
EGALITÉ, NON-DISCRIMINATION ET TRANSPARENCE DANS L'ATTRIBUTION DES CONCESSIONS DOMANIALES

GAUTHIER ERVYN



RÉSUMÉ

Les concessions domaniales sont des contrats administratifs qui ont pour objet d'accorder l'utilisation privative du domaine public, de manière précaire et révoquant, à des opérateurs économiques.

Traditionnellement, ces contrats ne sont pas soumis à la réglementation des marchés publics et des concessions de travaux (ou de services), dans la mesure où ils n'impliquent pas la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services répondant aux exigences de l'autorité publique. L'octroi des concessions domaniales est donc soumis aux principes généraux du droit administratif, applicables à toute l'action administrative des pouvoirs publics.

Dans la présente étude, nous entendons nous intéresser aux conditions de transparence, d'égalité et de non-discrimination qui s'imposent aux autorités publiques lors de l'octroi des concessions domaniales, ainsi qu'à l'influence de la jurisprudence et du droit européens sur la conclusion de ce type de contrats administratifs.

Une double évolution est constatée. De plus en plus, les contrats de concession domaniale couvrent des réalités complexes, susceptibles d'être requalifiées en marchés publics ou concessions de travaux ou de services. En outre, quand bien même n'y aurait-il pas lieu à requalification, l'attribution des concessions domaniales (d'intérêt transfrontalier) se doit de respecter de nouvelles contraintes, issues des principes du Traité de l'Union européenne.

SAMENVATTING

Domeinconcessies zijn administratieve contracten die bedoeld zijn om economische subjecten het privaat gebruik te verlenen van openbaar domein, dit op een herroepbare en precaire wijze.

Gewoonlijk zijn deze contracten niet onderworpen aan de reglementering inzake overheidsopdrachten en concessies van werken (of diensten), dit voor zover zij geen betrekking hebben op de uitvoering van de werken, de levering van producten of het verlenen van diensten die beantwoorden aan de eisen van de overheidsinstantie. De toekenning van domeinconcessies is bijgevolg onderworpen aan de algemene beginselen van het administratief recht, die van toepassing zijn op alle administratieve handelingen gesteld door overheidsinstanties.

In deze studie zullen wij ons toeleggen op de voorwaarden inzake transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie die door de overheidsinstanties gerespecteerd moeten worden bij de toekenning van domeinconcessies, alsmede op de invloeden uit de rechtspraak en het Europees recht die van toepassing zijn op het sluiten van dit soort van administratieve contracten.

Twee evoluties werden vastgesteld. Meer en meer hebben domeinconcessies betrekking op ingewikkelde situaties, die vatbaar zijn voor herkwalificatie als

overheidsopdrachten of concessies van werk of diensten. Bovendien moet de toekenning van domeinconcessies (van grensoverschrijdend belang) - zelfs indien er geen grond is voor herkwalificatie - de nieuwe voorschriften volgen die afkomstig zijn van de principes van het Verdrag van de Europese Unie.

INHOUD

I.	L'utilisation privative du domaine public	3
II.	L'octroi des concessions domaniales: le régime « classique »	5
III.	Concessions domaniales, marchés publics, concessions de travaux publics, concessions de services	8
	A. Définitions et critères constitutifs	8
	B. Travaux, fournitures ou services « à la demande » de l'autorité publique?	11
	C. L'objet principal du contrat	17
	D. Conséquences d'une requalification	19
IV.	L'influence des principes de droit européen sur l'octroi des concessions domaniales	19
V.	Vers plus d'égalité et de transparence?	24



I. L'utilisation privative du domaine public

1. Traditionnellement, on distingue, au sein des biens de l'administration, les biens qui relèvent du domaine public et ceux qui relèvent du domaine privé¹.

La Cour de cassation adopte des critères relativement stricts pour définir le « domaine public », à savoir l'affectation du bien du domaine public à l'usage de tous, sans distinction, cette affectation étant consacrée par décision expresse ou implicite de l'autorité compétente, ou par la loi². La doctrine et les juridictions de fond préconisent une appréciation plus large, fondée sur le critère d'affectation du bien au service public, dès lors que le domaine est « *spécialement aménagé, relativement nécessaire ou encore difficilement remplaçable pour l'accomplissement du service public* ».³

Si la disposition des biens du domaine privé est, pour l'essentiel, régie par les dispositions du droit commun, le domaine public est soumis à un régime de droit administratif spécifique. En particulier, l'utilisation privative des biens du

1 LES NOVELLES, Lois politiques et administratives, IV, Larcier, éd. 1965, p.25 et suivantes.

2 Cass., 18 mai 2007, *Rev. Not.*, 2007, p. 631.

3 M. Pâques, Répertoire notarial, T.XIV, Livre VII, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 140.

domaine public est limitée et les autorités publiques bénéficient, à leur égard, de droits exorbitants, justifiés par la nature publique de ces biens⁴.

2. On distingue deux catégories d'instruments juridiques permettant l'utilisation privative de parcelles du domaine public: les autorisations domaniales⁵, d'une part, et les concessions domaniales, d'autre part.

Ces deux formes de mise à disposition des biens du domaine public à des tiers, présentent toutes deux des similarités, notamment quant à leur caractère précaire et révoquant. Toutefois, les concessions domaniales se distinguent des simples autorisations, en ce qu'elles impliquent la conclusion d'un contrat⁶, générant des droits et obligations réciproques.

La distinction entre ces deux figures juridiques et leurs définitions respectives ressort notamment de la jurisprudence récente du Conseil d'état:

« Considérant que l'utilisation privative d'une portion du domaine public se fait sur base d'une autorisation domaniale qui peut revêtir deux formes: l'autorisation unilatérale et le contrat (concession domaniale);

Que l'autorisation domaniale se définit comme un acte administratif unilatéral autorisant un usager déterminé soit à occuper temporairement une parcelle délimitée du domaine public à titre exclusif, soit à utiliser le domaine public à des fins auxquelles il n'est pas immédiatement destiné, de manière durable mais de façon précaire et révoquant et moyennant le paiement d'une redevance; (...)»⁷

« La concession domaniale est un contrat administratif par lequel l'autorité concédante permet à un usager d'occuper une parcelle du domaine public à titre exclusif et à temps, mais de façon précaire et révoquant »^{8,9}

4 Pour des études complètes sur le sujet, cfr. notamment LAGASSE D., « *La gestion privative du domaine public: Rapport n° 1: Contenu de l'autorisation d'occupation privative du domaine public: quels sont les droits et obligations de l'occupant privatif du domaine public* », A.P.T., 2/2003, p.89; A. VANDENBURIE, Définir le domaine public, permettre sa valorisation: une entreprise impossible?, RCJB, 2012, p.473 et suivantes; J. DE STAERCKE, Domeingoederenrecht, Intersentia, 2006.

5 Parmi lesquelles le Conseil d'état (CE, arrêt n° 189.689 du 21 janvier 2009, STASSAIN) distingue les « permis de stationnement », sans emprise sur le sol, et les « permissions de voirie », qui impliquent une telle emprise.

6 D'HOOGHE, De gunning van overheidsopdrachten, Die Keure, 2009, p.169, n°254.

7 Cfr. l'exposé des faits dans CE, arrêt n°196.580 du 1er octobre 2009, STASSAIN.

8 FLAMME M-A, « *Droit administratif* », t. 2, Bruylant, 1989, n°426, cité par C.E. arrêt n°208.354 du 21 octobre 2010.

9 Voir aussi CE arrêt n°203.302 du 27 avril 2010, Mobistar. Dans cet arrêt, le Conseil d'état distingue également l'autorisation domaniale de la concession domaniale. Il constate que l'absence de caractère rémunérateur de la contrepartie exigée auprès de l'occupant du domaine privé démontre l'aspect unilatéral de l'autorisation domaniale. Dans ce cas, il ne peut donc pas être considéré qu'une concession domaniale serait intervenue.

3. Nonobstant leur nature précaire, les contrats de concessions domaniales permettent, du fait de leur caractère synallagmatique¹⁰, d'offrir au concessionnaire « *un gage de stabilité pour ses investissements* »¹¹.

Ces concessions sont donc généralement octroyées pour des délais assez longs, de plusieurs années, voire dizaines d'années, qui permettent aux utilisateurs privés du domaine d'y développer, dans une certaine sécurité juridique¹², des activités commerciales ou industrielles.

Par ailleurs, les droits du concessionnaire doivent être respectés pendant la durée de la concession et celle-ci ne peut pas être révoquée anticipativement pour des motifs d'ordre public, sauf pour l'autorité publique à indemniser le dommage subi par le concessionnaire.¹³

Il est fréquent que l'exercice des activités économiques sur le fonds concédé nécessite la réalisation, par l'autorité publique ou par le concessionnaire privé, d'importants travaux d'aménagement ou de construction. La conclusion de la concession domaniale ne suffit pas. Ces travaux devront bien entendu faire l'objet de permis d'urbanisme et/ou d'environnement.¹⁴

4. Les concessions domaniales sont donc des contrats administratifs immobiliers. A ce titre, elles peuvent présenter, sous certains aspects, des similarités avec les marchés publics, les concessions de travaux et les concessions de services.

Dans la présente étude, nous entendons nous intéresser aux conditions de transparence, d'égalité et de non-discrimination qui s'imposent aux autorités publiques lors de l'octroi des concessions domaniales, ainsi qu'à l'influence de la jurisprudence et du droit européens sur la conclusion de ce type de contrats administratifs.

10 DÉOM, D., ERNEUX, P.-Y., LAGASSE, D. et PÂQUES, M., « Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics », Rép. not., Tome XIV, Le droit public et administratif, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 184; Cette caractéristique les différencie des simples autorisations domaniales: CE arrêt n° 81.700 du 6 juillet 1999, TORFS.

11 DÉOM, D., ERNEUX, P.-Y., LAGASSE, D. et PÂQUES, M., « Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics », Rép. not., Tome XIV, Le droit public et administratif, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 185 et n° 200 et suivants.

12 Civ. Bruxelles, 17 septembre 2010, M.C.P. O.O.O. 2011/4, p. 495.

13 DÉOM, D., ERNEUX, P.-Y., LAGASSE, D. et PÂQUES, M., « Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics », Rép. not., Tome XIV, Le droit public et administratif, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 184.

14 CE, arrêt n° 110.106 du 10 septembre 2002, LEEMAN, relatif à un recours introduit contre l'octroi d'une concession domaniale en mer pour l'exploitation d'éoliennes; CE, arrêt n° 213.264 du 17 mai 2011, ROUCLOUX constatant l'irrecevabilité d'un recours en annulation introduit par des riverains contre la conclusion d'une concession domaniale entre une Fabrique d'église et une société de téléphonie parce que la concession domaniale n'emporte pas l'autorisation de construire mais est simplement: « *un acte par lequel le gestionnaire d'un bien qui est la propriété d'un pouvoir public, et qui est affecté au service public que ce pouvoir a pour mission d'assurer, confère des droits sur ce bien, par un contrat qui est, à l'égard des tiers, une res inter alios acta qui ne peut ni leur nuire ni leur profiter* ». Attention, cette exception d'irrecevabilité ne tient pas lorsque c'est un concurrent qui attaque la décision d'attribution de la concession (qui serait conditionnée à des autorisations urbanistiques) dans la mesure où cette décision d'attribution lui fait en soi grief: CE, arrêt n° 210.981 du 3 février 2011, NV ELECTRASTAR.

II. L'octroi des concessions domaniales : le régime « classique »

5. Suivant la doctrine¹⁵, « l'octroi de l'AOP¹⁶ – constitutive ou non d'un droit réel – n'est notamment pas soumis à la réglementation des marchés publics mais uniquement au respect des principes généraux du droit administratif : principe d'égalité des citoyens, principe d'examen sérieux et concret des dossiers, principe selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs matériellement exacts, pertinents et légalement admissibles, ainsi qu'au respect des principes résultant du droit de la concurrence, notamment du principe d'ouverture aux concurrents des facilités (infrastructures) essentielles tel qu'il a été dégagé par la Cour de justice des Communautés européennes. »¹⁷

Il est donc communément admis que les concessions domaniales ne sont pas soumises à la réglementation des marchés publics.¹⁸

La Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services exclut les contrats ayant pour objet « l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens. »¹⁹ Ceci vaut tant pour les situations où les autorités publiques louent ou acquièrent des terrains²⁰ que celles où ces autorités les mettent à disposition de tiers²¹, dans le cadre de concessions domaniales par exemple.

Par ailleurs, l'art. 10.8.8 de la nouvelle Directive Européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, exclut également les concessions domaniales de la réglementation des concessions de travaux et services :

« La présente directive ne s'applique pas aux concessions de services ayant pour objet :

a) l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens ; »

Le quinzième considérant de cette directive est intéressant en ce qu'il confirme expressément l'exclusion des contrats de mise à disposition du domaine des autorités publiques, du champ d'application de cette réglementation :

15 LAGASSE, D., « La gestion active du domaine public », A.P.T., 2003/2, p. 105, n°24.

16 C'est-à-dire d'une « autorisation d'occupation privative ».

17 Cfr également CABUY Y. e.a., *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, de l'article à la pratique*, Larcier, 2013, p. 1070 : « Une concession de travaux publics n'a donc rien à voir avec d'autres types de concessions telles que la concession domaniale (permission de voirie, permis de stationnement) ou la concession de services. »

18 F. MOISES & D. SPROCKEELS, Les procédures d'attribution des contrats publics, *Revue pratique de l'immobilier*, 3/2014, p.52, n°6.

19 Art. 18 al.1^{er}, 2^o.

20 CABUY Y. e.a., *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, de l'article à la pratique*, Larcier, 2013, p. 1070.

21 K. E. MORIC, Les partenariats publics-privés, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire, Larcier, 2009, p.39.

« En outre, certains accords dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines publics ou ressources publiques, en droit privé ou public, tels que des biens fonciers ou des biens publics, en particulier dans le secteur des ports maritimes, des ports intérieurs ou des aéroports, par lesquels l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou services spécifiques, ne devraient pas être qualifiés de concessions au sens de la présente directive. C'est habituellement le cas des baux immobiliers publics ou des baux fonciers, qui contiennent généralement des conditions applicables à l'entrée en possession du preneur, à l'usage auquel le bien est destiné, aux obligations du bailleur et du preneur relatives à l'entretien du bien, à la durée du bail et à la restitution de la possession au bailleur, à la location et aux frais accessoires à charge du preneur. »²²

Le projet de loi qui est, à l'heure de la rédaction des présentes, déposé à la Chambre des représentants et vise à transposer cette directive européenne en droit belge, confirme cette exclusion²³.

6. Si *« aucune disposition légale ou réglementaire ne prescrit qu'une concession domaniale ne peut être octroyée qu'après une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres, comme stipulé par la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, d'entreprises de fournitures et de services », « la compétence discrétionnaire de l'administration est limitée cependant par le principe d'égalité contenu à l'article 10 de la Constitution coordonnée, qui prescrit à l'administration le devoir de traiter tout sollicitant sur pied d'égalité et de lui octroyer une chance égale d'obtenir la concession, ce qui suppose à tout le moins que les offres soient effectivement comparées entre elles »*.²⁴

« La jurisprudence ajoute que sont en principe applicables, les principes généraux du droit administratif, tel le principe de l'égalité des candidats, le principe de transparence, le principe de la motivation ou le principe de l'examen sérieux des offres, ainsi que le principe de concurrence lorsque la dépendance domaniale est le siège d'activités de production, de distribution ou de services. »^{25, 26}

22 Voir aussi le considérant n°16: *« Par ailleurs, ne devraient pas non plus être considérés comme des concessions au sens de la présente directive les accords qui octroient un droit de passage pour l'utilisation de biens immobiliers publics en vue de la mise à disposition ou de l'exploitation de lignes fixes ou de réseaux destinés à fournir un service au public, dans la mesure où ces accords n'imposent pas d'obligation de fourniture ni ne prévoient l'acquisition de services par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice pour son propre compte ou pour des utilisateurs finals. »*

23 Doc. parl., la Chambre, Doc 54, 1541/001, art. 28 § 1er, 1° (<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/1541/54K1541001.pdf>).

24 CE, arrêt du 2 février 1993, Jur. Anv., 1994, p. 318.

25 DÉOM, D., ERNEUX, P.-Y., LAGASSE, D. et PÂQUES, M., « Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics », Rép. not., Tome XIV, Le droit public et administratif, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 192. Voir aussi LES NOUVELLES, Lois politiques et administratives, IV, Larcier, éd. 1965, p.90, points 182 et 183 qui insistent sur le « pouvoir discrétionnaire » de l'administration dans l'octroi des concessions.

26 Cfr. également: Réponse du Ministre Courard à une question sur « les concessions du domaine public », Doc. parl., C.R.I.C., 2007-2008, n°99, 29 avril 2008, p. 22 (http://nautilus.parlement-wallon.be/Archives/2007_2008/CRIC/cric99.pdf).

En application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la décision octroyant une concession domaniale doit faire l'objet d'une motivation formelle adéquate, « laquelle consiste en l'indication dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. »²⁷

Par contre, le Conseil d'état²⁸ considérait au début des années '90 que si le principe d'égalité devait être respecté, il n'y avait ni obligation d'appliquer les règles des marchés publics pour conclure une concession domaniale (ici en l'occurrence, il s'agissait de prolonger une concession existante), ni obligation d'organiser une procédure d'appel à manifestation d'intérêt pour « attirer » les candidats concessionnaires éventuels.

Il ressort de ces développements que l'octroi des concessions domaniales était considéré comme étranger à la réglementation des marchés publics et que seuls les principes généraux de droit administratif, applicables à toute l'action administrative des autorités publiques, étaient applicables.

III. Concessions domaniales, marchés publics, concessions de travaux publics, concessions de services

A. Définitions et critères constitutifs

7. Le contrat de concession domaniale est défini comme « *un contrat administratif par lequel l'autorité publique concédante, gestionnaire d'un bien relevant du domaine public, permet à un usager déterminé d'occuper une parcelle délimitée du domaine public à titre exclusif ou de manière exclusive mais de façon précaire et révocable et généralement moyennant le paiement d'une redevance* ». ²⁹

La concession domaniale réunit les caractéristiques principales suivantes³⁰:

- la concession est octroyée par l'autorité compétente qui a affecté le bien à l'usage de tous et qui doit en assurer la continuité;
- l'autorité concédante dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, tant à l'égard de l'octroi de la concession que de sa révocation;
- la concession domaniale est de nature contractuelle;

27 F. MOISES & D. SPROCKEELS, *Les procédures d'attribution des contrats publics*, *Revue pratique de l'immobilier*, 3/2014, p.52, n°8.

28 CE, arrêt n°48.082 du 21 juin 1994, n.v. SEAPORT TERMINALS.

29 Cfr. *R.v.St., Seaport Terminals*, nr. 41.878, 2 januari 1993.

30 La concession, R.P.D.B., V, p.234 et suivantes.

- l'octroi de la concession peut être subordonné au respect de conditions exigées par l'intérêt général³¹ ;
- la concession domaniale ne confère aucun droit réel sur le bien ;
- l'octroi d'une concession domaniale fait naître un droit de créance personnel et incessible dans le chef du concessionnaire à l'égard de l'autorité concédante. La nature contractuelle de la relation entre l'autorité concédante et le concessionnaire est constitutive d'un droit subjectif donnant lieu, le cas échéant, en cas de résiliation anticipative, à réparation ;
- la concession domaniale est précaire et révocable. En raison du caractère hors commerce, inaliénable et imprescriptible du domaine public, l'autorité concédante peut, à tout moment et dans l'intérêt général, résilier la concession qu'elle a octroyée ou en modifier les conditions.

L'objet du contrat de concession domaniale est donc la mise à disposition, par une autorité publique, d'un bien immeuble (généralement un terrain) au profit d'un opérateur économique, contre paiement d'une redevance, étant entendu que le concessionnaire du bien pourra y exercer (de manière exclusive) une activité économique de nature privée, pendant un temps déterminé.³²

Il est important de souligner que cette prise de possession par le concessionnaire privé ne vise pas à remplir des objectifs d'intérêt général.³³ L'usage privatif du domaine public permet en réalité de satisfaire deux autres objectifs : la sauvegarde de l'affectation publique des biens du domaine public et leur valorisation économique par des personnes de droit privé³⁴.

8. Le contrat de concession présente donc des similarités fortes avec la figure du marché public, notamment de travaux, qui est définie par l'art. 3,1° de la Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services comme (i) un contrat (ii) à titre onéreux (iii) conclu entre un ou plusieurs entrepreneurs (iv) et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques, (v) ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Quatre des cinq critères constitutifs des marchés publics se retrouvent en effet dans le contrat de concession domaniale. Il s'agit des éléments suivants :

- 1° un contrat ;
- 2° conclu à titre onéreux ;

31 Cass., 10 mai 1929, Pas., I, 183 : « L'administration a toujours le droit et même le pouvoir de reprendre, quand elle le juge nécessaire, l'usage absolu et inconditionné des parties du domaine public sur lesquelles des concessions ont été accordées ».

32 La concession, R.P.D.B., V, p.234 et suivantes.

33 D'HOOGHE, De gunning van overheidsopdrachten, Die Keure, 2009, p.169, n°254.

34 LAGASSE D., « La gestion privative du domaine public : Rapport n° 1 : Contenu de l'autorisation d'occupation privative du domaine public : quels sont les droits et obligations de l'occupant privatif du domaine public », A.P.T., 2/2003, p.89.

- 3° entre un ou plusieurs entrepreneurs ;
- 4° et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (qualité que possèdent les autorités en charge du domaine public).

Une différence sépare donc les concessions domaniales, des marchés publics :

- l'objet de la concession domaniale est de permettre au concessionnaire d'utiliser privativement un bien du domaine public : dans ce cas, l'autorité publique cède (l'usage d') un de ses biens public à un tiers, qui la rémunère ;
- l'objet du marché public est la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, par l'opérateur économique au profit du pouvoir adjudicateur : ici, c'est le pouvoir public qui demande à l'opérateur économique que des travaux, fournitures ou services soient réalisés contre rémunération.

9. La concession domaniale présente également diverses similarités avec la concession de travaux publics et la concession de services.

La nouvelle directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, définit les concessions de travaux et de services comme suit :

- *« concession de travaux », un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices 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 prix³⁵ ;*
- *« concession de services », un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix.*

L'unique caractéristique distinguant les concessions de travaux ou de services par rapport aux marchés publics, réside dans la contrepartie offerte à l'opérateur économique qui est le « droit d'exploiter » les travaux ou services faisant l'objet de la concession.

35 Cfr. également l'art. 3, 12° de la Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui définit les « concessions de travaux publics » comme « le contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ». A noter que cette loi devrait être prochainement remplacée par une nouvelle loi sur les concessions, fondée sur la directive 2014/23/UE.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³⁶, ce « droit d'exploiter » est réputé exister dès lors que le contrat transfère, à l'opérateur privé, une part significative du risque d'exploitation qu'assumait précédemment l'autorité publique³⁷.

Les concessions de travaux et de services sont donc, comme les marchés publics et comme les concessions domaniales :

- 1° des contrats ;
- 2° conclus à titre onéreux ;
- 3° entre un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- 4° et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

Par contre, ce qui distingue les concessions de travaux ou de services, des concessions domaniales, c'est - comme pour les marchés publics - le fait que les concessions de travaux ou de services ont pour objet de « *confier* » à un opérateur économique l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion de services, destinés à servir l'intérêt public³⁸.

Tel n'est pas l'objet principal des concessions domaniales, qui visent la mise à disposition d'un bien du domaine public au profit d'un opérateur économique, sans que l'affectation économique de ce bien ne serve des objectifs d'intérêt général³⁹.

B. Travaux, fournitures ou services « à la demande » de l'autorité publique ?

10. Il n'est toutefois pas rare que dans le cadre des concessions domaniales, des travaux d'équipements soient réalisés ou que des services soient prestés par le concessionnaire.

36 Cfr. pour un détail de celle-ci : G. ERVYN, « Le droit d'exploiter ou quand le marché public devient concession », *Chronique des marchés publics 2011-2012*, éd. EBP, 2012, p.233.

37 Ceci résulte aujourd'hui expressément de l'article 5, 1) Directive 2014/23/C : « *L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession 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'exploitation 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.* ».

38 S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Die Keure, 2007, p.352 et suivantes.

39 D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Die Keure, 2009, p.169, n°254.

La question se pose donc de savoir si l'existence de ces travaux ou services peut impliquer une requalification du contrat de concession domaniale, en marché public, concession de travaux ou concession de services.^{40, 41}

11. L'article 2.1.6) de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, définit la notion de «travaux» comme suit :

- a) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution, de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe II de cette Directive ;
- b) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage ;
- c) soit, la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Pour qu'il y ait «marché public de travaux», il convient donc que le pouvoir adjudicateur confie à l'opérateur économique l'exécution⁴² de travaux ou d'un ouvrage qu'il souhaite voir réaliser, ou l'exécution⁴³ d'un ouvrage qui répond à ses besoins.⁴⁴

Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁵, pour qu'il y ait marché public, il faut que les travaux ou l'ouvrage comportent «*un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur*». Suivant la Cour, «*un tel intérêt économique peut être constaté s'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique*»⁴⁶.

Cet intérêt économique pourra également être démontré sur base des «*avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer* :

- *de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage ;*
- *dans le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ;*

40 S. VAN GARSSE, Het begrip concessie van (openbare) werken en (openbare) diensten in het raam van de nieuwe richtlijn, Chronique des marchés publics 2013-2014, éd. EBP, p. 668, n°17 ; K. E. MORIC, Les partenariats publics-privés, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire, Larcier, 2009, p.40 ; D'HOOGHE, De gunning van overheidsopdrachten, Die Keure, 2009, p.170, n°255.

41 Une telle question fut notamment au centre des débats dans l'affaire CE n°162.256 du 31 août 2006, CLEAR CHANNEL au terme de laquelle une question préjudicielle a été introduite à la Cour de justice de l'Union européenne quant à l'éventuelle requalification d'un contrat de concession domaniale en marché public. Cette question n'a malheureusement pas été traitée par la Cour, laquelle a été informé de l'absence de maintien du renvoi préjudiciel. (CJUE, ordonnance du 15 mai 2007, C-378/06, Clear Channel Belgium).

42 Et, le cas échéant, la conception.

43 Et, le cas échéant, la conception.

44 Pour plus d'informations : G. ERVYN, La notion de marché public de travaux suivant la jurisprudence de la cour de justice de l'Union Européenne, Chronique des Marchés publics, 2010-2011, p.275.

45 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt fur Immobilienaufgaben, 49.

46 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt fur Immobilienaufgaben, n°51 et les références à CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n° 67,71 et 77.

– ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage.»⁴⁷

En ce qui concerne l'ouvrage qui «répond aux besoins» du pouvoir adjudicateur, il ressort de l'arrêt Müller⁴⁸ que «pour qu'il puisse être admis qu'un pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins au sens de ladite disposition, il faut que ce dernier ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci.»

Il faut en quelque sorte que l'autorité publique impose dans le contrat des «prestations positives» à réaliser par le concessionnaire dans l'intérêt général.⁴⁹

12. Ceci a notamment été discuté dans le cadre de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 48.082 du 21 juin 1994 (n.v. SEAPORT TERMINALS), lequel a jugé ce qui suit :

«Overwegende dat de verwerende partij aan vier vennootschappen terreinen in concessie verleent; dat op die terreinen de vennootschappen onder welbepaalde voorwaarden constructies mogen oprichten, die volgens hen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van hun economische en commerciële activiteiten; dat die constructies beantwoorden aan de specifieke behoeften van die vennootschappen, niet aan specifieke behoeften van de stad, en dat zij hen toelaten het doel van de concessieverlening alsmede hun maatschappelijk doel, zijnde een loutere privé-activiteit, te verwezenlijken; dat op zichzelf beschouwd die constructies niet bestemd zijn voor openbare dienstverlening, het eigenlijke doel van het verlenen van een concessie van bouwwerken, en dat de verwerende partij normaliter niet de bouwheer ervan had moeten zijn; dat bovendien er geen bestek of ander bescheid voorhanden is dat de kwantitatieve en kwalitatieve normen van de constructies bepaalt; dat er geen enkele grond is om te stellen dat de verwerende partij de uitvoering van de constructies gunt aan de vennootschappen aan wie de concessie werd verleend.»^{50, 51}

13. Une autre affaire intéressante a fait l'objet d'un arrêt du Conseil d'état⁵² relatif à l'attribution d'un contrat de bail emphytéotique portant sur l'ancienne halle aux poissons de la ville de Gand.

47 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°52 et les références à CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne.

48 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°67.

49 A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch administratierrecht*, 20^e édition, 2014, Wolters Kluwer, p. 168-169.

50 Traduction libre: «Attendu que la partie adverse a donné les terrains en concession à quatre sociétés; que sur ces terrains, ces sociétés peuvent ériger, sous certaines conditions déterminées, des constructions qui sont selon elles nécessaires à l'exécution de leurs activités économiques et commerciales; que ces constructions répondent aux besoins spécifiques de ces sociétés, et pas à des besoins spécifiques de la Ville et qu'elles leur permettent de réaliser le but de la concession ainsi que leur objet social, à savoir une activité strictement privée; qu'en tant que telles, ces constructions ne sont pas destinées à l'exécution d'un service public, qui est l'objectif spécifique de l'octroi d'une concession de travaux, et que la partie adverse ne doit pas normalement en être le maître d'ouvrage; qu'en outre, il n'existe ni cahier des charges, ni autre disposition séparée qui régit les normes quantitatives et qualitatives des constructions; qu'il n'y a donc aucun motif d'affirmer que la partie adverse aurait confié la réalisation de constructions aux sociétés auxquelles la concession a été octroyée;»

51 Cfr également le précédent arrêt SEAPORT TERMINALS: CE, arrêt n°41.878 du 2 février 1993.

52 CE, arrêt n° 216.464 du 24 novembre 2011, Wegrestaurant Nazareth / Stad Gent.

Nonobstant le fait qu'il ne s'agisse pas d'une concession domaniale, ses motifs sont éclairants.

Dans cette affaire, la Ville de Gand soutenait que l'opération contractuelle attaquée n'avait d'autre objet que la cession au partenaire privé de droits réels sur l'immeuble et n'était pas un marché public. L'emphytéote pourrait, après avoir rénové l'immeuble, y développer une activité commerciale en toute liberté. La Ville estimait donc que les travaux de rénovation de l'immeuble, imposés par le contrat, n'avaient pas de finalité publique, qu'ils ne seraient pas cédés à la Ville et qu'aucune rémunération publique n'était offerte en contrepartie, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de qualifier le contrat en marché public de travaux.

Le Conseil d'état constata que, nonobstant sa qualification de bail emphytéotique, le contrat conclu entre la Ville de Gand, pouvoir adjudicateur, et l'attributaire du marché, avait pour objet principal l'exécution de travaux de rénovation sur base de plans approuvés par la Ville, de sorte qu'il y avait bien présence d'un ouvrage répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur.

14. Le Conseil d'état a également procédé à la requalification d'une concession octroyée par la Ville d'Hasselt⁵³. Ce contrat avait pour objet la livraison et le placement de mobilier urbain, en contrepartie desquels le concessionnaire bénéficiait du droit de diffuser de la publicité sur le mobilier urbain placé. Alors que la Ville d'Hasselt soutenait que ce contrat de concession était une concession domaniale, le Conseil d'état a considéré que cette opération revêtait les caractéristiques d'un marché public, son objet n'étant pas la mise à disposition d'un espace du domaine public, mais bien la livraison de fournitures et services répondant aux besoins de la municipalité limbourgeoise.⁵⁴

15. Le Conseil d'état a également été confronté à cette question dans le cadre d'un litige⁵⁵ relatif à la vente par la SNCB à une entreprise privée, d'un terrain situé face à la gare de Malines. Cette vente était conditionnée à la réalisation par l'acquéreur, de 200 emplacements de parking public (qui pourraient servir aux usagers de la gare). Le Conseil d'état a estimé qu'un tel contrat ne répondait pas à la qualification de marché public de travaux, dès lors que les parkings à construire ne seraient pas transférés dans le patrimoine de la SNCB. De plus, il n'était démontré ni que ces parkings bénéficieraient exclusivement aux usagers de la gare, ni que ceux-ci seraient payants et à qui les redevances de stationnement devraient être payées. Le Conseil d'état a donc estimé, dans cette affaire, que ce contrat n'était rien d'autre qu'une vente avec charge⁵⁶.

53 CE, arrêt n°220.141 du 3 juillet 2012, NV JC DECAUX BELGIUM.

54 Dans le même sens: D'HOOGHE, De gunning van overheidsopdrachten, Die Keure, 2009, p.170, n°255; D. LAGASSE, « Les utilisations collectives et privatives du domaine public », Domaine public, domaine privé. Biens des pouvoirs publics, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 231; A. MENEMENIS, « Contrats de mobilier urbain: quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », A.J.D.A., n° 3/2006, p. 124); Pour une interprétation divergente sur ce point, cfr. F. MOISES, J-F JAMINET et A. VANDEBURIE, Promotion immobilière publique, Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française, Larcier, 2009, pp. 50-51.

55 CE., arrêt n°84.721 du 18 janvier 2000, D-B INVEST.

56 Il ne nous semble toutefois pas certain qu'une telle situation recevrait la même appréciation aujourd'hui, au vu de l'évolution de la jurisprudence européenne depuis ces quinze dernières années.

De même, l'octroi d'une concession domaniale avec l'obligation de réaliser certains travaux au titre de « charge », n'impliquera pas nécessairement la requalification de ce contrat en marché public de travaux.

« Ainsi, lorsqu'un opérateur privé acquiert un terrain dans le parc d'activité économique géré par une intercommunale de développement économique, l'acte d'acquisition comporte une clause par laquelle l'acquéreur s'engage à édifier sur le bien, dans un délai précis, les bâtiments industriels ou commerciaux conformes au plan d'implantation joint à l'acte et nécessaire à la réalisation de l'affectation économique également visée par le contrat. La sanction principale de cette obligation consiste en la faculté pour la personne publique qui a vendu le terrain d'en décider le rachat. Même si cette disposition porte sur la réalisation d'un ouvrage déterminé, elle n'empêche pas la qualification de marché public de travaux, puisque l'ouvrage est réalisé par l'acquéreur en son nom, pour son propre compte et à ses frais. »^{57, 58}

Comme le commente S. VAN GARSSE concernant une autre affaire similaire⁵⁹, *« de verplichting die was opgelegd in het bestek houdt niet in dat de stad bepaalt hoe de constructies er moeten uitzien en kadert binnen de wetelijke bevoegdheid van de stad binnen het raam van de wet op de stedenbouw en de ruimtelijke ordening en haar verplichting erover te waken dat de terreinen uiteindelijk worden aangewend voor de bestemming die eraan is gegeven. »*

16. L'appréciation de l'intérêt économique dont témoigne l'autorité concédante à l'égard des travaux ou services à réaliser dans le cadre de la concession domaniale est identique, que la concession domaniale soit comparée à un marché public ou à une concession de travaux ou services. En effet, les notions de « travaux » ou de « services » sont identiques pour les marchés publics et les concessions de travaux ou de services.

Le fait que le concessionnaire domanial puisse réaliser certains travaux d'aménagement, voire y soit obligé contractuellement, n'est pas suffisant pour considérer qu'il y a une concession de travaux. Pour que l'on puisse parler de concession de travaux, il est nécessaire que les constructions soient destinées à la

L'absence de transfert des travaux dans le patrimoine du pouvoir adjudicateur n'est, en effet, pas suffisant pour exclure l'existence d'un marché de travaux. Pour plus de développements, cfr. G. ERVYN, La notion de marché public de travaux suivant la jurisprudence de la Court de justice de l'Union européenne, *Chronique des Marchés publics*, éd. EBP 2010-2011, p.275.

57 F. MOISES, J-F JAMINET et A. VANDEBURIE, *Promotion immobilière publique, Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, Larcier, 2009, p. 126 et suivantes.

58 Pour plus de développements à cet égard, cfr l'article rédigé par B. VAN WEERDT et W. NEVEN « *Stedenbouwkundige lasten en overheidsopdrachten* », dans la présente édition de la *Chronique des marchés publics*.

59 S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Die Keure, 2007, p.354, n°665 in fine. Traduction libre : « *L'obligation de construire, telle qu'imposée par le cahier des charges, ne signifie pas que la Ville définit comment les constructions doivent apparaître, mais elle s'inscrit dans le cadre de la compétence légale de la Ville en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire ainsi que dans le cadre de l'obligation de la Ville de s'assurer que les terrains soient effectivement utilisés à l'affectation qui leur est donnée.* »

réalisation d'activités de service public et répondent de ce fait aux exigences de l'autorité concédante.⁶⁰

Ainsi, le Conseil d'état a jugé que des petits travaux d'aménagement réalisés par un concessionnaire, pour son compte, en vue de l'exploitation économique du domaine, ne permettent pas de requalifier une concession domaniale en concession de travaux :

« que la concession attaquée, qui concerne l'exploitation de la cafétéria existante du complexe sportif communal "Uitgedekt Schoor", ne présente en rien les caractères essentiels d'une pareille concession ; que les "travaux" qu'évoque le requérant concernent uniquement l'aménagement de la cafétéria avec le mobilier neuf et les matériaux nouveaux de son choix, qui doivent lui permettre d'atteindre le but poursuivi par l'octroi de la concession et qui, eu égard à la règle énoncée à l'article 24 du cahier spécial des charges n° 89-011-J ne deviennent pas la propriété de la partie défenderesse à la fin du contrat de concession ; que, ainsi qu'il ressort du texte susvisé du rapport au Roi relatif à l'arrêté royal du 14 novembre 1979, ce type de concession n'entre pas dans le champ d'application de la loi du 14 juillet 1976. »⁶¹

Par contre, si l'objet véritable de la concession domaniale est de faire réaliser, par le concessionnaire, des travaux ou services qui répondent aux intérêts économiques ou besoins de l'autorité concédante, une requalification du contrat en concession de travaux ou de services est probable.

17. Comme indiqué ci-avant, les concessions domaniales sont, comme les marchés publics et les concessions de travaux ou services, des contrats onéreux.

Dans les marchés publics, la contrepartie des travaux, fournitures et services est à charge de l'autorité publique. Par contre, dans les concessions domaniales, c'est l'opérateur privé qui supporte le paiement d'une redevance pour l'occupation du domaine public.

Il y a donc, en principe, une distinction assez claire entre ces deux types de contrats sur ce point puisque, dans les marchés publics, *« pour qu'il y ait un contrat à titre onéreux, il faut que le pouvoir adjudicateur supporte la charge économique soit positivement, sous la forme d'une obligation de paiement à l'opérateur économique, soit négativement, sous la forme d'une perte de revenus ou de ressources auxquels il aurait normalement eu droit. »⁶²*

Si dans les concessions domaniales, l'autorité ne rémunère en principe pas l'usager du domaine public, il arrive que certaines contreparties soient accordées dans la convention de concession domaniale en contrepartie des travaux réalisés.

60 S. VAN GARSSE, De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking, Die Keure, 2007, p.355, n°667.

61 CE, arrêt n°56.411 du 22 novembre 1995, Verschaeren.

62 Av. gén. JAASKINEN, conclusions du 16 septembre 2010, C-306/08, Commission / Espagne, n°86.

On citera notamment les contrats dans lesquels, le concessionnaire bénéficie d'une réduction de redevance, totale ou partielle. Or, la mise à disposition à titre gratuit ou à prix réduit d'un terrain public a déjà été jugée par la jurisprudence comme démontrant l'existence d'un marché public dès lors que cette faveur constitue la contrepartie de travaux, fournitures et services⁶³. Si une concession domaniale est donc conclue à prix réduit ou gratuitement, en contrepartie de l'exécution de travaux, fournitures ou services « répondant aux besoins » de l'autorité concédante, une requalification du contrat n'est pas à exclure.⁶⁴

Par ailleurs, il n'est pas rare de rencontrer des concessions domaniales dans lesquelles l'autorité concédante s'engage à réaliser certains travaux sur le terrain concédé au profit du concessionnaire. Un tel engagement pourrait éventuellement aussi être apprécié comme une contrepartie offerte à l'opérateur privé.

18. La différence relative au caractère onéreux des contrats est nettement moins marquée lorsque l'on compare les concessions domaniales aux concessions de travaux ou services.

Dans ces dernières en effet, la contrepartie des travaux ou services prestés n'émane pas du pouvoir adjudicateur, mais bien du droit – pour le concessionnaire – d'exploiter l'ouvrage ou les services⁶⁵.

Or, lorsqu'une concession domaniale est conclue, son concessionnaire est également autorisé à exploiter le terrain et les travaux qu'il y a réalisés ou les services qu'il y preste.

Par ailleurs, lorsqu'une concession de travaux (ou de services) est conclue, il n'est pas rare qu'elle s'accompagne d'une concession domaniale, au sens où elle implique « l'occupation privative du domaine public » par le concessionnaire afin de lui permettre d'exploiter le service public confié.⁶⁶

63 Av. gén. MENDOZZI, conclusions du 17 novembre 2009, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°31 et n°58.

64 MOISES, F. et VANDEBURIE, A., « L'application de la réglementation des marchés publics aux opérations immobilières des pouvoirs publics et aux P.P.P. immobiliers », M.C.P.-O.O.O., 2011/4, p. 411-434, n°28 : *L'octroi d'une concession domaniale. La réglementation sur les marchés publics ne s'applique pas, en principe, à l'attribution d'une concession domaniale, ceci au motif que son objet ne porte pas sur l'acquisition de fournitures, de travaux ou de services au profit du gestionnaire du domaine public. Il pourrait toutefois en aller autrement si la concession est, par exemple, accompagnée de charges qui aboutissent à la réalisation, moyennant contrepartie se présentant par exemple sous la forme d'une réduction des redevances d'occupation, d'un ouvrage défini selon les besoins de l'autorité concédante.*»

65 Pour un cas de contrat mixte incluant des aspects de concession domaniale et de concession de services : cfr. CE, arrêt n° 215.018 du 8 septembre 2011, Le Prince (contrat relatif à l'exploitation d'une place publique) ; CE, arrêt n°231.966 du 15 juillet 2015 (concession par le CPAS d'IXELLES d'une maison – concession domaniale – avec la gestion d'un centre de formation pour jeunes – concession de services).

66 DÉOM, D., ERNEUX, P.-Y., LAGASSE, D. et PÂQUES, M., « Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics », Rép. not., Tome XIV, Le droit public et administratif, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 189.

C. L'objet principal du contrat

19. La requalification d'un contrat de concession domaniale en marché public ou en concession de travaux ou de services peut se poser si l'objet de ce contrat de « concession domaniale » porte sur des travaux ou services à réaliser dans l'intérêt économique de l'autorité publique ou en vue de répondre à ses besoins.

Si tel n'est pas le cas, ce contrat ne peut pas être assimilé à un marché public ou à une concession de travaux ou services.⁶⁷

20. La requalification n'aura toutefois lieu que si l'exécution de ces travaux ou la prestation de ces services constitue l'objet principal du contrat.⁶⁸

En effet, suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, la qualification d'un contrat qui implique des prestations de natures diverses, dépend de l'objet principal du contrat.⁶⁹ Or, cette jurisprudence s'applique également aux contrats qui incluent tant des éléments relevant de la réglementation des marchés publics que des éléments qui n'en ressortent pas comme la mise à disposition de biens immeubles.

Si donc, l'objet prépondérant du contrat de concession domaniale consiste dans la mise à disposition d'une partie du domaine public au bénéfice du concessionnaire, ce contrat de concession domaniale ne doit pas être requalifié, même en présence de quelques travaux ou services réalisés dans l'intérêt économique du pouvoir adjudicateur.

21. La Cour de justice de l'Union européenne s'est notamment saisie de cette question, dans une affaire⁷⁰ ayant trait à la location d'un terrain avec quatre halls d'exposition. Ce contrat prévoyait le bail au pouvoir adjudicateur de quatre immeubles à construire sur un terrain vierge, et ce pour une durée de 30 ans.

La Cour a estimé que l'objet principal du contrat n'était pas la location de l'immeuble, dès lors que celui-ci n'était pas encore construit à la date de la signature du contrat, mais bien la construction d'un immeuble répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur. Suivant les mots de l'avocat-général, la conclusion du contrat principal « visait au premier chef à procurer à la ville de Cologne des prestations de travaux, la cession de la jouissance des ouvrages à édifier n'étant en substance qu'un outil destiné à financer cette prestation de travaux »⁷¹. L'objet principal du contrat (la construction d'un ouvrage) a donc prévalu sur l'objet accessoire de celui-ci (la location d'un terrain), quand bien même la Cour ne contestait pas que cet objet accessoire ne relevait pas champ d'application des directives « marchés publics ».

67 S. VAN GARSSE, Het begrip concessie van (openbare) werken en (openbare) diensten in het raam van de nieuwe richtlijn, Chronique des marchés publics 2013-2014, éd. EBP, p. 668, n°17.

68 K. E. MORIC, Les partenariats publics-privés, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire, Larcier, 2009, pp.40-41.

69 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°37.

70 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n° 56-57.

71 Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n° 115.

Afin de déterminer l'élément principal du contrat, le prix peut être un indice mais, suivant la Cour, il ne s'agit toutefois ni d'un critère nécessaire, ni d'un critère suffisant.⁷²

Dans l'affaire des halls d'exposition ci-dessus⁷³, alors que le prix payé par le pouvoir adjudicateur pour la location semblait, à première vue, dépasser largement la valeur des ouvrages construits, la Cour a expressément considéré que « *l'élément déterminant aux fins de la qualification d'un marché tel que celui en cause est l'objet principal de celui-ci, et non le montant de la rémunération de l'entrepreneur ou les modalités de règlement de celle-ci.* »⁷⁴

22. Par conséquent, un contrat de concession domaniale est susceptible d'être requalifié en marché public lorsque, non seulement, celui-ci implique l'exécution de travaux « répondant à la demande » de l'autorité publique, mais encore que ces travaux constituent l'objet principal du contrat⁷⁵.

Tel ne sera pas le cas, par contre, si les travaux ne revêtent qu'un caractère accessoire.⁷⁶

D. Conséquences d'une requalification

23. Dans l'hypothèse d'une requalification du contrat de concession domaniale, son attribution sera soumise aux dispositions légales qui s'appliquent aux marchés publics ou, le cas échéant, aux concessions de travaux ou de services.

IV. L'influence des principes de droit européen sur l'octroi des concessions domaniales

24. Quand bien même une convention de concession domaniale ne doit pas, dès lors que son objet principal est bien la mise à disposition d'une partie du domaine public, être requalifiée en marché public ou concession de travaux ou de services, son attribution à un opérateur économique n'est pas exempte de toute contrainte.

En effet, les principes d'égalité, de transparence et de non-discrimination, issus du Traité de l'Union européenne⁷⁷, s'imposent à l'attribution de ce type de

72 CJUE 21 février 2008, Commission / Italie, C-412/04, n°45-50 et Av. gén. COLOMER, conclusions du 8 novembre 2006, n°37-39 et 70-76. Pour les marchés mixtes portant à la fois sur des fournitures et sur des services, le critère « prix » est, au contraire, le seul élément à prendre en compte (Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°105).

73 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°22.

74 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°60-61.

75 Le marché de promotion de travaux, notion inconnue du droit européen mais instituée en droit belge par l'article 9 de la loi du 24 décembre 1993, en est un exemple. Il inclut, en effet, outre l'exécution de travaux, des services accessoires de financement.

76 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°37.

77 CJUE 7 décembre 2000, C-324/98, Telaustria et Telefonadress, n°58 à 62.

contrat administratif, comme c'est le cas pour les concessions de services^{78, 79}. Ces principes ne s'appliquent toutefois que si la concession domaniale présente un intérêt transfrontalier⁸⁰ ce qui sera généralement admis⁸¹.

Le Conseil d'état l'a expressément rappelé dans le cadre de son arrêt n°219.116 du 2 mai 2012, BELGACOM:

« 14.1 « Même s'il ne doit pas être considéré comme une concession pour la gestion d'un service public [...] force est de constater que cet accord [...] doit être précédé d'une publication. Il ressort en effet de la jurisprudence que le principe de publication, dérivé du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence, est également applicable à d'autres contrats publics, tels que l'octroi de droits réels immobiliers ou l'octroi d'une concession domaniale »⁸².

(...)

34. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, l'obligation de transparence est « une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur » (C.J.U.E., arrêt Sporting Exchange du 3 juin 2010, C-203/08, point 47). Et la Cour de poursuivre en ajoutant que le vaste pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité « ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver de leur effet utile les dispositions du droit de l'Union, notamment celles relatives à une liberté fondamentale telle que la libre prestation des services » (C.J.U.E., arrêté précité, point 49).

(...)

36. L'obligation de transparence découle directement, selon la Cour de justice, des articles 49 et 56 TFUE, qui ont des effets directs dans l'ordre juridique interne des États-membres et qui priment dès lors toute disposition contraire du droit national. Il incombe au juge national d'interpréter les dispositions nationales qu'il doit appliquer en se conformant le plus possible aux exigences du droit de l'Union et en assurant en particulier le respect de l'obligation de transparence (voir dans ce sens, C.J.U.E., arrêt Wall du 13 avril 2010, C-91/08, points 70-71). Même si toutes les parties devant le Conseil d'État sont des personnes morales belges, le Conseil signale qu'il n'est pas exclu – et qu'il est même probable au vu de l'importance économique non négligeable de la transaction – que si un appel au marché avait effectivement lieu, des entreprises installées dans un autre État membre pourraient être intéressées. La méconnaissance de l'obligation de transparence constitue par conséquent une discrimination potentielle pour des entreprises d'autres États membres. Ni la présence ni l'absence d'intérêt transfrontalier dans cette affaire n'a été incontestablement démontrée. Ainsi

78 Ceci a notamment été consacré par l'Arrêt Telaustria de la CJUE, arrêt du 7 décembre 2000, C-324/98.

79 Jusqu'à la transposition de la nouvelle Directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

80 F. MOISES & D. SPROCKEELS, Les procédures d'attribution des contrats publics, Revue pratique de l'immobilier, 3/2014, p.52, n°29.

81 CJUE, arrêt du 14 novembre 2013, C 221/12, Belgacom NV, points 29 à 32.

82 A noter que cet extrait est issue des affirmations de la partie requérante, mais est confirmé tant par la partie adverse (point 14.2 de l'arrêt) que, implicitement mais certainement, par le Conseil d'état lui-même (point 14.3 de l'arrêt).

que l'écrit l'avocat général Stix-Hackl, déjà cité plus haut par les parties défenderesses, au point 27 de ses conclusions dans l'affaire C-231/03, Coname, « il suffit donc que des entreprises d'autres États membres soient susceptibles d'être affectées pour qu'il s'agisse d'une situation transfrontalière, et qu'une condition requise pour l'application des libertés fondamentales soit remplie ». »

Il en est de même de l'arrêt de la Cour de justice qui s'en est suivi, suite à la question préjudicielle introduite par le Conseil d'état.⁸³

La doctrine le confirme également.⁸⁴

L'autorité concédante peut même être tenue au respect complet de la réglementation des marchés publics, si elle a volontairement décidé de la déclarer applicable dans le cadre de la procédure d'octroi de la concession domaniale.⁸⁵

25. La conclusion d'une concession domaniale doit donc être précédée de mesures de publicité⁸⁶.

Ces mesures doivent être proportionnées à l'importance économique et stratégique du contrat envisagé. Elles doivent permettre une concurrence effective des entreprises potentiellement concernées.^{87, 88}

Par analogie, lorsqu'une autorité publique vend un terrain, elle doit en principe recourir à une procédure transparente et égalitaire de vente, afin de respec-

83 CJUE, arrêt du 14 novembre 2013, C 221/12, Belgacom NV, p. 33: « À toutes fins utiles, il y a lieu de préciser que le droit de l'Union imposerait les mêmes exigences à l'autorité cédante si la convention en cause au principal n'obligeait pas le cessionnaire à exercer l'activité cédée, de sorte que cette convention comporterait alors une autorisation d'exercer une activité économique. En effet, une telle autorisation ne se distingue pas d'une concession de services en ce qui concerne l'obligation de respecter les règles fondamentales du traité et les principes qui en découlent dès lors que l'exercice de cette activité est de nature à intéresser potentiellement des opérateurs économiques établis dans d'autres États membres (voir en ce sens, notamment, arrêts du 3 juin 2010, Sporting Exchange, C 203/08, Rec. p. I 4695, points 46 et 47, ainsi que du 9 septembre 2010, Engelmann, C 64/08, Rec. p. I 8219, points 51 à 53). »

84 NIHOUL, P., « La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels », M.C.P.-O.O.O., 2011/1, p. 5-36: « Par ailleurs, si l'attribution de la gestion d'une activité déterminée par la voie législative ou réglementaire à un opérateur public ou mixte ne tombe pas en principe dans le champ d'application des directives marchés publics, celle-ci n'est-elle pas tenue néanmoins de respecter les principes généraux issus du droit communautaire primaire, à savoir les principes d'égalité de traitement et de transparence, ce qui revient à exiger l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ou, à tout le moins, d'une procédure d'attribution objective et non discriminatoire ? Ces principes généraux ont, il est vrai, été avancés par la Cour à l'occasion d'affaires mettant en cause des contrats, c'est-à-dire, d'une part, des marchés publics non soumis aux directives – soit les marchés dont la valeur se situe sous les seuils financiers européens et les marchés portant sur les services non prioritaires – et, d'autre part, des contrats qui ne relèvent pas des directives marchés publics, à savoir les concessions de services. Et on peut penser que d'autres contrats sont dans la ligne de mire du juge européen, comme les concessions domaniales. »

85 CE, arrêt du 22 décembre 2003, E.&D., 2004, p. 155, note Flamme, M.-A., Flamme, P.; E.&D., 2004, p. 171 à 177: « Que le contrat de mobilier urbain soit peut-être une concession domaniale ne fait pas obstacle à l'annulation de la décision attribuant le contrat en violation de la réglementation des marchés publics dès lors que – patere legem... – la ville concédante a rendu cette réglementation applicable à la procédure. »

86 DEOM D. Le régime juridique du domaine public et du domaine privé, Rép. Not., t. XIV, p. 168, n°102 b.

87 K. E. MORIC, Les partenariats publics-privés, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire, Larcier, 2009, p.206.

88 Pour un exemple d'application de ces principes dans le cadre d'une concession de services, cfr. CE arrêt n°212.886 du 2 mai 2011, La Renaissance.

ter les exigences de l'égalité de traitement. Cette procédure sera généralement publique, sauf à invoquer des motifs admissibles pour recourir à une procédure de gré à gré.⁸⁹ Le Conseil d'état a indiqué, dans certains arrêts, que le choix du mode de mise en concurrence relève de la libre appréciation de l'autorité publique, qui peut donc s'écarter de la vente publique⁹⁰.

Cette obligation de transparence s'impose également à notre estime lors de l'éventuelle reconduction d'un contrat de concession domaniale, laquelle ne peut intervenir sans remise en concurrence préalable^{91, 92, 93}.

26. Par ailleurs, l'autorité concédante se doit d'informer adéquatement les candidats à une concession domaniale des futures conditions de celle-ci et des éléments sur lesquels elle entend fonder son attribution⁹⁴.

Les candidats doivent être traités de manière égalitaire au cours de la procédure d'attribution, étant entendu que seules les offres qui sont conformes aux prescriptions annoncées par l'autorité publique dans le cadre de la procédure d'attribution, peuvent être retenues⁹⁵.

27. En outre, l'autorité concédante est tenue de procéder à une appréciation objective et égalitaire des candidatures reçues. Sa décision d'attribution doit être adéquatement motivée et reposer sur des motifs de fait et de droit admissibles.

89 Cfr. K. E. MORIC, Les partenariats publics-privés, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire, Larcier, 2009, p.42-43, qui relève la jurisprudence et cite quelques motifs admissibles.

90 CE, arrêt n°178.294 du 7 janvier 2008, EL BAHOUDI ainsi que les développements de F. MOISES, J-F JAMINET et A. VANDEBURIE, Promotion immobilière publique, Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française, Larcier, 2009, p. 133-134.

91 Voir à cet égard, CE arrêt n° 219.116 du 2 mai 2012, BELGACOM qui confirme que le fait d'être concessionnaire d'un terrain ne confère pas de droit subjectif à être re-désigné, sans mise en concurrence: « 32. À cet égard, le Conseil d'État constate que dans sa jurisprudence plus récente, la Cour de justice reste attachée au motif de justification « plus strict » qui fait référence à l'intérêt général (arrêt Costa, 16 février 2012, C-72/10, point 59): « Pour ce qui est d'une éventuelle justification de cette inégalité de traitement, il ressort d'une jurisprudence constante que des motifs de nature économique, tels que l'objectif de garantir aux opérateurs ayant obtenu des concessions lors de l'appel au marché de 1999 la continuité, la stabilité financière ou un juste rendement des investissements réalisés, ne sauraient être admis en tant que raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité. »

92 Voir aussi CE. arrêt n° 142.762 du 4 avril 2005, Henry. Dans cet arrêt au contraire, le Conseil d'état va estimer que la reconduction d'une « location » de droit de chasse ne doit pas nécessairement faire l'objet d'une publicité et que la Commune a légitimement pu préférer de négocier la reconduction du droit avec le locataire précédent. Il n'y a donc pas méconnaissance du principe de bonne administration.

93 A cet égard, il faut relever un arrêt intéressant du CE n°227.587 du 28 mai 2014, qui considère ne pas être compétent pour annuler une décision de reconduction d'un contrat de sous-concession d'une zone commerciale sur le site de l'aéroport de Charleroi, parce que cette décision de reconduction serait lié à l'exercice d'un droit de préférence convenu avec le précédent sous-concessionnaire. S'agissant de l'exécution d'une disposition d'un contrat précédent, le litige a été considéré par le Conseil d'état comme impliquant des droits subjectifs et donc comme relevant des Tribunaux judiciaires.

94 Sans nécessairement devoir aller jusqu'à transmettre préalablement un cahier des charges et les critères qui seront utilisés pour l'attribution du contrat, comme le Tribunal de première instance de Nivelles l'a décidé dans un jugement relatif à une opération de leasing immobilier: Civ. Nivelles, 3 janvier 2012, M.C.P.-O.O.O., 2012/01.

95 CJUE, arrêt du 22 juin 1993, Commission / Danemark, C-243/89.

La concession doit être octroyée à l'opérateur dont l'offre est jugée la plus intéressante, au regard des conditions fixées par l'autorité concédante.

28. Une contestation de la décision d'octroi des concessions domaniales doit être ouverte aux candidats évincés.⁹⁶

Ces derniers doivent pouvoir être en mesure de contester la conformité de l'appel à manifestation d'intérêt mis en oeuvre par l'autorité concédante, au regard des principes d'égalité, transparence et non-discrimination.

En l'état actuel de la réglementation, faute de dispositions équivalentes à celles 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, les recours relatifs à l'attribution des concessions domaniales devront être portés devant le Conseil d'état suivant les procédures de droit commun définies par les Lois coordonnées sur le Conseil d'état⁹⁷.

Ceci n'empêche pas que, moyennant la démonstration des conditions de l'extrême urgence⁹⁸, un candidat évincé d'une concession domaniale puisse tenter d'obtenir, avant que le contrat ne soit conclu, la suspension de son attribution.

Il est toutefois à noter que la réglementation n'impose pas, notamment comme pour les marchés publics européens, un délai de standstill à respecter par le pouvoir adjudicateur avant de conclure le contrat. Or, dès lors que le contrat de concession domaniale sera conclu, un recours en suspension ne sera plus admissible, vu la théorie de l'acte détachable⁹⁹.

Néanmoins, l'annulation de la décision d'attribution de la concession domaniale ainsi que, le cas échéant, une indemnité réparatrice, pourront encore être

96 DÉOM, D., ERNEUX, P.-Y., LAGASSE, D. et PÂQUES, M., « Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics », Rép. not., Tome XIV, Le droit public et administratif, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 187.

97 CE, arrêt n°215.018 du 8 septembre 2011, Le Prince.

98 Voy. Not. CE nr. 210.981 du 3 février 2011, NV ELECTRASTAR: dans cet arrêt, il a été considéré que le risque de préjudice grave et difficilement réparable était démontré, dès lors que le requérant justifiait de la perte d'une chance unique d'être concessionnaire (au vu de la situation particulière des lieux et du fait qu'il n'y aurait pas d'autres concessions similaires à attribuer) et qu'il y avait intérêt à suspension dès lors que la suspension obligerait l'Etat à reconsidérer sa décision d'attribution de la concession et éventuellement à la modifier. Il est à noter que, suite à la réforme des Lois coordonnées sur le Conseil d'état en 2014, l'exigence de « *risque de préjudice grave et difficilement réparable* » a été supprimée et remplacée par celle d'« *urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation* ». Cfr J. SOHIER, Manuel des procédures devant le Conseil d'état, Wolters Kluwer, 2014, n°216.

99 CE, arrêt n°215.018 du 8 septembre 2011, Le Prince: « *Considérant que la décision du 16 août par laquelle la partie adverse a attribué la concession à l'a.s.b.l. « Namur Aventure » a été notifiée à celle-ci le 23 août; que cette notification a eu pour effet de faire naître un contrat entre les parties; qu'une suspension de la décision d'attribution du marché par le Conseil d'Etat n'entraînerait pas la suspension de ce contrat dès lors que la suspension de l'exécution d'un contrat est de la compétence exclusive des cours et tribunaux; que le préjudice allégué par la requérante n'existe plus à l'état de risque, mais est entièrement réalisé, quand bien même le contrat n'a pas encore été exécuté; que ce préjudice ne pourrait être évité par un arrêt de suspension du Conseil d'Etat; que cette constatation suffit pour rejeter la demande de suspension;* »

Cfr. également P. GOFFAUX, La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat: l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale, APT 3/2009, p. 191.

sollicitées au Conseil d'état. De plus, sauf indemnité réparatrice sollicitée auprès du Conseil d'état, le candidat illégalement évincé de l'attribution d'une concession domaniale pourra solliciter l'octroi, devant les tribunaux judiciaires, d'éventuels dommages et intérêts.

29. Par ailleurs, en ce qui concerne l'exécution de la concession domaniale, avant toute modification de l'une des données essentielles du contrat initial, se pose la question de savoir si celle-ci n'emporte pas avec elle l'obligation de procéder à un nouvel appel à manifestation d'intérêt.

Cette modification peut toucher tant les conditions mêmes d'octroi de la concession, que l'objet des activités y menées ou encore la personne du concessionnaire. Ceci a notamment été confirmé pour les concessions de services par la Cour de justice de l'Union européenne.¹⁰⁰

Enfin, il est souhaitable que la durée des concessions ne soit pas disproportionnée¹⁰¹. S'il est bien entendu admissible que la concession domaniale compte le temps nécessaire pour que le concessionnaire développe son activité et rentabilise ses investissements, il convient d'éviter que l'octroi d'un droit privatif sur le domaine public pendant plusieurs dizaines d'années, rende illusoire tout nouvel appel à la concurrence.¹⁰²

V. Vers plus d'égalité et de transparence ?

30. Les concessions domaniales sont, comme les marchés publics, les concessions de travaux ou les concessions de services publics, des contrats administratifs.

Elles ont pour objet de céder l'utilisation privative du domaine public, de manière précaire et révocable, à des opérateurs économiques.

Traditionnellement, on considère que ces contrats ne sont pas soumis à la réglementation des marchés publics et des concessions de travaux (ou de services), dans la mesure où ils n'impliquent pas la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services répondant aux exigences de l'autorité publique.

L'octroi des concessions domaniales n'est donc soumis qu'aux principes généraux du droit administratif, applicables à toute l'action administrative des pouvoirs publics.

100 CJUE, 13 avril 2010, C-91/08, WALL, point 37.

101 Civ. Bruxelles, 17 septembre 2010, M.C.P.-O.O.O., 2011/4, p.495: Het is in het algemeen belang gerechtvaardigd dat domeinconcessies in de tijd beperkt zijn en niet voor een onbepaalde termijn worden afgesloten. De duurtijd van een domeinconcessie dient aan de concessiehouder een perspectief te bieden op een stabiele uitbatingsperiode die hem toelaat de nodige investeringen te doen, maar mag anderzijds niet dermate lang zijn dat zij meerdere generaties overspant. In die zin is het verantwoord om na vijftig jaar een einde te stellen aan de lopende concessie en een nieuwe mededinging te organiseren.

102 Cfr. ce qui est dit par analogie sur la durée des concessions de services: K. E. MORIC, Les partenariats publics-privés, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire, Larcier, 2009, p.46.

Il faut toutefois constater une évolution des contraintes relatives à l'octroi des concessions domaniales, liée au développement de la jurisprudence en matière de marchés publics et de concessions de travaux et de services.

31. D'une part, les notions de marchés publics et de concessions de travaux et services couvrent aujourd'hui des situations contractuelles nettement plus larges qu'auparavant et peuvent englober certaines conventions, formellement qualifiées de concessions domaniales, qui incluent des travaux, fournitures ou services répondant aux besoins de l'autorité publique.

Désormais, le simple fait qu'une parcelle du domaine public soit mis à disposition d'un opérateur privé dans le cadre d'un contrat qualifié de concession domaniale, n'exclut pas une requalification en marché public ou concession de travaux ou services, dès lors que cette mise à disposition s'accompagne de certaines obligations complémentaires répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur.

Il est donc essentiel de s'assurer, avant l'octroi de tels contrats immobiliers complexes, de leur objet principal, qui doit être déduit de la nature des droits et obligations concédés.

En cas de requalification, la réglementation sur les marchés publics ou les concessions de travaux et services devra s'appliquer et l'octroi de ces contrats devra respecter les procédures formelles d'attribution qui s'imposent.

32. D'autre part, quand bien même n'y aurait-il pas lieu à requalification en marchés publics ou concessions de travaux ou services, l'octroi des concessions domaniales (d'intérêt transfrontalier) est désormais, également régi par les principes du Traité de l'Union européenne, à savoir l'égalité, la non-discrimination et la transparence.

Ceci implique diverses obligations dans le chef des autorités concédantes, tant au niveau de l'attribution des contrats de concession domaniale que de leur exécution ou leur reconduction.

En particulier, il apparaît désormais nécessaire que les concessions domaniales à conclure fassent l'objet d'une publicité préalable adéquate et d'une procédure d'attribution égalitaire, même si celle-ci reste encore informelle.

Enfin, il ne faut pas exclure une augmentation future de recours administratifs introduits par des candidats injustement évincés, qui tenteront d'obtenir, soit la suspension des décisions de l'autorité, soit leur annulation et des dommages et intérêts. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que du Conseil d'état de Belgique les y aideront certainement¹⁰³.

103 NIHOUL, P., « La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels », M.C.P.-O.O.O., 2011/1, p. 5-36 : « (...) on peut penser que d'autres contrats sont dans la ligne de mire du juge européen, comme les concessions domaniales. »

