

---

**MARCHÉS PUBLICS DE  
PROMOTION – AVEC OU SANS  
L'OCTROI DE DROITS RÉELS A  
L'ADJUDICATAIRE ?**

**BENOÎT KOHL ET RONY VERMEERSCH**

---



## SAMENVATTING

De wetgeving inzake overheidsopdrachten schrijft niet op éénduidige wijze voor dat aan de promotor zakelijke rechten moeten worden toegekend.

Niet alleen voorziet de Wet zelf terzake niets. Bovendien lijkt er ook sprake te zijn van een tegenstrijdigheid tussen de Koninklijke besluiten van 8 januari 1996 en 24 september 1996.

Inderdaad, indien het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 de toekenning van dergelijke rechten effectief schijnt op te leggen, lijkt dit niet meer dan een mogelijkheid meer te zijn voor wat betreft het Koninklijk besluit van 26 september 1996. Of de reglementering het toekennen van zakelijke rechten voor schrijft, is dus minstens voor redelijke betwisting vatbaar.

Derhalve staan de aanbestedende overheden voor de beslissing om ja dan neen zakelijke rechten toe te kennen.

Alhoewel het wat dat betreft comfortabel mag lijken om strikt de bepalingen van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 te volgen, volgt hieruit echter ook een niet onbelangrijke reeks nadelen. Bovendien rijst de vraag of het perspectief van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 was om de toekenning van zakelijke rechten mogelijk te maken, gezien de *contraintes* verbonden aan de onvervreemdbaarheid van het openbaar domein, dan wel om deze toekenning verplicht te stellen. De auteurs hebben een voorkeur voor de eerste hypothese (het mogelijk maken van de toekenning van zakelijke rechten).

Inzake promotieovereenkomsten, staat het thans aan de Koning om de nieuwe voorwaarden ervan te bepalen in uitvoering van de wet van 15 juni 2006. De *lege ferenda* mag men verhoppen dat deze nieuwe uitvoeringsbesluiten dit discussiepunt zullen uitklaren en zullen bevestigen dat aan de aanbestedende overheden de keuze wordt gelaten om al dan niet zakelijke rechten aan de promotor toe te kennen, en zulks in functie van de specifieke kenmerken van elke individuele promotieovereenkomst.

## RÉSUMÉ

C'est de manière ambiguë que la réglementation sur les marchés publics impose l'octroi de droits réels au promoteur, adjudicataire du marché.

En effet, non seulement la loi elle-même n'apporte aucun élément de réponse à ce problème, mais en outre, une contradiction semble exister entre les arrêtés royaux des 8 janvier 1996 et 26 septembre 1996.

En effet, si l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 semble imposer l'octroi de tels droits, ceci ne paraît plus qu'être une simple faculté au regard de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996. La thèse selon laquelle la réglementation sur les marchés publics imposerait d'octroyer des droits réels au promoteur, adjudicataire du marché, soulève donc certaines objections.

Il revient donc aux pouvoirs adjudicateurs d'opérer le choix d'octroyer ou non des droits réels au promoteur.

A cet égard, au confort d'être assuré de se conformer à la lettre de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, s'ajoute toutefois une longue série d'inconvénients. Se pose par ailleurs la question si l'optique de cet Arrêté royal du 8 janvier 1996 était de rendre l'octroi de droits réels possible, au vu des contraintes liées à l'inaliénabilité du domaine public, ou bien de rendre cet octroi obligatoire. Les auteurs partagent le sentiment que c'est la première hypothèse (rendre l'octroi de droits réels possible, mais non obligatoire), qui a prévalu.

Il revient à présent au Roi de fixer les nouvelles conditions relatives aux marchés publics de promotion, en application de la loi du 15 juin 2006. *De lege ferenda*, les auteurs formulent l'espoir que ces nouveaux arrêtés d'exécution clarifieront le choix laissé aux pouvoirs adjudicateurs d'octroyer ou non des droits réels en fonction des spécificités de chaque marché de promotion, considéré individuellement.

\*\*\*

## Introduction

1. L'article 28 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services précise que « un pouvoir adjudicateur peut recourir à un marché de promotion de travaux publics dans les conditions fixées par le Roi »<sup>1090</sup>. Le marché public de promotion constitue une des principales formules, avec la concession de travaux publics, permettant le financement privé des investissements publics<sup>1091</sup>; elle constitue d'ailleurs l'un des véhicules juridiques privilégiés des opérations de partenariat public-privé<sup>1092</sup>.

1090 Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (*Moniteur Belge* du 15 février 2007, p. 7355). Les arrêtés d'exécution de la loi n'ont pas encore été publiés. Le 27 novembre 2007 a toutefois été adopté, dans l'attente de l'adoption des mesures d'exécution de la nouvelle législation (et vu la nécessité de ne pas retarder la transposition des directives européennes 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004), un Arrêté royal « modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi » (*Moniteur Belge* du 7 décembre 2007). Le problème examiné dans la présente contribution n'est pas concerné par les dispositions contenues dans cet Arrêté royal du 27 novembre 2007.

1091 Voy. P. Flamme et M.A. Flamme, « Partenariat et financement privé face aux directives européennes sur les marchés publics », in *Liberalismorum Yvon Hannequart et Roger Rasiir*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 115 et suiv., spéc. p. 128. Sur le marché public de promotion sous l'empire de l'ancienne législation, voy. entre autres S. De Coster, « De promotieovereenkomst », in J. Herbots (éd.), *Overheidsopdrachten. Een juridische en economische benadering*, Bruges, die Keure, 1997, pp. 127 et suiv.; P. Thiel, « Contrat portant simultanément sur le financement et la réalisation : le marché de promotion », *Mouv. Comm.*, 2005, pp. 285 et suiv.; P. Nihoul, « Les marchés de promotion et les difficultés du financement alternatif du logement », in F. Mausson e.a., *L'urbanisme à Bruxelles*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1992, pp. 125 et suiv.; F. Moises et J.F. Jaminet, « Partenariat Public-Privé et logements en Région wallonne », *Mouv. Comm.*, 2006, pp. 262 et suiv., spéc. p. 264.

1092 Comme le soulignent P. Flamey et S. Knaepen, « De kenmerkende financieringswijze verieent aan deze soort van overeenkomsten een zeker „PPS-gehalte” (P. Flamey et S. Knaepen, *Publiek-private samenwerking (PPS). De fundamentele juridische spelregels en hun afwijkingbaarheid*, coll. Publiekrecht,

La loi de 1993 définissait comme un tel marché, le marché public de travaux ou de fournitures portant à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ou de fournitures ainsi que, le cas échéant, sur l'étude de ceux-ci ou sur toute prestation de services relative à ceux-ci<sup>1093</sup>. Cette définition, jugée trop restrictive, n'a pas été reprise dans la nouvelle réglementation relative aux marchés publics<sup>1094</sup>, le législateur se contentant de laisser au Roi le soin de fixer les conditions auxquelles sont soumis les marchés de promotion de travaux.

Toujours est-il que, dans le cadre des opérations de partenariat public-privé, le contrat de promotion peut se recommander lorsque l'autorité est intéressée par une construction dans laquelle le promoteur prend sur lui le risque financier pour la réalisation du projet<sup>1095</sup>. Comme le soulignent D. D'Hooghe et F. Vandendriessche, « *hoevel de promotieovereenkomst op het eerste gezicht niet meer is dan een middel voor zgn. alternatieve financiering, kan zij niettemin een reël PPS-gehalte worden* »<sup>1096</sup>; « (...) *de promotor moet immers zelf de nodige financiële middelen vergaren om het project te realiseren, terwijl hij zelf maar zal worden vergoed indien hij zijn verbintenissen heeft nageleefd. Aldus komt een reël risico aan de private partner toe* »<sup>1097</sup>. C'est donc au partenaire privé de prendre en charge, à la place des pouvoirs publics, le financement des travaux<sup>1098</sup>; ce n'est que lors de la mise à disposition du bien réalisé conformément au projet que le promoteur pourra prétendre à des paiements.

2. Les projets de partenariat public – privé, ou, plus généralement, les projets qui supposent un financement privé des investissements publics et qui reposent sur un marché de promotion immobilière, impliquent souvent de faire usage, d'une manière ou d'une autre, de biens immobiliers appartenant au promoteur adjudicateur. Ainsi, un marché de promotion peut prendre la forme d'un achat de bien immobilier bâti pour le mettre à disposition de l'autorité, ou encore passer par la constitution de droit personnels ou de droits réels, tels un droit d'emphytéose ou de superficie, lesquels impliquent le retour dans le patri-

Bruges, éd. Vanden Broele, 2005, p. 127).

1093 Article 9, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics (Moniteur Belge, du 22 janvier 1994, p. 1308). Voy. D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 32.

1094 Selon les travaux préparatoires de la loi du 15 juin 2006, « (...) la définition des marchés publics de fournitures inclut en effet diverses modalités, comme la location, la location-vente ou le crédit-bail, qu'une réglementation de la promotion de fournitures pourrait compromettre. Une telle disposition n'est pas non plus nécessaire pour les marchés de services car tout marché public de services peut prévoir une modalité de financement spécifique » (Doc. Pari., Chambre, 2005-2006, n° 22371, p. 21).

1095 Voy. dans ce sens P. Flamey et S. Knaepen, *Publiek-privé samenwerking (PPS). De fundamentele juridische spelregels en hun afwijkingen*, Leidraad voor overheden en projectontwikkelaars, coll. Publiekrecht, Bruges, Vanden Broele éd., 2005, p. 129. Il est à noter que les pouvoirs adjudicateurs pourraient aussi, sous certaines conditions, recourir à une formule de marché mixte de travaux et de services, cette formule offrant plus de liberté et de flexibilité que la promotion ou la concession.

1096 D. D'Hooghe et F. Vandendriessche, *Publiek-Private Samenwerking*, coll. Administratieve rechtsbibliotheek, Bruges, die Keure, 2003, p. 109.

1097 D. D'Hooghe et F. Vandendriessche, *op. cit.*, p. 110.

1098 Voy. sur ce point: Doc. Pari., Sénat, 1992-1993, n° 656/1, p. 20; P. Flamme et M.A. Flamme, « La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics: révolution ou européanisation ? », *J.T.*, 1994, pp. 385 et suiv., spéc. p. 389, n° 12

moine de l'autorité adjudicatrice des ouvrages à construire par le partenaire privé<sup>1099</sup>.

Ainsi, la présente étude aura-t-elle pour objet d'examiner si la réglementation impose ou non l'octroi d'un droit réel et d'exposer les avantages et les inconvénients que peut présenter, du point de vue du pouvoir adjudicateur, l'octroi au promoteur – adjudicataire du marché – de droits réels pour la réalisation du projet envisagé.

## I. La réglementation impose-t-elle l'octroi d'un droit réel à l'adjudicataire ?

3. Ni la loi du 24 décembre 1993, ni la loi du 15 juin 2006 n'imposent l'octroi d'un droit réel. Les définitions reprises dans la loi du 24 décembre 1993 et dans celle du 15 juin 2006 ne contiennent même aucune référence à l'octroi d'un tel droit.

4. Par contre, l'(ancienne) réglementation relative au marché de promotion semble *a priori* rendre obligatoire l'octroi de droits réels au promoteur adjudicataire du marché. En effet, selon l'article 21 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de service public (dit « Arrêté royal n° 1 »)<sup>1100</sup>:

« Le marché de promotion prévoit :

1° soit la location d'ouvrages ;

2° soit la location d'ouvrages accompagnée à terme d'une option d'achat ;

3° soit la location d'ouvrages suivie à terme d'un transfert de propriété ;

4° soit l'acquisition d'ouvrages dès leur mise à disposition moyennant le paiement d'annuités ;

5° soit l'octroi d'un droit d'emphytéose en vue de la construction ou de l'aménagement d'ouvrages ».

Les quatre premières options semblent exiger que le promoteur, adjudicataire du marché, soit propriétaire des ouvrages exécutés. Ceci suppose que le promoteur puisse disposer de droits réels sur les ouvrages, étant entendu que, dans la

1099 Voy. sur ces possibilités P. Thiel, « Contrat portant simultanément sur le financement et la réalisation: le marché de promotion », *Mouv. Comm.*, 2005, pp. 285 et suiv., spéc. pp. 289-290.

1100 *Moniteur belge* du 26 janvier 1996, p. 1523. En matière de marchés de promotion, l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 remplaçait l'Arrêté royal du 18 mai 1981 (Arrêté royal « relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de promotion de travaux et de fournitures », *Moniteur belge*, 16 juin 1981), dont les termes étaient quasiment identiques (voy. spécialement l'article 2 et l'article 3 § 2 de l'Arrêté royal du 18 mai 1981). Voy. à ce sujet M.A. Flamme, P. Watthet et P. Flamme, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Sième éd., Bruxelles, éd. Confédération de la construction, 1986, pp. 146-149.

quatrième option, la durée de ce droit réel peut être limitée, celui-ci expirant lors de la mise à disposition des ouvrages. La cinquième option n'exige en revanche pas que le promoteur soit préalablement propriétaire des ouvrages exécutés : comme le souligne S. DE COSTER, cette cinquième formule consiste dans l'octroi, par le promoteur à l'autorité adjudicatrice, d'un droit d'emphytéose sur un terrain appartenant à celui-ci, le promoteur étant par ailleurs chargé de la réalisation des ouvrages sur ce terrain en suivant les plans de l'administration ; le promoteur reste donc propriétaire du terrain, tandis que l'autorité adjudicatrice devient propriétaire des ouvrages pour la durée de l'emphytéose<sup>1101</sup>. En d'autres termes, la réglementation relative au marché de promotion de travaux permet de concéder à l'autorité adjudicatrice un droit d'emphytéose sur les ouvrages à construire par le promoteur.

En revanche, l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 ne prévoit, de manière explicite, aucune option permettant de considérer que le promoteur ne serait préalablement titulaire d'aucun droit réel sur les biens immeubles. En effet, l'article 21 du l'Arrêté royal suppose, soit que l'adjudicataire soit titulaire de droits réels sur les ouvrages (options 1 à 4), soit qu'il soit, au minimum, titulaire de droits réels sur le tréfonds (option 5)<sup>1102</sup>.

Par conséquent, dans l'hypothèse où les autorités choisiraient de réaliser l'opération sans accorder au partenaire privé des droits réels sur les terrains du domaine public devant servir d'assiette à l'ouvrage, il existe a priori un risque que le marché conclu soit, pour ce motif, considéré comme un marché de promotion (partiellement) irrégulier, car non prévu par l'article 21 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996.

5. Si ce risque paraît de prime abord bien exister, il doit toutefois être fortement nuancé, et ce pour plusieurs raisons.

6. Premièrement, l'apparente exigence relative aux droits réels est formulée de manière équivoque, si l'on prend en compte l'ensemble de la réglementation relative aux marchés de promotion. En effet, si l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 paraît effectivement exiger que le promoteur dispose de droits réels sur les ouvrages ou, à tout le moins, sur le terrain servant d'assiette à ceux-ci, en revanche, l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les Règles Générales d'Exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics<sup>1103</sup> semble faire de l'octroi de droits réels au promoteur une simple faculté, et ce de manière explicite.

1101 S. De Coster, "De promotieovereenkomst", in J. Herbots (dir.), *Overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 1997, pp. 127 et suiv., spéc. p. 146: "Deze formule bestaat erin dat de promotor aan de aanbestedende overheid een recht van erfpacht op een hem toebehorende bouwgrond toekent terwijl hij door haar belast is met het oprichten van het werk op deze grond volgens haar plannen: de promotor blijft eigenaar van de grond, terwijl de aanbestedende overheid eigenaar van het bouwwerk wordt voor de duur van de erfpacht".

1102 Vey, M.A., Flamme, P., Mathiel, P., Flamme, A., Delvaux et C. Dardenne, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 1A, 6ième éd., Bruxelles, éd. Confédération de la construction, 1997, p. 197.

1103 *Moniteur belge* du 18 octobre 1996.

En effet, les articles 12 et 13 de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 s'énoncent comme suit :

« Article 12

Dans les marchés de promotion de travaux, le cahier spécial des charges mentionne les droits de chacune des parties sur les terrains servant d'assiette à l'ouvrage et, le cas échéant, les droits de superficie ou d'emphytéose que le promoteur adjoint cède au promoteur ainsi que les conditions auxquelles cette cession est soumise et le délai dans lequel l'acte authentique de cession sera passé.

S'ils sont appelés à être grevés de droits réels, les terrains du domaine public devant servir d'assiette à l'ouvrage doivent faire préalablement l'objet d'une décision de désaffectation.

Lorsque le pouvoir adjudicateur cède un droit de superficie, le promoteur ne bénéficie toutefois pas des droits prévus aux articles 5 et 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie »<sup>1104</sup>.

« Article 13

§ 1<sup>er</sup>. Lorsque l'ouvrage est érigé sur des terrains dont le pouvoir adjudicateur est propriétaire ou emphytéote et pour satisfaire à ses besoins propres, le cahier spécial des charges précise les conditions dans lesquelles s'opère le transfert éventuel de propriété de cet ouvrage au promoteur.

§ 2. Les droits réels qui seront, le cas échéant, octroyés par le pouvoir adjudicateur au promoteur sont précisés dans un document qui est annexé au cahier spécial des charges et qu'après signature, le promoteur a joint à son offre. (...).

§ 3. (...)

§ 4. Le pouvoir adjudicateur peut renoncer au droit d'accession pendant toute la durée d'exécution de l'ouvrage (...) »<sup>1105</sup>.

Il semble donc que, contrairement à l'article 21 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, les articles 12 et 13 de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 ne formulent plus que de manière conditionnelle l'octroi de droits réels au promoteur ou la renonciation au droit d'accession au profit de ce dernier pendant la durée de l'exécution des ouvrages.

On se retrouve ainsi devant un conflit entre deux Arrêtés royaux ; résolu selon la règle *lex posterior derogat legi priori*, c'est l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 qui serait déterminant.

A tout le moins faut-il en conclure que la réglementation ne prévoit pas de manière univoque une obligation d'octroyer des droits réels au promoteur ;

1104 Nous soulignons.

1105 Nous soulignons.

au contraire, l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 nous paraît avoir étendu le champ des possibilités offertes au pouvoir adjudicateur, en matière de marchés de promotion de travaux, par rapport à ce que prévoyait l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, en prévoyant par exemple à l'article 13 § 4 la possibilité pour l'autorité adjudicatrice de ne pas renoncer à son droit d'accession pendant la durée des travaux.

7. Ensuite, nous n'apercevons pas quelles raisons pourraient sérieusement justifier que la réglementation relative au marché de promotion de travaux doive nécessairement comporter l'obligation pour l'autorité adjudicatrice de concéder des droits réels au profit du promoteur, adjudicataire du marché. En effet, l'octroi de tels droits ne paraît pas forcément rencontrer les intérêts des autorités, notamment pour les raisons mentionnées dans la deuxième partie de cette étude.

En outre, conditionner la conclusion du marché à l'octroi de tels droits ne se justifie pas plus si l'on en prend en considération les intérêts du promoteur. L'article 21, 4° et 5° de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 implique en effet que le promoteur, soit ne disposera plus de droit réels sur l'ouvrage après la réception de celui-ci (article 21, 4° *a contrario*), soit même que le promoteur ne détendra jamais aucun droit réel sur les constructions, mais seulement sur le tréfonds (article 21, 5° *a contrario*). En réalité, cette situation n'est, dans les faits, guère différente de celle dans laquelle le promoteur ne dispose d'aucun droit réel.

Bref, l'interprétation de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, qui consisterait à faire dire à celui-ci qu'il interdirait la passation d'un marché de promotion sans l'octroi de droits réels à l'adjudicataire sur les terrains servant d'assiette aux futurs ouvrages, ne nous paraît pas reposer sur des bases suffisamment solides.

8. Nous pensons plutôt que les dispositions de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, et avant cela celles de l'Arrêté royal du 19 mai 1981, partent d'un schéma classique de financement privé et de la prémisse que ce financement privé ne pourra être obtenu sans l'octroi d'un droit réel à l'adjudicataire, — droit réel qui peut ensuite être hypothéqué en faveur des banques ; dès lors, eu égard aux obstacles liés à l'inaliénabilité du domaine public, il nous semble que le Roi a plutôt voulu confirmer la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de conférer des droits réels, que de les imposer.

Or, si ce raisonnement pouvait être exact pour les marchés de promotion « classiques », tel n'est plus le cas pour les PPP. « nouvelle tendance » du style DBFM<sup>1106</sup> dans lesquels le financement n'est pas accordé sur base d'un droit réel, mais uniquement sur base des revenus que va générer le contrat en question pour l'adjudicataire, société dédiée créée pour l'occasion.

9. Par ailleurs, à considérer même que le promoteur, postérieurement à l'attribution du marché, invoque la nullité de celui-ci en raison du fait que des droits

1106 Design, Build, Finance et Maintain.

réels ne lui auraient pas été concédés sur les terrains, encore convient-il d'observer qu'une telle nullité nous paraît devoir être qualifiée de nullité relative<sup>1107</sup>.

En effet, l'exigence que des droits réels soient accordés au promoteur, adjudicataire du marché, ne constitue pas, selon nous, « une disposition qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée »<sup>1108</sup>. Pour s'en convaincre, il suffit par ailleurs de consta-

1107 Voy. dans ce sens civ. Namur (réf.), 27 avril 1992, *J.T.*, 1992, p. 497. La question de la sanction des conventions passées ensuite de l'attribution irrégulière de marchés publics est controversée. Certaines décisions énoncent que ce n'est pas parce que la législation sur les marchés publics relève de l'ordre public que toute personne est fondée à obtenir l'annulation d'un contrat passé en violation des règles d'attribution contenues dans cette législation (voy. entre autres Liège, 7 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 4; Civ. Namur, 24 août 1994, *J.T.*, 1994, p. 693; note M.A. Flamme; Civ. Namur d'appel de Liège (op. cit.) considérait ainsi que le principe de la relativité des contrats s'oppose, en principe, à toute immixtion de tiers dans les relations contractuelles entre les parties et qu'un tiers ne peut donc, en principe, demander l'annulation d'une convention d'une autre personne. Un tiers intéressé peut par contre demander l'annulation d'une convention à laquelle il n'est pas partie, lorsque cette convention viole une loi d'ordre public, ce qui est le cas de la réglementation des marchés publics. Cependant, selon la Cour, « en adoptant la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et en limitant le droit de l'adjudicataire injustement évincé à l'obtention de dommages et intérêts, le législateur a clairement marqué sa volonté d'interdire aux soumissionnaires qui prétendent qu'une irrégularité entache la procédure d'attribution du marché d'obtenir l'annulation de celui-ci (...). Un soumissionnaire évincé n'a donc pas l'intérêt requis pour postuler au juge des référés qu'il annule le marché public attribué à l'un de ses concurrents ». D'autres décisions considèrent en revanche que l'illégalité de l'attribution du marché entraîne la nullité absolue de la convention passée en exécution de la décision d'attribution. Ainsi, selon la Cour d'appel de Bruxelles, « lorsque l'autorité, après la suspension ou l'annulation rétroactive d'une décision d'attribution, se réfugie derrière la convention conclue avec l'entrepreneur pour néanmoins poursuivre les travaux, cette convention est utilisée pour éluder les règles relatives aux marchés publics, règles qui doivent être considérées comme d'ordre public compte tenu de leur finalité. Dans ces circonstances, les obligations issues de pareilles conventions ont une cause illicite, de sorte que cette convention est entachée d'une nullité absolue (art. 1131 et 1133 C. civ.). Tout tiers intéressé a la possibilité de s'opposer à l'exécution de pareille convention soit, comme en l'espèce, en en demandant la suspension, soit en en faisant constater la nullité » (Bruxelles, 23 mars 1993, *Entr. et dir.*, 1993, p. 232; note M.A. Flamme; dans et H. Boularbah; Civ. Bruxelles (réf.), 22 juin 1999, *C.D.P.K.*, 2000, p. 331; note K. Ronse entre autres P. Thiel. « Le recours des tiers dans les marchés publics : éléments de jurisprudence », *J.T.*, 1997, pp. 329 et suiv.; P. Flamey, « Kort geding inzake overheidsopdrachten na de wet van 24 december 1993 », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 103 et suiv.; A. Wirtgen, « Enkele beschouwingen bij de wettelijk verplichte bevestigingsperiode inzake overheidsopdrachten », *Tiem.*, 2005, pp. 125 et suiv., spéc. pp. 133-135; D. Dhooche, « De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten », *col.* Administratieve Rechtsbibliotheek, Brugge, de Keure, 1997, spéc. pp. 681-692. Enfin, la Cour de Justice des Communautés européennes, dans son arrêt « Alcatel » du 28 octobre 1999 (*C.D.P.K.*, 2000, p. 360; *J.T.*, 2000, p. 285; note B. De Vuyst et G. Meyer), a estimé que les États membres devaient prévoir une procédure de recours afin de permettre aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie de demander, avant la conclusion du contrat, l'annulation de la décision en cas d'illégalité de celle-ci. La Chancellerie du Premier Ministre a tiré les enseignements de cet arrêt, et ce, par la circulaire du 10 décembre 2003 (*Moniteur belge* du 15 décembre 2003). Cette circulaire recommandait aux pouvoirs adjudicateurs, uniquement pour les marchés qui atteignent les seuils européens, de veiller à informer, avant la conclusion du marché, tous les soumissionnaires, dont l'offre a été déclarée irrégulière ou qui n'ont pas été choisis, afin de leur permettre d'interroger le pouvoir adjudicateur sur la motivation de sa décision, et d'introduire, s'ils s'estiment lésés par cette décision, un recours auprès des juridictions compétentes (voy. entre autres à ce propos D. Van Heuven, « Nieuwe omzendbrief inzake overheidsopdrachten introductie wachperiode », *J. Gem.*, 2004, pp. 115 et suiv.). Depuis lors, la loi du 24 décembre 1993 a été complétée par une loi du 9 juillet 2004 afin d'organiser une procédure de « *standstill* », adoptant la formule retenue dans la circulaire précitée.

1108 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3<sup>ème</sup> éd., tome I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 111, n° 91. Voy. également Cass., 9 décembre 1948, *R.C.J.B.*, 1954, p. 257, note P. De Harven; Cass., 10 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 309; Cass., 28 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 131; Cass., 24 janvier

ter que ni la loi du 24 décembre 1993 qui contenait pourtant une définition spécifique du marché de promotion, ni celle du 15 juin 2006, n'y font la moindre référence. Dès lors, en l'espèce, la nullité du contrat ne pourrait être invoquée par des tiers, tandis que, en ce qui concerne le partenaire privé, cette éventuelle nullité devrait pouvoir être couverte par la conclusion du contrat, même lorsque celui-ci est le résultat d'une procédure négociée, dans laquelle on peut estimer que chaque partie s'engage en connaissance de cause.

10. Une option, pour limiter le risque lié à la question du caractère obligatoire ou non de l'octroi de droits réels, pourrait consister dans l'insertion d'une clause, dans le contrat de partenariat, selon laquelle aucun droit réel n'est en principe accordé au promoteur, mais que ce dernier peut, le cas échéant, demander qu'un droit réel lui soit accordé (imitant cette possibilité jusqu'à la réception de l'ouvrage, conformément à l'article 21, 4° de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996). Cette clause pourrait en outre prévoir que dans l'hypothèse où le promoteur venait effectivement à faire usage de cette possibilité, tous les coûts liés à celui-ci (notamment les conséquences, sur le plan fiscal, de l'octroi de droits réels), devraient être pris en charge par le partenaire privé. Etant donné que l'octroi de tels droits réels, limités à la seule phase de construction de l'ouvrage, présente assez peu d'intérêt pour le promoteur, on peut raisonnablement s'attendre à ce que l'option offerte au partenaire privé ne soit pas exercée.

Le désavantage de cette solution réside dans le retard qu'elle peut potentiellement causer dans l'avancement du projet, dans l'hypothèse où le promoteur ferait usage de la possibilité lui offerte : non seulement les formalités liées à l'octroi de droits réels supposent nécessairement la perte d'un temps non négligeable, mais en outre, les autorités pourraient être tenues, le cas échéant, de satisfaire aux obligations qui leur incombent, par exemple en exécution du décret flamand sur l'assainissement des sols<sup>1109</sup>.

## II. Avantages et inconvénients d'une opération sans octroi de droits réels à l'adjudicataire

11. Préparer une opération juridique impliquant un financement privé des investissements publics, en recourant au marché de promotion, mais sans octroyer à l'adjudicataire de droits réels sur les biens immeubles de l'Etat, présente un certain nombre d'avantages et d'inconvénients.

<sup>1109</sup> *Pas.*, 1985-1, p. 606 ; *Cass.*, 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 237.

<sup>1110</sup> *Voy.*, à ce sujet *infra* n° 25-27.

### A. Risque lié à la question du caractère obligatoire ou non de l'octroi de droits réels

12. Ainsi que nous l'avons démontré dans la première partie de cette étude<sup>1110</sup>, si certains arguments nous permettent d'affirmer qu'il est parfaitement possible de conclure un marché de promotion sans octroyer de droits réels au promoteur, adjudicataire du marché, encore cette théorie ne trouve-t-elle, pour l'heure, aucune confirmation explicite dans la jurisprudence. La doctrine demeure par ailleurs largement muette sur cette question.

Or, si l'on se limite à un examen superficiel de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de service public (spécialement son article 21), l'on peut arriver à la conclusion que, *a priori*, cette réglementation rend obligatoire l'octroi de droits réels au promoteur adjudicataire du marché. Seule une mise en perspective de cet Arrêté royal dans le cadre plus large de la réglementation des marchés publics permet de développer un raisonnement différent.

En d'autres termes, la question du caractère obligatoire ou non de l'octroi de droits réels dans les marchés de promotion, quoique pouvant, selon nous, trouver une réponse négative, est, en soi, de nature à susciter la controverse. Par conséquent, l'autorité adjudicatrice et le partenaire privé, s'ils souhaitent éviter toute incertitude à cet égard, pourraient être amenés à choisir de réaliser l'opération en octroyant à ce dernier des droits réels sur l'ouvrage.

### B. L'application du principe de neutralité budgétaire SEC95

13. Un des objectifs déterminants, si ce n'est l'objectif principal, des partenariats public-privé consiste à les réaliser sous une structure qui n'ait pas pour effet d'augmenter la dette publique. On parle également à cet égard de « débudgétisation ».

14. Or, dans le cadre des partenariats public-privé, l'octroi de droits réels au promoteur semble *a priori* être de nature à renforcer, sur le plan budgétaire, la neutralité de l'opération pour la dette publique, au regard des critères établis dans le Système Européen des Comptes 1995 (SEC95)<sup>1111</sup>.

En revanche, l'attribution d'un marché de promotion sans l'octroi corrélatif de droits réels n'implique pas *ipso facto* que les actifs liés à l'opération de partenariat public-privé soient classés comme actifs publics et, partant, viennent grever le budget des autorités adjudicatrices.

En effet, si le marché de promotion n'est pas accompagné par la concession de droits réels, l'acceptation du principe de la neutralité budgétaire nous paraît

<sup>1110</sup> *Voy. supra* n° 3-10.

<sup>1111</sup> Ces critères sont notamment repris dans le document édité par Eurostat en 2004 (*Voy. Eurostat, Long Term Contracts Between Government Units and Non-Government Partners (Public-Private Partnerships)*), Bruxelles, Commission Européenne Publ., 2004).

pouvoir se concevoir, en l'absence de tout droit de propriété ou assimilé dans le chef du promoteur, à la condition qu'il puisse être démontré que la propriété économique des actifs repose bien sur ce partenaire privé : selon la décision prise par l'Office statistique des Communautés européennes, relative au traitement des partenariats public-privé, le principal critère de comptabilisation utilisé est celui de la charge des risques supportés par les deux partenaires. Comme le souligne Eurostat, « la décision recommande que les actifs liés à un partenariat public-privé soient classés comme actifs non publics et ne soient donc pas enregistrés dans le bilan des administrations publiques si les deux conditions suivantes sont réunies : (i) le partenaire privé supporte le risque de construction, et (ii) le partenaire privé supporte au moins l'un des deux risques suivants : celui de disponibilité ou celui lié à la demande »<sup>1112</sup>. Le « Manuel SEC95 », tel que complété suite à cette décision<sup>1113</sup>, fait d'ailleurs la distinction entre la propriété légale des actifs du partenariat public-privé et la propriété économique de ceux-ci, qui seule permettrait de déterminer la classification au sein du SEC95.

Par conséquent, le risque d'un rejet de la neutralité budgétaire souhaitée par les pouvoirs publics peut être relativisé, dans l'hypothèse où l'autorité adjudicatrice peut démontrer que la propriété économique des actifs repose bien sur le partenaire privé, ce qui sera le cas, même si l'opération est conçue sans octroi de droits réels, lorsque, pendant toute la durée d'utilisation de l'infrastructure telle que prévue dans la convention de partenariat, ce dernier, non seulement en retire les bénéfices, mais également en supporte les charges.

On pourrait même soutenir que le partenaire privé (et ses financiers), en l'absence du confort qu'apporte un droit réel, sera plus exposé financièrement et supportera un risque accru si l'opération est conçue sans qu'il soit titulaire de tels droits réels.

15. En conclusion, dans l'état actuel des choses, l'obtention de la neutralité SEC 95 ne semble pas imposer l'octroi de droits réels au partenaire privé.

### C. Difficultés liées à l'obligation pour le partenaire privé de procéder à l'entretien du bien

16. Les pouvoirs publics souhaitent parfois transférer au partenaire privé, pour toute la durée de l'opération, non seulement les devoirs liés aux réparations ou au gros entretien du bien immobilier, mais également ceux relatifs à l'entretien normal de ce dernier. Or, une construction juridique qui octroierait au promo-

teur adjudicataire des droits réels sur l'immeuble faisant l'objet du projet, peut compromettre la réalisation de ce souhait.

17. En effet, l'article 21, 1<sup>o</sup>, c), 1) de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution (RGE) des marchés publics et des concessions de travaux publics<sup>1114</sup> précise que : « Le pouvoir adjudicateur s'engage, dans les cas de location, de location avec option d'achat ou de transfert de propriété à terme ou emphytéose : (...) en cas de marché de promotion de travaux, à effectuer à l'ouvrage les réparations locatives et à en assurer l'entretien normal, conformément aux articles 1754 à 1756 du Code civil »<sup>1115</sup>. Les dispositions précitées du Code civil sont certes d'ordre supplétif, de sorte qu'il peut, en droit commun, y être dérogé. En déduire que l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 permettrait naturellement que l'entretien normal du bien puisse être assumé par l'adjudicataire, et non par l'autorité comme le prévoit le texte, est certes possible, mais nullement certain, à défaut de jurisprudence (et même de doctrine) en ce sens.

En revanche, lorsque que le marché public de promotion s'envisage sans l'octroi au promoteur de droits réels sur le bien, l'incertitude précitée disparaît, puisqu'il n'est, dans cette hypothèse, nullement question d'un « (...) cas de location, de location avec option d'achat ou de transfert de propriété à terme ou emphytéose », au sens de l'article 21, 1<sup>o</sup>, c) précité ; partant, l'on évacue dans cette même hypothèse toute incertitude liée au caractère nécessaire ou non de l'obligation, imposée par la réglementation sur les marchés publics, de faire peser sur l'autorité adjudicatrice la charge de l'entretien normal du bien.

18. Certes, cet avantage doit être relativisé, au regard de l'incertitude liée à la possibilité même, au regard de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, de réaliser une opération de promotion sans passer par l'octroi (même de manière limitée) de droits réels au promoteur<sup>1116</sup>.

Cependant, dans l'hypothèse même où l'on devrait conclure que le marché public de promotion suppose nécessairement que le promoteur soit titulaire de droits réels sur le bien, encore pourrait-il être décidé par l'autorité adjudicatrice de n'octroyer à ce dernier qu'un droit réel de nature temporaire, c'est-à-dire un droit réel expirant après l'accomplissement de la phase de construction des travaux. Par exemple, dans l'hypothèse où le chantier serait prévu pour une durée de deux ans, le promoteur pourrait se voir concéder par les pouvoirs publics un droit de superficie d'une même durée de deux ans, après laquelle ceux-ci se retrouveraient propriétaires par accession des constructions érigées en exécution du marché public de promotion.

Pour les pouvoirs publics, l'avantage d'une telle formule réside dans le fait qu'il est satisfait aussi bien à l'exigence qu'un droit réel soit accordé au promoteur qu'au problème lié à l'entretien normal du bien. En effet, la réglementation

1114 *Moriteur Belge* du 18 octobre 1996, p. 26868.

1115 Voy. également A. Delvaux et P. Debroux, « Règles générales régissant l'exécution des marchés publics », *Guide de droit immobilier*, Diegem, Kluwer, 1997, p. VII.3.4.1-16.

1116 Voy. *supra* n° 12 à ce sujet.

1112 Communiqué de presse EUROSTAT (COM 18/2004) du 11 février 2004, disponible sur le site internet [www.europa.eu.int/comm/eurostat](http://www.europa.eu.int/comm/eurostat).

1113 Eurostat, *Long Term Contracts Between Government Units and Non-Government Partners (Public Private Partnerships)*, Bruxelles, Commission Européenne Publi., 2004. Voy. à ce sujet B. Lombaert et P.O. De Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (P.P.P.) », in B. Lombaert (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, coll. Bibliothèque de droit administratif, n° 4, Bruges, la Chartre, 2005, pp. 317 et suiv., spéc. p. 331.

relative aux marchés publics (en particulier l'article 21, 4° 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<sup>1117</sup>) dispose explicitement que le marché de promotion peut prévoir l'acquisition par l'autorité adjudicatrice des ouvrages dès leur mise à disposition, moyennant le paiement d'annuités ; la réglementation n'impose toutefois nullement dans ce cas que les obligations relatives à l'entretien normal du bien soient laissées à la charge des pouvoirs publics, de sorte que cet entretien normal peut sans difficultés, dès la mise à disposition des ouvrages, reposer sur le partenaire privé<sup>1118</sup>.

#### D. Difficultés liées à l'obligation de désaffectation

19. Lorsque les pouvoirs publics envisagent de recourir au marché de promotion pour l'exécution de travaux publics, la réglementation applicable à de tels marchés impose une décision préalable concernant la désaffectation des terrains du domaine public concernés par le marché. En effet, aux termes de l'article 12, alinéa 2, de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996, « s'ils sont appelés à être grevés de droits réels, les terrains du domaine public devant servir d'assiette à l'ouvrage doivent faire préalablement l'objet d'une décision de désaffectation ».

Cette désaffectation suppose une décision expresse de l'autorité : d'après un arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1968, un bien qui appartient au domaine public par la suite d'une décision de l'autorité compétente ne peut perdre son caractère de domaine public que par une « décision expresse » de cette autorité par laquelle son affectation à l'usage de tous lui est enlevée ou par un acte qui, dans le chef de cette autorité, suppose nécessairement pareille décision<sup>1119</sup>.

Si l'on part du principe, certes controversé<sup>1120</sup>, que toute violation de la réglementation relative aux marchés publics peut entraîner la nullité des contrats qui ne seraient pas conformes à celle-ci, il pourrait exister un risque que le non-respect de cette obligation de désaffectation préalable puisse mettre en danger la légalité même du contrat de promotion, si les terrains devant servir d'assiette à l'ouvrage sont appelés à être grevés de droits réels.

1117 *Moniteur Belge* du 26 janvier 1996, p. 1523.

1118 Voy. dans ce sens l'article 21, 2° de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996: « Le pouvoir adjudicateur s'engage (...) si l'acquisition de l'ouvrage ou des fournitures est prévue dès leur mise à disposition (...) à payer le prix sous forme d'annuités ». La limite posée à l'article 21, 1° c), ii) (voy. *supra* n° 17) n'est donc plus de mise dans cette configuration.

1119 Cass., 3 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1033; R.W., 1968-1969, 409 (voy. entre autres à ce sujet J. Hansenne, *Les Biens. Précis*, Tome I, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, p. 146). Le fait même de procéder à l'affectation du bien ou de conclure une transaction incompatible avec la domanialité publique ne suffit pas à manifester une telle volonté de désaffectation. Voy. cependant Civ. Huy du 31 mars 1980 (J.L., 1980, p. 249) qui semble adopter une position moins stricte. Il n'en reste pas moins que, comme le souligne D. Déom, « la désaffectation tacite ne peut jamais être plaidée qu'avec des chances aléatoires de succès » (D. Déom, « Les opérations immobilières des personnes de droit public. Quelques questions d'hier et d'aujourd'hui », in B. Dubuisson et P. Wiéry (coord.), *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 265 et suiv., spéc. p. 273).

1120 A propos de la controverse concernant la sanction de nullité des conventions passées en violation de la réglementation sur les marchés publics, voy. *supra* n° 9, note 18.

20. Certes, le risque précité doit être relativisé, d'abord suite à l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 18 mai 2007<sup>1121</sup>, ensuite, pour les marchés publics du type P.P.P. exécutés en Région flamande, en raison des dispositions contenues dans le décret flamand relatif au partenariat public-privé du 18 juillet 2003.

21. Dans son arrêt du 18 mai 2007, la Cour de cassation paraît bien remettre en cause la théorie classique du régime juridique des biens du domaine public. Selon cette théorie, les biens du domaine public ne peuvent être aliénés tant qu'ils sont affectés à l'usage du public ou au fonctionnement d'un service public : « l'affectation est considérée comme le fondement de l'inaliénabilité du domaine public »<sup>1122</sup>. Partant, selon cette théorie, en l'absence de décision de désaffectation<sup>1123</sup>, les biens du domaine public sont imprescriptibles, et ne peuvent être ni hypothéqués, ni saisis. Plus généralement, l'on considérerait que toute constitution de droit réels ou de droits personnels sur de tels biens était impossible<sup>1124</sup>. Sans modification de l'affectation, seuls des « droits personnels de jouissance privative, éminemment précaires »<sup>1125</sup>, pouvaient permettre l'occupation des biens du domaine public pour un usage privatif : soit par le biais d'un acte unilatéral, tel un permis de stationnement ou une permission de voirie, soit en vertu d'une convention créant une concession domaniale au profit d'une personne privée ; les droits accordés à celle-ci, précaires par nature, n'empêchent cependant ni propriété, ni droit réel sur les terrains.

La Cour de cassation avait bien admis, en 1964, qu'une servitude puisse grever un bien du domaine public, « à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec la destination publique de ce domaine, ne fasse pas obstacle à son usage public et ne porte pas atteinte au droit de l'administration de régler cet usage d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité »<sup>1126</sup> ; comme le souligne D. Lagasse, la plupart des auteurs considéraient cependant que cette jurisprudence ne concernait que les seules servitudes, qui sont des droits réels grevant nettement moins les biens immeubles que les droits de superficie ou d'emphytéose<sup>1127</sup>. Le manque de souplesse engendré par la théorie classique de la domanialité publique, fut-elle

1121 Cass., 18 mai 2007, N.J.W., 2007, p. 652, note W. Basschaert ; *Rev. Not.*, 2997, p. 631, note D. Lagasse ; R.W., 2007-2008, p. 736, note V. Sagnaert.

1122 A. Mast, A. Alen et J. Dujardin, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 187.

1123 Sur la nécessité d'une décision formelle de désaffectation, voy. *supra* n° 19.

1124 Cette théorie classique était encore rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 septembre 2000, rendu en matière de bail : la Cour rappelait ainsi que « les biens du domaine public étant affectés à l'usage de tous, ils sont hors du commerce et nul ne peut acquérir sur eux, par convention ou par usucapion, un droit privé qui puisse faire obstacle à cet usage et porter atteinte au droit de la puissance publique de régler et de modifier en tout temps selon les besoins et l'intérêt de l'ensemble des citoyens ; dès lors, ces biens ne peuvent être donnés en location ni, partant, faire l'objet d'un bail commercial » (Cass., 25 septembre 2000, R.W., 2002-2003, p. 775 ; *Rev. Not.*, 2001, p. 50 ; T.B.O., 2003, p. 95, note J. De Staercke). Voy. entre autres à ce sujet S. Van Gasse, « De contractuele ingebruikname van het openbaar domein », *Huur*, 2004, pp. 126 et suiv.

1125 P. Flamme, « Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique : un obstacle au financement privé des équipements collectifs ? », *J.T.*, 1991, pp. 441 et suiv., spéc. p. 446.

1126 Cass., 11 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 29 ; Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 78.

1127 Voy. D. Lagasse, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public », note sous Cass., 18 mai 2007, *Rev. Not.*, 2007, pp. 638 et suiv., spéc. p. 638.



ainsi assouplie en ce qui concerne les servitudes<sup>1128</sup>, a fait l'objet de critiques circonstanciées par la doctrine, qui lui reprochait son inadéquation au regard des techniques récentes de rentabilisation du domaine public ; plusieurs auteurs ne voyaient d'ailleurs pas d'obstacle à étendre la solution adoptée par la Cour en 1964 en matière de servitudes, à l'ensemble des droits réels<sup>1129</sup>.

Ces critiques semblent avoir été entendues par la Cour de cassation, qui, dans son arrêt du 18 mai 2007, après avoir précisé que, sur un bien appartenant au domaine public, personne ne peut acquérir un droit privatif qui pourrait faire obstacle à sa destination et qui pourrait porter atteinte au droit de l'autorité de le régler en tout temps en fonction de cette destination, décide qu'un droit de superficie peut être constitué sur un bien du domaine public « pour autant qu'il respecte sa destination »<sup>1130</sup>.

Les premiers commentateurs de cet arrêt considèrent que tous les droits privatifs, sans exception, tant les droits réels que les droits personnels, peuvent désormais, sans désaffectation, être concédés sur le domaine public, pour autant qu'ils soient aménagés en vue de respecter le principe de compatibilité avec la destination publique du bien<sup>1131</sup>. Le respect de ce principe s'apprécie donc désormais *in concreto*<sup>1132</sup> ; « n'est donc exclu de manière absolue que le transfert du droit de propriété lui-même sur le bien du domaine public, que ce soit par vente, donation ou échange »<sup>1133</sup>.

Certains incertitudes n'ont cependant pas totalement disparu, nonobstant les précisions apportées par l'arrêt précité. Ainsi, V. SAGAERT relève : « *Evenwel*

1128 Même si la Cour de cassation n'avait, jusqu'à l'arrêt du 18 mai 2007, pas admis l'existence d'autres droits réels que les servitudes, certains juges du fond se sont parfois montrés plus audacieux (voy. notamment Comm. Liège, 6 octobre 1994, R.D.C., 1995, p. 978, cité par D. Lagasse, op. cit., p. 641, note 11).

1129 Voy. notamment C. Mostin, *Superficie et emphytéose : aspects civils*, Coll. Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 127, n° 110 ; P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in B. Lombaert (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruges, la Charte, 2005, pp. 231 et suiv., spéc. pp. 271 et suiv. ; D. Lagasse, « La gestion active du domaine public », A.P.T., 2003, pp. 87 et suiv., spéc. p. 93 et suiv. ; J. De Staercke, *Domeingederrecht*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 104.

1130 La détermination de la notion de « destination » d'un bien renvoie à la définition de la domanialité publique elle-même, laquelle demeure controversée. En effet, comme l'explique J. De Staercke, la Cour de cassation paraît attachée à l'ancienne conception de Proudhon, qui décrit le domaine public comme l'ensemble des biens qui servent à l'usage de tous ; en revanche, les Juridictions inférieures semblent préférer la conception plus large de Walline, selon laquelle le domaine public se compose non seulement des biens affectés à l'usage du public, mais également de ceux affectés à un service public. L'auteur relève en outre que le critère retenu par la Cour de cassation ne rend guère aisée la détermination de ce qu'il convient d'entendre par « usage » de tous (voy. sur ces questions J. De Staercke, *Domeingederrecht*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 36-65).

1131 D. Lagasse, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public ? », note sous Cass., 18 mai 2007, *Rev. Not.*, 2007, pp. 638 et suiv., spéc. p. 643 ; V. SAGAERT, « Opstal en openbaar domein : een doorbraak », note sous Cass., 18 mai 2007, *R.W.*, 2007-2008, pp. 737 et suiv., spéc. p. 740 ; W. Rassaert, « Zakelijke rechten op openbaar domein », note sous Cass., 18 mai 2007, *N.J.W.*, 2007, pp. 654 et suiv., spéc. p. 655 ; D. Lagasse, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », *Jurim Pratique*, 2008/1, pp. 41 et suiv., spéc. p. 56.

1132 V. SAGAERT, « Opstal en openbaar domein : een doorbraak », note sous Cass., 18 mai 2007, *R.W.*, 2007-2008, pp. 737 et suiv., spéc. p. 740.

1133 D. Lagasse, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public ? », note sous Cass., 18 mai 2007, *Rev. Not.*, 2007, pp. 638 et suiv., spéc. p. 643.

*blijven er tal van vragen, o.m. omtrent de onduidelijkheid in een efficiënt gebruik van het openbaar domein. Zo rijst de vraag naar de toelaatbaarheid van exclusieve gebruiks- en genotsrechten, zoals erfpacht, vruchtgebruik en huur. Kan men na dit arrest nog in het algemeen beweren dat het exclusieve karakter van deze gebruiksrechten een aanfluiting inhoudt van het criterium voor openbare domeingoeederen ? Het antwoord op deze vraag lijkt na het bovenstaand arrest betwijfelbaar »<sup>1134</sup>. Dans le même sens, D. LAGASSE commentait aussi cet arrêt, estimant récemment qu'une intervention législative demeurerait utile, afin d'éclaircir les zones d'ombres subsistant en cette matière<sup>1135</sup>.*

22. Pour les travaux exécutés en Région flamande, l'avantage lié, en cas de marché de promotion réalisé sans l'octroi de droits réels, à l'absence d'obligation de procéder à une désaffectation préalable, doit être relativisé pour un motif complémentaire. En effet, le décret flamand du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public-privé (le « décret P.P.P. »)<sup>1136</sup> comporte certaines dispositions qui assouplissent déjà les règles de la domanialité publique pour la réalisation d'opérations qui rentrent dans son champ d'application<sup>1137</sup>.

En effet, le décret P.P.P. vise à faciliter la constitution, par les autorités flamandes<sup>1138</sup> et par les autorités locales<sup>1139</sup> de droits réels sur des biens immeubles appartenant au domaine public, et ce sous certaines conditions. Comme le souligne D. D'HOOGHE, « le décret ne vise pas (...) à introduire une nouvelle for-

1134 V. SAGAERT, « Opstal en openbaar domein : een doorbraak », note sous Cass., 18 mai 2007, *R.W.*, 2007-2008, pp. 737 et suiv., spéc. p. 740.

1135 Voy. D. Lagasse, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », *Jurim Pratique*, 2008/1, pp. 41 et suiv., spéc. p. 57. L'auteur précise que cette intervention permettrait selon lui : « (...) (de) sécuriser le principe de la création de droits réels sur le domaine public, et donc de déroger de manière certaine à la loi hypothécaire, qui interdit de constituer une hypothèque sur un bien qui est en dehors du commerce, et (de) modaliser la constitution d'un droit hypothécaire sur un bien du domaine public (...) ; ensuite, (de) fixer de manière générale certaines limites au droit des gestionnaires domaniaux de créer des droits réels sur leur domaine public, quant aux types de dépendances du domaine public pouvant être grevées de droits réels (en excluant, par exemple, la voie de cette possibilité), quant à la durée de ceux-ci, ou quant à leur finalité ; et, enfin (de) imposer la publicité de ces droits réels ».

1136 *Moniteur belge* du 19 juillet 2003.

1137 En Région Wallonne, il n'est pas inutile de citer le décret wallon du 8 février 1996, modifiant le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société Wallonne de financement complémentaire des infrastructures (SOFICO), qui permet au Gouvernement wallon d'accorder à titre gratuit à la SOFICO « (...) tout droit réel immobilier temporaire de nature à permettre la réalisation de l'objet social, en ce compris la propriété des constructions et installations à ériger, ainsi que les obligations et charges qui en sont l'accessoire. Cette autorisation s'étend aux biens faisant partie du domaine public, pour autant que la nature des droits accordés à la société soit compatible avec l'affectation domaniale » (article 8 du décret modifié) ; le décret wallon du 23 juin 1994 relatif aux aéroports et aérodromes wallon contient une disposition similaire (voy. sur ce point D. Lagasse, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public ? », note sous Cass., 18 mai 2007, *Rev. Not.*, 2007, pp. 638 et suiv., spéc. p. 644, note 18 ; D. Lagasse, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », *Jurim Pratique*, 2008/1, pp. 41 et suiv., spéc. pp. 49-53). Ces deux décrets ne se rapportent cependant pas directement à l'objet de la présente étude, puisque la constitution de droits réels n'est pas envisagée au profit de l'adjudicataire privé d'un marché public de promotion.

1138 C'est-à-dire la Région flamande, la Communauté flamande et les agences rendues autonomes (articles 10 et 11 du décret).

1139 C'est-à-dire les communes, les régies communales autonomes et leurs filiales, les provinces, les régies provinciales autonomes et leurs filiales, les C.P.A.S. et ses associations, ainsi que les partenariats intercommunaux dotés de la personnalité juridique (articles 15 à 18 du décret).

*mule d'usage privatif du domaine public, ni d'ailleurs à abolir la distinction entre le domaine public et le domaine privé, ni encore à permettre de manière illimitée la désaffectation des biens appartenant au domaine public. En effet, l'intention du législateur est de mettre à la disposition du domaine public un certain nombre de possibilités en matière de droits réels afin de gagner la confiance du secteur privé* »<sup>1140</sup>.

Aux termes de l'article 10 de ce décret, « le Gouvernement flamand peut, moyennant motivation spéciale et détaillée, constituer des droits réels sur les biens immeubles appartenant au domaine public de la Communauté flamande ou la Région flamande, pour autant que les droits réels constitués ne sont pas manifestement incompatibles avec la destination de ces biens ». Les articles 11, 13 et 14 contiennent une règle similaire pour les agences autonomisées, ainsi que pour les établissements, associations et entreprises créées par le Gouvernement flamand ou par les agences autonomisées pour la réalisation de projets dans le cadre du partenariat public-privé.

Les deux conditions posées à la constitution de droits réels sur les biens du domaine public, sont, d'une part, l'exigence d'une motivation spéciale et détaillée et, d'autre part, la circonstance que ces droits réels ne peuvent pas être manifestement incompatibles avec la destination de ces biens. La doctrine ajoute en outre que l'autorité concernée doit être propriétaire des biens appartenant au domaine public ou être titulaire de droits réels permettant la constitution de droits réels<sup>1141</sup>.

Certains auteurs estiment que les articles 10 à 14 du décret n'offrent toutefois pas la sécurité juridique que le législateur flamand aurait souhaité voir résulter de ces dispositions. Outre les incertitudes inhérentes au décret<sup>1142</sup>, l'application de ce dernier à un projet de partenariat public-privé se basant sur un marché de promotion n'exclut pas *expressis verbis* l'application des dispositions de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 relative à cette forme de marché public, en particulier son article 12, qui n'autorise l'octroi de droits réels sur des biens du domaine public qu'après une désaffectation préalable de ceux-ci, et qui ne paraît pas autoriser le recours à la possibilité offerte par le décret flamand du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public-privé, de constituer des droits réels sans désaffectation. Encore pourrait-on soutenir, en s'appuyant notamment sur l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2007, l'interprétation selon laquelle le décret

1140 D. D'Hooghe, "L'organisation des partenariats public-privé (P.P.P.) : l'expérience de la Flandre", in B. Lombaert (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, coll. Bibliothèque de droit administratif, n° 4, Brugeles, la Chartre, 2005, pp. 159 et suiv., spéc. p. 173.

1141 Voy. J. De Staercke, *Domeingoaederecht*, Anvers, Intersentia, 2006, spéc. p. 115 ; S. Van Gaisse, "Publiek-private samenwerking op lokaal vlak: een inleiding", *J. Gem.*, 2001, pp. 225 et suiv., spéc. p. 227 ; D. D'Hooghe, "L'organisation des partenariats public-privé (P.P.P.) : l'expérience de la Flandre", in B. Lombaert (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, coll. Bibliothèque de droit administratif, n° 4, Brugeles, la Chartre, 2005, pp. 159 et suiv., spéc. p. 173.

1142 Voy. notamment J. De Staercke, *Domeingoaederecht*, Anvers, Intersentia, 2006, spéc. p. 114, qui pointe notamment le caractère incertain de l'exigence de ne pas constituer de droits réels "manifestement incompatibles" avec la destination des biens du domaine public concernés ou encore (*op. cit.*, p. 116), l'absence de réponse donnée par le décret à la question de la détermination du contenu du domaine public.

flamand relatif au partenariat public-privé n'aurait pas seulement créé de nouvelles possibilités, mais aurait en outre implicitement supprimé l'obligation de désaffectation préalable<sup>1143</sup>. Cependant, tout doute ne peut être levé, puisque, cette interprétation fut-elle-même acceptée, demeurerait encore la question si le législateur décentralisé flamand disposait ou non de la possibilité de déroger par décret à la réglementation relative aux marchés publics, qui demeure une compétence de l'État fédéral.

23. Enfin, même si l'autorité adjudicatrice décide de passer par une désaffectation du bien faisant partie du domaine public, la sécurité juridique du marché de promotion ne peut être pleinement garantie. En effet, la doctrine considère généralement qu'une désaffectation d'un bien faisant partie du domaine public n'est valable qu'à la condition que son utilisation, après désaffectation, ne soit pas identique à celle qui en était faite avant la désaffectation. Comme le souligne D. Déom, en dehors des cas explicitement autorisés par la législation, il n'est pas possible de « faire semblant » que le bien quitte le domaine public, s'il conserve une affectation qui justifie cette qualification<sup>1144</sup>. Or ceci peut fort bien être le cas pour certains marchés de promotion. Par conséquent, la légalité même de la décision de désaffectation, et des droits réels constitués au profit du partenaire privé, pourrait être mise en cause dans les circonstances précitées. Et la caractéristique que l'obligation de désaffectation préalable résulte d'une disposition de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996 ne permet guère de se rassurer quant à la légalité de la décision : si une loi peut parfaitement apporter des dérogations aux règles relatives à la domanialité publique, la doctrine conteste en revanche qu'un arrêté royal puisse valablement déroger à ces règles<sup>1145</sup>.

24. Bref, nonobstant les développements récents des règles applicables à la domanialité publique, s'agissant en particulier de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2007<sup>1146</sup> et, en Région flamande, du décret du 18 juillet 2003 relatif au

1143 Observons cependant que les conditions mises à la constitution de droits réels sur les biens du domaine public, même si elles ne sont pas incompatibles, sont néanmoins différentes selon que l'on examine le décret ou l'arrêt de la Cour : le premier exige une motivation spéciale et détaillée des biens ; le second énonce juste que le droit réel (en l'espèce un droit de superficie) ne doit pas porter atteinte à la destination du bien du domaine public.

1144 D. Déom, "Les opérations immobilières des personnes de droit public. Quelques questions d'hier et d'aujourd'hui", in B. Dubuisson et P. Wéry (coord.), *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcière, 2005, pp. 265 et suiv., spéc. p. 273 ; voy. également dans ce sens P. Boucq et V. Ost, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé", in B. Lombaert (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour Domeingoaederecht*, Anvers, Intersentia, 2006, spéc. p. 55.

1145 Voy. dans ce sens P. Boucq et V. Ost, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé", in B. Lombaert (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Brugeles, la Chartre, 2005, pp. 233 et suiv., spéc. p. 246 : « Si l'on accepte la définition spécialement aménagée en vue de l'exécution d'une mission de service public, la désaffectation de biens encore affectés à cet usage ou à ce service public ne pourrait, selon nous, intervenir qu'en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ».

1146 A cet égard, nous ne souscrivons nullement à l'opinion de D. Lagasse, lequel estime que "grâce à l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2007 (...), désormais, en vue de procéder à la valorisation du domaine public, il est possible d'utiliser en toute sécurité juridique des techniques empruntées au droit

partenariat public-privé, plusieurs incertitudes subsistent quant à l'obligation de désaffectation préalable énoncée à l'article 12, alinéa 2 de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996. Dans un certain sens, le constat relevé par J. DE STAECKE avant cette nouvelle jurisprudence de la Cour, demeure pleinement d'actualité : « *het belangrijkste gebrek waaraan het domeingoeederenrecht lijdt, is de rechtsonzekerheid (...)* »<sup>1147</sup>.

Dans le cadre des marchés de promotion, l'autorité adjudicatrice a donc la possibilité d'éviter cette insécurité juridique, en réalisant l'opération sans procéder à l'octroi de droits réels. De la sorte, l'autorité sort du champ d'application de l'article 12, alinéa 2 de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996, source des problèmes précités.

### E. Difficultés liées en Région flamande aux règles en matière d'assainissement des sols pollués

25. En Région flamande, l'octroi par l'autorité adjudicatrice de droits réels au partenaire privé pour la réalisation de l'opération suppose également le respect par les parties des règles contenues dans le décret du 22 février 1995 relatif à l'assainissement du sol<sup>1148</sup>. En effet, ce décret, dans ses articles 36 à 40, consacre une attention particulière à la cession de terrains. Le but de ces dispositions consiste à informer l'acheteur d'un terrain de l'éventuelle pollution du sol, mais également, pour certains types de terrains où le risque de pollution est plus élevé, à profiter de l'opération de transfert de ces terrains pour faire procéder à un examen du sol et à un éventuel assainissement de ceux-ci<sup>1149</sup>.

26. Les obligations imposées aux parties à l'opération impliquant une cession de terrain, ou une opération y assimilée, peuvent s'avérer relativement lourdes.

Ainsi, avant de conclure un accord concernant un transfert de terrain, le cédant doit faire la demande d'une attestation du sol auprès de l'OVAM. En outre, si sur le terrain, objet de la transaction, est ou était implanté un établissement ou est ou était exercée une des activités à risque mentionnées dans la liste des établissements et activités pouvant engendrer une pollution du sol, une « étude indicative du sol » doit être réalisée avant que le transfert puisse avoir lieu. Selon les résultats de cette étude indicative du sol, il peut être imposé au cédant de faire procéder à une « étude descriptive du sol ». Si cette étude descriptive du sol révèle qu'il est nécessaire de rédiger un projet d'assainissement du sol, le transfert ne

<sup>1147</sup> *privé tout en les adaptant à la spécificité du domaine public et en les entourant de certaines garanties* » (D. Lagasse, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public 1 », note sous Cass., 18 mai 2007, *Rev. Not.*, 2007, pp. 638 et suiv., spéc. p. 645).

<sup>1148</sup> J. De Staercke, « De valorisatie van het openbaar domein », *T.B.O.*, 2005, pp. 186 et suiv., spéc. p. 200.

<sup>1149</sup> *Monteur belge* du 29 avril 1995.

<sup>1150</sup> Voy. S. Deloddere et D. Rycobost, « La décontamination des sols pollués en Flandres : identification, obligations et responsabilités. Le décret flamand du 22 février 1995 sur l'assainissement des sols », in *Sols contaminés, sols à décontaminer*, Bruxelles, Publ. F.U.S.L., 1996, pp. 375 et suiv., spéc. pp. 414-415.

pourra avoir lieu que si le cédant (i) a rédigé un projet d'assainissement du sol complet et acceptable, (ii) s'est engagé vis-à-vis de l'OVAM à effectuer les travaux d'assainissement du sol et (iii) a fourni des garanties suffisantes permettant de s'assurer de la réalisation effective des travaux. Les obligations mises à charge du cédant par le décret du 22 février 1995 peuvent être reprises par l'acquéreur du terrain, c'est-à-dire, en l'espèce, par le partenaire privé à qui des droits réels auraient été concédés pour l'exécution du marché de promotion.

27. Aux termes de l'article 2, 18° du décret, doit être considérée comme une « cession de terrains », toute cession du droit de propriété de terrains, mais également, entre autres, l'établissement d'un droit d'usufruit, d'un droit d'usage et d'habitation, d'un droit d'emphytéose, d'un droit de superficie sur un terrain ainsi que la cession de pareils droits, la conclusion d'un bail ou d'une concession sur un terrain pour une durée supérieure à neuf ans (ou un an lorsque l'opération porte sur un terrain sur lequel n'est pas ou n'a pas été installé un établissement ou n'est ou n'a pas été exercée une activité figurant dans la liste des établissements et activités pouvant engendrer une pollution du sol), la passation d'un leasing immobilier, la fusion ou la scission de personnes morales dont l'une au moins est propriétaire d'un terrain, ou encore l'établissement des statuts d'une copropriété.

Par conséquent, ne sera pas soumise à la procédure de cession organisée par le décret du 22 février 1995, le simple octroi d'un droit précaire d'usage ou d'utilisation d'un terrain, qui ne prend la forme juridique, ni d'un droit personnel (par exemple, une convention de bail ou de concession), ni d'un droit réel (par exemple, la constitution d'un droit de superficie, d'un droit d'emphytéose, ou encore d'un droit d'usage).

Or, de tels droits de jouissance précaires peuvent parfaitement convenir, dans le cadre d'opérations de partenariat public-privé utilisant la formule du marché de promotion, afin de permettre au partenaire privé d'exécuter les travaux et, le cas échéant, d'entretenir l'ouvrage achevé (de la même manière que dans le cadre des marchés publics « classiques » de travaux, où l'entrepreneur adjudicataire du marché ne dispose pas non plus de droits réels, ou d'un bail sur les terrains sur lesquels les travaux doivent être effectués). Ce droit de jouissance précaire des terrains constitue en réalité le simple accessoire des obligations contractuelles du partenaire privé à l'égard des autorités.

### F. Droit de regard du partenaire privé

28. L'octroi de droits réels au partenaire privé implique également, pour l'autorité adjudicatrice, que pour toute la durée du droit réel concédé, toute intervention ou toute modification à apporter aux biens faisant l'objet du marché, supposera l'accord du partenaire privé.

Cette conséquence peut, dès lors que l'opération s'envisage généralement sur le long terme, être la source de difficultés, dans l'hypothèse où des contestations devaient survenir, l'autorité souhaitant par exemple procéder à des

interventions ou à des opérations généralement quelconques sur les ouvrages, qui ne peuvent cependant s'envisager sans l'accord du titulaire des droits réels accordés sur les biens immeubles.

Bref, dans le cadre des partenariats public-privé qui emploient la formule du marché de promotion, l'octroi de droits réels au partenaire privé devrait plutôt s'envisager dans les situations dans lesquelles le partenaire privé supporte le risque lié à la demande<sup>1150</sup> et dans lesquelles il souhaite rendre l'usage de l'infrastructure aussi attrayant que possible pour les utilisateurs, par opposition aux situations dans lesquelles le partenaire privé supporte le risque de disponibilité<sup>1151</sup>, et dans lesquelles il a donc plutôt intérêt à une moindre utilisation de l'infrastructure construite (engendrant, par voie de conséquence, un risque plus important pour les autorités de devoir procéder à des interventions sur les ouvrages).

### G. Déconfiture du partenaire privé

**29.** La constitution d'un droit réel implique que celui-ci subsistera nonobstant la déconfiture (faillite, mise en liquidation,...) du partenaire privé. L'infrastructure risque ainsi de rester bloquée entre les mains du curateur ou du liquidateur en attendant qu'une solution quant au retour du bien dans le patrimoine du pouvoir adjudicateur soit négociée.

Or, en pareilles circonstances, l'intérêt du pouvoir adjudicateur est clairement que le bien retourne le plus rapidement possible dans les mains du secteur public. Pour ce faire, la solution la plus rapide consiste à faire en sorte que le bien ne quitte pas, à l'origine, le secteur public et, partant, que le pouvoir adjudicateur n'octroie pas de droits réels au partenaire privé.

## Conclusion

**30.** C'est de manière ambiguë que la réglementation sur les marchés publics impose l'octroi de droits réels au promoteur, adjudicataire du marché.

En effet, si l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 semble imposer l'octroi de tels droits, ceci ne paraît plus qu'être une simple faculté au regard de l'Arrêté royal du 26 septembre 1996. Il revient donc aux pouvoirs adjudicateurs d'opérer le choix d'octroyer ou non des droits réels au promoteur.

<sup>1150</sup> Le risque lié à la demande est un risque de marché. Le financement de l'infrastructure peut, par exemple, dépendre dans une large mesure des recettes qu'il génèrera (par exemple sous la forme de péages). Si les pouvoirs publics continuent de rétribuer le partenaire privé même si l'infrastructure n'attire que peu de trafic, et que les recettes générées sont insuffisantes, les coûts du projet seront imputés à la dette publique.

<sup>1151</sup> Le risque de disponibilité est le risque que l'infrastructure soit partiellement indisponible suite à des travaux de réparation ou de maintenance. Selon Eurostat, le partenaire privé doit, le cas échéant, se voir infliger une sanction automatique et suffisamment sévère (voy. Eurostat, *op. cit.*, p. 9).

A cet égard, au confort d'être assuré de se conformer à la lettre de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, s'ajoute toutefois une longue série d'inconvénients. Se pose par ailleurs la question si l'optique de cet Arrêté royal du 8 janvier 1996 était de rendre l'octroi de droits réels possible, au vu des contraintes liées à l'inaliénabilité du domaine public, ou bien de rendre cet octroi obligatoire. Nous sommes enclins à partager le sentiment que c'est la première hypothèse (rendre l'octroi de droits réels possible, mais non obligatoire), qui a prévalu.

Il revient à présent au Roi de fixer les nouvelles conditions relatives aux marchés publics de promotion, en application de la loi du 15 juin 2006. *De lege ferenda*, nous formulons l'espoir que ces nouveaux arrêtés d'exécution clarifieront le choix laissé aux pouvoirs adjudicateurs d'octroyer ou non des droits réels en fonction des spécificités de chaque marché de promotion, considéré individuellement.