

L'intérêt économique direct : analyse du critère distinctif entre les opérations de cession de droits réels, des contrats qualifiés de marché public ou de concession de travaux

Note sous C.E. (6^e ch. réf.), 1^{er} juillet 2022,
*S.R.L. Jambes Casernes Equilis*¹

Kris Wauters

Avocat

Professeur à l'UCLouvain

Julien Eyletten

Avocat

I. Introduction

La problématique de la qualification d'un contrat conclu par une autorité administrative, par un pouvoir adjudicateur revient de manière récurrente dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil d'État². Cette qualification est primordiale

¹ Cet arrêt du Conseil d'État a été publié dans le numéro 2023/1 de la revue *L'Entreprise et le Droit*.

² Pour un aperçu récent : K. WAUTERS et T. VAN GAAL, « Toepassingsgebied wetgeving overheidsopdrachten: het mysterie verder ontsluit », *Marchés et contrats publics*, 2022/1.

afin de savoir quelles règles juridiques et quels principes sont d'application sur la conclusion et l'exécution d'un tel contrat.

Souvent, la question de qualification est posée dans une situation où le pouvoir adjudicateur essaie de détourner les règles juridiques qui lui imposent un régime complexe et rigoureux. On pense immédiatement à la législation applicable en matière de passation d'un marché public. Ainsi, les litiges devant la Cour de justice et le Conseil d'État ont souvent pour objet de requalifier un contrat public en marché public. Une telle requalification garantit un succès presque sûr du recours introduit. En effet, la législation applicable en matière de passation de marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser des procédures de passation comportant des règles bien spécifiques. Il est presque certain que le pouvoir adjudicateur n'a pas appliqué ces règles spécifiques s'il a, à tort, considéré que le contrat n'est pas un marché public.

De manière inédite, à notre connaissance, le Conseil d'État a eu l'occasion de requalifier un marché public dans la jurisprudence annotée. Procéduralement, lors de l'examen de cette demande en suspension, cette requalification a eu des conséquences majeures empêchant le requérant de bénéficier du régime de protection juridique favorable, réservé aux marchés publics et aux concessions de service et de travaux³ prévu à l'article 15 de la loi dite « recours » permettant au requérant de ne pas devoir démontrer son urgence à agir, celle-ci étant présumée.

Cette requalification a dès lors abouti à ce que la présente demande soit soumise au régime général prévu par l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État⁴ qui contraint le requérant à démontrer le caractère urgent de la situation, en plus d'un moyen sérieux pour espérer obtenir la suspension de l'acte attaqué. De manière générale, au vu de la difficulté que peut représenter la démonstration du critère de l'urgence, le praticien sera attentif à s'assurer de la qualification du contrat public qui lui est soumis avant d'agir en suspension et, le cas échéant, de s'efforcer de démontrer l'urgence si la requalification est invoquée par une autre partie à la procédure pour maximiser les chances de voir sa demande aboutir.

La présente note, après avoir proposé un bref exposé des faits essentiels à la cause et dessiné les contours de la décision prise par le Conseil d'État, permettra de revenir sur un des éléments constitutifs de la notion de marché public et de concession de travaux/services : le caractère onéreux de l'opération. Plus spécifiquement seront dessinés les contours d'un élément de ce caractère onéreux, la notion européenne d'intérêt économique direct dans le chef du ou des pouvoirs adjudicateurs. En effet, progressivement, l'intérêt économique direct s'érige en critère pivot permettant de distinguer les opérations de marchés publics ou de concessions d'autres opérations.

3 Article 2, 1^o et 1^o/1, lu en combinaison avec l'article 3 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, *M.B.*, 21 juin 2013.

4 Art. 17 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, *M.B.*, 21 mars 1973.

II. Faits et procédure

En l'espèce, la ville de Ciney a commencé une procédure de marché public intitulée « Vente avec charges d'un terrain de football et ses abords pour la construction de logements, d'une nouvelle voirie de liaison, d'aménagements paysagers et d'une zone sportive en lien avec le parc Saint-Roch ». En somme, le soumissionnaire en achetant le terrain s'engageait à concevoir, financer et exécuter des travaux, dans le respect de la programmation urbanistique établie. Pour l'essentiel, ces travaux consistaient en la construction de logements et la mise en place d'espaces verts et d'équipements sportifs.

Au terme de cette procédure, le contrat est attribué à un des candidats soumissionnaires. Le candidat soumissionnaire, classé deuxième du processus d'évaluation, cherche à obtenir l'annulation et la suspension de la décision d'attribution en invoquant comme motif une violation du cahier des charges par le candidat soumissionnaire retenu.

La procédure de suspension devant le Conseil d'État est marquée par l'intervention du soumissionnaire retenu. C'est lui qui, après que les parties ont échangé leurs écrits de procédure, soulèvera la question de la qualification du contrat et plus particulièrement de l'intérêt économique direct dans le chef de la ville de Ciney.

III. Décision⁵

Dans le cadre de la procédure ci-décrite, le Conseil d'État énonce tout d'abord le champ d'application de la loi « recours »⁶ qui pour rappel se limite aux marchés publics⁷ et aux concessions de services et de travaux⁸ atteignant le montant fixé pour qu'une publicité au niveau européen soit exigée.

Le Conseil d'État mentionne ensuite les enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la qualification de marché public de travaux. Cette jurisprudence⁹ expose qu'est susceptible de recevoir cette qualification une opération qui octroie au pouvoir adjudicateur une prestation ou un bien qui comporte un intérêt économique direct dans son chef, et que cette prestation ou ce bien soit reçu moyennant une contrepartie. Le Conseil d'État épingle également que, confronté à une opération qui comporte des éléments ayant trait à la qualification de marché public de travaux et des éléments ayant trait à une autre qualification, il y a lieu de se rallier à la qualification que reçoit l'objet principal de l'opération.

Après avoir rappelé que l'intérêt économique direct ne se confond pas avec l'intérêt général, le Conseil d'État considère que *de facto* l'opération ne répond pas à un besoin de

5 C.E. (6^e ch. réf.), 1^{er} juillet 2022, n° 254.209, *S.R.L. Jambes Casernes Equilis*.

6 Article 2, 1^o et 1^o/1, lu en combinaison avec l'article 3 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, *M.B.*, 21 juin 2013.

7 Tel que défini par l'article 2, 17^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016.

8 Tel que défini par l'article 2, 7^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions de service, *M.B.*, 14 juillet 2016.

9 C.J.U.E., arrêt *Commission c. Autriche*, 22 avril 2021, C-537/10, EU:C:2021:319 et C.J.U.E., arrêt *Helmut Müller*, 25 mars 2010, C-451/08, EU:C:2010:168.

l'autorité publique, que cette dernière ne devient pas propriétaire de l'ouvrage projeté, ni ne reçoit un quelconque titre juridique lui octroyant la disponibilité dudit ouvrage et que la rétrocession de la voirie ne vise qu'une part accessoire du projet.

Dès lors, le Conseil d'État aboutit au constat que l'intérêt économique dans le chef du pouvoir adjudicateur ne peut être attesté et que dès lors la qualification de marché public de travaux ne peut être établie.

En conclusion, le régime applicable à la procédure en suspension, en cause, est le régime général prévu par les LCCE¹⁰ et non le régime particulier prévu au profit des marchés publics et des concessions de service et de travaux au-dessus des seuils de publicité¹¹.

Dès lors, puisqu'il ressort des écrits de procédure que l'urgence n'est pas démontrée, le recours en suspension n'est pas accueilli.

IV. Commentaire

IV.1 Conséquence procédurale de la qualification des contrats publics

Dans la présente affaire, la qualification du contrat public a été posée dans le cadre de l'application de la loi dite « recours ». Afin que cette loi soit applicable, le contrat public attribué doit notamment se voir être qualifié de marché public.

Face à un marché public, l'article 15 de la loi « recours » prévoit, sous l'influence du droit de l'Union européenne, que la personne ayant, ou ayant eu, un intérêt à obtenir un marché public déterminé et qui veut obtenir la suspension d'une décision doit uniquement démontrer la présence d'un moyen sérieux ou d'une apparence d'illégalité. *A contrario*, dans le cadre d'une demande en suspension, sur la base de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la partie requérante doit également démontrer l'urgence. Ainsi, la qualification de marché public a une importance dans le cadre de la protection juridique offerte devant le Conseil d'État.

Le contrat, dont la décision d'attribution a été soumise à la censure du Conseil d'État, contient potentiellement des éléments soumis à différentes législations. Il pourrait s'agir d'un contrat mixte. Afin de déterminer le droit applicable, le juge doit raisonner suivant une certaine chronologie :

« S'agissant d'une procédure de passation de marchés publics comprenant des volets hétérogènes qui, s'ils étaient traités séparément, relèveraient de différents ensembles de règles, la première étape à effectuer est de se demander si un tel traitement séparé aurait effectivement été possible. Dans l'affirmative, tout élément qui, pris séparément, entre dans le champ d'une directive spécifique en matière de marchés publics doit être attribué conformément aux »

10 Art. 17 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, *M.B.*, 21 mars 1973.

11 Art. 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, *M.B.*, 21 juin 2013.

dispositions de ladite directive. Dans la négative, il convient de décider quelles règles appliquer à l'ensemble. »¹²

En premier lieu, le juge doit donc examiner si les éléments du contrat sont séparables ou non. S'ils ne le sont pas, le principe veut que l'objet principal du contrat détermine le régime juridique applicable. La jurisprudence ignore souvent cette première étape. En l'espèce, nous ne l'évoquons que brièvement, tenant compte du fait que le Conseil d'État ne l'a pas abordée.

En deuxième lieu, avant de qualifier le contrat, le juge identifiera l'objet principal de la convention.

IV.2 Séparabilité et objet principal du contrat

Pour déterminer si un contrat mixte est constitué ou non d'éléments indivisibles, la Cour de justice a fourni un certain nombre d'indications, de critères. Dans l'arrêt *Hôtel Loutraki*, le facteur décisif était que le contrat devait être conclu avec un seul partenaire qui dispose également d'une capacité financière suffisante et de l'expérience nécessaire¹³. Dans cette affaire, il s'agissait d'un contrat par lequel la première société devenait partenaire d'une société qui exploitait un service pour un pouvoir adjudicateur et où il y avait une obligation de moderniser les locaux. Il ressort des quelques autres arrêts rendus dans ce contexte que le caractère divisible est plus susceptible d'être présent dans des situations plus spécifiques¹⁴ et semble donc plutôt être l'exception. Dès lors, dans la plupart des cas, puisque le contrat doit être considéré comme étant inséparable, pour qualifier l'opération, le juge devra déterminer son objet principal.

Pour déterminer l'objet principal d'un contrat mixte, il convient de s'intéresser en premier lieu à l'objectif de la procédure de passation ou encore : « *Cette détermination doit avoir lieu au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat* »¹⁵. Il faut donc déterminer quel est le principal objectif économique du contrat mixte¹⁶, en somme quelle est la raison d'être du contrat¹⁷.

Toutefois, dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement, un contrat composé, d'une part, d'un marché public et, d'autre part, d'un contrat de vente, la Cour de justice a considéré ce qui suit :

« Dans l'affaire au principal, il ressort du dossier dont dispose la Cour que, au moment où le Comune di Bari s'est vu proposer par Pizzarotti la conclusion du contrat en cause, la réalisa-

12 Av. gén. S. ELEANOR, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Club Hotel Loutraki e.a. et Aktor ATE*, 6 mai 2010, C-145/08 et C-149/08, EU:C:2009:668, § 54.

13 C.J.U.E., arrêt *Club Hôtel Loutraki*, 6 mai 2010, C-145/08 et C-149/08, EU:C:2010:247, § 53.

14 Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Roma Multiservizi*, 1^{er} août 2022, C-332/20, EU:C:2022:135, § 59.

15 C.J.U.E., arrêt *Commission c. Espagne*, 26 mai 2011, C-306/08, EU:C:2011:347.

16 R. CARANTA et A. SANCHEZ-GRAELLS (ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 37, n° 3.13.

17 E. FATÔME et L. RICHER, « Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second », *A.J.D.A.*, 2015, p. 1577.

tion de l'ouvrage concerné par ce contrat n'avait pas encore été entamée. Dans ces circonstances, il convient de considérer que l'objet principal dudit contrat réside dans cette réalisation, que présuppose, en effet, nécessairement la mise en location ultérieure de cet ouvrage. »¹⁸

IV.3 Qualification du contrat

En l'espèce, le Conseil d'État vérifie si le contrat attribué par la ville de Ciney constitue un marché public. À cette fin, il convient d'examiner si la ville a voulu conclure un contrat, si ce contrat est à titre onéreux et si l'objet du contrat vise un immeuble. Se pose alors la question de la qualification de l'opération en un marché public de travaux. Cette dernière question ne fera pas l'objet de l'analyse du Conseil d'État.

Il est incontestable qu'en l'espèce la ville est un pouvoir adjudicateur et a voulu conclure un contrat.

Le juge examine ensuite si ce contrat est à titre onéreux. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que ce caractère onéreux ne vise pas uniquement la prestation de l'adjudicateur, mais également la prestation de l'opérateur économique¹⁹. Si l'opérateur économique n'exécute pas une prestation spécifique au bénéfice du pouvoir adjudicateur, la qualification de marché public n'est pas rencontrée.

La présence du caractère onéreux précède l'analyse de l'objet du marché, qu'il soit de travaux, de services ou de fournitures. Si l'objet du contrat vise un immeuble, un marché public est uniquement présent si la réalisation de l'immeuble répond au besoin spécifique précisé par le pouvoir adjudicateur²⁰. Il faut se demander si ce dernier a défini les caractéristiques de l'ouvrage, ou à tout du moins, s'il a exercé une influence déterminante sur la conception²¹. Une influence déterminante sera reconnue si le pouvoir adjudicateur a eu un impact décisif sur la structure architecturale du bâtiment ; tel est également le cas lorsque les aménagements intérieurs du bâtiment, exigés par le pouvoir adjudicateur, se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur²².

Plus spécifiquement, quant au caractère onéreux, il y a lieu d'examiner s'il y a une prestation directe au bénéfice de l'adjudicateur, la présence d'un intérêt économique direct dans son chef. Dans le cas étudié, cette notion est celle qui sous-tend la requalification réalisée par le Conseil d'État de l'opération en une vente immobilière en lieu et place de la qualification de marché public. Cette notion appelle à une analyse plus approfondie.

La notion d'intérêt économique est née de l'analyse du caractère onéreux des opérations qualifiées de marché public de travaux par la Cour de justice de l'Union européenne²³. Pour rappel, le caractère onéreux de l'opération constitue l'un des éléments constitutifs de la notion de marché public et, par là même, constitue également un critère distinctif permet-

18 C.J.U.E., arrêt *Impresa Pizzarotti*, 10 juillet 2014, C-213/13, EU:C:2014:2067, § 42.

19 C.J.U.E., arrêt *Helmut Müller*, 25 mars 2010, C-451/08, EU:C:2010:168.

20 C.J.U.E., arrêt *Commission c. Autriche*, précité, § 49.

21 C.J.U.E., arrêt *Commission c. Autriche*, précité, § 50.

22 C.J.U.E., arrêt *Commission c. Autriche*, précité, § 53.

23 C.J.U.E., arrêt *Helmut Müller*, précité.

tant de dissocier la notion de marché public d'autres opérations. Pendant longtemps, il a fait uniquement office d'une analyse relative à la contrepartie offerte par le pouvoir adjudicateur en échange de la prestation réalisée²⁴. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, la prestation offerte par l'adjudicataire « implique que le pouvoir adjudicateur qui conclut un marché public reçoive en vertu de ce contrat, moyennant une contrepartie, une prestation devant comporter un intérêt économique direct pour ce pouvoir adjudicateur. En outre, ce contrat doit présenter un caractère synallagmatique ; ce trait constituant une caractéristique essentielle d'un marché public »²⁵. Il convient d'ajouter que le fait qu'un tiers soit le bénéficiaire final est sans importance²⁶.

La jurisprudence européenne a, en effet, fait apparaître, au travers de ce caractère, l'exigence que pour recevoir la qualification de marché public, l'opération doive directement bénéficier au pouvoir adjudicateur dans l'exercice de ces missions, sans pour autant que l'opération prenne la forme de l'acquisition d'un objet matériel ou physique. Cette exigence que les législateurs belge²⁷ et européen²⁸ ont faite leur, vise ainsi de manière non limitative les opérations dans lesquelles :

- le pouvoir adjudicateur devient propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché ;
- le pouvoir adjudicateur dispose d'un titre juridique qui lui assure la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché ;
- le pouvoir adjudicateur pourra tirer des avantages économiques de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage ou aura participé financièrement à la réalisation du projet ou assumera des risques en cas d'échec économique du projet²⁹.

Cette conception a notamment pour conséquence d'englober au sein de la notion de marché public, des opérations de location par des pouvoirs publics pour leur propre jouissance sur des immeubles à construire dont ils déterminent les caractéristiques intrinsèques ou à tout le moins, ont un impact majeur sur la conception de ceux-ci³⁰. Bien que ces opérations étaient antérieures à la jurisprudence *Helmut Muller* déjà reprises dans le champ d'application de la législation relative aux marchés publics³¹, la notion d'intérêt économique direct vient consolider cette interprétation.

Cependant, bien qu'ayant une importance particulière en la matière³², il n'est pas exact de prétendre que la notion d'influence déterminante sur la conception ou le type d'ouvrage,

24 K. WAUTERS et T. VAN GAAL, « Toepassingsgebied wetgeving overheidsopdrachten: het mysterie verder ontsluit », *op. cit.*, pp. 4 et 5.

25 C.J.U.E., arrêt *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH*, 28 mai 2020, C-796/18, EU:C:2020:395, § 40.

26 Voy. not. C.J.U.E., arrêt *Commission c. Allemagne*, C-271/08, Rec., 2010, p. I-07091, §§ 75 à 80.

27 Projet de loi relatif aux contrats de concession, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-1708/001, pp. 12 et 13.

28 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution du contrat de concession, *J.O.U.E.*, L-94/1, 28 mars 2014, considérant 11.

29 C.J.U.E., arrêt *Helmut Müller*, précité, §§ 49 à 51.

30 C.J.U.E., arrêt *Commission c. Autriche*, précité, § 44 ; C.E. (6^e ch.), 23 octobre 2018, n° 242.755, S.A. *Fedimmo* et P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP — Tome 1 : Commentaire*, 20^e éd., Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 244.

31 C.J.U.E., arrêt *Commission c. Allemagne*, 29 octobre 2009, C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664.

32 E. VAN NUFFEL, « Les projets immobiliers développés en dehors de l'influence du pouvoir adjudicateur. Procuste et les marchés publics de travaux. À propos d'une divergence de jurisprudence, entre l'arrêt du Conseil d'État du

puisse être pertinente afin de conclure à la présence de l'intérêt économique direct³³. La notion d'intérêt économique direct est pertinente afin de déterminer si un contrat est à titre onéreux. Le critère de l'influence déterminante intervient pour déterminer l'objet du contrat.

En érigeant ce critère de l'intérêt économique direct pour synthétiser sa jurisprudence, la Cour de justice semble avoir fait œuvre créatrice³⁴. La mise en place de ce critère a érigé une frontière entre certaines opérations et les qualifications de marché public et de concession de service ou de travaux, venant empêcher une interprétation trop extensive du champ d'application de la directive en exigeant un lien direct de nature économique entre l'autorité publique et les prestations³⁵. La Cour de justice a ainsi exclu du champ d'application des directives, certaines opérations en reconnaissant :

- que le simple exercice de compétences de régulation en matière d'urbanisme, visant à la réalisation de l'intérêt général, ne satisfait pas un intérêt direct dans le chef du pouvoir adjudicateur³⁶ ;
- qu'un transfert de compétence fait perdre tout intérêt économique dans le chef de l'autorité publique qui exerçait cette compétence à la réalisation des missions qui lui incombait³⁷. « *Le pouvoir adjudicateur n'a ainsi aucun intérêt économique direct dans la transaction.* »³⁸

Un lien semble exister entre la notion d'intérêt économique direct établie par la jurisprudence européenne et la notion de l'intérêt général. Ainsi, les auteurs estiment que la notion d'intérêt général peut avoir un impact sur la signification du critère de l'intérêt économique direct. Tant qu'une prestation d'un opérateur économique est uniquement bénéfique dans le cadre de la réalisation d'une politique publique, l'intérêt économique rencontré n'est pas direct. *A contrario*, si la prestation aide l'autorité publique dans la gestion d'une mission d'intérêt général ou d'un service public, ou que cette prestation consiste à gérer cette mission, l'intérêt économique rencontré sera direct. En effet, la prestation répondra à un besoin personnel dans le chef de l'autorité publique. Certains arrêts du Conseil d'État ont mis en évidence ce raisonnement.

La chambre francophone du Conseil d'État a pu considérer que l'organisation de voyages pour aînés ne pouvait recevoir la qualification de concession de service public et indirectement de marché public, l'intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur

23 octobre 2018, Fedimmo SA, n° 242.7552 et l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 avril 2021, Commission c. Autriche, C-537/19 », *Jurim Pratique*, 2020/2, pp. 176-202.

33 P. MONJAL, « Marchés, concessions, SIEG, "in house"... les nécessaires ajustements européens des collectivités territoriales françaises. Des entités infra-étatiques stratégiques au service d'une conception renouvelée de l'application des règles de concurrence », *R.D.U.E.*, 2013/4, p. 644.

34 C.J.C.E., arrêt *Auroux e.a.*, 18 janvier 2007, C-220/05, Rec., 2007, p. I -385, § 45 ; C.J.C.E., arrêt *Ordine degli Architetti e.a.*, 12 juillet 2001, C-399/98, Rec., 2001, p. I -5409, point 77.

35 Voy. not. Av. gén. P. MENGOZZI, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Helmut Müller*, précité, §§ 50 à 54.

36 C.J.U.E., arrêt *Helmut Müller*, précité, § 57.

37 C.J.U.E., arrêt *Remondis GmbH*, 21 décembre 2016, C-51/15, EU:C:2016:985, §§ 42 à 44 et C.J.U.E., arrêt *Porin Kaupunki*, 18 juin 2020, C-328/19, EU:C:2020:483, § 47.

38 K. WAUTERS, « La qualification du contrat/De kwalificatie van de overeenkomst », *Marchés et contrats publics*, 2017/2, p. 159.

n'étant pas établi³⁹. En effet, d'une part, le pouvoir adjudicateur n'était pas le bénéficiaire direct des services fournis et, d'autre part, il n'avait aucune obligation de fournir lesdits services⁴⁰, contrairement à l'hypothèse d'une assurance complémentaire prévue par une convention collective de travail⁴¹. L'opérateur économique n'était donc pas en train de gérer une mission qui incombait à l'autorité publique. Cette même chambre a décidé qu'un contrat instituant une concession exclusive de vente lors de certains événements sur le site du circuit de Spa-Francorchamps et prévoyant que les points de vente soient désinstallés au terme de la procédure, sauf accord contraire, ne peut être considéré comme aboutissant à générer un intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur⁴². En effet, dans cette hypothèse, l'opérateur économique ne gère pas une mission dont l'autorité publique avait la responsabilité.

De surcroît, on ajoutera que si la jurisprudence *Watt Else*⁴³ maintient la qualification de cession de droits réels en lieu et place de la qualification de concession de travaux en invoquant l'absence d'obligation de réalisation desdits travaux et s'évite d'analyser la question du caractère onéreux de l'opération. On voit mal en quoi la mise en place d'éoliennes sur des terrains communaux contre des redevances, en vue de produire de l'électricité qui sera injectée sur le réseau, satisfera à l'exigence de l'intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur et donc au caractère onéreux permettant une requalification en une concession de travaux. En effet, en toute hypothèse, l'exploitation d'un parc éolien ne relève pas des missions d'intérêt général qui incombent à une commune.

Le Conseil d'État a également estimé, dans le cadre du développement d'un projet « agrivoltaïque », que l'opération demeurerait extérieure aux champs d'application du droit des marchés publics et des concessions de service, en mobilisant la notion de bénéfice économique de la partie adjudicatrice (que l'on rapprochera de la notion d'intérêt économique direct), et en constatant que le projet ne relève pas de la réalisation d'une mission de service public⁴⁴.

La section néerlandophone du Conseil d'État a également mobilisé cette notion en considérant que l'autorité portuaire d'Anvers était directement intéressée par la réalisation des opérations de dragage même si certaines de celles-ci étaient réalisées au profit du port de Rotterdam⁴⁵. Cette chambre a aussi eu l'occasion de reconnaître la présence d'un intérêt économique direct dans le chef d'un pouvoir adjudicateur par rapport à un partenariat public-privé même si dans cette affaire le pouvoir adjudicateur n'avait pas contesté cet élément⁴⁶. La question se pose si le Conseil d'État n'aurait pas réagi autrement s'il y avait eu contestation. En effet, les faits semblaient assez comparables à la présente affaire.

39 C.E. (6^e ch. réf.), 20 août 2019, n° 245.313, A.S.B.L. *Teralis*.

40 P. THIEL, G. MARTOU et T. MAES, « Chronique de jurisprudence des contrats et marchés publics 2019 », *M.C.P.-O.O.O.*, 2020/3, pp. 481 et 482.

41 C.J.U.E., arrêt *Commission c. Allemagne*, précité.

42 C.E. (6^e ch.), 12 octobre 2015, n° 232.528, S.P.R.L. *M.M.D.*

43 C.E. (6^e ch. réf.), 17 août 2020, n° 248.148, S.R.L. *Watt Else*.

44 C.E. (6^e ch.), 8 décembre 2022, n° 255.226, S.R.L. *WPD Benelux*.

45 C.E. (12^e ch.), 24 janvier 2019, n° 243.479, N. V. *Silvamo*.

46 C.E. (12^e ch.), 30 novembre 2017, n° 240.044, N. V. *Bopro sustainable investment*.

Par ailleurs, on remarquera que l'intérêt économique direct dans le chef des pouvoirs publics permet également de dessiner un critère de distinction avec les subventions⁴⁷ sur la base de la finalité des opérations : les marchés publics cherchent à satisfaire directement les besoins des pouvoirs publics dans le cadre de la réalisation de mission d'intérêt général tandis que les subventions visent à apporter une contribution financière à une activité jugée d'intérêt général⁴⁸.

V. Conclusion

L'arrêt ci-analysé s'inscrit pleinement dans la jurisprudence ci-exposée. Un projet immobilier pareillement structuré n'offre aucun intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur (ou uniquement un intérêt marginal et accessoire). En effet, ce qui sera réalisé par l'opérateur économique ne sera pas utilisé par l'autorité publique dans le cadre de la gestion d'une mission d'intérêt général qui lui incombe. L'arrêt du Conseil d'État est sans équivoque à cet égard : « *il n'apparaît pas que l'opération litigieuse aurait été conçue pour répondre à un besoin lié au fonctionnement ou aux missions de la partie adverse* ».

Si nous souscrivons pleinement au raisonnement tenu par le Conseil d'État, nous nous permettons d'épingler deux remarques.

Premièrement, dans le cadre de la cause étudiée, le Conseil d'État a fait le choix de motiver sa décision de requalification sur la base du caractère onéreux et de l'absence d'intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur se distinguant de la jurisprudence *Watt Else*⁴⁹, au sein de laquelle, le Conseil d'État s'était limité à motiver sa décision sur la base de l'absence d'obligation de réaliser des travaux dans le chef du soumissionnaire et avait sciemment choisi de ne pas analyser la question du caractère onéreux de l'opération. Il y a lieu de constater que l'appréciation qui est faite par le Conseil d'État de la notion d'intérêt économique direct au sein de l'arrêt analysé offre, contrairement à la jurisprudence *Watt Else*, la possibilité pour le promoteur immobilier public de contraindre le soumissionnaire à la réalisation des travaux.

Deuxièmement, la notion d'intérêt économique direct est un élément qui s'apprécie au cas par cas sur la base d'une analyse factuelle et économique et non juridique. Ce constat a pour conséquence que de nombreux projets sont ouverts à une possible requalification ou à tout le moins à ce que cette question soit posée. Lorsqu'on sait les conséquences procédurales de pareille requalification, on se doit de remarquer que ce critère a pour conséquence d'obliger le requérant à démontrer son urgence, ce qui s'avère souvent mal aisé, en vue de prévenir les conséquences d'une potentielle requalification. Plus globalement, l'appréciation au cas par cas de ce critère a pour conséquence d'amplifier l'insécurité juridique inhérente à la possibilité de requalifier le contrat (plus encore en cours d'instance). Au vu

47 Voy. not. Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Commission c. France*, 18 avril 2013, C-115/12 P, EU:C:2013:255, p. 13.

48 M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la minima divisio ? », in C.-H. DE LA VALLEE POUSSIN, M. VILAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics. Réflexions sur les limites du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 241 et 242.

49 C.E. (6^e ch. réf.), 17 août 2020, n° 248.148, S.R.L. *Watt Else*.

des enjeux économiques, une intervention du législateur européen en la matière pourrait s'avérer salubre⁵⁰.

Nous terminons en nous interrogeant sur la possibilité de voir ce critère de l'intérêt économique direct recevoir un écho plus important et devenir le critère pivot de distinction entre les opérations servant directement les besoins de l'administration et lui permettant de satisfaire ses missions de service public, des opérations permettant de satisfaire l'intérêt général par un autre biais que l'action de l'administration. Cette classification permettrait de séparer les marchés publics, les concessions de services et de travaux ainsi que les partenariats publics privés institutionnalisés ou non, des autres contrats publics, des subventions, transfert de compétence et autres actes unilatéraux.

50 S. MAEYAERT et R. VANDERBECK, « Marché public », *M.C.P.-O.O.O.*, 2020/1, p. 100.

