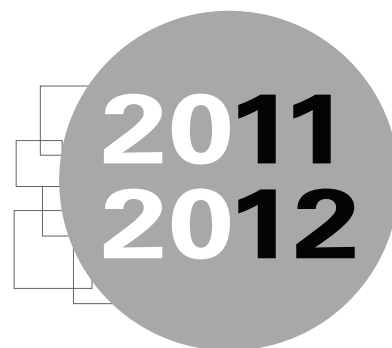

THEMA-ARTIKELEN

**ARTICLES
THÉMATIQUES**





LE DROIT D'EXPLOITER OU QUAND LE MARCHÉ PUBLIC DEVIENT CONCESSION

GAUTHIER ERVYN



RÉSUMÉ

Une concession de travaux ou de services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux ou de services, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux ou des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

La présente étude examine la notion de « droit d'exploiter », qui distingue la concession du marché public.

La Cour de justice de l'Union européenne a, dès ses premiers arrêts, considéré que le paiement direct de travaux et services par les usagers au prestataire privé, caractérise la concession. Un affinement a ensuite été opéré, la rémunération par les tiers n'étant appréciée que comme l'une des formes de contrepartie d'une concession, l'essentiel résidant dans le risque d'exploitation assumé par le concessionnaire.

Depuis l'arrêt EURAWASSER prononcé en 2009, la Cour insiste sur le transfert du risque d'exploitation. Dès lors que l'autorité publique a transféré une part significative du risque d'exploitation des travaux ou services concernés, quand bien même serait-il limité par nature, il y a présence d'une concession.

SAMENVATTING

Een concessie voor openbare werken of diensten is een overeenkomst die dezelfde kenmerken vertoont als een overheidsopdracht voor werken of diensten, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie bestaat uit hetzij het uitsluitend recht om de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.

In deze bijdrage onderzoeken wij de notie "exploitatie-recht" die de grens bepaalt tussen een concessie en een overheidsopdracht.

In zijn eerdere rechtspraak heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de rechtstreekse betaling van de werken of de diensten door de gebruikers een essentieel kenmerk van een concessie is. Deze rechtspraak werd later verfijnd in de zin dat de betaling door de gebruikers slechts één van de mogelijke vormen van tegenprestatie uitmaakt in het kader van een concessie, waarbij het exploitatierisico dat de concessionaris draagt als essentieel wordt beschouwd.

Sinds het arrest EURAWASSER uitgesproken in 2009, legt het Hof de nadruk op de overdracht van het exploitatierisico. Van zodra de overheid een significant deel van het exploitatierisico overdraagt, zelfs indien dit risico als dusdanig beperkt is, is er sprake van een concessie.



I. Introduction

1. Les concessions de travaux ou de services sont des mécanismes contractuels auxquels les pouvoirs publics ont traditionnellement recours, pour réaliser de grands travaux ou mettre en œuvre des services d'intérêt général.¹⁰⁷ Elles permettent, en effet, d'associer à ces projets les moyens financiers et le savoir-faire de partenaires privés.¹⁰⁸ Il s'agit d'une formule de financement privé d'équipements publics.^{109, 110}

Les concessions visent à déléguer des activités qui, de part leur nature, leur objet et les règles auxquelles elles sont soumises, relèvent de la responsabilité des pouvoirs publics.¹¹¹

2. Conformément aux droits belge¹¹² et européen¹¹³, une concession de travaux ou de services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux ou de services, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux ou des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

La réglementation des marchés publics inclut diverses obligations de publicité et de concurrence qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs lors de la passation des concessions de travaux.¹¹⁴ Ces contraintes sont toutefois plus limitées que celles qui sont d'application aux marchés publics de travaux.

L'attribution des concessions de services n'est, quant à elle, pas formellement régie par la réglementation « marchés publics ».^{115, 116} Seuls les principes d'éga-

107 Bien que les services concédés ne doivent pas nécessairement être des « services publics » : S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 408 et suivantes.

108 Commission européenne, Communication interprétative du 29 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:FR:PDF>.

109 M.-A. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, T. II, 6^e éd., Confédération nationale de la construction, 1996-1999, p. 9, n^o 13 ; D. BATSELE, Ph. QUERTAINMONT et Ph. FLAMME, *Initiation aux marchés publics*, Bruylant, 1999, p. 34.

110 Pour un exposé complet sur l'histoire des concessions, cfr. S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 385, n^o 723 et suivantes.

111 D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Kluwer, 2009, p. 172, n^o 258.

112 La loi belge ne définit que la concession de travaux : Loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, article 24 ; Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, article 3, 12^o.

113 Directive européenne 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, article 1^{er}, 3 et 1^{er}, 4.

114 Titre VIII de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

115 Elle n'était d'ailleurs, avant l'adoption de la directive 2004/18/CE et plus précisément de son article 1.4, pas définie en droit européen. Pour une explication historique à ce sujet, cfr. Concl. Av-gén FENNELY précédants CJUE 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, pts 19 et suivants.

116 P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP*, Kluwer, 2012, p. 929, n^o 695 et les références citées en note 3354. D. D'HOOGHE (*De gunning van overheidsopdrachten*, Kluwer, 2009, p. 171, n^o 257 et les références citées dont notamment S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 48, n^o 98) ajoute à cet égard que si le droit belge ne connaissait pas la notion de concession de services, la doctrine et jurisprudence avaient défini le concept de concession de service public.

lité, de transparence et de non-discrimination, issus du Traité de l'Union européenne, s'imposent.¹¹⁷

3. La distinction entre la concession et le marché public revêt un intérêt fondamental¹¹⁸ puisqu'elle engendre des conséquences importantes au niveau des règles d'attribution et d'exécution de ces contrats, les contraintes imposées aux autorités publiques étant notoirement plus souples dans le cadre des concessions. L'allègement des contraintes de concurrence et publicité en matière de concessions est justifié par le fait que les concessionnaires supportent une part plus importante de la charge financière liée à ces contrats.¹¹⁹

II. Concession et marché

4. La concession est un contrat qui, comme l'indique sa définition légale, présente des similarités avec le marché public.

Pour rappel¹²⁰, un marché public est :

- 1) Un contrat ;
- 2) A titre onéreux ;
- 3) Conclu par écrit ;
- 4) Entre un ou plusieurs opérateurs économiques¹²¹ ;
- 5) Et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ;
- 6) Ayant pour objet l'exécution de travaux, de fournitures ou de services.

La concession de travaux ou de services est également un contrat conclu, par écrit¹²², entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs, ayant pour objet l'exécution de travaux ou de services.

Pour distinguer la concession de services de la concession de travaux, il convient de se référer à l'objet principal du contrat.¹²³

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

118 V. PETITAT, *Het onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten: de overdracht van het exploitatierisico bepaalt het verschil*, *L'entreprise et le droit*, 2011, p. 424, pt.2.

119 P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP*, Kluwer, 2012, p. 935, n° 700.

120 Cfr. à cet égard, l'article rédigé à cet égard en matière de marché public de travaux : « *La notion de marché public suivant la jurisprudence de la CJCE* », *Chronique des marchés publics 2010-2011*, éd. EBP, mai 2011, p. 276.

121 Il est à noter que le concessionnaire ne doit pas nécessaire être une personne privée mais peut être lui-même un personne publique, le cas échéant pouvoir adjudicateur (Loi du 24 décembre 1993, article 25).

122 Cette exigence ne nous semble pas fondamentale et n'est d'ailleurs pas reprise dans la loi belge.

123 Commission européenne, Communication interprétative du 29 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:FR:PDF>, pt. 2.3. Cfr. aussi CJUE, 15 octobre 2009, C-196/08, *Acoset SpA*, n° 45 et les références citées.

5. L'élément qui distingue la concession du marché public est lié au caractère onéreux de ces contrats¹²⁴ : le concessionnaire n'est pas rémunéré par le pouvoir adjudicateur¹²⁵ en contrepartie des travaux et services réalisés, mais bénéficie du droit d'exploiter ces travaux ou services, ce droit étant éventuellement assorti d'un prix.

6. La question de savoir si une convention doit être qualifiée de concession s'apprécie exclusivement à l'aune du droit communautaire.

Le droit national n'est pas pertinent à cet égard :

« Le gouvernement italien ayant, à diverses reprises, insisté sur le fait qu'il résulte de la jurisprudence nationale que des conventions telles que les conventions litigieuses doivent être qualifiées de concessions de services, il convient de rappeler, à titre liminaire, que la définition d'un marché public de services relève du domaine du droit communautaire, si bien que la qualification des conventions litigieuses en droit italien n'est pas pertinente aux fins de juger si ces dernières relèvent du champ d'application de la directive 92/50. »¹²⁶

C'est donc au regard du droit européen et singulièrement de la jurisprudence de la Cour européenne de justice qu'il sera permis d'appréhender la notion de « droit d'exploiter » et, par conséquent, de cerner la qualification des contrats de concession.

Il est par ailleurs à noter que, dans la mesure où les définitions des concessions de travaux et services sont identiques dans les directives 2004/18/CE (secteurs classiques) et 2004/17/CE (secteurs spéciaux), les règles d'interprétation sont similaires quel que soit le secteur dont l'opération relève.¹²⁷

Enfin, les considérations de la Cour de justice quant au droit d'exploiter de services valent également en matière de travaux.¹²⁸

124 Suivant P. THIEL (Mémento des marchés publics et PPP, Kluwer, 2012, p. 929, n° 695) « (...) le caractère onéreux du contrat n'est pas rencontré du fait que la charge financière de l'opération repose non pas sur le pouvoir adjudicateur, mais bien sur le concessionnaire. De ce fait, il n'y a pas marché. ». Il nous semble préférable toutefois de considérer avec A-L DURVIAUX (Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics, in Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen, Kluwer, 2008, p. 41 et suivantes) que le droit d'exploiter constitue une forme de contrepartie onéreuse.

125 Cette notion étant, au regard de la jurisprudence actuelle de la CJUE, à interpréter très largement. Voir à cet égard A-L DURVIAUX, Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics, in Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen, Kluwer, 2008, p. 41 et suivantes.

126 CJUE, 18 juillet 2007, C-382/05, Commission / Italie, n° 30-31.

127 CJUE, 10 septembre 2009, C-206/08, WAZV Gotha / Eurawasser, n° 43.

128 CJUE, 13 novembre 2008, C-437/07, Commission / Italie, n° 31.

III. Le droit d'exploiter

A. Droit d'exploiter versus rémunération du pouvoir adjudicateur

7. Le « droit d'exploiter » les travaux ou les services n'est pas une notion aisée à appréhender.¹²⁹

8. Le 29 avril 2000, la Commission européenne a publié une « Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire ». ¹³⁰

Elle y précise que le droit d'exploitation « *permet au concessionnaire de percevoir des droits sur l'usager de l'ouvrage (par exemple par le biais de péages ou de redevances) pendant une certaine période de temps.* »¹³¹

Dans une concession, le prestataire privé n'est donc pas directement rémunéré par le pouvoir adjudicateur mais obtient le droit de percevoir les recettes tirées de l'ouvrage réalisé ou du service presté.

Pour la Commission européenne, la cession du droit d'exploiter au partenaire privé implique également le transfert de la responsabilité d'exploitation.¹³²

Cette responsabilité est multiple. Tout d'abord, il peut s'agir d'une responsabilité technique consistant, par exemple, à assumer les investissements nécessaires pour maintenir l'ouvrage en état d'exploitation. Ensuite, elle peut consister en une responsabilité financière, comme la gestion des amortissements de l'ouvrage. Enfin, est visée la responsabilité de la gestion, à savoir assumer le risque de la gestion et de la fréquentation du public.

9. Dès le début des années '90, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie de litiges relatifs à la qualification des contrats de concessions.¹³³

Furent notamment considérés comme des concessions de services échappant à l'application des directives marchés publics :

- Le contrat confiant à un partenaire privé la fabrication et la publication d'annuaires téléphoniques en vue de leur diffusion au public, sachant que le pouvoir adjudicateur ne rémunère pas ces services mais offre, en contrepartie, le droit d'exploiter la diffusion publique¹³⁴;

129 D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Kluwer, 2009, p. 173, n° 269.

130 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:FR:PDF>

131 Communication interprétative du 29 avril 2000 de la Commission sur les concessions en droit communautaire, pt. 2.1.2.

132 Communication interprétative du 29 avril 2000 de la Commission sur les concessions en droit communautaire, pt. 2.1.2.

133 Cfr. notamment CJUE, 26 avril 1994, C-272/91, *Commission / Italie*; CJUE, 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding*, n° 24-25 et surtout les conclusions de l'avocat-général LA PERGOLA qui aborde longuement la question de la qualification du contrat.

134 CJUE 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*.

- Le contrat par lequel le pouvoir adjudicateur accorde à l'adjudicataire le droit exclusif d'édition d'une bibliographie nationale, à charge pour l'adjudicataire de la reproduire et la diffuser à ses frais, en payant au pouvoir adjudicateur une redevance par exemplaire vendu¹³⁵;
- Le contrat conclu entre une commune italienne et une société tierce, imposant à cette dernière d'assurer la gestion des services d'entretien, de direction et de surveillance d'un réseau gazier^{136, 137};
- Le contrat confiant à des prestataires privés l'organisation et la gestion des jeux et des paris liés aux courses hippiques.¹³⁸

10. Ces premières décisions de la Cour aboutissent à une double conclusion.

D'une part, la contrepartie des concessions consiste dans l'exploitation des travaux ou services : elles ne sont pas à confondre avec les marchés publics qui impliquent le paiement d'une rémunération par le pouvoir adjudicateur.

D'autre part, l'attribution des concessions de services ne relève pas du champ d'application des directives « marchés publics » mais directement des principes de concurrence du Traité de l'Union. Cette jurisprudence a d'ailleurs été expressément confirmée dans la réglementation, par l'article 18 de la directive 2004/17/CE et l'article 17 de la directive 2004/18/CE.

B. Le paiement par les tiers caractérise le droit d'exploiter

11. En 2005, la CJUE prononce un arrêt important en matière de concessions.¹³⁹

L'affaire concerne l'octroi par une autorité publique de la gestion d'un parking public payant à un prestataire de services. En contrepartie, ce prestataire est rémunéré par les usagers du parking.

La Cour instaure, dans cette décision, un lien entre le « droit d'exploiter » et la rémunération du concessionnaire par les usagers.

« La rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l'usage du parking concerné. Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics. Dès lors, dans une situation telle que celle

135 CJUE, ordonnance du 30 mai 2002, C-358/00, Buchhändler.

136 CJUE, 21 juillet 2005, C-231/03, Coname.

137 Cfr. également CJUE, 13 avril 2010, C-91/08, Wall AG pour un exemple plus récent de concession de services incluant l'exploitation, la maintenance, l'entretien et le nettoyage de onze toilettes publiques urbaines pour une durée de seize années. La contrepartie de ces prestations était limitée au droit de percevoir une redevance pour l'utilisation des installations ainsi que d'exploiter, pendant la durée du contrat, des espaces publicitaires situés sur et dans les toilettes ainsi que dans d'autres lieux publics du territoire de la ville de Francfort.

138 CJUE, 13 septembre 2007, C-260/04, Commission / Italie.

139 CJUE, 13 octobre 2005, C-458/03, Parking Brixen.

au principal, il s'agit non pas d'un marché public de services, mais d'une concession de services publics». ¹⁴⁰

Le paiement par les usagers génère un risque d'exploitation pour le prestataire privé, qui démontre l'existence d'un droit d'exploiter et donc d'une concession.

Dans plusieurs arrêts ultérieurs, dont les arrêts ANAV en 2006¹⁴¹ et CODITEL en 2008¹⁴², la Cour confirme que le paiement par les usagers « caractérise » la concession de services.

Il faut toutefois souligner à ce sujet que la définition de la concession n'exclut pas le paiement d'une partie de la rémunération par le pouvoir adjudicateur.¹⁴³ A cet égard, P. THIEL¹⁴⁴ enseigne qu'« il est parfois difficile de distinguer le marché de service de la concession de service au regard de l'importance de la contre-prestation, en particulier lorsque la rémunération est mixte et provient donc simultanément d'un prix payé par le pouvoir adjudicateur et l'incidence de l'exploitation. »

C. Affinement de la jurisprudence : le risque d'exploitation

12. Si la Cour avait déjà évoqué précédemment le concept de « risque d'exploitation », elle entame, avec l'arrêt Commission contre Italie du 18 juillet 2007¹⁴⁵, un affinement de sa jurisprudence.

Dans cette affaire qui concernait des services de traitement de déchets ménagers, la Cour expose que « l'on est en présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question ».

Alors que dans le cas jugé, le prestataire était partiellement rémunéré par les recettes issues des usagers, la Cour a estimé que le prestataire n'assumait pas le risque des services prestés dès lors que :

- L'opérateur était, pour l'essentiel, rémunéré par le pouvoir adjudicateur au moyen d'une redevance fixe par tonne de déchets ;
- L'intégralité de la fraction résiduelle de déchets devait être transféré à l'opérateur, avec garantie d'un minimum annuel ;
- La redevance était adaptée en fonction des quantités transférées et des coûts de traitement « afin de garantir l'équilibre financier et économique de l'opérateur ».

¹⁴⁰ CJUE, 13 octobre 2005, C-458/03, Parking Brixen, n° 38 et 40.

¹⁴¹ CJUE, 6 avril 2006, C-410/04, ANAV, n° 16 : il s'agissait du service de transport public rémunéré, à tout le moins en partie, par l'achat de titres de transport par les usagers.

¹⁴² CJUE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel / Uccle – Brutele, n° 24 : il s'agissait en l'occurrence du paiement de redevances télé pour les services de gestion du réseau de télédistribution concédés à BRUTELE par les communes.

¹⁴³ Cfr. notamment les articles 38 § 1 et 39, al.2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1993 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

¹⁴⁴ P. THIEL, Mémento des marchés publics et PPP, Kluwer, 2012, p. 930.

¹⁴⁵ CJUE, 18 juillet 2007, C-382/05, Commission / Italie, n° 32 et suivants.

La Cour, afin d'écartier tout doute, indique par ailleurs¹⁴⁶ clairement qu'aucun autre élément déterminant ne pourrait permettre de qualifier l'opération de concession de service public. Ainsi, contrairement à ce que l'Etat italien prétendait, ne sont pas déterminants aux fins de qualification de la convention :

- la circonstance que l'opérateur serait en mesure, outre la rémunération perçue du pouvoir adjudicateur, de tirer accessoirement certaines recettes de tiers en contrepartie de sa prestation de services ;
- la longue durée de la convention et la circonstance que son exécution s'accompagne d'investissements initiaux importants à la charge de l'opérateur ;
- la circonstance que les prestations offertes par l'opérateur sont de nature à requérir de la part de ce dernier une importante autonomie d'exécution.

Le paiement des usagers (partiel, dans le cas considéré) n'implique donc plus nécessairement et à lui seul le risque d'exploitation et donc la concession.

La Cour consacre de ce fait l'analyse qui avait déjà été opérée en 2000 par la Commission européenne, laquelle avait déjà identifié que :

« Même si dans la plupart des cas l'origine de la ressource, prélevée directement sur l'usager de l'ouvrage, est un élément significatif, c'est la présence du risque d'exploitation, liée à l'investissement réalisé ou aux capitaux investis, qui reste déterminante, en particulier lorsqu'un prix est payé par l'autorité concédante. »^{147, 148}

Comme l'enseigne S. VAN GARSSE, cette interprétation large de la notion de concession était d'ailleurs déjà partagée par une majorité d'auteurs de doctrine belges.¹⁴⁹

A cet égard, P. THIEL¹⁵⁰ indique que c'est notamment sur base de cette jurisprudence qu'un contrat portant sur l'installation et l'exploitation de mobilier urbain, exclusivement financé par des revenus publicitaires, peut être qualifié de concession de services, quand bien même les usagers du mobilier ne paient aucune rémunération au soumissionnaire.¹⁵¹

146 CJUE, 18 juillet 2007, C-382/05, Commission / Italie, n° 41 et suivants.

147 Commission européenne, Communication interprétative du 29 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:FR:PDF>, pt. 2.1.2.

148 A-L DURVIAUX, Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics, in Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen, Kluwer, 2008, p. 54.

149 S. VAN GARSSE, De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking, Brugge, Die Keure, 2006, p. 536 et suivantes : l'auteur y compare l'interprétation restrictive des concessions, fondée sur la nécessité d'un paiement par les usagers, et l'interprétation large de celles-ci, fondée sur l'existence d'un risque d'exploitation pouvant exister même si la rémunération n'est pas versée par les usagers. Il y détaille ensuite les raisons pour lesquelles il considère que seule l'interprétation large est justifiée.

150 P. THIEL, Mémento des marchés publics et PPP, Kluwer, 2012, p. 942 et les références citées en note 3404.

151 Commission européenne, Communication interprétative du 29 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:FR:PDF>, pt. 2.1.2.

13. En matière de travaux, la Cour a également considéré que le paiement partiel du prestataire par l'usager des travaux, lequel est un tiers au pouvoir adjudicateur, ne caractérise pas une concession, en l'absence de risque d'exploitation.

Ainsi, dans le cas d'un contrat conclu entre une commune et un partenaire privé visant à construire une ligne de tramway, la contrepartie des travaux réside certes, en apparence, dans le « droit d'exploiter » cette ligne de tramway, mais dès lors que les revenus de cette exploitation sont contractuellement garantis par un mécanisme assurant au partenaire privé le remboursement de son investissement initial, il ne peut être question d'une concession.¹⁵²

L'exploitation apparente du service et la rémunération par les usagers ne suffisent donc plus à constater la présence d'un « droit d'exploiter », lorsque le partenaire privé n'assume pas les risques qui y sont liés.

14. L'accord-cadre est une forme particulière de marché public qui peut présenter des similarités avec la concession.

La distinction de ces deux types de conventions s'est posée à la Cour dans le cadre d'un litige relatif à un marché passé entre une caisse publique d'assurance maladie et un cordonnier orthopédiste, en vertu duquel ce cordonnier fournissait des semelles orthopédiques aux patients pris en charge par la caisse.¹⁵³

A cette occasion, la Cour a indiqué que la concession se caractérise par le fait que le concessionnaire dispose « dans le cadre du contrat conclu, d'une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation de ce droit et est ainsi, parallèlement, largement exposé aux risques liés à cette exploitation ».

En revanche, un accord-cadre est caractérisé par une situation dans laquelle l'activité de l'opérateur économique partie à l'accord est encadrée, dans la mesure où tous les marchés à passer par ledit opérateur au cours d'une période donnée doivent respecter les conditions prévues à cet accord.

Dans cet arrêt, la Cour a jugé¹⁵⁴ que :

« 73 En l'occurrence, le marché en cause au principal est un contrat dit de « prise en charge intégrale », prévu aux articles 140a à 140e du SGB V, conclu entre une caisse publique d'assurance maladie et un opérateur économique. Aux termes de ce contrat, l'opérateur économique assume l'obligation de servir les assurés qui vont s'adresser à lui. En même temps, les prix pour les différentes formules de prestations sont définis dans ledit contrat, ainsi que la durée de celui-ci. Les quantités quant aux différentes prestations ne sont pas fixées, mais une telle prévision n'est pas exigée par la notion de concession de services. La caisse publique d'assurance maladie est la seule débitrice de la rémunération du prestataire. Il apparaît donc que les conditions d'exercice de l'activité de l'opérateur économique sont définies dans le contrat en cause au principal, de sorte que

152 CJUE, 13 novembre 2008, C-437/07, Commission / Italie, n° 32-34.

153 CJUE, 11 juin 2009, C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, n° 67 et svts.

154 CJUE, 11 juin 2009, C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, n° 73-74.

ledit opérateur ne dispose pas du degré de liberté économique qui caractérise une situation de concession de services ni n'est exposé à un risque considérable lié à l'exploitation de ses prestations.

74 Il pourrait, certes, être observé que l'opérateur économique est en l'occurrence exposé à un certain risque, dans la mesure où ses produits et services pourraient ne pas être sollicités par les assurés. Toutefois, ce risque est réduit. L'opérateur économique est en effet déchargé du risque lié au recouvrement de sa rémunération et à l'insolvabilité de son cocontractant individuel, étant donné que la caisse publique d'assurance maladie est légalement le seul débiteur de sa rétribution. En outre, tout en devant être suffisamment équipé en vue de ses prestations, il ne doit pas s'exposer préalablement à des dépenses considérables avant de conclure un contrat individuel avec un assuré. Enfin, le nombre d'assurés souffrant du syndrome dit du « pied diabétique », qui sont susceptibles de faire appel à cet opérateur économique, est connu d'avance, de sorte qu'il peut y avoir une prévision raisonnable quant au recours à celui-ci.»

15. La Cour fait ici un lien entre le risque d'exploitation et la liberté économique du prestataire de services. Ceci n'est pas sans rappeler des considérations qui avaient été émises lors de l'arrêt Commission / Italie au début des années '90¹⁵⁵, aux termes desquel la Cour de justice et surtout l'Avocat-général avaient insisté sur l'autonomie dont le concessionnaire doit bénéficier à l'égard du concédant. C'est parce que le concessionnaire reçoit une relative autonomie dans l'exécution des tâches qui lui sont déléguées qu'il est en mesure d'exploiter les travaux ou services comme il le ferait dans le cadre d'une entreprise commerciale.¹⁵⁶

Dans l'arrêt OYMANNNS, il fut considéré que les éléments suivants démontraient une absence de risque d'exploitation :

- le fait que les prix aux usagers soient définis dans le contrat¹⁵⁷ ;
- la durée du contrat ;
- le fait que la caisse d'assurance maladie est la seule débitrice de la rémunération du prestataire¹⁵⁸ ;

155 CJUE, 26 avril 1994, C-272/91, Commission / Italie.

156 S. VAN GARSSE, De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking, Brugge, Die Keure, 2006, p. 547, n° 1029 et les références citées.

157 A ce sujet, cfr. S. VAN GARSSE (De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking, Brugge, Die Keure, 2006, p. 466) qui confirme la possibilité, fréquemment utilisée, d'imposer les tarifs des services concédés par voie réglementaire, en se fondant notamment sur l'article 28, 11°, a) de l'arrêté royal du 26 septembre 1993 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

158 Ceci semble relativiser l'assertion tenue par certains auteurs (V. PETITAT, Het onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten : de overdracht van het exploitatierisico bepaalt het verschil, L'entreprise et le droit, 2011, p. 427, pt.15 qui renvoie à D. D'HOOGHE, De gunning van overheidsopdrachten, Kluwer, 2009, p. 174, n° 262) que le risque d'exploitation est identique lorsque le concessionnaire est directement payé par les usagers ou lorsqu'il est payé par un tiers à proportion de la demande des usagers. En effet, dans le premier cas, le concessionnaire supporte, outre le risque de la demande, le risque de la solvabilité des usagers, qu'il ne supporte pas nécessairement lorsque c'est un tiers qui paie à leur place.

- l'absence d'investissements importants pour la fourniture des semelles ;
- la prévision raisonnable du nombre de patients pouvant s'adresser à lui.

A notre estime, c'est la combinaison de l'ensemble de ces éléments qui ont pu amener la Cour à se positionner de la sorte. En effet, pris isolément, aucun de ces éléments n'apparaît comme étant déterminant pour exclure le risque d'exploitation.

D. Le transfert du risque d'exploitation

16. En 2009¹⁵⁹, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle relative à la notion de concession de services en matière de distribution publique d'eau potable et de traitement des eaux usées, a clairement marqué une évolution dans sa jurisprudence.

17. Tout d'abord, la Cour a explicitement confirmé que le paiement du prestataire privé par les usagers des travaux / services ne constitue qu'une forme de contrepartie de la concession, sans qu'il ne s'agisse d'un élément suffisant :

*« le fait que le prestataire de services est rémunéré par des paiements provenant de tiers, en l'occurrence les usagers du service concerné, est l'une des formes que peut prendre l'exercice du droit, reconnu au prestataire, d'exploiter le service. »*¹⁶⁰

Il est d'ailleurs sans pertinence que la rémunération soit régie par le droit privé ou le droit public.

Pour qu'il y ait concession, il convient par contre et surtout que le partenaire privé supporte « le risque de l'exploitation »¹⁶¹, défini par la Cour comme « le risque inhérent à l'exploitation économique du service » ou encore « l'exposition aux aléas du marché ».

18. La particularité du cas d'espèce était que le risque de l'exploitation de la distribution d'eau potable et de la gestion des eaux usées n'était, par nature, pas significatif vu la nécessité pour chaque citoyen d'y avoir recours : « Il est courant que certains secteurs d'activité, notamment les secteurs touchant à des activités d'utilité publique, tels que la distribution de l'eau et l'évacuation des eaux usées, fassent l'objet d'une réglementation pouvant avoir pour effet de limiter les risques économiques encourus. »¹⁶²

Alors que les plaignants et la Commission européenne estimaient qu'il ne pouvait y avoir de concession de services sans qu'un risque objectivement important soit assumé par le partenaire privé, la Cour de justice a considéré qu'il y avait bien concession « dès lors que le cocontractant prend en charge l'intégralité

159 CJUE, 10 septembre 2009, C-206/08, WAZV Gotha / Eurawasser.

160 CJUE, 10 septembre 2009, C-206/08, WAZV Gotha / Eurawasser, n° 53 et V. PETITAT, Het onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten: de overdracht van het exploitatierisico bepaalt het verschil, L'entreprise et le droit, 2011, p. 429, pt.26-29.

161 CJUE, 10 septembre 2009, C-206/08, WAZV Gotha / Eurawasser, n° 59.

162 CJUE, 10 septembre 2009, C-206/08, WAZV Gotha / Eurawasser, n° 72.

ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation encouru par le pouvoir adjudicateur, même si ce risque est, dès l'origine, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation du service.»

La Cour pose donc en principe qu'il existe une concession lorsque, même si le risque encouru par le pouvoir adjudicateur est très limité, le pouvoir adjudicateur a transféré au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt.

Cette notion de transfert de risque avait d'ailleurs déjà été évoquée dans des arrêts précédents (arrêt CONTSE¹⁶³; arrêt Commission / Italie¹⁶⁴).

Le critère de distinction entre marché et concession ne tient donc pas dans l'importance objective du risque d'exploitation encouru par le partenaire privé mais bien dans l'importance du risque transféré par le pouvoir adjudicateur au concessionnaire.

En tant que tel, l'origine du paiement de la rémunération par les usagers ne constitue donc pas le critère essentiel distinguant la concession du marché. Ce qui est fondamental est que le pouvoir adjudicateur ait transféré au partenaire privé le risque de l'exploitation de l'ouvrage ou des services.¹⁶⁵

19. Dans les mois qui ont suivi l'arrêt EURAWASSER, la Cour a confirmé à plusieurs reprises ce critère central du transfert de risques, en le précisant.

Ainsi, en mars 2011¹⁶⁶, dans le cadre d'un litige relatif à la gestion de services de secours, la Cour dira que la rémunération complète du prestataire de services par un organisme distinct du pouvoir adjudicateur «répond à l'exigence d'une contrepartie»¹⁶⁷ telle que reprise dans la définition légale de concession de services, quand bien même cet organisme est un pouvoir adjudicateur et quand bien même les droits payés ne sont pas imposés par le prestataire mais négociés avec le tiers.

La Cour précisera même que «le mode de rémunération est, ainsi, l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services».^{168, 169}

163 CJUE, 27 octobre 2005, C-234/03, Contse, n° 22: « (...) l'administration espagnole demeure responsable de tout préjudice subi en raison d'un manquement dans le service. Cet élément, qui implique une absence de transfert des risques liés à la prestation du service en cause, et le fait que le service soit rémunéré par l'administration sanitaire espagnole étayent cette conclusion. »

164 CJUE, 13 novembre 2008, C-437/07, Commission / Italie, n° 30: « Il résulte également de la jurisprudence que l'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services publics ».

165 V. PETITAT, Het onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten: de overdracht van het exploitatierisico bepaalt het verschil, L'entreprise et le droit, 2011, p. 431, pt.35-36.

166 CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

167 CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, n° 25; confirmé par CJUE, 10 novembre 2011, C-348/10, Norma-A SIA et Dekom SIA / Latgales planosanas reģions, n° 42.

168 CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, n° 26.

169 V. PETITAT analyse d'ailleurs le paiement par les tiers comme une présomption réfragable de concession. (Het onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten: de overdracht van het exploitatierisico bepaalt het verschil, L'entreprise et le droit, 2011, p. 431, pt.36 et p. 432, pt. 40).

La Cour n'abandonne toutefois pas sa jurisprudence EURAWASSER, puisqu'elle indique qu'«*il ressort, en outre, de la jurisprudence que la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services*».¹⁷⁰

De même, en novembre 2011, dans le cadre d'un litige relatif à un contrat de délégation d'un service de transport en commun par autobus, la Cour confirme que : «*Si le mode de rémunération est l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, il ressort, en outre, de la jurisprudence que la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question. L'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services.*»¹⁷¹

Or, dans le cas examiné, la Cour a estimé que, quand bien même la contrepartie émanait totalement des usagers du service, il n'y avait pas de concession, en l'absence de risque d'exploitation. En effet, le droit national régissant le contrat litigieux, prévoyait un système de compensation publique des pertes du gestionnaire et même le paiement d'un montant au titre de bénéfice.

20. Le fait que l'on puisse être en présence d'une concession malgré un risque d'exploitation limité a été confirmé dans divers arrêts subséquents.

En 2009, dans l'arrêt ACOSET¹⁷², la Cour juge que, dès lors que la principale contrepartie de l'exécution du service de distribution d'eau potable est la possibilité de réclamer aux usagers le tarif de l'eau, il s'agit bien d'un contrat de concession, quand bien même le risque serait naturellement limité.

En 2011, dans l'arrêt STADLER¹⁷³, la Cour estime que «*lorsque la rémunération du prestataire provient exclusivement de tiers, le transfert par le pouvoir adjudicateur d'un risque d'exploitation «très limité» suffit pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une concession de services.*» A la lecture de cet arrêt, il est permis de se demander si la Cour apprécierait de manière plus stricte le caractère limité du risque d'exploitation, si la rémunération du concessionnaire n'émanait pas de tiers au pouvoir adjudicateur.

A ce sujet, la doctrine souligne, en se référant à un ancien arrêt de la Cour de justice¹⁷⁴, que l'exploitation des services par un concessionnaire nécessite qu'une certaine globalité des services lui soit confiée. Si l'importance des services qui sont délégués au concessionnaire n'est que limitée, cela pourrait conduire à qualifier l'opération de marché public.¹⁷⁵

170 CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, n° 26.

171 CJUE, 10 novembre 2011, C-348/10, Norma-A SIA et Dekom SIA / Latgales planosanas regions.

172 C.J.U.E., 15 octobre 2009, C-196/08, Acoset SpA, n° 39 à 41.

173 CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, n° 33.

174 CJUE, 5 décembre 1989, C-3/88, Commission / Italie, n° 13 : «*les activités en cause concernant la conception, le logiciel et la gestion de systèmes informatiques sont de nature technique et, partant, étrangères à l'exercice de l'autorité publique*».

175 D. D'HOOGHE, De gunning van overheidsopdrachten, Kluwer, 2009, p. 173, n° 258 ; S. VAN GARSSE, De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking, Brugge, Die Keure, 2006, p. 548, n° 1031.

Cette décision a été suivie d'un autre arrêt *Lottomatica*¹⁷⁶, dans lequel la Cour a confirmé que « l'introduction du système d'automatisation litigieux qui, selon l'avis de marché en cause, comporte les locaux, les fournitures, l'installation, l'entretien, le fonctionnement, la transmission de données ainsi que tout autre élément nécessaire à l'exploitation du jeu du loto, n'entraîne aucun transfert de responsabilités au concessionnaire en ce qui concerne les différentes opérations inhérentes au jeu du loto. »

E. Les divers types de risques d'exploitation

21. La nature du risque d'exploitation est difficile à appréhender.

Traditionnellement, la doctrine¹⁷⁷ considère qu'il y a risque d'exploitation lorsque le concessionnaire supporte le risque de la demande. D'autres auteurs estiment que le risque d'exploitation peut prendre d'autres formes, dont le risque de la disponibilité (en vertu duquel le paiement des travaux/services est lié à la disponibilité des travaux/services qui sont l'objet de la concession).

La Cour a, dans l'arrêt *STADLER*¹⁷⁸, manifestement estimé que le risque d'exploitation pouvait prendre diverses formes. Ainsi, selon la haute juridiction, le risque d'exploitation économique du service, qui correspond au risque d'exposition aux aléas du marché, peut se traduire :

- par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs ;
- par le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services ;
- par le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis ;
- par le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ;
- ou encore par le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service.

En revanche, ne sont pas à considérer comme des risques d'exploitation, les risques qui se retrouvent également dans le chef d'un adjudicataire de marché public, notamment :

- les risques liés à une mauvaise gestion du prestataire ;
- les risques liés à des erreurs d'appréciation du prestataire.¹⁷⁹

¹⁷⁶ CJUE, 26 avril 1994, C-272/91, Commission / Italie.

¹⁷⁷ D. D'HOOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Kluwer, 2009, p. 174, n° 260 et les références citées.

¹⁷⁸ CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, n° 37.

¹⁷⁹ CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, n° 38 ; CJUE, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A SIA et Dekom SIA / Latgales planosanas regions*, n° 48-49.

22. Dans l'affaire STADLER, la Cour a estimé que le prestataire de services encourrait un risque d'exploitation dès lors :

- premièrement, qu'il était soumis à un risque quant à sa rémunération, lorsque celle-ci doit être négociée en cours de contrat avec un organisme qui vise à les réduire au maximum ;
- deuxièmement, que la couverture totale des coûts exposés par le prestataire de services n'est pas garantie, de sorte que des déficits d'exploitation sont possibles ;
- troisièmement, que – malgré l'intervention d'un bureau de paiement – le prestataire conserve le risque de défaillance d'une partie des usagers finaux ;
- quatrième, que le service est assuré en concurrence avec d'autres opérateurs.

IV. La qualification concrète de la concession par le juge national

23. Si la qualification théorique du contrat de concession de travaux ou services relève de la Cour de justice de l'Union européenne, c'est au juge national qu'il revient de qualifier concrètement l'opération, lui seul étant en mesure, d'une part, d'interpréter les dispositions du droit national et, d'autre part, d'évaluer la part du risque qui est concrètement assumée par le contractant en fonction de ce droit et des dispositions contractuelles en cause.

Le Conseil d'état de Belgique a eu à connaître de divers litiges relatifs à des concessions, comme par exemple dans les cas suivants :

- Une concession de travaux relative à la construction et à l'exploitation pendant 20 ans de la station d'épuration Nord de Bruxelles¹⁸⁰ ;
- Une concession de travaux relative à l'exploitation d'une centrale hydraulique¹⁸¹ ;
- Une concession de travaux relative à la construction d'un parking souterrain et à son exploitation¹⁸² ;
- Une concession de services relative à l'exploitation d'une cafétaria dans un établissement hospitalier¹⁸³ ;

180 CE, arrêt n° 96.667 du 19 juin 2001, Groepering BSUB / Brussels Hoofdstedelijk Gewest ; CE, arrêt no 96.293 du 11 juin 2001, HYDRONOR / Région de Bruxelles-Capitale.

181 CE, arrêt n° 115.025 du 24 janvier 2003, DE WEST – VLAAMSCH E LEKTRICITEITSMAATSCHAPPIJ / VLAAMS GEWEST.

182 CE, arrêt du 20 juillet 2005, nr. 147.727, NV CORDEEL ZETEL HOESELT e.a. / Knokke-Heist.

183 CE, arrêt nr. 189.475 du 15 janvier 2009, CAFETARIA VIRGA JESSE /AUTONOME VERZORGINGSINSTELLING VIRGA JESSE ZIEKENHUIS HASSELT.

- Une concession de travaux relative à l'exploitation des parkings publics à Roulers, incluant la construction d'un parking souterrain¹⁸⁴;
- Une concession de service public relative à l'exploitation d'un système de location automatisée de vélos sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale avec, en contrepartie, autorisation d'exploiter des panneaux publicitaires.¹⁸⁵

Deux arrêts récents méritent de retenir l'attention.

24. Tout d'abord, le Conseil d'état a été saisi de la question de la qualification d'un contrat en concession de service dans une affaire opposant la Ville de Namur et une ASBL chargée de l'exploitation commerciale du cinéma d'Art & Essais CAMEO.

Dans l'arrêt d'annulation prononcé le 2 mai 2011¹⁸⁶, le Conseil a estimé que le risque d'exploitation cédé au prestataire privé était significatif et témoignait d'une concession :

« Que, de la sorte, la partie adverse a concédé à l'A.S.B.L. «Les 400 Coups» un service public contribuant à la mise en oeuvre de sa politique culturelle et consistant à promouvoir un cinéma de qualité dans le centre de Namur; Que, même si la partie adverse met gratuitement les salles de cinéma concernées à la disposition de l'A.S.B.L. «Les 400 Coups», celle-ci supporte une part significative du risque d'exploitation de l'activité en cause; Qu'en effet, les conventions approuvées par les actes attaqués l'obligent à prendre en charge les frais de consommation liés à l'utilisation des salles de cinéma et ne prévoient pas le versement d'une rémunération par la partie adverse en contrepartie du service presté; que la rémunération provient donc seulement des montants versés par les spectateurs pour assister à la projection des films, soit par les usagers des salles de cinéma; que ce mode de rémunération implique que le prestataire du service prend en charge le risque d'exploitation de l'activité concernée et caractérise une concession de service public (...); »

L'existence de la concession a donc été déduite du risque d'exploitation lié à l'obligation d'assumer les charges du cinéma sans garantie quant aux revenus, ces derniers étant exclusivement issus des droits d'entrée payés par le public.

25. La seconde affaire concerne la contestation de l'attribution d'un contrat de bail emphytéotique portant sur l'ancienne halle aux poissons de la ville de Gand.¹⁸⁷

Suivant la partie requérante, le contrat conclu par la Ville répondait à la définition d'un marché public de travaux et aurait dû être passé en respectant les formalités prescrites par la loi du 24 décembre 1993.

184 CE, arrêt n° 197.653 du 6 novembre 2009, VINCI PARK BELGIUM e.a. / Stad Roeselare.

185 CE, arrêt du 7 décembre 2011, no 216.725, Clear Channel / Région de Bruxelles-Capitale.

186 CE, arrêt n° 212.886 du 2 mai 2011, La Renaissance / Ville de Namur.

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

D'après la Ville de Gand au contraire, l'opération n'avait d'autre objet que la cession au partenaire privé de droits réels sur l'immeuble. 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 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.

Le contrat litigieux pouvait donc être considéré comme un marché public de travaux ou une concession, en fonction de la nature de la contrepartie offerte.

Quant au caractère onéreux de l'opération, le Conseil d'état estima que la Ville de Gand n'offrait pas, sinon de manière purement accessoire et limitée (subvention pour la création d'un desk info-tourisme et location d'un petit espace de bureau), de rémunération directe au bénéficiaire de l'emphytéose.

La contrepartie des travaux à réaliser dans l'immeuble consistait dans le droit d'exploiter commercialement ce dernier pendant 60 ans, soit la durée de l'emphytéose.

Le contrat fut donc qualifié de concession de travaux.

V. La proposition d'une directive « concession »

26. Ce 20 décembre 2011, la Commission européenne a proposé l'adoption d'une directive « sur l'attribution des contrats de concession »,¹⁸⁸

La Commission motive notamment cette initiative par l'insécurité juridique qui entoure la qualification juridique des concessions :

« (...) la définition des concessions et le contenu précis des obligations de transparence et de non-discrimination découlant du traité demeurent peu clairs. L'absence de sécurité juridique qui en résulte accroît le risque d'annulation ou de résiliation anticipée de contrats attribués illégalement et, en définitive, décourage les pouvoirs publics de recourir à l'instrument des concessions là où ce type de contrats pourrait représenter une bonne solution. »¹⁸⁹

188 COM (2011) 897 final:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:FR:PDF>

189 Proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession, COM (2011) 897 final, p. 3.

Par sa proposition, la Commission souhaite définir plus précisément la notion de concession, en référence à la notion de risque opérationnel. Elle ambitionne de déterminer quels types de risques sont considérés comme des risques opérationnels et comment définir un risque significatif.

Le 7^e considérant de la proposition est donc rédigé comme suit :

« La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque économique, avec la possibilité qu'il ne recouvre pas les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou des services attribués. L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait aux contractants tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimum supérieur ou égal aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat. Parallèlement, il convient de préciser que certains dispositifs entièrement financés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice devraient avoir le statut de concession, lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la disponibilité du service ou de l'actif. »

27. La définition de la concession, telle que proposée par la Commission, est double.

A la définition classique de la concession (résultant d'une combinaison des définitions de concessions et marchés publics déjà consacrées par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE), est ajoutée une définition réglementaire du « droit d'exploiter les travaux ou services » :

« Le droit d'exploiter les travaux ou services (...) implique le transfert au concessionnaire de l'essentiel du risque opérationnel. Le concessionnaire est réputé assumer l'essentiel du risque opérationnel lorsqu'il n'est pas certain de recouvrer les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il encourt lors de l'exploitation des travaux ou services qui font l'objet de la concession.

Ce risque économique peut être :

- a) le risque lié à l'utilisation des travaux ou à la demande de fourniture du service; ou*
- b) le risque lié à la disponibilité de l'infrastructure mise à disposition par le concessionnaire ou utilisée pour la fourniture du service aux usagers. »*

28. Sans aborder l'opportunité de régir l'attribution des concessions de travaux et services par voie de directive, qui dépasse l'objet de la présente étude, il ne nous semble pas que les intentions louables de la Commission permettront d'évacuer toutes difficultés pratiques quant à la qualification des concessions.

Ainsi, relevons d'ores et déjà diverses interrogations qui peuvent naître de la définition proposée par la Commission :

- y a-t-il un lien entre le risque significatif identifié par la Cour de justice dans l'arrêt EURAWASSER et le risque essentiel retenu par la Commission ?
- partant de la prémisse que l'exécutant d'un marché n'est jamais certain de recouvrer les investissements et coûts qu'il a consentis dans une opération contractuelle, à partir de quel degré d'incertitude peut-on considérer qu'un risque essentiel est transféré¹⁹⁰ ?
- les deux types de risques économiques identifiés dans la proposition de directive sont-ils les seuls à pouvoir être pris en compte ? Quid alors des autres types de risques, notamment ceux identifiés par la Cour dans l'arrêt STADLER ?

VI. Conclusion

29. Une concession de travaux ou de services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux ou de services, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux ou des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

A la différence des marchés publics, dont l'élément onéreux réside dans la rémunération obtenue du pouvoir adjudicateur, les concessions se caractérisent par la cession au partenaire privé du droit d'exploiter les travaux ou les services.

L'interprétation de la notion de « droit d'exploiter » a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années.

Elle a évolué au fur et à mesure des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tout d'abord, la rétribution des travaux et services par voie de paiement des usagers a été considérée comme caractérisant la concession. Ensuite, cet élément, bien que déterminant, a été supplanté dans la jurisprudence par l'exigence fondamentale du constat d'un risque d'exploitation dans le chef du prestataire privé.

Aujourd'hui, il est admis que la concession se caractérise par le transfert d'une part significative du risque d'exploitation assumé par l'autorité publique, ce risque pouvant d'ailleurs être initialement limité.

L'aspect « significatif » du risque transféré au prestataire privé reste à déterminer. La Cour de justice de l'Union européenne semble à cet égard renvoyer le débat devant les juges nationaux. Par ailleurs, il serait également utile que la

190 Cfr. à ce sujet S. VAN GARSSE, De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking, Brugge, Die Keure, 2006, p. 568, n° 1065.

Cour développe sa jurisprudence concernant les divers types de risques d'exploitation et qu'elle les précise.

La Commission vient de déposer, ce 20 décembre 2011, une proposition de directive pour réglementer l'attribution des concessions. Elle ne semble toutefois pas, malgré les bonnes intentions déclarées, apporter de réponse aux questions encore ouvertes.

Il est donc hautement probable que la qualification des concessions de travaux et services continue à faire débat dans le futur.