



TENDEREXPERT
UW PARTNER BIJ OVERHEIDSOOPDRACHTEN
VOTRE PARTENAIRE EN MARCHÉS PUBLICS



NEWSLETTER MAI 2023

Contactez-nous :

Siège social | Avenue De Limburg Stirum, 1780 Wemmel | erik@tenderexpert.be | 32 495 62 93 32
Bureau Bruxelles | Place de la Vieille Halle aux Blés 3 b 2 | bjorn@tenderexpert.be | +32 497 85 45 90
Bureau Wallonie | Clos Marcel Ancion 17, 1342 Limelette | mariealice@tenderexpert.be | +32 470 82 39 36

www.tenderexpert.be



Contenu

1.	A propos de l'immobilier	3
2.	Et des concessions.....	4
3.	Ou d'autres constructions... ..	5
4.	De service public.....	5
5.	Sur le domaine public.....	6
6.	Conclusion	7

Une procédure n'est pas l'autre. L'importance d'une bonne qualification.

Quelle que soit la similitude des marchés, il n'y en a pas deux qui soient totalement identiques. De petites différences peuvent avoir des conséquences majeures, y compris pour la qualification du marché. En effet, un cadre juridique correct détermine la procédure à suivre, la protection juridique applicable, la possibilité de mener des négociations ou la possibilité de régulariser des irrégularités. Il est donc important de faire une distinction claire entre un marché public classique, une procédure sui generis ou l'une des concessions possibles. Une distinction moins évidente qu'il n'y paraît. Laissez-nous vous guider.

1. A propos de l'immobilier ...

En théorie, cela paraît assez simple : un marché public est un contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques, et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services. Les marchés à caractère restreint, tels que les secteurs spéciaux, ou les achats particulièrement sensibles, tels que ceux de la défense, bénéficient d'un cadre réglementaire propre. En outre, certains services spécifiques, tels que les transactions immobilières, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur les marchés publics. C'est précisément sur ce point que la pratique semble plus complexe que la loi ne le laisse entendre.

Les transactions immobilières impliquent généralement le transfert d'un droit réel. Elles peuvent, dans les conditions prévues à l'article 28 §1 de la loi, être laissées en dehors du champ d'application des marchés publics. Il doit s'agir de l'achat ou de la location d'un terrain, de bâtiments existants ou d'autres biens immobiliers. Le mode de financement et de mise en œuvre ne semble pas avoir d'importance. En d'autres termes, un pouvoir public peut louer des bureaux pour son personnel sans devoir suivre l'une ou l'autre procédure prévue par la loi. Toutefois, la question se pose de savoir si un pouvoir public peut imposer des exigences particulières en ce

qui concerne l'immeuble qu'il souhaite acquérir. Par exemple, peut-il sans appliquer la loi sur les marchés publics, faire modifier, voire construire, un bâtiment et le prendre en crédit-bail ?

Comme nous le verrons, de légères nuances peuvent engendrer d'importantes conséquences.

Un cas bien connu nous a été soumis il y a quelques années par la Région de Bruxelles-Capitale. Souhaitant centraliser tous les fonctionnaires en un seul endroit, le gouvernement s'est mis à la recherche d'un bâtiment particulièrement grand, qu'il souhaitait louer pour plusieurs décennies. Après avoir annulé un précédent marché public, il espérait atteindre son objectif en consultant de manière informelle un certain nombre de parties intéressées, en dehors de l'application de la législation sur les marchés publics. La Région s'est appuyée sur l'article 28 précité, mais s'est heurtée au Conseil d'État¹. En effet, le bâtiment à louer devait encore être construit ; une réalisation qui devait évidemment avoir lieu avant que le bail ne puisse commencer. Pour le Conseil d'Etat, la convention finalisée par les parties répondait à la définition d'un marché de travaux, malgré la qualification donnée à la convention par les parties.

¹ CE, 23 octobre 2018, n° 242.755

Bien que les travaux à réaliser concernent un immeuble de bureaux classique, qui pourrait tout aussi bien servir à la location à des entreprises classiques, il devait s'agir, selon le Conseil, d'un marché de travaux publics au sens strict du terme. En effet, la construction devait répondre à des exigences fixées par les pouvoirs publics en matière de surface, d'accessibilité, de cafétéria, de parking, ... En outre, les pouvoirs publics assureraient également le contrôle de l'exécution et exerceraient donc "une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage".

Le Conseil a ainsi confirmé le point de vue qu'il avait exprimé un an plus tôt. Bien qu'une opération immobilière ne soit en principe pas soumise à la législation sur les marchés publics, le fait que le pouvoir adjudicateur encadre des travaux bien définis et préconçus dans un marché immobilier ne semble pas suffire à rendre la législation sur les marchés publics inapplicable.² Le fait que le bâtiment à construire soit finalement utilisé par l'administration elle-même ou vendu à des tiers n'a pas d'importance. La question de savoir dans quelle mesure les pouvoirs publics veulent imposer unilatéralement leur volonté au partenaire privé est plus importante. Se contentent-ils de formuler des ambitions générales ou confèrent-ils au projet un contenu très concret ? Se contentent-ils de rappeler les obligations urbanistiques existantes ou, au contraire, veulent-ils imposer légalement la réalisation d'une construction spécifique ? C'est une ligne de démarcation qui peut devenir très étroite, mais les conséquences n'en sont pas moindres. La requalification en marché public, par exemple, entraîne une protection juridique différente. Dès lors qu'il s'agit d'un marché public de travaux, la loi du 17 juin 2013 sur la protection juridique devient immédiatement applicable. La suspension de l'exécution du marché peut alors être réclamée, conformément à l'article 15, sans qu'aucune preuve d'urgence ne soit requise....

² CE, 30 novembre 2017, n° 240.044

³ CE, 21 mai 2021, n° 250.653

2. Et des concessions...

La question ne se pose pas seulement pour les marchés publics et pour les bureaux. Il pourrait tout aussi bien s'agir de terrains de sport ou de concessions. Lorsque la commune d'Asse passe un marché pour un droit d'emphytéose, sans appliquer la loi sur les concessions, une discussion similaire se déroule devant le Conseil d'Etat.³

La commercialisation d'un droit réel, qui permettra à un entrepreneur de réaliser des terrains de padel et un club-house et d'exploiter le tout pendant 50 ans, peut certes constituer une concession de services ou de travaux. Mais contrairement à la Région bruxelloise, les autorités locales ont fait preuve de retenue. Les exigences imposées par la commune étaient limitées. Il n'y avait pas de contrôle sur les travaux à réaliser ; il n'y avait pas de sanction en cas de dépassement du délai d'exécution. Les plans présentés par l'emphytéote choisi n'ont pas été adaptés tout au long des négociations et les exigences concrètes pour l'exploitation du club étaient également minimales. Une requalification du contrat n'a donc pas semblé appropriée cette fois-ci.

Compte tenu de la jurisprudence récente de la CJUE⁴ les choses auraient pu être différentes si le pouvoir local avait effectivement influencé, par exemple, la structure architecturale du club-house à construire. Dans ce cas, les exigences auraient probablement été trop spécifiques pour que ce droit réel puisse être transféré en dehors de l'application du droit des concessions ou des marchés publics. Ou comment quelques dispositions d'un volumineux cahier des charges peuvent déterminer l'issue de l'histoire...

⁴ CJUE 22 avril 2021, nr. C-537/19, ECLI:EU:C:2021:319

3. Ou d'autres constructions...

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire qu'il y ait un bâtiment pour discuter de la qualification d'un arrêté. Le fait de pouvoir placer des panneaux publicitaires, que ce soit sur des bancs, des abris ou des abribus ou non, a obligé le Conseil d'État à se prononcer à de nombreuses reprises.⁵

La fourniture de mobilier urbain, avec le droit d'en faire (partiellement) la publicité, peut constituer un marché public classique.⁶ Les livraisons peuvent alors être effectuées avec un transfert total de propriété, mais on peut également opter pour une location, une location-vente ou un crédit-bail. D'autre part, la fourniture de mobilier urbain peut également prendre la forme d'une concession de services.⁷ Dès que la valeur d'une telle concession dépasse 5.382.000€, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession s'applique. Cette loi est similaire à la loi sur les marchés publics, mais il existe des différences importantes. Par exemple, l'attribution d'un marché public doit être fondée au moins en partie sur le prix ou le coût du marché, alors que la loi sur les concessions est plus libre, n'exigeant que des critères d'attribution liés à l'objet de la concession. Le prix ou le coût n'en font pas nécessairement partie.

Cependant, la différence décisive entre une concession et un marché public ne réside pas dans les critères d'attribution ou dans l'éventuel transfert de propriété. L'élément distinctif est et reste le risque d'exploitation, c'est-à-dire la probabilité de profit et le risque de perte. Le droit d'exploiter le service fourni ou le travail effectué distingue la concession du marché public. La Cour de justice l'a encore affirmé récemment de manière très claire.⁸ Dans le cas d'une concession, le risque opérationnel repose sur l'opérateur économique, qui peut ne pas être en mesure de récupérer les investissements réalisés,

même si l'adjudicateur continue à assumer une partie du risque. Si le gouvernement garantit à l'opérateur économique un rendement minimum ou prévoit le remboursement des coûts encourus, il ne s'agit plus d'une concession et l'application de la législation plus stricte sur les marchés publics est imminente. Ici aussi, on a l'impression de danser sur une corde raide. La formulation irréfléchie d'exigences ou de garanties menace, au sens propre comme au sens figuré, l'ensemble de la structure.

4. De service public...

Si la distinction semble déjà délicate, la confusion babylonienne se voit quasi totale par l'ajout d'une troisième notion : la concession de service public.

Alors que la concession de services est une notion de droit européen issue de la directive 2014/23/UE, la concession de service public est une notion plus ancienne issue du droit administratif belge.

Le critère distinctif n'est pas le risque d'exploitation, qui repose dans les deux cas sur le concessionnaire, mais plutôt l'objet même du contrat. Alors que la concession de services est en principe possible pour tous les types de services - sauf exceptions mentionnées dans la loi sur les concessions - la concession de service public a un objet beaucoup plus restreint. Le concessionnaire se voit confier, à ses frais et risques, la gestion d'un service public, sous le contrôle et selon les règles des pouvoirs publics. Ainsi, pour accorder une concession de service public, les pouvoirs publics doivent tout d'abord être légalement chargés d'une mission de service public. Ce n'est que si elle est autorisée à externaliser cette tâche et que les pouvoirs publics décident de le faire qu'il peut y avoir concession de service public. L'élément crucial ici semble être le service public aux citoyens : s'il n'y a pas de contact réel entre le

⁵ Voir par exemple CE, 3 juillet 2012, n° 220.141

⁶ Voir par exemple CE, 30 mars 2017, n° 237.855

⁷ Voir par exemple CE, 9 septembre 2021, n° 251.439

⁸ CJUE 10 novembre 2022, n° C-486/21,

ECLI:EU:C:2022:868

cessionnaire et la population, il ne semble pas y avoir de concession de service public.

Bien que la concession de service public ait certainement perdu de son importance avec l'entrée en vigueur de la loi sur les concessions de 2016, les discussions dans la jurisprudence se poursuivent encore aujourd'hui.⁹

5. Sur le domaine public...

Il semble y avoir moins d'ambiguïté sur un dernier concept : la concession domaniale. Contrairement à la concession de service public, la concession domaniale est clairement distincte de la loi sur les concessions de 2016.

Une concession domaniale se réfère uniquement à l'autorisation d'utiliser le domaine public à titre privé, indépendamment de toute exploitation d'un service public. En fait, il ne s'agit guère plus que d'une sorte de licence, qu'il aurait peut-être été préférable d'appeler ainsi. En effet, avec une concession de domaine, les pouvoirs publics accordent à une personne le droit, moyennant paiement, d'utiliser temporairement et exclusivement une partie du domaine public. Une grande roue sur l'espace Tivoli à Liège, ou les chaises de plage au large de notre côte belge, de plus beaux exemples n'existent probablement pas.

Alors que la loi sur les concessions de 2016 s'applique aux concessions de services ou de travaux d'une valeur supérieure à 5.382.000 euros, toutes les concessions domaniales, quelle que soit leur valeur, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur les concessions.

On ne peut toutefois pas parler de vide juridique. Tant lors de l'attribution de "petites" concessions que lors de l'attribution de concessions domaniales, les pouvoirs publics doivent respecter toute une série de principes généraux. Le nombre de licences ou de concessions disponibles étant de toute façon limité, les pouvoirs publics devront opérer une sélection. Il devra donc prévoir, dans le cadre d'une procédure "sui generis", des garanties d'égalité, de non-discrimination et de transparence.¹⁰ Ainsi, sans être explicitement obligé de le faire par une loi spéciale, il devra y avoir un guide de sélection avec des critères objectifs, ainsi qu'une publication appropriée de la concession (domaniale). Ironiquement, il semble parfois plus prudent pour un pouvoir adjudicateur d'appliquer la loi sur les concessions même s'il n'y est pas obligé. A première vue, il semble même permis d'appliquer des techniques spéciales du droit des concessions, telles que la réservation de lots à l'économie sociale, à des concessions qui ne sont pas soumises au droit des concessions...¹¹

⁹ CE, 12 mars 2023, n° 356.008

¹⁰ CJUE 14 juillet 2016, n°. C-458/14, ECLI:EU:C:2016:558

¹¹ CE, 31 janvier 2019, n° 243.569

6. Conclusion

Les différences sont mineures, mais les risques sont bien réels. Si un pouvoir public souhaite acquérir un bien immobilier ou accorder une concession, il a tout intérêt à bien réfléchir. Une exigence formulée de manière un brin trop précise, ou une garantie de rendement à peine trop importante, peut rapidement compromettre un projet d'envergure. C'est précisément le choix entre plusieurs concepts apparemment égaux qui rend difficile l'élaboration d'un marché concret. En effet, ce

sont les règles du jeu qui déterminent le déroulement des opérations et, même en l'absence d'un cadre juridique écrit, toute une série de principes généraux restent en vigueur.

Analyser correctement un concept et choisir le cadre juridique adéquat est la première étape, mais peut-être aussi la plus difficile, de tout le processus de passation de marché.

VOUS AVEZ DES QUESTIONS ?

NOS EXPERTS ONT CERTAINEMENT LES RÉPONSES ! N'HÉSITEZ PAS À NOUS CONTACTER:

Marie-Alice Vroman

Senior Partner

mariealice@tenderexpert.be

0470 82 39 36

Delphine Bėjannin

Partner

delphine@tenderexpert.be

0471 78 43 32

Avis juridique important – Disclaimer

Bien ce bulletin d'information a été réalisé avec la plus grande minutie, la présence d'erreurs et d'imperfections ne peut être garantie et aucune responsabilité ne peut en découler. L'utilisateur de ce bulletin reconnaît et accepte, par la simple utilisation de son contenu, le refus de responsabilité susmentionné.