : une nouvelle approche des concessions domaniales », *Chronique des marchés publics 2016-2017*, Bruxelles, EBP, 2017, pp. 383-401 ; G. ERVYN, « Égalité, non-discrimination et transparence dans l'attribution des concessions domaniales », *Chronique des marchés publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP, 2016, p. 241 ; J. WOLSWINKEL, « Concession meets authorisation : new demarcation lines under the concessions directive ? », *E.P.P.L.*, 2017/4, pp. 396-407.

23 Articles 56 à 65.

20. En droit interne, les concessions de travaux publics étaient régies par des dispositions spécifiques de la loi du 15 juin 2006²⁴, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011²⁵ et des règles générales d'exécution de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.²⁶

21. La procédure d'attribution d'une concession de travaux publics se réalisait sous la forme d'une procédure en deux temps : sélection qualitative, puis remise d'offres.²⁷

Par rapport au régime ordinaire des marchés publics, certaines règles étaient simplifiées ou assouplies (par exemple en ce qui concerne la publicité, la détermination des critères de sélection qualitative, etc.). Le pouvoir adjudicateur avait la faculté de négocier les conditions de la concession, sans néanmoins être lié par les conditions applicables à la procédure négociée.

22. Les concessionnaires – même lorsqu'ils n'étaient pas des pouvoirs adjudicateurs – devaient organiser une publicité et une mise en concurrence informelle pour passer des marchés de travaux avec des tiers lorsque la valeur de ces marchés atteignait le seuil européen.²⁸

23. S'agissant de la motivation, de l'information et des voies de recours, les concessions de travaux étaient soumises au même régime que les marchés publics. Les soumissionnaires évincés d'un marché bénéficiaient donc, au-dessus des seuils européens, d'un délai d'attente de 15 jours endéans lequel le pouvoir adjudicateur ne peut pas conclure le contrat avec l'opérateur désigné.²⁹ Ceci permet aux soumissionnaires évincés d'introduire un recours en suspension spécifique, dont l'(extrême) urgence est présumée, et ne doit donc pas être démontrée.³⁰ D'autres voies de recours *ad hoc* étaient aménagées, comme l'action en « déclaration d'absence d'effets » du contrat dans certains cas de violation caractérisée des règles de passation.³¹

24. En termes d'exécution, les concessions de travaux étaient soumises à une grande partie des dispositions générales et communes des règles générales d'exécution. Un chapitre spécifique traitait en outre de problématiques propres aux concessions de travaux (droits sur les terrains concédés, redevance, etc.).

2.2 Les concessions de services

25. Avant la réforme de 2017, l'attribution des concessions de services n'était régie que par les principes généraux déduits des traités européens ou du droit administratif.

24 Art. 3, 12° (définition) et 34 (délégation au Roi).

25 Art. 147 à 157.

26 Art. 104 à 114.

27 F. MOISES et D. SPROCKEELS, *op. cit.*, pp. 65-77.

28 Art. 157 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

29 Art. 11 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Ce délai d'attente est aussi applicable aux marchés et concessions de travaux soumis à la publicité belge dont le montant excède la moitié du seuil européen (art. 30, al. 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013).

30 Art. 15 de la loi du 17 juin 2013.

31 Art. 17 de la loi du 17 juin 2013.

Nous verrons ci-dessous que certaines concessions de services demeurent, sous le nouveau régime, soumises aux principes généraux précités. Nous en étudierons donc plus précisément les implications.

3. Le régime des concessions après la réforme de 2017

26. Après un bref aperçu du nouveau cadre réglementaire et de son champ d'application (3.1), nous exposerons les règles encadrant l'estimation de la valeur de la concession, cette valeur déterminant le régime juridique qui lui est applicable (3.2). Nous distinguerons à cet égard le régime commun aux concessions de services de plus de 5.548.000 euros et aux concessions de travaux (3.3) du régime des concessions sous ce seuil (3.4).

3.1 Aperçu du nouveau cadre réglementaire

27. Le cadre normatif des concessions de travaux et de services se compose désormais comme suit :

- la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ;
- la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ;
- l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession ;
- la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, telle que modifiée par la loi du 16 février 2017.

28. La loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession s'applique à toutes les concessions de travaux (quelle que soit leur valeur), ainsi qu'aux concessions de services d'une valeur égale ou supérieure à 5.548.000 euros.³²

29. La loi s'applique tant aux secteurs classiques que spéciaux.

Néanmoins, dans les secteurs spéciaux, la loi exclut le domaine de l'eau.³³ En outre, en ce qui concerne les concessions de travaux passées par des personnes bénéficiant de droit spéciaux ou exclusifs ou par les entreprises publiques agissant hors cadre de leurs tâches de service public, la loi ne concerne que les concessions supérieures ou égales à 5.548.000 euros.³⁴

32 Art. 3, 1^{er}, alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ; art. 4 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, tel que modifié par arrêté ministériel du 21 décembre 2017.

33 Art. 7 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Pour une appréciation critique de cette exclusion, voy. S. VAN GARSE et C. DUBOIS, *op. cit.*, pp. 319-320.

34 Art. 3, 1^{er}, alinéa 3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ; art. 4 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, tel que modifié par arrêté ministériel du 21 décembre 2017.

La loi comprend également plusieurs exclusions dans le secteur de la défense.³⁵

30. La loi du 17 juin 2016 est entrée en vigueur le 30 juin 2017 pour les concessions pour lesquelles un avis de concession a été publié ou aurait dû être publié à cette date ainsi que pour les concessions pour lesquelles, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à remettre offre a été lancée à partir de cette date.³⁶

3.2 Déterminer la valeur de la concession

31. La valeur de la concession est estimée par l'adjudicateur et correspond au chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA.³⁷

32. La loi précise que la valeur estimée de la concession est calculée à l'aide d'une méthode objective précisé dans les documents de la concession, en prenant en particulier en compte :

- la valeur de toute forme d'option et les éventuelles extensions de la durée de la concession ;
- les recettes provenant du paiement de redevances et d'amendes par les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'adjudicateur ;
- les paiements effectués par l'adjudicateur ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier sous quelque forme que ce soit octroyé par l'un de ceux-ci au concessionnaire, y compris la compensation due pour respect d'une obligation de service public et les subventions publiques d'investissement ;
- la valeur des subventions ou de tout autre avantage financier, sous quelque forme que ce soit, octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession ;
- les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession ;
- la valeur de toutes les fournitures et de tous les services mis à la disposition du concessionnaire par les adjudicateurs, à condition que ces fournitures et services soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services ;
- toutes primes ou tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires.

35 Art. 15 et 16 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

36 Art. 77 de l'arrêté royal du 25 juin 2017. L'on peut considérer que la loi du 17 juin 2013 modifiée par la loi 16 février 2017 fait l'objet, par analogie, d'un régime transitoire similaire. Voy. cependant C.E., 12 septembre 2017, n° 239.058, *b.v.b.a. RDR, M.C.P.*, 2017/3-4, pp. 373-375 et note M. VANDERSTRAETEN, « La loi du 17 juin 2013 modifiée : une transitoire manquée ».

37 Art. 35 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

33. Cette méthode diffère, pour les concessions de travaux publics, de celle prévue par la précédente réglementation, selon laquelle la valeur de la concession concerne celle de l'ouvrage lui-même, et non le montant des rétributions.³⁸

34. Pour l'appréciation du seuil de 5.548.000 euros³⁹, à savoir le seuil d'application de la loi pour les concessions de services et le seuil de publicité européenne pour les concessions travaux, l'on tient compte uniquement de la valeur *estimée*, sauf si la valeur de la concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de 20 % à la valeur estimée, auquel cas la valeur appropriée est la valeur au moment de l'attribution.⁴⁰

Ainsi, par exemple, si un adjudicateur a estimé une concession de services à 5.000.000 euros, mais que la valeur attribuée est de 5.700.000 euros, l'on tient compte de la valeur *estimée*, car l'erreur est inférieure à 20 %. Si l'adjudicateur a attribué cette concession en respectant uniquement les principes généraux du Traité ou du droit administratif, il ne devra pas recommencer la procédure (alors même que la valeur attribuée est supérieure à 5.548.000 euros).

3.3 Régime commun des concessions de services (au-dessus du seuil de 5.548.000 euros) et des concessions de travaux (quelle que soit la valeur de ces dernières)

35. Nous décrivons ci-dessous le régime de la passation (3.3.1), de la motivation et des recours (3.3.2) et de l'exécution (3.3.3) des concessions régies par la loi.

3.3.1 Passation

36. La procédure d'attribution d'une concession est initiée par la publication d'un *avis de concession*.⁴¹ Cet avis de concession doit être, en règle, publié aux niveaux belge et européen. Toutefois, pour les concessions de travaux inférieures au seuil de 5.548.000 euros, la publication a lieu uniquement au niveau belge.

37. Le principe de la publication d'un avis de concession connaît trois exceptions.

La première exception concerne les concessions de travaux dont la valeur est inférieure à 1.750.000 euros.⁴² Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur applique une procédure spécifique, similaire à la procédure négociée sans publication préalable.⁴³ Cette exception des concessions de « faible valeur » n'est pas prévue par

38 Exposé des motifs du projet de loi devenu loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1708/1, p. 60-61.

39 Art. 3, 1^{er}, alinéas 2 et 3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ; art. 4 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, tel que modifié par arrêté ministériel du 21 décembre 2017.

40 Art. 35 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

41 Art. 42 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

42 Art. 43, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et art. 5 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

43 Art. 43, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

la directive (qui ne vise que les concessions supérieures au seuil européen), et est nouvelle par rapport au précédent régime des concessions de travaux.

La deuxième exception concerne l'hypothèse des travaux ou services qui ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier.⁴⁴ Elle est rédigée de manière identique à l'exception du même type comprise dans le droit des marchés publics. L'adjudicateur peut directement négocier avec l'opérateur unique.

La troisième exception est également bien connue : il s'agit du cas où « aucune demande de participation ou aucune demande de participation appropriée, aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à un avis de concession antérieur ».⁴⁵ L'adjudicateur organise une nouvelle procédure de passation, sans obligation de publication d'un nouvel avis de concession.

38. Pour le reste, le régime de passation est plus flexible que celui issu de la loi sur les marchés publics. Nous décrivons ci-dessous quelques différences remarquables.

39. Il n'existe *pas de mode de passation préétabli* : l'adjudicateur peut librement organiser la procédure, pour autant qu'il respecte les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement, qu'il agisse de manière transparente et proportionnée, et que certaines garanties procédurales soient assurées.⁴⁶ En pratique, cette souplesse ne sera qu'apparente, car les concédants ne manqueront pas de copier l'une ou l'autre des procédures de passation issues de la loi sur les marchés publics, par exemple la procédure concurrentielle avec négociation.⁴⁷

40. L'adjudicateur peut organiser une *négociation* avec les soumissionnaires (à l'instar d'une procédure concurrentielle avec négociation). L'objet de la concession, les exigences minimales et les critères d'attribution ne sont néanmoins pas modifiés en cours de négociation.⁴⁸

41. Les documents de concession doivent décrire *l'organisation de la procédure*⁴⁹, mais l'adjudicateur peut modifier l'organisation de la procédure au cours de celle-ci.⁵⁰

42. Comme pour les marchés publics, le concédant peut établir des *conditions de sélection* relatives aux capacités professionnelles ou techniques et/ou à la ca-

44 Art. 43, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

45 Art. 43, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

46 Art. 24, 38 et 46 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

47 Exposé des motifs du projet de loi devenu loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n^o 54-1708/1, p. 67 : « Rien n'empêche un adjudicateur de copier l'une des procédures de passation décrites dans le projet de loi relative aux marchés publics telles que la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable dans la mesure où elles respectent les garanties procédurales inscrites dans le présent projet ».

48 Art. 46, § 6, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

49 Art. 16, 8^o, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

50 Art. 46, § 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

pacité économique ou financière des candidats ou soumissionnaires.⁵¹ La loi et son arrêté n'établissent cependant pas de liste exhaustive des possibles critères de sélection. Ceci confère en théorie une plus grande marge de manœuvre à l'adjudicateur dans la sélection des candidats, même si, en pratique, il se référera le plus souvent aux critères de sélection du droit des marchés publics (liste des travaux précédemment exécutés, chiffre d'affaires, etc.).

43. Les *critères d'attribution* doivent être mentionnés dans l'avis de concession, l'invitation à présenter une offre ou les documents de concession. Ils ne doivent cependant pas nécessairement être pondérés : ils peuvent n'être repris qu'en ordre décroissant d'importance.⁵²

44. Les concessions doivent être attribués sur la base de critères objectifs qui garantissent « l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective permettant de constater un avantage économique global pour l'adjudicateur ». ⁵³ La notion d'« *avantage économique global* » n'est pas définie et fonde selon certains auteurs une certaine flexibilité dans l'attribution de la concession.⁵⁴ Nous n'apercevons cependant pas en quoi ce critère se distingue de celui de l'« offre économiquement la plus avantageuse » du droit des marchés publics.

45. Lorsque l'adjudicateur reçoit une offre proposant une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, qui n'aurait pas pu être prévue malgré la diligence de l'adjudicateur, celui-ci peut, à titre exceptionnel, *modifier l'ordre des critères d'attribution* afin de tenir compte de cette solution innovante. Dans ce cas, l'adjudicateur informe tous les soumissionnaires de la modification de l'ordre d'importance de ces critères et émet une nouvelle invitation à présenter une offre. Lorsque les critères d'attribution ont déjà été repris dans l'avis de concession, l'adjudicateur publie un nouvel avis de concession. La modification de l'ordre des critères ne doit pas entraîner de discrimination.⁵⁵

46. La loi précise en outre désormais que la *durée des concessions est limitée*. Si cette durée est supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'exède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques. Les investissements pris en considération aux fins du calcul comprennent tant les investissements initiaux que ceux réalisés pendant la durée de la concession.⁵⁶

Il s'agit certainement de l'innovation la plus importante de la nouvelle loi, car il n'était jusqu'à présent pas rare de constater la conclusion de concessions de très longue durée, sans commune mesure avec les investissements limités que le concessionnaire devait consentir.

51 Art. 48, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

52 Art. 55, § 3, al. 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

53 Art. 55, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

54 S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 384.

55 Art. 55, § 3, al. 2 et 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

56 Art. 37 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

47. La durée de la concession doit figurer « si possible » dans l'avis de concession.⁵⁷ Il ressort par ailleurs du considérant 52 de la directive que l'adjudicateur peut se limiter à estimer la durée de la concession lors de son lancement. Il indiquera alors une durée indicative dans les documents de concession, tandis que la durée effective de la concession pourra être déterminée dans le cadre des négociations. Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 juin 2017 attire cependant l'attention sur le fait qu'une modification de la durée (et donc de la valeur) de la concession en cours de procédure emporte un risque de devoir abandonner et recommencer la procédure en vertu de la règle des 20 % (cf. *supra*). Il recommande par conséquent à l'adjudicateur de fixer une durée maximale non négociable (exigence minimale) dans les documents de concession.⁵⁸

48. Sous réserve de ces spécificités, la loi et son arrêté organisent un régime très similaire à celui des marchés publics, notamment en ce qui concerne :

- l'exception « *in house* » et la coopération public-public⁵⁹ ;
- les services sociaux et autres services spécifiques (qui jouissent d'un régime encore plus souple)⁶⁰ ;
- les spécifications fonctionnelles et techniques⁶¹ ;
- les motifs d'exclusion obligatoire et facultative et les mesures correctrices⁶² ;
- l'agrégation des entrepreneurs de travaux⁶³ ;
- l'utilisation d'un « document de preuve provisoire » (DPP), inspiré du document unique de marché européen (DUME)⁶⁴ ;
- les dispositions de lutte contre le dumping social⁶⁵ ;
- la publication d'un avis d'attribution de concession⁶⁶ ;
- etc.

57 Art. 10, 16 et annexe 2 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

58 Rapport au Roi, *M.B.*, 29 juin 2017, p. 68981.

59 Art. 9 et 10 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

60 Art. 34 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ; art. 12 et 13 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

61 Art. 41 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

62 Art. 50 à 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ; art. 31 à 36 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

63 Art. 68 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession (modifiant la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux) ; art. 38 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

64 Art. 48, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ; art. 2, 13^o et annexe 6 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

65 Art. 27 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

66 Art. 44 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ; art. 11 et annexe 3 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

3.3.2 *Motivation et recours*

49. Les concessions régies par la loi du 17 juin 2016 sont, comme les marchés publics, soumises aux dispositions de la loi du 17 juin 2013, dont l'intitulé fait désormais également référence aux concessions.

50. Les décisions des adjudicateurs doivent donc être motivées et communiquées aux candidats et soumissionnaires.

51. Un délai d'attente de 15 jours doit en outre être aménagé pour les concessions de services atteignant le seuil européen, ainsi que pour les concessions de travaux dont la valeur estimée excède la moitié de ce seuil.⁶⁷

52. Les procédures de recours des marchés publics sont également applicables aux concessions (recours en suspension spécifique, dont l'extrême urgence est présumée ; etc.).

3.3.3 *Exécution*

53. Les concessions de travaux ne sont désormais plus régies par les règles générales d'exécution de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Suite à l'adoption de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, un régime d'exécution spécifique a en effet été inclus dans l'arrêté royal du 25 juin 2017. Autrement dit, celui-ci comprend à la fois les règles relatives à la *passation* et celles relatives à l'*exécution* des concessions de travaux et de services régies par la loi du 17 juin 2016.

54. Ce régime spécifique consacre à nouveau une grande flexibilité, permettant au concédant de rédiger les documents de concession en fonction des contraintes de financement voire de débudgétisation propres à la concession qu'il veut conclure.⁶⁸

55. L'exécution des concessions n'en comprend pas moins des dispositions semblables aux règles générales d'exécution des marchés publics, notamment en ce qui concerne :

- la codification de la jurisprudence *Presstext*⁶⁹ (modifications aux marchés publics et aux concessions en cours d'exécution).⁷⁰ En matière de concession, il n'existe cependant pas d'équivalent à l'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (bouleversement de l'équilibre contractuel en défaveur de l'adjudicataire), car l'adjudicataire de la concession doit toujours supporter le risque opérationnel inhérent à l'exploitation de travaux ou de services⁷¹ ;

67 Art. 11 et 30 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés [publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

68 P. DIERCKX et R. VERMEERSCH, « Le financement dans les contrats de concession » *M.C.P.*, 2017/3-4, pp. 329-337.

69 C.J.U.E., 19 juin 2008, C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*.

70 Art. 61 à 68 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

71 Rapport au Roi, *M.B.*, 29 juin 2017, p. 69004.

– la sous-traitance.⁷²

56. Il est également important de constater qu'il n'existe plus de disposition équivalente à l'ancien article 157 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et donc plus aucune obligation de mise en concurrence dans le chef du concessionnaire privé qui confie des travaux à un tiers. Il s'agit assurément d'une simplification bienvenue, vu les controverses que l'ancien régime avait suscitées.⁷³

3.4 Les concessions de services sous le seuil de 5.548.000 euros

57. Sous le seuil de la publicité européenne, les concessions de services ne sont pas régies par la loi du 17 juin 2016. Ces concessions de services de moins de 5.548.000 euros se trouvent par conséquent dans une situation identique à celles où se trouvaient toutes les concessions de services avant la réforme de 2017.

58. Ces concessions sont régies par des principes généraux dont nous tentons d'abord d'établir le champ d'application (3.4.1), avant d'en examiner les implications en termes de procédure de passation (3.4.2). Nous nous intéressons ensuite à la motivation et aux recours (3.4.3), ainsi qu'aux règles d'exécution de ces concessions (3.4.4).

3.4.1 Champ d'application des principes généraux

59. Les concessions non régies par la loi du 17 juin 2016 sont soumises à une série de principes généraux déduits des traités européens (en particulier l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatif à la libre prestation des services) ou du droit administratif général.⁷⁴

60. S'agissant des **principes européens**, l'obligation de respecter les principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination à l'occasion de contrats non soumis aux directives sur les marchés publics a notamment été consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne en ce qui concerne certains marchés en-dessous des seuils européens et les concessions de services.⁷⁵

72 Art. 49 à 56 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

73 P. DIERCKX et R. VERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 334-335.

74 G. ERYN et E. WAUTERS, « Quelle concurrence pour les contrats publics exclus de la loi sur les marchés publics ? », *Chronique des marchés publics 2016-2017*, Bruxelles, EBP, 2017, pp. 275-302 ; T. LEYS, « De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaatrecht op het openbaar domein : al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur », *T.B.P.*, 2017/4, pp. 192-199 ; V. HATZOPOULOS, « Du principe de non-discrimination (au niveau européen) au principe de la bonne administration (au niveau national) ? », *C.D.E.*, 2015/3-4, pp. 311-336 ; F. MOÏSES et D. SPROCKEELS, *op. cit.*, pp. 63-64 ; K. WAUTERS et T. CAMBIER, « La concession de service public sous l'empire du droit européen », *M.C.P.*, 2013/1, pp. 49-57.

75 C.J.U.E., 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria* ; 21 juin 2005, C-231/03, *Coname* ; 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen* ; W. TIMMERMANS, T. BRUYNINCKX, « Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten », *NjW*, 2009/201, p. 341.

61. Ce principe de transparence s'applique dès que le contrat concerné a un *intérêt transfrontalier certain*.⁷⁶ La jurisprudence tend à reconnaître de manière très large l'existence d'un intérêt transfrontalier.⁷⁷

Un tel intérêt pourrait en particulier être présent si le précédent concessionnaire est de nationalité étrangère, si la concession est située à proximité d'une frontière ou si d'autres caractéristiques la rendent potentiellement attractive pour des entreprises étrangères.

Il n'est pas requis qu'une entreprise étrangère ait *effectivement* manifestement son intérêt pour la concession pour que celle-ci soit considérée comme ayant un intérêt transfrontalier.⁷⁸ L'existence de plaintes de la part d'opérateurs situés dans d'autres États membres est néanmoins pertinente.⁷⁹

La valeur importante – quoiqu'inférieure au seuil de publicité européenne – du contrat est un indice de son intérêt transfrontalier.⁸⁰ Au contraire, la faible valeur d'un marché (par exemple moins du quart du seuil européen) constitue un indice de l'absence d'un intérêt transfrontalier certain, même si le marché doit être apprécié dans son ensemble au regard de toutes ses autres caractéristiques, par exemple sa haute technicité.⁸¹

62. Les principes généraux issus des traités européens s'imposent aux « États membres ». Par analogie avec le champ d'application des directives « marchés publics », la Cour de justice estime ce que cela vise toute « *autorité publique* », et assimile à cette notion les entreprises privées qui sont « sous le contrôle effectif de l'État » et celles qui n'opèrent pas en situation de concurrence sur le marché.⁸²

63. Le champ d'application – notamment personnel – des principes généraux de **droit administratif** est controversé.⁸³

Selon certains auteurs, les principes de bonne administration ne s'imposent qu'aux *autorités administratives*⁸⁴ – la notion d'autorité administrative étant elle-même difficile à cerner.⁸⁵

76 C.J.U.E., 23 novembre 2017, C-486/17, *Olympus* ; C.J.U.E., 18 novembre 2010, C-226/09, *Commission c. Irlande*, point 31 ; C.J.U.E., 21 février 2008, C-412/04, *Commission c. Italie*, point 66 ; C.J.U.E., 13 novembre 2007, C-507/03, *Commission c. Irlande*, points 66 et 67. Voy. égal. B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 369-370.

77 V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 317 ; K. WAUTERS et T. CAMBIER, « La concession de service public sous l'empire du droit européen », *op. cit.*, p. 56.

78 V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 318.

79 C.J.U.E., 6 octobre 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*.

80 C.J.U.E., 16 avril 2015, C-278/14, *Enterprise Focused Solutions*.

81 C.J.U.E., 6 octobre 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*.

82 C.J.U.E., 13 avril 2010, C-91/08, *Wall*.

83 T. LEYS, *op. cit.*, pp. 193-197.

84 K. WAUTERS et T. CAMBIER, « La distinction droit privé – droit public et le droit des marchés publics », *A.D.L.*, 2012/2, p. 157 ; G. ERVYN et E. WAUTERS, *op. cit.*, p. 288.

85 M. PAQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 246-271 ; Y. MOUSSOU, « La notion d'autorité administrative », in *La publicité de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 51-107.

Cette opinion conduit cependant à s'interroger sur le régime juridique applicable aux concessions de services *inférieures au seuil européen*, qui ne présentent *pas d'intérêt transfrontalier*, et qui sont passées par des entités qui ne sont *pas des autorités administratives*.

Il pourrait par exemple s'agir de la concession de l'exploitation de la buvette d'un club de sport, si ce contrat est concédé par une ASBL dépendante des pouvoirs publics, mais qui ne peut être qualifiée d'autorité administrative. Si les principes généraux de droit administratif ne s'appliquent qu'aux autorités administratives, alors l'ASBL peut théoriquement conclure cette concession sans aucune mise en concurrence.

Cette conclusion a pour conséquence d'établir une différence de traitement entre les concessions passées par des autorités administratives, et celles qui sont passées par d'autres entités.⁸⁶ L'on peut s'interroger sur le caractère pertinent et justifié de cette différence de traitement, dès lors que, dans le contexte du droit des marchés publics et des concessions, les lois du 17 juin 2016 s'appliquent à tous les pouvoirs adjudicateurs, qu'ils soient ou non des autorités administratives. Si la qualification d'autorité administrative n'est pas pertinente dans ce contexte, l'on ne perçoit pas en quoi elle le serait à l'égard des concessions non visées par la loi du 17 juin 2016.

Avec d'autres auteurs⁸⁷, nous nous demandons par conséquent si les principes de bonne administration ne devraient pas également s'appliquer aux personnes privées dont les activités s'inscrivent dans un « procédé de droit public », telles les personnes soumises *ratione personae* au droit des marchés publics.

Il est vrai que cette problématique est, dans une certaine mesure, d'ordre théorique, vu l'interprétation large de la notion d'intérêt transfrontalier, et donc l'application de principes européens dont les implications sont équivalentes à celles des principes de bonne administration.

3.4.2 Implication de ces principes généraux en termes de passation⁸⁸

64. Sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, le principe de transparence, en tant que corollaire du principe d'égalité de traitement, consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un « degré de publicité adéquat » permettant une ouverture du contrat à la concurrence, le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication et l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur.⁸⁹

86 Pour une interrogation similaire, voy. C.E., 17 octobre 2014, n° 228.797, *Eurobussing*, cité par G. ERVYN et E. WAUTERS, *op. cit.*, p. 290.

87 F. VANDENDRIESSCHE, « Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur », in *De beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, La Chartre, 2006, p. 60.

88 Dans le contexte des marchés publics, voy. égal. I. VAN KRUCHTEN et F. VISEUR, « Les principes généraux de droit administratif en droit des marchés publics », in *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 791 et s.

89 C.J.U.E., 10 novembre 2017, T-668/15, *Jema Energy* ; C.J.U.E., 22 juin 2017, C-49/16, *Unibet*.

Le principe d'égalité de traitement impose par ailleurs que tous les soumissionnaires potentiels disposent des mêmes chances et implique donc qu'ils soient soumis aux mêmes conditions.⁹⁰

65. Les implications *pratiques* de ces principes sont controversées et sources d'insécurité juridique.⁹¹

66. Le degré de *publicité* « adéquat » dépendra du type de contrat considéré.⁹²

Une chose est certaine : l'absence totale de mise en concurrence n'est pas conforme à cette exigence.⁹³ Selon la Commission européenne, le fait de s'adresser directement à certains soumissionnaires potentiels n'est pas non plus suffisant, même si le concédant s'adresse à des entreprises d'autres États membres.⁹⁴ L'absence de publicité ne peut se justifier qu'au regard de raisons impérieuses d'intérêt général⁹⁵, ou dans les situations où la procédure négociée sans publicité est admise en droit des marchés publics (urgence, situation de monopole, etc.).⁹⁶

67. La publicité devra être réalisée, selon les cas, via des avis dans la presse, au *Bulletin des Adjudications*, au *Journal officiel de l'Union européenne*, sur le site internet de l'autorité concédante, etc. Concomitamment, il est par ailleurs permis d'informer certains opérateurs *a priori* intéressés du lancement de la procédure.

68. Tous les soumissionnaires doivent disposer d'une information transparente et égalitaire. Le contrat ne peut pas être réservé, directement ou indirectement, à une certaine catégorie d'opérateurs au déterminant d'autres. Des *critères de sélection* non-discriminatoires peuvent cependant être prévus.⁹⁷

69. Les *critères d'attribution* doivent obligatoirement être annoncés à l'avance, et ne peuvent pas être modifiés en cours de procédure.⁹⁸

Il n'existe en revanche pas d'obligation de pondérer les critères d'attribution.⁹⁹

70. Le concédant dispose du droit de *négoier* les offres reçues.

90 C.J.U.E., 16 février 2012, C-72/10 et C-77/10, *Ugo Cifone*.

91 K. WAUTERS et T. CAMBIER, « La concession de service public sous l'empire du droit européen », *M.C.P.*, 2013/1, p. 16.

92 G. ERVYN et E. WAUTERS, *op. cit.*, pp. 292-294.

93 C.J.U.E., 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen* ; C.J.U.E., 13 septembre 2007, C-260/04, *Commission c. Italie*.

94 Communication interprétative de la Commission du 1^{er} août 2006, « Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives 'marchés publics' », COM (2006) 179 final. *Contra* : K. WAUTERS et T. CAMBIER, « La concession de service public sous l'empire du droit européen », *op. cit.*, p. 55 et les références citées.

95 G. ERVYN et E. WAUTERS, *op. cit.*, p. 294 et la jurisprudence citée.

96 K. WAUTERS et T. CAMBIER, « La concession de service public sous l'empire du droit européen », *op. cit.*, p. 55.

97 G. ERVYN et E. WAUTERS, *op. cit.*, p. 295.

98 C.J.U.E., 4 décembre 2003, C-448, *EVN* ; C.J.U.E., 18 novembre 2010, C-226/09, *Commission c. Irlande*.

99 C.J.U.E., 18 novembre 2010, C-226/09, *Commission européenne c. Irlande* ; C.J.U.E., 17 mars 2011, C-95/10, *Strong Segurança SA*.

71. Au-delà de ce qui vient d'être exposé, la jurisprudence n'offre pas beaucoup plus de précision quant aux implications pratiques des principes généraux.

Cette incertitude pourrait conduire l'autorité concédante à s'inspirer autant que possible des principes contenus dans les directives « marchés publics » et « concessions ». La Cour de justice elle-même utilise ces directives comme « cadre de référence » ou comme « source d'inspiration » pour apprécier le respect par l'autorité du principe de transparence.¹⁰⁰

Une étape supplémentaire consiste à rendre la loi sur les marchés publics ou celle relative aux concessions applicable, au moyen d'une disposition contractuelle en ce sens dans les documents de la concession. Ce faisant, le concédant renoncera à la marge d'appréciation supplémentaire dont il dispose en principe dans le cadre d'une concession non soumise à la loi du 17 juin 2016. Cette renonciation se fait néanmoins au profit d'une plus grande sécurité juridique, les principes des lois du 17 juin 2016 étant mieux balisés.

3.4.3 Motivation et recours

72. Les concessions de services qui ne relèvent pas de la loi du 17 juin 2016 ne sont pas non plus régies par la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours.

73. Néanmoins, si le concédant est une autorité administrative, il devra exposer le résultat de la comparaison des offres dans une décision motivée, conformément à la *loi du 29 juillet 1991* relative à la motivation formelle des actes administratifs. La décision devra être notifiée et mentionner l'existence de voies de recours ainsi que les formes et délais à respecter.¹⁰¹

En revanche, si le concédant n'est pas une autorité administrative, il n'est en principe pas tenu par un quelconque devoir de motivation formelle.

74. Le concédant n'est pas obligé de respecter un délai d'attente entre la communication de la décision d'attribution et la conclusion du contrat de concession. Néanmoins, il pourrait souhaiter aménager volontairement un tel délai, de manière par exemple à éviter qu'une action soit dirigée directement contre le contrat conclu (cf. ci-dessous).

75. Le soumissionnaire évincé peut introduire un recours en annulation, voire un recours en suspension (devant le Conseil d'État ou le juge civil des référés, selon le cas) à condition dans ce dernier cas de prouver l'urgence (voire l'extrême urgence) de son recours. Une telle urgence ne sera en principe pas reconnue si le contrat est déjà conclu.¹⁰²

100 C.J.U.E., 17 décembre 2015, C-25/14 et C-26/14, *UNIS* ; voy. égal. les conclusions de l'avocat général Szpunar du 22 octobre 2015 dans l'affaire C-336/14.

101 Art. 19, al. 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

102 C.E., 14 février 2017, n° 237.379, *Intermédiance* (« il ressort des faits de la cause que la concession litigieuse a été attribuée et le contrat conclu, en sorte que la suspension de l'acte attaqué, qui ne peut opérer qu'*ex nunc*, ne pourrait prévenir les conséquences de cette décision ») ; C.E., 21 mars 2017, n° 237.728, *Le Botanique* ; C.E., 25 novembre 2016, n° 236.553, *Le Botanique* ; voy. cependant C.E.,

76. Une action en nullité (de droit commun) du contrat conclu pourrait être envisagée, mais sa recevabilité sera certainement contestée. La nullité (absolue) du contrat ne peut en effet être constatée, à la demande d'un tiers, qu'en présence d'une irrégularité d'ordre public. Si le caractère d'ordre public de la réglementation des *marchés publics* est déjà controversée¹⁰³, il en sera d'autant plus ainsi en présence d'un contrat qui ne relève d'aucune des lois du 17 juin 2016.

77. Au regard de ces incertitudes, le soumissionnaire évincé d'une concession de services non soumise à la loi du 17 juin 2016 devra le plus souvent se contenter d'une action en dommages et intérêts qui n'aura en principe pas d'impact sur l'exécution de la concession.

3.4.4 Exécution

78. En termes d'exécution, les concessions de services inférieures au seuil européen ne sont pas soumises à l'arrêt du 14 janvier 2013.

L'exécution de ces concessions est donc régie par les règles ordinaires du droit civil et par les dispositions contractuelles de la concession.

Ces règles connaissent cependant certains aménagements liés au *principe de mutabilité*.¹⁰⁴ Ce principe implique le droit pour le concédant de résilier ou de modifier unilatéralement la concession pour des motifs d'intérêt général, moyennant indemnisation du concessionnaire.¹⁰⁵

79. Nous avons vu ci-dessus que la jurisprudence *Pressetext* relative aux modifications à des contrats en cours – notamment les concessions de services¹⁰⁶

3 août 2017, n° 238.926, *Le Botanique*, où le Conseil d'État reconnaît l'extrême urgence du recours, vu la violation par l'autorité administrative de l'autorité de chose jugée d'un précédent arrêt.

103 M. VANDERSTRAETEN, « Ordre et désordre publics : le sort du contrat conclu en violation des règles d'attribution des marchés publics », *Chronique des marchés publics 2015-2016*, EBP, 2016, pp. 917-942.

104 B. GORS, « Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue : retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général », in *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 372 et s.

105 Le Conseil d'État n'est en principe pas compétent pour censurer l'acte par lequel une autorité administrative met fin à un contrat lorsque cet acte procède de l'exécution du contrat (par exemple d'un manquement contractuel), même si l'autorité dispose le cas échéant d'une appréciation discrétionnaire dans la mise en œuvre des clauses contractuelles concernées. Le Conseil d'État ne peut être ni juge, ni interprète du contrat. Dès lors que la résiliation de la convention se fonde sur un motif interne à celle-ci, seul le juge judiciaire est compétent (art. 144 et 145 de la Constitution). L'exception à ce principe vise le cas où la modification unilatérale ou la résiliation se fonde sur le principe de mutabilité, c'est-à-dire sur un motif d'intérêt général externe au contrat. Dans ce cas, il existe un acte administratif unilatéral détachable du contrat, dont le Conseil d'État peut apprécier la légalité. La jurisprudence sur ce point est constant, tant du côté des chambres francophones (C.E., 22 juin 2017, n° 238.604, *ASBL Comité général d'action des Marolles* ; C.E., 18 mai 2017, n° 238.244, *ASBL Jobelix* ; voy. à cet égard le rapport de R. BORN, « La résiliation d'une concession, le motif d'intérêt général et la compétence du Conseil d'État – Rapport du 20 septembre 2016 », *M.C.P.*, 2017/3-4, pp. 357-364) que néerlandophones (C.E., 17 janvier 2017, n° 237.075, *BVBA Monroe Beach* ; cf. aussi K. WAUTERS, « De leer van de afplitsbare rechtshandeling : ook toepasselijk na de gunning van de overheidsvereenkomst ? », *E&D*, 2017/4, pp. 326-349). Cette jurisprudence est pertinente en ce qui concerne toutes les concessions des autorités administratives (que celles-ci soient ou non soumises à la loi du 17 juin 2016).

106 C.J.U.E., 13 avril 2010, C-91/08, *Wall*.

– a été codifiée dans les directives et le droit interne des marchés publics et des concessions. S'agissant des concessions non soumises à la loi du 17 juin 2016, cette jurisprudence reste pertinente.¹⁰⁷ Ceci concerne non seulement les concessions de services inférieures au seuil européen, mais aussi, le cas échéant, les concessions exclues du champ d'application *rationae temporis* de la loi du 17 juin 2016.¹⁰⁸

Conclusion

80. Les pouvoirs adjudicateurs ont pris l'habitude d'appliquer les principes généraux de la commande publique, issus du droit primaire européen et du droit administratif, aux contrats exclus du champ d'application de la loi sur les marchés publics.

81. Les implications concrètes de ces principes généraux sont néanmoins sujettes à incertitude. Dans ce contexte, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et l'arrêté royal du 25 juin 2017 offrent une codification et une précision bienvenues du régime applicable aux concessions de travaux et de services. Ce régime s'inspire dans une large mesure du droit des marchés publics, tout en aménageant une plus grande flexibilité au profit du concédant.

82. Les concessions de services inférieures au seuil de publicité européenne sont cependant exclues du champ d'application de la nouvelle loi. Ces concessions demeurent donc régies par les principes généraux précités. En pratique, la mise en œuvre de ces principes s'inspirera probablement des règles plus précises issues de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, voire de la loi du même jour relative aux marchés publics. Quoique ces règles soient plus contraignantes, leur application volontaire permet au concédant de rencontrer de manière sûre les exigences des principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination, sans devoir concevoir un régime de passation *ad hoc*.

107 Le Conseil d'État est compétent pour connaître du recours portant sur l'acte détachable par lequel l'autorité administrative consent par avenant à des modifications du contrat de concession, lorsque ces modifications présentent un caractère substantiel : C.E., 1^{er} décembre 2016, n° 236.642, *SPRL Clear Channel*.

108 L'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, qui contient les dispositions codifiant la jurisprudence *Pressetext*, est entré en vigueur le 30 juin 2017 (art. 78). Il semble devoir être déduit d'un communiqué de la Chancellerie du Premier ministre relatif aux règles générales d'exécution des marchés publics que les contrats conclus avant le 30 juin 2017 ne sont pas soumis ces nouvelles règles, de sorte que les modifications apportées à ces contrats doivent être appréciées exclusivement à la lumière de la jurisprudence *Pressetext* (<http://www.publicprocurement.be/fr/nouvelles/communication-concernant-lentree-en-vigueur-de-larrete-royal-du-22-juin-2017-modifiant-lar>, consulté le 26 février 2018). Ce communiqué n'a cependant aucune valeur réglementaire et la solution qu'il consacre ne s'impose pas avec la force de l'évidence. L'on pourrait en particulier considérer qu'une modification substantielle intervenue après le 30 juin 2017 est un nouveau marché public (C.E., 18 janvier 2011, n° 210.497, *SCA Hygiene Products* ; I. COOREMAN et B. TOLLET, « De duur van een overheidsopdracht en de rechtsbescherming bij te langdurige overheidsopdrachten of onwettige verlengingen van overheidsopdrachten », *Chronique des marchés publics 2013-2014*, EBP, 2014, p. 987), qui aurait par conséquent dû être publié à partir du 30 juin 2017 et est donc soumis à la loi du 17 juin 2016 et à son arrêté d'exécution.

83. Ceci met en évidence l'irrésistible pouvoir d'attraction qu'exerce le droit européen des marchés publics sur tous les contrats publics :

- alors que les directives européennes « marchés publics » ne visent que les marchés publics supérieurs aux seuils européens, la loi consacre un régime largement unifié, quelle que soit la valeur du contrat concerné ;
- la directive « concessions » consacre des règles très comparables à celles des directives « marchés publics » ;
- alors que la directive « concessions » ne vise que les concessions supérieures au seuil de publicité européenne, la loi s'applique indifféremment à toutes les concessions de *travaux*, quelle que soit leur valeur ;
- les contrats qui ne relèvent ni de la loi « marchés publics », ni de la loi « concessions » sont passés suivant des principes généraux déduits des traités européens, mais en pratique inspirés des directives européennes.

84. À terme, il est permis d'imaginer que le droit belge des concessions s'appliquera à toutes les concessions, y compris les concessions de services inférieures au seuil européen, ce qui permettra notamment d'assurer une protection juridictionnelle égale à tous les soumissionnaires.

L'on peut également s'attendre à ce que le régime des concessions soit à l'avenir davantage calqué sur celui des marchés publics, au point qu'une fusion des directives « secteurs classiques », « secteurs spéciaux » et « concessions » serait envisageable.¹⁰⁹

109 Sur cette idée, voy. S. ARROWSMITH, « Modernising the EU's public procurement regime : a blueprint for real simplicity and flexibility », *P.P.L.R.*, pp. 71-82 ; M. VANDERSTRAETEN, « Les secteurs spéciaux le sont-ils encore ? », *Chronique des marchés publics 2016-2017*, EBP, 2017, pp. 513-515.