Commentaires : Arrêt de la Cour d’appel de Bruxelles, 22 juillet 2016

**Ann Lawrence Durviaux, professeur ordinaire & avocat**

# Les faits du litige

La SNCB, entreprise publique autonome, détient le droit d’exploiter l’ensemble du réseau des chemins de fer belges en ce compris le droit d’exploiter la publicité extérieure sur ce réseau.

Publifer est une société anonyme créée en 1932 par la famille Jamar de Balsée dont l’objet social est « *toutes entreprise de publicité quelconque et spécialement l’exploitation de la publicité commerciale sur le domaine de la Société nationale des Chemins de fer belges*», l’exploitation de la publicité sur le domaine de la SNCB constitue sa seule activité.

Moyennant le paiement de redevance, Publifer exploite à titre exclusif la publicité extérieure sur le domaine ferroviaire belge en vertu de contrats successifs attribués après mise en concurrence.

Les redevances augmentant de manière significative vers la fin des années quatre-vingt, le conseil d’administration de la SNCB approuve, le 25 octobre 1991, une prise de participation progressive dans le capital de Publifer afin de préserver ses intérêts.

Le 31 décembre 1991, l’assemblée générale de Publifer décide de supprimer la valeur nominale des 1000 actions existantes et d’augmenter son capital à 27.000.000 francs belges (soit un montant total de 30.000.000 BEF) par la création de 300 nouvelles actions attribuées à la SNCB « *en rémunération de l’apport du droit au renouvellement d’une concession du droit exclusif d’exploiter la publicité sur le domaine de la SNCB pour la période du 1er janvier 1992 au 31 décembre 2021* ». La SNCB acquiert en outre 348 actions pour 31.320.000 BEF tandis que la famille Jamar conserve 652 actions.

Le 1er janvier 1992, la SNCB conclut avec Publifer un contrat n°50/145/00797 (contrat de 1992, ci-après) pour une durée de 30 années, ayant pour objet de concéder le droit exclusif d’exploiter la publicité, non seulement sur le domaine de la SNCB, mais aussi sur les biens sur lesquels la SNCB a la jouissance, sur les voitures et camions de la SNCB, dans et sur le matériel à voyageurs en trafic intérieur et dans le matériel à voyageurs en trafic international, sur les imprimés, titres de transport et brochures édités par la SNCB. En contrepartie, la SNCB reçoit une redevance correspondant à un pourcentage des redevances facturées aux tiers, hors TVA, dont un minimum garantit de 60.000.000 BEF indexé et revu tous les cinq ans, de commun accord des parties et sur base de l’évolution du marché.

La convention prévoit, puisqu’elle est conclue intuitu personae, qu’il est interdit au concessionnaire de transférer totalement ou partiellement le droit d’exploiter, sauf accord préalable et écrit de la SNCB.

Dans la suite, Publifer va donner en location certains emplacements, notamment à More, la location sera remplacée par un mécanisme de copropriété par une convention du 17 août 1995, conclue entre Publifer, More et la SNCB, qui partage les coûts d’exploitation et le chiffre d’affaires, les deux partenaires privés se chargeant de la commercialisation.

Le 25 juillet 1997, la famille Jamar va céder six cent cinquante actions à More (pour 180 millions de francs belges) et céder gratuitement deux actions à la SNCB, plaçant sa participation à la hauteur du partenaire privé. La convention de 1995 est modifiée par l’intégration de nouveaux supports publicitaires et par l’allongement de sa durée au 31 décembre 2021.

Une convention du 14 novembre 2007 permet à la SNCB de désigner le président du conseil d’administration (sans voix prépondérante) et à More le droit de désigner l’administrateur délégué à la gestion journalière.

À partir de 2007, la société JCD (DECAUX ) prend divers contacts avec la SNCB afin de marquer son vif intérêt de pouvoir participer à l’exploitation de la concession des emplacements publicitaires. En 2009, elle remet une consultation juridique à la SNCB afin de critiquer l’octroi de la concession exclusive pour 20 ans, estimant qu’il s’agit d’un accord entre entreprises, restrictif de concurrence.

Le débat va être porté devant le tribunal de commerce suite à l’annonce du lancement, par publifer, du premier réseau national digital en out-of-home. Ce dernier considère la demande recevable, mais non fondée. Le jugement est frappé d’appel.

Devant la cour d’appel, JCD demande, à titre principal, d’ordonner la cessation des pratiques déloyales dans le chef de la SNCB, de Publifer et de CCB (ex More) et d’ordonner la cessation de l’exécution des relations contractuelles illégales qui lient ces trois parties, l’enlèvement immédiat de tout contenu publicitaire de l’ensemble des supports publicitaires concernés.

# La qualification des relations contractuelles retenue par la Cour d’appel de Bruxelles et les obligations en découlant pour la SNCB

Dans ce contexte conflictuel, la question de la qualification des relations contractuelles est posée. JDC soutient que le droit d’exploiter la publicité et les modifications successives de ce droit devait se faire dans le respect des principes d’égalité, de transparence et de mise en concurrence imposés par le droit belge et le droit européen, ces principes s’appliquant à la passation de tous les contrats publics, quelle que soit la qualification qui leur est donnée (concession domaniale, constitution d’une société d’économie mixte publique/privée ou marché de services).

La Cour d’appel va- à juste titre – analyser l’apport en nature en combinaison avec la concession de 1992, les deux opérations étant liées. JDC soutenait qu’il s’agissait d’une concession de services précédée de la constitution d’une société d’économie mixte, dont la mise en œuvre nécessitait une concession domaniale et un marché public de service. La SNCB et Publifer soutenait qu’il s’agissait d’une simple concession domaniale.

La Cour d’appel va retenir la qualification de **concession domaniale** pour la convention de 1992 celle-ci se présentant comme *« un contrat administratif par lequel l’autorité publique concédante permet à un usager déterminé soit d’occuper une parcelle du domaine public de manière exclusive, soit d’utiliser le domaine public à des fins auxquelles il n’est pas immédiatement destiné, de manière durable, mais de façon précaire et révocable et moyennant paiement d’une redevance* » [[1]](#footnote-1). Publifer peut installer sur le domaine de la SNCB des dispositifs publicitaires moyennant le paiement d’une redevance.

Elle va rejeter la qualification de **concession de service public** au motif qu’il ne s’agit pas de confier à un opérateur économique l’exécution de travaux ou la prestation et la gestion de services, destinés à l’intérêt public, se basant sur les travaux de S. Van Garsse[[2]](#footnote-2). Dans la concession domaniale, l’affectation économique du bien du domaine public mis à disposition ne doit pas servir un objectif d’intérêt général. Dans le cas d’espèce Publifer agit pour son compte et au profit de ses actionnaires.

Elle exclut également la qualification de **marché public, au motif d’une part, que Publifer est rémunérée par des tiers et d’autre part, qu’elle ne preste pas de services au profit du pouvoir adjudicateur.** Elle considère que la possibilité pour la SNCB de recourir aux services payants de Publifer pour effectuer ses propres campagnes publicitaires sur son domaine public ne constitue pas une prestation de service, mais une restriction au droit d’exploitation concédé à Publifer.

La Cour considère qu’à l’époque de la conclusion de ces arrangements, la SNCB n’était tenue que par le respect des principes de bonne administration au rang desquels figure le principe d’égalité. En vertu de ce dernier, la SNCB devait traiter de manière égale tout acheteur et leur donner une chance de recevoir la concession selon la jurisprudence[[3]](#footnote-3) et la doctrine[[4]](#footnote-4), ce qui implique une forme adaptée de publicité.

L’attribution du droit d’exploiter la publicité sur le domaine de la SNCB présente un intérêt particulier pour les entreprises de ce secteur compte tenu de l’ampleur du territoire concerné et partant, est susceptible de fausser le jeu de la concurrence. La Cour estime que le droit européen commande également de respecter une obligation de publicité et de mise en concurrence[[5]](#footnote-5), l’intérêt transfrontalier étant ici considéré comme acquis[[6]](#footnote-6). La Cour considère que les articles de presse produits par la SNCB sont insuffisants puisqu’ils n’émanent pas de la SNCB et ne font que relater des décisions prises. Elle en conclut que le droit d’exploiter a été octroyé de manière irrégulière.

Elle se penche ensuite sur la convention tripartie de 1995, le rachat des actions et extensions de 1997. Puisque ces dernières s’inscrivent dans le cadre de l’article 22 du contrat de 1992 et que celui-ci a été invalidé, elles suivent le même sort que le contrat de 1992.

En outre, la Cour considère que ces conventions sont irrégulières pour des motifs propres. L’importance des modifications consenties avec le transfert de l’exploitation à un tiers et l’extension de durée impliquait le respect d’une forme de publicité qui a fait défaut en l’espèce.

La Cour analyse ensuite l’imputabilité de ces actes contraires aux pratiques honnêtes du marché. L’exploitation de la publicité sur le domaine économique ne relève pas de l’activité de transport qui est de l’intérêt public et poursuit sans ambiguïté un but lucratif, partant la SNCB doit être qualifiée d’entreprise au sens de la loi (article 2, 1° de la LPMC reprise par l’article I.1, al.1er, 1° du CDE). Les entreprises privées partenaires aux différentes conventions ne pouvaient ignorer que celles-ci auraient dû être attribuées dans le respect du principe d’égalité.

# Observations sur la qualification des relations contractuelles

Cette affaire est particulièrement intéressante pour les praticiens du droit des marchés et contrats publics. Si la conclusion retenue par la Cour d’appel nous semble irréprochable, les conventions passées par des pouvoirs adjudicateurs doivent se faire en respectant le principe d’égalité de traitement qui implique une forme de publicité adéquate, la manière dont la Cour a justifié la qualification de concession domaniale mérite d’être nuancée.

La question est délicate et les acteurs du contentieux, souvent les mêmes, JC Decaux et Clear Channel, ont énormément contribué en France et en Belgique à l’émergence de subtiles précisions.

Les acteurs publics, sans doute pour éviter l’épineuse question de la qualification de leurs relations contractuelles, insèrent parfois une clause dans les cahiers des charges qui prévoit l’application de la réglementation relative aux marchés publics ou de manière plus ambivalente, évoquent des « marchés de concession domaniale ». Ces éléments rendent souvent délicate l’analyse de la jurisprudence relative à cette question.

La doctrine n’est pas en reste : la distinction entre les figures juridiques de marchés publics, de concession domaniale et de concession de service ou de travaux publics a fait l’objet de nombreuses analyses fouillées.

L’auditeur Vermeire, dans son rapport précédant l’affaire G.A.200.716/XII-6627 en cause Jcdecaux Belgium Publicité contre Ville d’Anvers, en présence de Clear Channel Belgium, en a fait un résumé d’une précision vertigineuse[[7]](#footnote-7) illustrant parfaitement la difficulté de l’exercice. Les arguments mobilisés par les uns et les autres se contredisent parfois, se complètent plus rarement, mais surtout, ne semblent pas faire le deuil des anciennes définitions qui semblent pourtant obsolètes depuis le début des années nonante et les directives relatives aux marchés publics qui fondent encore aujourd’hui, les paramètres déterminant dans l’exercice de qualification de tout contrat public, soit soit la directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services[[8]](#footnote-8), la directive 93/36/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures[[9]](#footnote-9), la directive 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux[[10]](#footnote-10), la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des télécommunications[[11]](#footnote-11).

Le chemin est pourtant aujourd’hui mieux balisé et les éléments d’incertitude plus limités.

La cour d’appel exclut la qualification de **marché public, au motif d’une part, que Publifer est rémunérée par des tiers et d’autre part, qu’elle ne preste pas de services au profit du pouvoir adjudicateur.**

Ceux deux motifs ne sont pas pertinents dans l’exercice de qualification.

Il est en effet admis, d’une part, que la rémunération du prestataire dans le cadre d’un marché public peut prendre plusieurs formes et d’autre part, que les prestations qui forment l’objet du marché public ne sont pas nécessairement accomplies au bénéfice du pouvoir adjudicateur.

Si ces motifs ne sont plus pertinents dans l’exercice de qualification en droit positif pour des raisons que nous préciserons, encore faut-il se rappeler que lors de la conclusion du contrat en 1992, la conception moderne et élargie de la notion des marchés publics n’était pas encore traduite, ni dans le droit positif (belge et européen), ni dans la jurisprudence.

Curieusement, la Cour d’appel ne prend pas la peine de se référer aux textes normatifs en vigueur au moment de la conclusion du contrat de 1992 pour justifier son raisonnement, rendant celui-ci d’autant plus ambivalent.

## III.1. L’onérosité de la relation contractuelle

En droit positif, il est généralement admis qu’un marché public est un contrat conclu **à titre onéreux** et que ce paramètre doit être interprété largement[[12]](#footnote-12).

Il n’est donc plus requis que la contrepartie consiste dans le paiement d’un prix[[13]](#footnote-13).

Dans certains ordres juridiques, le paiement d’un prix a très souvent été considéré comme le critère d’identification du marché public avant l’émergence du droit européen de la commande publique.

Tel fut longtemps l’analyse faite en droit droit français abandonnée aujourd’hui[[14]](#footnote-14).

En droit belge, cet élément n’avait pas été mis en avant de manière explicite. Il pouvait cependant être déduit de certaines dispositions de la réglementation relative aux marchés publics qui détaillent les opérations matérielles de comparaison des offres et les modalités d’exécution du contrat, qui n’envisagent que l’hypothèse du paiement d’un prix par le pouvoir adjudicateur (ancien article 15 du CGC). La doctrine belge s’est curieusement rarement attelée à définir, en tant que tel, le marché public, sauf, à l’instar de la discussion menée en France, pour l’opposer parfois à la concession de service public. La réflexion menée portait alors, pour le marché public, sur les mécanismes de passation et, pour la concession, sur les modalités d’identification et de gestion des services publics. La jurisprudence, quant à elle, ne s’attardait guère sur ces questions. Trois décisions illustrent cette tendance face à l’Administration, accomplissant soit des adjudications, terme qui ne faisait pas l’objet de définition précise dans la loi du 18 mai 1846 et qui était utilisé dans d’autres matières, comme l’adjudication de droit de chasse ou les ventes publiques[[15]](#footnote-15).

L’onérosité de la relation contractuelle en droit dérivé des marchés publics rejoint le droit primaire. L’article 57 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (ex art. 87 du Traité CE) vise en effet les services entendus comme des « *prestations fournies normalement contre rémunération* ». La Cour de justice a indiqué que cette rémunération pouvait ne découler qu’indirectement de la prestation fournie [[16]](#footnote-16) et ne devait pas être nécessairement payée par le bénéficiaire de la prestation [[17]](#footnote-17).

La Cour de justice a considéré que la contrepartie acquittée par le pouvoir adjudicateur pouvait prendre la forme de la réduction d’une *charge d’urbanisme* ou d’une imposition qui serait due si la contrepartie (les travaux, en l’espèce) n’était pas réalisée[[18]](#footnote-18).

De manière encore plus significative en matière de marché public de travaux, la Cour de justice a jugé que « le « *caractère onéreux du contrat* *implique que le pouvoir adjudicateur ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une* ***prestation*** *moyennant une* ***contrepartie****. Une telle prestation, en raison de sa nature ainsi que du système et des objectifs* [du droit dérivé des marchés publics]*, doit comporter un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur* »[[19]](#footnote-19).

La contrepartie peut être autre chose que le versement d’un prix et peut englober, en définitive, n’importe quel avantage susceptible d’une évaluation économique[[20]](#footnote-20), en ce compris, une prestation économique.

La Cour de justice a encore jugé qu’un contrat pouvait être à titre onéreux, même si la « *contrepartie* » « *reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu* »[[21]](#footnote-21). Dans une telle hypothèse, la prestation fournie au pouvoir adjudicateur et la contrepartie versée à l’opérateur économique sont donc de valeurs strictement équivalentes ; un bénéfice dans le chef du second n’est donc pas requis.

Le droit européen des marchés publics distingue la « concession » du « marché public » en ce que, dans la première, la rémunération « *consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage [ou le service], soit dans ce droit assorti d'un prix* »[[22]](#footnote-22). La contrepartie versée par le pouvoir adjudicateur au concessionnaire consiste autrement dit – en tout ou en partie – en un *droit d’exploiter le fruit de la prestation*. Le concessionnaire est alors – en tout ou en partie – payé par les tiers qui utilisent l’ouvrage ou bénéficient du service (voire de la fourniture [[23]](#footnote-23)).

La Cour de justice ajoute une autre caractéristique à la concession[[24]](#footnote-24): le pouvoir adjudicateur doit transférer au concessionnaire le *risque d’exploitation économique* dans son « *intégralité* » ou dans une « *part significative* » [[25]](#footnote-25).

Ce risque doit être compris « *comme le risque d’exposition aux aléas du marché (…), lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d’autres opérateurs, le risque d’une inadéquation entre l’offre et la demande de services, le risque d’insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d’absence de couverture intégrale des dépenses d’exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d’un préjudice lié à un manquement dans le service. En revanche, des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d’appréciation de l’opérateur économique ne sont pas déterminants aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services* » [[26]](#footnote-26).

Si la Cour de justice a confirmé le critère déterminant du transfert significatif du risque d’exploitation dégagé dans son arrêt Eurawasser[[27]](#footnote-27), pour distinguer une concession de service d’un marché public de service dans la directive 2004/18 et dans la directive 2008/17, l’identification concrète d’une concession de service public reste problématique pour les acteurs, ce qui résulte clairement de l’existence persistante d’un contentieux[[28]](#footnote-28).

## III.2. L’objet des relations contractuelles

En droit positif, la détermination des prestations économiques visées par le droit européen et le droit belge des marchés publics reste relativement complexe puisqu’elle résulte à la fois d’un système de liste comportant de nombreuses exceptions et de nomenclatures internationales relativement rébarbatives.

Les directives opèrent une distinction entre les travaux, les fournitures et les services. Les activités économiques visées par le droit européen des marchés publics sont reprises dans les nomenclatures NACE (Travaux), classification générale des activités industrielles dans l’Union européenne[[29]](#footnote-29) et CPC (Central Products Classification des Nations Unies) avec une classification correspondante dans le CPV (Common Procurement Vocabulary)[[30]](#footnote-30).

Le CPV est composé d’un lexique principal qui comporte une arborescence comportant des codes à 9 chiffres qui permettent de définir l’objet (type de fournitures, de travaux ou de services). Ce dernier est relativement complet puisqu’on y trouve même un code d’achat pour les bananes. Le lexique supplémentaire permet de préciser l’objet par des détails complémentaires relatifs à la nature ou à l’affectation des travaux, fournitures et services.

Ces nomenclatures sont censées aider les opérateurs économiques dans la recherche des marchés qui les intéressent tout en facilitant la tâche des pouvoirs adjudicateurs dans la rédaction des avis de marchés.

Les nomenclatures NACE et CPC priment la nomenclature CPV pour la détermination du champ d’application[[31]](#footnote-31).

La Commission européenne est compétente pour assurer la mise à jour de la nomenclature CPV afin de tenir compte des évolutions techniques et économiques.

La loi du 2006 fait référence de manière expresse à ces nomenclatures[[32]](#footnote-32). Les codes sont repris dans les annexes 1 (travaux) et 2 (services) de la loi du 24 décembre 1993 et de la loi du 15 juin 2006.

Dans la liste 1 figurent les services de publicité (numéro de références 871 du CPC). Dans la circulaire explicative[[33]](#footnote-33), cette catégorie reprend d’une part, les « services de ventes ou de location d’espace » (8711) et, d’autre part, une rubrique « autres services » (8719) qui englobent « les autres services de publicité non classés ailleurs, y compris les services de publicité extérieure et aérienne ainsi que les services de distribution d’échantillons publicitaires et d’autres matériels publicitaires ».

Il est acquis que le droit européen et belge des marchés publics n’exige pas, pour la qualification de marché public que l’objet du marché, la prestation économique, soit accompli au profit du pouvoir adjudicateur. En effet, nul ne conteste la qualification de marché public à une opération de construction menée par une société de logement social qui a pour objet de construire des maisons ou des appartements qui seront ensuite revendus à des allocataires sociaux. Nul ne conteste la qualification de marché public de service au contrat qui prévoit qu’une commune confie à une entreprise la collecte des déchets ménagers auprès de chaque maison située sur son territoire moyennant le paiement d’un prix.

## III.3. Conclusion

Dans le cas d’espèce, la Cour a pris soin de préciser que la SNCB détenait le droit d’exploiter l’ensemble du réseau des chemins de fer belges en ce compris le droit d’exploiter la publicité extérieure sur ce réseau. Comme toute structure publique ou privée, la SNCB pouvait décider d’accomplir cette activité clairement économique par ses propres moyens ou de l’externaliser à une autre structure.

Dès lors qu’elle opte pour une externalisation – sous réserve d’une opération in house (ou quasi in house), elle est tenue d’opérer de se soucier du respect du principe d’égalité de traitement.

Si la prestation externalisée répond à la définition des travaux fournitures et services, soit un objet visé par le droit des marchés publics, elle est tenue d’appliquer éventuellement le droit européen des marchés publics et concessions (et/ou le droit national) selon le seuil.

Dans le cas d’espèce, puisque l’objet est clairement un service repris dans les nomenclatures, il s’agit clairement d’un marché ou d’une concession, la distinction entre les deux implique de se pencher sur la rémunération afin de déterminer si le droit d’exploiter implique un transfert de risque en raison de ses modalités.

Il est tout à fait curieux de soutenir à ce stade que le système de redevance serait un obstacle à la qualification de marché ou de concession de service. En effet, ce système se présente – sous l’angle économique- comme une rétribution partielle au pouvoir adjudicateur de recettes publicitaires. Le service assuré par Publifer (le placement des espaces publicitaires) est rémunéré par les sociétés qui utilisent les espaces publicitaires. La redevance, dès lors qu’elle se présente sous la forme d’un pourcentage des recettes, n’implique en soi aucun transfert significatif de risque pour le prestataire privé puisque la rétribution n’est prévue qu’en cas de solde positif de recette. La probabilité d’une perte est très théorique dans ce secteur.

Dans le cas d’espèce, il existait un minimum garanti de 60.000.000 BEF (indexé), mais celui-ci pouvait être revu de commun accord tous les 5 ans (à la hausse ou à la baisse sans doute) en fonction de l’évolution du marché, ce qui limite fortement les risques d’exploitation.

Après avoir écarté les deux raisons avancées par la Cour d’appel pour exclure la qualification de marchés publics, et démontrer au contraire que le contrat de 1992 en constituait bien un, encore faut-il préciser les règles applicables à l’époque.

Le moment où les parties décident de mettre en place ce système est important. Le contrat est conclu le 1er janvier 1992 entre la SNCB et Publifer, soit à une époque où les secteurs spéciaux (dont relève la SNCB) et les services ne sont pas encore réglementés par le droit européen. Les propositions de directive qui deviendront la directive 92/50 et 93/38 sont cependant déjà connues.

À l’époque cependant, la SNCB était assujettie au droit des marchés publics en sa qualité de personne morale de droit public[[34]](#footnote-34). À l’époque, la loi de 1976 visait les services, sans les définir et surtout en considérant qu’il s’agissait d’une catégorie fourre-tout. L’article 1er de la loi du 14 juillet 1976 précisait que le marché public n’était pas défini de manière précise en faisant allusion au paiement d’un prix, la question restait peu abordée de manière systématique et critique par la doctrine.

Toutefois, il est patent que les développements qui permettent de réaliser l’exercice de qualification dans les présentes observations critiques se sont révélés progressivement dans la suite de l’adoption des directives des années nonante, soit postérieurement aux faits.

À l’époque de la conclusion du contrat (1992), la doctrine et la jurisprudence publiée penchaient dans une très large majorité dans le sens de la qualification d’une concession domaniale. Aussi, la décision de la Cour d’appel est parfaitement en phase avec le droit tel qu’il était compris à l’époque, sans toutefois étant entièrement satisfaisant sous l’angle de la justification juridique.

L’essentiel est sauf cependant, car le principe d’égalité de traitement impliquait l’organisation d’une mise en concurrence et surtout, rien ne justifiait d’une durée aussi longue (30 ans) puisque le matériel nécessaire à l’exécution du marché (les supports permettant l’exposition des publicités) s’amortit sur une très courte période (5 ans).

Au-delà du raisonnement juridique, puisqu’il ne s’agit jamais d’avoir raison ou d’avoir tort en droit, mais seulement d’être juste, les magistrats ont parfaitement perçu l’histoire qui leur a été racontée, et placé la limite là où elle devait être mise. Et que peut-on espérer de plus ou de mieux de la justice ?

1. P. Boucquey et V. Oost, « La domanialité publique à l’épreuve des partenaiats public-privé », in B. Lombaert, Les partenariats public-privé (P.P.P) : un défi pour le droit des services publics, La Charte, 2005, p. 279, n°61. [↑](#footnote-ref-1)
2. De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking, Die Keure, 2007, p.357. [↑](#footnote-ref-2)
3. C.E., 2 février 1993, n°41.878, Seaport Terminal, Entr. et Dr., 1993, p.146. [↑](#footnote-ref-3)
4. P. Boucquey et V. Oost, « La domanialité publique à l’épreuve des partenariats public-privé », in B. Lombaert, Les partenariats public-privé (P.P.P) : un défi pour le droit des services publics, La Charte, 2005, p. 280 ; D. Renders et B. Gors, Les biens de l’administration, Bruylant, 2014, p.99 ; K. Wauters, Rechtsbescherming en overheidsoverennkomsten, 2009, pp.146, n°242 et 147, n°243. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ch. Vautrot-Schwarz, La publicité et la mise en conurrence dans la délivrance des titres d’occupation domaniale, AJ.D.A., 2009, p.258, C. Bardon et Y. Simonnet, “Telaustria, quel périmètre, Droit administratif, n°1, Janvier 2009, étude 2). [↑](#footnote-ref-5)
6. CJUE, 14 novembre 2013, C-221/12, Belgacom/telenet, point 31). [↑](#footnote-ref-6)
7. L’auditeur Vermeire, dans son rapport précédant l’affaire G.A.200.716/XII-6627 en cause JC Decaux Belgium Publicité contre Ville d’Anvers, en présence de Clear Channel Belgium en fait un résumé saisissant : Rapport du premier auditeur Stevens, *Entr. et droit*, 2004, p. 154 et s., avec note M.A. et Ph. FLAMME, « Des contrats dits de mobilier urbain et de quelques autres problèmes » : Le premier auditeur Stevens expose dans son rapport, au détour d’une observation préalable, qu’un tel contrat n’est en principe pas un marché public mais une concession domaniale, mais que la loi du 24 décembre 1993 est rendue applicable par le cahier des charges ; Alors que M.A. FLAMME selon ce rapport, expose dans son *Commentaire pratique*, 1.A, 1986, p. 125, n° 2.15 que ce contrat était un marché public de travaux, M.A. et Ph. FLAMME exposent dans « La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics : révolution ou européanisation ? », *J.T.*, 1994, p. 391, n° 24 le point de vue de la Commission des Marchés publics (P.V. n° 537 du 11 octobre 1993) selon lequel il ne s’agit pas d’un marché public mais d’une concession domaniale combinée à des obligations de service public en faveur des usagers de la voie publique. Comp. dans le même sens M.A. FLAMME, *Commentaire pratique*, 1.A, 1996, p. 89, note de bas de page 74. Dans leur note citée par l’arrêt n° 126.719 précité, M.A. et Ph. FLAMME expose que « *La 7e édition – si Dieu nous prête vie – abandonnera sans doute cette position tranchée* » de la 6e édition, et ils insistent sur le fait que l’objection principale contre la qualification de marché public – l’absence de contrepartie en argent de la part de l’administration – ne vaut plus compte tenu de la jurisprudence de la Cour de Justice. Ils en concluent qu’une distinction paraît devoir être faite entre, d’une part, les contrats de mobilier urbain qui sont conclus dans le chef de l’attributaire avec un but exclusivement commercial et dans le chef de l’administration dans le but d’une rentabilité du domaine public sans la moindre contrepartie au profit de l’intérêt général ou des services publics concernés, transport en commun en particulier, qui sont une simple concession domaniale et échappent à la législation sur les marchés publics et, d’autre part, les contrats où une telle contrepartie existe et qui sont des marchés publics ; Ph. FLAMME, M.A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 62-66 où ces auteurs répètent leur point de vue antérieur et indiquent également qu’un système de mise en location de vélos où l’exploitant prend à sa charge, dans le cadre des limites fixées par l’administration et sous son contrôle, le service public lié à ce transport et où les usagers payent une rémunération [à l’exploitant] peut être qualifié de concession de service public ; D. D’HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, La Charge, 1997, n° 444-446 observe que la contrepartie des travaux, fournitures ou services effectués au profit du maître de l’ouvrage consiste en principe, sauf en cas de concession de travaux, dans le paiement d’une somme d’argent, que « la législation », c’est-à-dire la législation sur les marchés publics – s’applique toutefois aussi dans les cas où le cocontractant est rémunéré autrement que par une somme d’argent et que l’on peut en trouver un exemple dans les contrats « en matière d’équipements urbains », où l’entreprise s’engage gratuitement, sans renoncer à sa propriété, à installer des abris pour les usagers des transports en commun, des panneaux de signalisation, etc., et où l’entreprise reçoit en contrepartie l’autorisation d’exploiter en tout ou en partie ces biens à des fins publicitaires ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2012*, Kluwer, 2012, p. 942-943 expose que la mise à disposition de mobilier urbain financé par la publicité qui y est affichée, ne peut échapper à la qualification de concession de service par le seul fait qu’aucune indemnité n’est demandée aux usagers. G. ERVYN, « Le droit d’exploiter ou quand le marché public devient concession », *Chroniques des marchés publics 2011-2012*, Bruxelles, EBP, p. 241 renvoie à ce point de vue et estime qu’il est fondé sur la jurisprudence de la Cour de Justice, dont l’arrêt Commission c. Italie du 18 juillet 2007 (C-382/05), qui énonce que le paiement (en l’espèce partiel) par les utilisateurs n’implique pas nécessairement un risque d’exploitation ni donc une concession ; Comp. également le commentaire de l’article 34 de la loi du 15 juin 2006 rédigé par F. MOISES dans *Entr. et droit*, 2013, p. 7 et s. Cet auteur répète que le mode de rémunération est un élément permettant de déterminer si une opération est un marché public de travaux ou une concession de travaux publics, sans toutefois être décisif. Il déduit de l’arrêt Norma-A SIA du 10 novembre 2011 (C-348/10) de la Cour de Justice qu’il est nécessaire, pour éviter que le contrat à titre onéreux que le prestataire de services assume le risque lié au projet et estime que l’application de cette jurisprudence de la Cour de Justice exclut en principe qu’un contrat en matière de mise à disposition de mobilier urbain soit qualifié de marché public (de services). Il reconnaît d’une part que le point de savoir si la renonciation de l’administration aux revenus publicitaires constitue ou non une contrepartie pour les prestations fournies par l’attributaire est contesté, mais il expose d’autre part que le droit de percevoir les revenus publicitaires n’est en fait – et comme dans toute autre concession domaniale – que la conséquence de l’octroi à l’attributaire du droit d’exploiter les espaces publicitaires. Il estime également douteux que l’exonération d’une taxe (redevance) pour l’utilisation du domaine public suffise pour en faire un contrat à titre onéreux, puisque le second critère de la Cour de Justice, le transfert du risque d’exploitation, est clairement rempli. Il reconnaît que cette question n’a pas encore été tranchée dans la jurisprudence de la Cour de Justice ou du Conseil d’État, bien que le Conseil d’État de France, suivi par une partie de la doctrine, admette la qualification de marché public, mais sur la base d’un raisonnement qui n’est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice (sur cette jurisprudence française, voir n° 15 ci-dessous). Voir également le commentaire de l’article 34 de la loi du 15 juin 200615 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de service dans A. DELVAUX et C. DE WOLF e.a., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 1.A, Bruxelles, Confédération Construction, 2014, p. 496 et s., spéc. n° 16, p. 507-510 ; Comp. le commentaire de l’article 3 de la loi du 15 juin 2006 dans A. DELVAUX et C. DE WOLF e.a., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 1.A, Bruxelles, Confédération Construction, 2014, p. 75, n° 8, note de bas de page 28, qui soulignent que les « contrats dits de mobilier urbain, où les abribus, panneaux d’information, toilettes et poubelles demeurent la propriété de l’exploitant et ne font l’objet d’aucun bail » ne sont pas des marchés de fournitures ni des marchés de services « vu l’impossibilité d’assimiler à un paiement en nature la contrepartie consistant dans l’autorisation – par définition précaire – d’occuper des parcelles du domaine public », mais sont des « concessions domaniales, assorties d’obligations de service public au profit des usagers de la voirie ». Ils font alors renvoi au point de vue précité de la Commission des Marchés publics ; Dans le commentaire de l’article 18 de la loi du 15 juin 2006 dans A. DELVAUX et C. DE WOLF e.a., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 1.A, Bruxelles, Confédération Construction, 2014, p. 264-265, n° 31, il est souligné que le raisonnement de la Commission des Marchés publics concernant les contrats de mobilier urbain (qui ne seraient pas des marchés publics de services mais en principe des concessions domaniales compte tenu du caractère précaire de l’occupation du domaine public, la circonstance que la commune n’est pas propriétaire du mobilier urbain, le fait qu’aucun service n’est fourni à la commune en tant que tel et/ou l’absence de contrepartie financière) ne peut être suivi et est à juste titre contesté en doctrine ; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, La Charte, 2007, n° 641, p. 345, note de bas de page 1316 énonce, dans le cadre de la discussion du “caractère onéreux” que les contrats de mobilier urbain étaient auparavant généralement considérés comme des concessions domaniales (l’auteur renvoie au point de vue précité de la Commission des Marchés publics) mais sont désormais considérés comme des marchés publics (l’auteur renvoie à la jurisprudence du Conseil d’État de France – voir n° 15 ci-dessous) et à FLAMME, *Les marchés publics européens et belges*; voir également n° 785, p. 418, note de bas de page 1557 où cet auteur écrit que les contrats de mobilier urbain « peuvent éventuellement entrer en ligne de compte pour la qualification de concession de fournitures. Il faut alors que l’élément services ne soit pas prédominant » ;P. NIHOUL, « La notion de marché public : éléments transversaux et matériels », in *M.C.P./O.O.O.*, 2011, p. 32 et s., souligne que le critère de distinction entre les marchés publics de services et la concession de services réside dans le mode de rémunération des services prestés : le marché public de services implique une contrepartie directement payée par le pouvoir adjudicateur au prestataire, alors que dans le cas d’une concession de services, le mode de rémunération réside dans le droit du prestataire d’exploiter ses propres prestations et implique qu’il assume le risque lié à leur exploitation. Cet auteur n’évoque par ailleurs pas spécifiquement les contrats de mobilier urbain. [↑](#footnote-ref-7)
8. *J.O.C.E*., L.209, 24 juillet 1992, telle que modifiée par la directive 97/52/CEE du Parlement et du Conseil européen, du 13 octobre 1997, *J.O.C.E*., L.328, 28 novembre 1997. [↑](#footnote-ref-8)
9. *J.O.C.E*., L.199, 9 août 1993, telle que modifiée par la directive 97/52/CEE du Parlement et du Conseil européen du 13 octobre 1997, *J.O.C.E.*, L.328, 28 novembre 1997. [↑](#footnote-ref-9)
10. *J.O.C.E*., L.199, 9 août 1993, telle que modifiée par la directive 97/52/CEE du Parlement et du Conseil européen du 13 octobre 1997, *J.O.C.E*., L.328, 28 novembre 1997. [↑](#footnote-ref-10)
11. *J.O.C.E*., L.199, 9 août 1993, telle que modifiée par la directive 94/22/CEE du 30 mai 1994 sur les conditions d’octroi et d’exercice des autorisations de prospecter, d’exploiter et d’extraire des hydrocarbures, *J.O.C.E*., L.164, 30 juin 1994 et par la directive 98/4/CEE du Parlement et du Conseil européen du 16 février 1998, *J.O.C.E*., L.101, 1 avril 1998. [↑](#footnote-ref-11)
12. A.L. Durviaux, Précis de droit des marchés et contrats publics, Bruxelles, La Charte, 2014, pp.340-353, n° 288-299. [↑](#footnote-ref-12)
13. Dans certains ordres juridiques, le paiement d’un prix a été considéré comme le critère d’identification du marché public avant l’émergence du droit européen de la commande publique. [↑](#footnote-ref-13)
14. Voy. notamment concl. C. Bergeal, sous C.E. fr., 7 avril 1999, Commune de Guilherand Granges, *A.J.D.A.,* 1999, p. 517 et s. ; C.E. fr., 6 décembre 1995, Département de l’Aveyron et autres sociétés, Jean-Claude Decaux, *Rec.* *Lebon*, p. 428 [↑](#footnote-ref-14)
15. voy. Civ. Tongres, 15 mars 1927, cité par A. de Grand ry, *Les marchés* *de fournitures et de travaux*, 2e éd., Bruxelles, 1954, p. 113 ; Bruxelles, 28 janvier 1939, *Pas*., 1941, II, p. 71, évoquant une concession qu’elle soumettait à la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l’État ; J.P. Beaumont, 3 juin 1947, *J.T.,* 1947, pp. 452-453, relatif à un bail passé par une fabrique d’église. [↑](#footnote-ref-15)
16. C.J.C.E., 5 octobre 1988, Steymann, C-196/87, *Rec*., 1988, p. 6159. [↑](#footnote-ref-16)
17. C.J.C.E., 26 avril 1988, Bond van Adverteerders, C-352/85, *Rec*., p. 2085, point 16 ; C.J.C.E., 11 avril 2000, Deliège, C-51/96, *Rec.*,p. I-2529, point 56 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms, C-157/99, *Rec*., p. I-5473, point 57 ; C.J.C.E., 26 juin 2003, Skandia et Ramstedt, C-422/01, *Rec*., p. I-6817, point 24 ; C.J.C.E., 11 septembre 2007, Commission c. Allemagne, C-318/05, *Rec*., p. I-06957, point 70. [↑](#footnote-ref-17)
18. C.J.C.E., 12 juillet 2001, Ordine degli Achitetti delle Province di Milano e Lode, C-399/98. [↑](#footnote-ref-18)
19. C.J.U.E., 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, C-451/08, *Rec.*, p. I-02673, points 48 et 49. Voy. également : C.J.C.E., 18 janvier 2007, Auroux e.a., C-220/05, *Rec.*, 2007, p. I-385, point 45 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, *Rec.*, 2001, p. I-5409, point 77. [↑](#footnote-ref-19)
20. En ce sens : Commission européenne, Livre vert du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2004) 327 final, p. 6, point 10 (« le caractère onéreux du contrat en cause n'implique pas obligatoirement le versement direct d'un prix par le partenaire public, mais peut découler de toute autre forme de contreprestation économique reçue par le partenaire privé ») ; Conclusions de l’Avocat général Trstenjak précédant C.J.U.E., 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a., C-159/11, point 32 (« il est légitime de soutenir que seule une interprétation large de la notion de «caractère onéreux» est à la mesure de la finalité des directives en matière de marchés publics, qui est d’ouvrir les marchés en vue de garantir une concurrence réelle. C’est ainsi seulement qu’il est possible de garantir l’efficacité pratique de ces directives et d’empêcher que le droit des marchés publics ne soit contourné, par exemple en convenant d’autres formes de rétribution, qui ne permettent pas de reconnaître l’intention lucrative au premier regard, sous la forme de troc, ou de renonciation entre les parties à des créances réciproques »). [↑](#footnote-ref-20)
21. C.J.U.E., 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a., C-159/11, point 29. [↑](#footnote-ref-21)
22. Art. 1.3 et 1.4 de la directive 2004/18/CE : « La «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 » ; art. 5 et 24 de la Loi du 24 décembre 1993 ; art. 3, 1° à 4° et 12° de la loi du 15 juin 2006. Pour des applications, C.J.C.E., 10 septembre 2009, WAZV Gotha c. Eurawasser, C-206/08, *Rec*., p. I-8377, point 57 ; C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, *Rec.,* p. I-01335, point 25. [↑](#footnote-ref-22)
23. La concession de fournitures n’est pas envisagée par le droit dérivé des marchés publics, mais elle se conçoit notamment en matière d’électricité. Celle-ci est en effet généralement considérée comme une fourniture plutôt que comme un service (C.J.C.E., 4 décembre 2003, EVN AG et Wienstrom GmbH c. Autriche, C-448/01, *Rec*., p. I-14527 (la qualification de marché de fourniture émanait en l’espèce de la juridiction nationale, mais elle n’a pas été remise en cause par la Cour) ; W. Vandorpe, D. Haverbeke, J. Debievre et W. Neven, « De gezamenlijke aankoop van energie door en voor overheden », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, n° 19, p. 864). En droit matériel européen, l’électricité est d’ailleurs considérée comme une marchandise - et non comme un service (C.J.C.E., 15 juillet 1964, Costa c. Enel, C-6/64, *Rec.*, p. 1141 ; C.J.C.E., 27 avril 1994, Commune d’Almelo, C-393/92, *Rec.*, p. I-01477 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, Commission c. Italie, C-158/94, p. I-05789, cités par M. Fallon, *Droit matériel général de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2002, p. 108. *Adde* : C.J.C.E., 17 juillet 2008, Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, *Rec*., 2008, p. I-05497). Le régime de la concession de fournitures est analogue à celui de la concession de services (Note 24 de la Communication interprétative du 29 avril 2000 de la Commission sur les concessions en droit communautaire, *J.O.C.E*., 29 avril 2000, C 121, ; S. Van Garsse, *De concessie in het raam van* *de publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2007, n° 785-786, pp. 417-419 et les références ; *Ibid.*, « Knelpunten inzake concessies », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, n° 6, p. 648). [↑](#footnote-ref-23)
24. Voir notamment : C.J.C.E., 27 octobre 2005, Contse e.a., C-234/03, *Rec*., p. I-9315, point 22 ; C.J.C.E., 18 juillet 2007, Commission c. Italie, C-382/05, *Rec*., p. I-6657, points 35 à 37 ; C.J.C.E., 13 novembre 2008, Commission c. Italie, C-437/07, points 30 et 32 à 35 ; C.J.C.E., 10 septembre 2009, WAZV Gotha c. Eurawasser, C-206/08, *Rec.*, p. I-8377, points 59 et 68 ; C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, *Rec*., p. I-01335, point 26. [↑](#footnote-ref-24)
25. Les arrêts cités à la note précédente, et spéc. : C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*,* C-274/09, *Rec.*, p. I-01335, points 29 et s. [↑](#footnote-ref-25)
26. C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*,* C-274/09, *Rec.*, p. I-01335, points 37-38, qui renvoie à C.J.C.E., 10 septembre 2009, WAZV Gotha c*.* Eurawasser, C-206/08, *Rec.,* p. I-8377, points 66-67 ; C.J.C.E., 27 octobre 2005, Contse e.a., C-234/03, *Rec.*, p. I-9315, point 22 ; C.J.C.E., 11 juin 2009, Hans &Christophorus Oymanns, C-300/07, *Rec.*, p. I-4779, point 74. [↑](#footnote-ref-26)
27. C.J.C.E., 10 sept. 2009, Eurawasser, C-206/08, *Rec*., I-8377 ; *A.J.D.A.*, 2010, 162, note D.-A. Camous ; *A.J.D.A.,* 2009, 2285, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat. [↑](#footnote-ref-27)
28. C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c. Passau, C-274/09 ; M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJ.D.A.,* 2011, p. 1007 ; L. Clément-Wilz, F. Martucci, C. Mayeur-Carpentier, « Chronique de droit de l'Union européenne », *R.F.D.A.,* 2012, p. 1225 ; *A.J.C.T.,* 2011, p. 358, obs. S. Hul ; C.J.U.E., 10 novembre 2011, Norma-A SIA et Dekom SIA c. Latgales plānošanas reģions, C-348/10, av. concl. Av. gén. M. Pedro Cruz Villalon ; *A.J.C.T.,* 2012, p. 42, J.D. Dreyfus. [↑](#footnote-ref-28)
29. Règlement (CE) n° 1893/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 établissant la nomenclature statistique des activités économiques NACE Rév. 2 et modifiant le règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil ainsi que certains règlements (CE) relatifs à des domaines statistiques spécifiques. NACE Rév. 2 est entré en vigueur le 1er janvier 2008. L’annexe de la directive 2004/17 et de la directive 2004/18 se réfère toujours à NACE Rév. 1. [↑](#footnote-ref-29)
30. Règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV), modifié par le Règlement n° 2151/2003 de la Commission du 16 décembre 2003 et par le Règlement n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007. [↑](#footnote-ref-30)
31. Article 1.14 de la directive 2004/18 et art. 1.13 de la directive 2004/17. [↑](#footnote-ref-31)
32. Article 3, 18° de la loi du 15 juin 2006. [↑](#footnote-ref-32)
33. Circulaire du 2 décembre 1997, M.B., 13 décembre 1997. [↑](#footnote-ref-33)
34. Article 1er de la loi du 14 juilllet 1976. L’extension du champ d’application personnel de la réglemetnation relative aux marchés publics était l’un des objectifs principaux de la loi du 14 juillet 1976. [↑](#footnote-ref-34)