

La promotion immobilière et les marchés publics¹

Ann Lawrence Durviaux,
Chargé de cours à l'Ulg,
Avocat

« A chaque fois que nous pensons que le problème ne nous concerne pas, c'est cette idée même qui constitue le problème »²

- 1. Présentation.** Les contrats de vente ou d'achat de biens immobiliers rentrent-ils dans le champ d'application du droit dérivé et belge des marchés publics ? Plus largement, dans quelle mesure les « opérations immobilières »³ rentrent-elles dans le champ d'application du droit des marchés publics ?

La question peut surprendre.

D'une part, une idée communément admise et renforcée partiellement par le contenu de la réglementation belge des marchés publics est que ceux-ci, notamment lorsqu'ils ont pour objet des travaux, sont des contrats d'entreprise. Le cahier général des charges ne constitue-t-il pas un modèle de pareil contrat dans les clauses particulières qu'il comporte ?

¹ Cet article a été publié sous la forme suivante : AL DURVIAUX, « La promotion immobilière et les marchés publics », Larcier 2008, colloque Bruxelles, février 2008, actes publiés *Jurim Pratique* 2008, liv. 1, 59-76 ; AL DURVIAUX, « Vente, opérations immobilières et marchés publics », C.U.P. conférence en oct. 2006, art. de 30 pages

² Un homme éclairé...

³ L'expression n'a pas de portée juridique. Il existe plusieurs manières de devenir propriétaire d'un bien immobilier qui se traduit par la conclusion ou l'adoption d'acte(s) juridique(s) différents. Quel(s) acte(s) juridique(s) peuvent constituer le support d'un marché public ?

D'autre part, la doctrine a parfois considéré que le 10^{ème} considérant de la directive services (92/50/CE)⁴, expliquant la définition du marché de service reprise à l'art. 1^{er}, a, 3 de celle-ci, excluait clairement, du champ d'application, les « services ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens »⁵.

Pourtant, il n'est guère d'opération immobilière d'envergure menée par des pouvoirs publics depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services qui n'ait fait l'objet d'une réflexion approfondie sur l'application éventuelle du droit des marchés publics à celle-ci.

S'agit-il de grouper la construction de logements destinés à des pouvoirs adjudicateurs particuliers (société de logement de service public) avec des logements destinés au « marché privé » ? S'agit-il de constituer une « société d'économie mixte »⁶ qui, selon des modalités variées, peut réaliser un investissement immobilier (construction de logement, d'un ouvrage d'utilité générale, comme par exemple, un incinérateur de déchets) ? S'agit-il d'envisager une aliénation domaniale ou la vente d'un site désaffecté dont le « propriétaire » public ne veut pas entièrement renoncer à influencer la future destination ?

La réalisation concrète de ces projets implique, d'une manière ou d'une autre, de se poser la question de savoir dans quelle mesure le droit des marchés publics doit être respecté.

La présente contribution a pour objet d'identifier les problèmes et tenter de les circonscrire en vue de dégager des pistes de solution.

⁴ Repris tel quel dans la 24^{ème} cons. de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil, du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, J.O.E.U., 30 avril 2004, L. 134.

⁵ Voy. notamment, M.A. FLAMME, PH. MATHEI, PH. FLAMME, A. DELVAUX, CL. DARDENNE, *Commentaire Pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^{ème} éd., Bruxelles, 1996-1997, T.I.A, spéc. p. 103 ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten en overheidsopdrachten*, 1997, spéc. p. 669 ; A. DELVAUX, FR. MOÏSES, *Droit bancaire et financement des marchés publics*, Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2000, spéc. p.31.

⁶ Soit une société dont le capital est apporté par des entreprises privées et par des pouvoirs publics.

Dans le cas d'espèce, les solutions à d'éventuels problèmes ne peuvent être le fait que d'une part, des instances communautaires ou d'autre part, du législateur belge.

Dans le chef des entités soumises au droit des marchés publics, le souci est rarement, quoique ne se plaisent à le sous-entendre certains, d'y échapper mais la plupart du temps, de prendre des décisions légales, sans pour autant abandonner le projet...

De nombreuses « dérives » réelles ou fantasmées, très largement relayées par la presse, et donnant parfois lieu à l'ouverture d'enquêtes pénales, risquent de se multiplier sans prise de position claire des instances compétentes sur le présent sujet.

2. **Plan.** Les origines des difficultés de concevoir et appliquer le droit des marchés publics à des opérations immobilières sont décrites. Elles proviennent, pour l'essentiel, d'une part, de la technique de rédaction et d'interprétation du droit dérivé des marchés publics (I.) et, d'autre part, des options prises par le législateur belge dans sa transposition (II). Les conséquences de ces difficultés sont illustrées par des exemples concrets. Dans de brèves conclusions et sans prétendre à l'exhaustivité, certaines pistes de solutions sont dégagées.

I.- Marché public et opérations immobilières en droit dérivé

3. **Des textes de droit dérivé apparemment limpides.** La définition de l'expression de « *marché public* » énoncée par le droit communautaire dérivé des marchés publics est composée d'éléments génériques. Elle est fondamentalement simple : il doit s'agir d'un contrat écrit, à titre onéreux, passé entre deux personnes, dont l'objet porte sur des prestations économiques⁷.

Tout bien considérée, la simplicité n'est qu'apparente : l'absence de certaines précisions laissait augurer une rupture sémantique par rapport à certaines conceptions nationales⁸.

Dans le cadre de la question particulière abordée, l'exigence d'un contrat, le caractère onéreux de celui-ci et la manière dont l'objet est défini constituent trois difficultés immédiatement perceptibles.

Le caractère onéreux n'implique pas nécessairement une contrepartie financière et lorsque la contrepartie est constituée, à tout le moins partiellement, par le droit d'exploiter un service ou une infrastructure, la qualification de « concession » est retenue. En droit dérivé des marchés publics, la « concession » est un marché public visé par celui-ci lorsqu'elle a pour objet des travaux et, aujourd'hui, exclu de manière expresse lorsqu'elle porte sur des services⁹. Il est cependant aisé d'imaginer que la contrepartie peut prendre une autre forme qu'un droit d'exploiter, par exemple, dans le cadre d'un échange.

⁷ Art. 1^{er} des Dir. 92/50/CEE, 93/38/CEE, 93/37/CEE et 93/36/CEE. La définition a été reprise dans les art. 1^{er} des Dir. 2004/18/CE (*J.O.U.E.*, L 134 du 30 avril 2004, p. 114 et s.) et 2004/17/CE du 31 mars 2004 (*J.O.U.E.*, L 134 du 30 avril 2004, p. 1 et s.). Elle est reprise telle quelle par le législateur belge notamment dans les art. 4 et 5 de la loi du 24 décembre 1993 déjà citée et dans les art. 3 et 4 du projet de loi transposant les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, Doc. 51 2237/001, ch.

⁸ Principalement, le droit français avait fait du paiement d'un prix un critère de distinction du marché public par rapport à d'autres catégories de contrats publics ; en droit belge, une approche similaire ressort implicitement du contenu ancien et actuel de la législation, notamment dans les dispositions particulières relatives aux mécanismes de comparaison des offres dans lesquelles le prix est une donnée essentielle.

⁹ Pour des développements, voy. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : analyse critique d'un système*, Larcier, 2006, spéc. titre I, chap. 2 à 4.

La définition des prestations formant l'objet du « marché » prend la forme d'une liste (pour les travaux et les services) mais également des formules plus inquiétantes, précisément pour les marchés publics de travaux dont l'objet peut être de « faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage qui répond à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ».

Si l'expression marché public fait référence à un objet matériel (travaux, fournitures et services), elle ne porte aucune interdiction, en tant que telle, de globaliser un contrat qui peut donc porter sur des objets multiples (travaux, fournitures et services) mais aussi sur des objets définis de manière fonctionnelle (conception, réalisation, financement).

Cette « globalisation » est parfois indissociablement liée au marché, parfois voulue comme telle par le pouvoir adjudicateur (construction d'un bâtiment et services de maintenance sur 30 ans), parfois recherchée pour rendre l'opération « économiquement » intéressante (construction de logements sociaux et de logements privés et vente à des destinataires différents – société de service public et particuliers).

Le droit dérivé est censé, en outre, être appliqué, une procédure spécifique – dite de dialogue compétitif – ayant été adoptée à cet effet, à des « marchés publics complexes », qui peuvent notamment impliquer « des solutions techniques et/ou financières/juridiques »¹⁰ diverses.

4. **Une technique d'interprétation aux vertus insaisissables.** Au départ d'une définition fondamentalement simple de l'expression « marchés publics », les instances communautaires ont progressivement donné à celle-ci des contours de plus en plus flous.

En droit européen, l'interprétation dite fonctionnelle est un standard. Elle est censée être pourvue d'une certaine efficacité et semble indispensable au projet d'intégration.

Lorsqu'elle vise les paramètres retenus en droit dérivé pour définir les « marchés publics » réglementés, elle est particulièrement surprenante dans ses implications concrètes, et souvent de type « paranoïaque ». Pour éviter que par leur imagination débridée, les entités soumises au droit dérivé n'échappent aux obligations du droit

¹⁰ 31^{ème} cons. de la directive 2004/18/CE, *op.cit.*

dérivé et à ses paradigmes concurrentiel et libre-échangiste, la Cour de Justice a considérablement étendu la notion même de « marché public » en interprétant de manière dite « fonctionnelle » tous les paramètres repris pour les définir.

Si les conséquences de cette jurisprudence sont synthétisées¹¹, l'expression « marché public » devient une notion aux contours incertains.

Par conséquent, il devint quasiment impossible d'exclure *in concreto* de nombreuses opérations immobilières du champ d'application du droit dérivé des marchés publics.

A notre sens, sans une intervention complémentaire des instances communautaires, du législateur belge ou des autorités compétentes pour interpréter le droit des marchés publics¹², de nombreux projets d'investissements indispensables à la collectivité sont soit inutilement retardés, compliqués, voire abandonnés en raison des risques inhérents aux formules de contrat autre qu'un marché public au sens strict (un objet simple contre paiement d'un prix payé avec des deniers publics).

5. **L'exigence d'un contrat.** L'exigence d'un contrat a été précisée par la Cour de Justice de deux manières relativement radicales.

Premièrement, elle a estimé que le contrat, facteur déclenchant l'application du droit dérivé, n'est pas nécessairement celui qui se noue entre celui qui commande une prestation et celui qui l'exécute¹³.

¹¹ Voy. A.L. DURVIAUX, *op. cit.* spéc. Titre I, chap. 7.

¹² Par ex., la commission fédérale ou les commissions régionales des marchés publics.

¹³ C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, Pierro De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti Leopoldo Freyrie et Comune du Milano*, aff. C-399/98 (dite « La Scala »), *Rec.*, 2001, p. I-5409, concl. Ph. LÉGER ; sur cet arrêt, voy. L. RICHER, « Une définition communautaire du marché de travaux : un arrêt récent de la Cour de Justice relatif à un projet d'urbanisme à Milan précise la notion de marchés de travaux », *A.C.C.P.*, n° 4, octobre 2001, pp. 61-63 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Chronique de droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2001, p. 948 et s. : les auteurs font un rapprochement avec la solution retenue par le C.E. fr., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *Rec.*, p. 326 ; *A.J.D.A.*, 1975, p. 345 et s., obs. M. DE FRANC et M. BOYON.

En effet, la Cour de Justice en s'écartant des conclusions de son avocat général, pourtant beaucoup plus accessibles et rationnelles que l'arrêt, a considéré qu'une « convention » modélisant une charge d'urbanisme imposée par une législation, formant l'accessoire d'une autorisation unilatérale (de lotir et de construire) était un facteur déclenchant l'application du droit dérivé des marchés publics dans le chef du lotisseur privé. Le moyen pour arriver à cette aberration, conséquence de l'interprétation fonctionnelle, est l'identification « expresse d'un mandat implicite »¹⁴.

D'un point de vue systémique, la conséquence paradoxale de cet arrêt est d'imposer l'application du droit dérivé à une entreprise privée, qui dans le paradigme concurrentiel « originel », n'a pas les mêmes comportements déviants que les pouvoirs publics. L'interprétation fonctionnelle de la Cour de Justice dans le cas d'espèce s'écarte donc manifestement des objectifs poursuivis par le droit dérivé.

D'un point de vue plus technique, si l'opération en tant que telle permet d'éviter une dépense de deniers publics¹⁵, il s'agirait alors de considérer que la charge d'urbanisme est une exécution en nature de l'obligation de payer, ce qui relève d'une idée de taxe ou de contribution particulière à une dépense qui, sans cela, aurait dû être financée par la collectivité.

Il convient de s'interroger sur les conséquences de la logique adoptée dans cette affaire, dans d'autres domaines de l'action unilatérale des pouvoirs publics. De nombreux agréments, licences et autres autorisations sont parfois accordés à condition de se conformer à tel ou tel type d'obligations. Par exemple, une autorisation de police d'organiser une manifestation sportive est accordée à condition de contracter une assurance incendie spéciale : l'organisateur doit-il, dans le prolongement de l'arrêt *La Scala*, se soumettre aux contraintes du droit dérivé des marchés publics pour choisir son assureur ? Une réponse positive ne peut, en aucun cas,

¹⁴ Opération dont la logique interne est pour le moins immédiatement contestable, souligné par F. LICHERE, « Maîtrise d'ouvrage, mandat et droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de Justice du 12 juillet 2001 '*Ordre des architectes de la province de Milan et Lodi*' », *A.C.C.P.*, n° 9, mars 2002, pp. 50-54, spéc. p. 54.

¹⁵ Mais la Cour de justice indiquera ultérieurement que la dépense publique n'est pas un critère du marché public en droit communautaire (voy. C.J.C.E., 18 novembre 2004, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-126/03, <http://europa.eu.int/cj> (22 novembre 2004), spéc. pt 20).

s'inscrire, ni dans la tradition des États membres, ni dans le cadre des objectifs du droit dérivé des marchés publics. Par contre, elle s'inscrit dans la « logique » de la jurisprudence de la Cour de Justice.

En toute hypothèse et à défaut de précision ultérieure de la Cour de Justice, du législateur belge ou des diverses Commissions marchés publics (fédérale ou régionales), il semble donc que de nombreuses opérations immobilières sont rattrapées par le droit dérivé des marchés publics lorsque des charges d'urbanisme sont imposées à des entreprises privées, à tout le moins lorsque leur objet revient dans le patrimoine des pouvoirs publics¹⁶. Mais, comme le transfert de propriété¹⁷ dans le patrimoine d'une entité visée par le droit dérivé des marchés publics n'est pas considéré comme un critère déterminant dans la qualification, il est délicat de limiter l'interprétation de cet arrêt à cette hypothèse, mêmes si les conséquences deviennent alors d'autant plus absurdes.

Deuxièmement, l'exigence d'un contrat ne doit pas être comprise trop strictement. A vrai dire, la souplesse que s'autorise la Cour de Justice revient à nier le sens premier du texte et d'autres dispositions du droit communautaire¹⁸.

Depuis l'arrêt Teckal¹⁹, la Cour de justice a considéré une opération complexe, allant d'un choix d'un mode de gestion d'un service public impliquant la création d'une structure publique avec la rédaction de statuts et l'adoption d'une décision du conseil communal de recourir à cette structure, pour assimiler cet ensemble à un « *marché public communautaire* ».

Dans le cas d'espèce, l'entité publique « *prestataire* » avait été créée spécifiquement pour réaliser les « *prestations économiques* » dont l'exécution était convoitée par les entreprises privées à l'origine de la procédure contentieuse. La loi italienne réservait aux communes la possibilité de gérer leurs services de plusieurs manières : en régie,

¹⁶ C'est souvent le cas lorsque certains projets immobiliers impliquent l'ouverture et la réalisation de voiries, ou de parkings publics ; l'arrêt La Scala a été rendu dans une hypothèse impliquant un transfert de propriété à terme de la propriété de l'objet de charge (en l'espèce, la construction d'un théâtre).

¹⁷ *Infra*.

¹⁸ Notamment, l'Art. 86 du TCE et le 8^{ème} cons. de la directive 92/50/CE en vigueur au moment où l'arrêt a été rendu.

¹⁹ C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec.*, 1999, p. I-8121, concl. av. gén. G. COSMAS.

par concession à des tiers, ou encore en ayant recours à des entreprises spéciales, des institutions sans intérêt commercial ou des sociétés par actions à capitaux publics locaux²⁰. L'entreprise spéciale était une entreprise disposant de la personnalité juridique et dotée d'une autonomie de gestion qui pouvait également regrouper plusieurs communes²¹. Les communes qui avaient décidé de constituer pareil groupement entendaient l'utiliser pour l'accomplissement de leur objet social. Lorsqu'elles le firent en adoptant une « *décision* » de confier au groupement la gestion du service de chauffage de certains bâtiments communaux, cette décision fut attaquée au motif qu'elle n'avait pas été précédée d'une mise en concurrence.

L'application du droit dérivé à ce type d'opération est donc clairement posée par le droit communautaire. Par extension, la création d'une structure dont le capital appartient à des entreprises privées et à des pouvoirs publics est, de la même manière, potentiellement concernée²². Il en est ainsi, en matière de travaux ou d'opérations immobilières, lorsque la constitution d'une société peut être considérée comme le moyen de « faire réaliser un ouvrage répondant à des besoins précisés » par un pouvoir adjudicateur.

Malheureusement, les modalités de mises en concurrence pour ce type de « montage » se révèlent très largement insuffisantes²³, sauf à interpréter de manière très souple les exigences liées à la nouvelle procédure dite de dialogue compétitif²⁴.

6. **Le caractère onéreux du contrat ou de l'arrangement.** La forme ou les modalités de la contrepartie sont en effet, à plusieurs titres, fondamentales dans toute conceptualisation d'une catégorie juridique « *marché public* ».

²⁰ En vertu de l'art. 22, § 3, de la loi n° 142/90.

²¹ En vertu des art. 23 et 25 de la loi n° 142/90.

²² F. MOÏSES ET J-FR. JAMINET, « Partenariat Public-Privé et logements en Région wallonne », *Mouv. Com.*, 2006, pp. 262-273 et pp. 323-335, spéc. 271, Conseil d'Etat, Intradef, n° 145.163, du 30 mai 2005.

²³ Voy. pour plus de développement, A.L. DURVIAUX, op. cit., spéc. Titre II, chap. 4 à 6.

²⁴ La souplesse ne caractérise pas l'approche des instances communautaires en la matière. Il est regrettable que le texte des directives ne précise même pas si la procédure de dialogue compétitif est ou non une procédure exceptionnelle (avec les conséquences en termes d'interprétation). A notre sens, pour lui donner une utilité, il est indispensable qu'elle soit considérée comme une procédure ordinaire.

Premièrement, elle est, sous l'angle pratique, déterminante pour l'élaboration des techniques de passation pertinentes en général²⁵, et en particulier lorsqu'il s'agit de faire appel au « *marché* » ou de faire « *autre chose* », comme une réorganisation administrative par la création d'une entité publique à laquelle les autorités créatrices vont nécessairement affecter des moyens financiers pour son fonctionnement. Des techniques d'affectation relevant de mécanismes budgétaires peuvent-elles être réduites, comparées ou assimilées au paiement d'un prix²⁶ ? Dès que la contrepartie d'une prestation est autre qu'un prix, des problèmes d'évaluation se posent²⁷.

Deuxièmement, la contrepartie est également fondamentale si l'on veut bien considérer la relation conceptuelle entre le « *marché public* » et la notion « *d'aide d'État* » en droit communautaire. Comment distinguer les deux concepts sans nécessairement préciser la corrélation entre les obligations mutuelles des parties, leurs caractères réciproques et leurs bénéficiaires, toutes questions qui se concrétiseront nécessairement dans différentes formes de contrepartie ?

Troisièmement, la contrepartie est également fondamentale pour l'identification de catégories spécifiques de « *relations* » que l'on entend soumettre ou pas au droit communautaire dérivé. L'exigence du caractère onéreux permettrait d'englober les concessions dans l'expression « *marché public* ». Le droit communautaire ne l'a fait que partiellement, en intégrant les concessions de travaux et non les concessions de services. L'explication est politique²⁸. Le résultat

²⁵ Voy. AL DURVIAUX, *op.cit.*, titre II, chap. 4 à 6.

²⁶ C.J.C.E., 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding*, aff. C-360/96, *Rec.*, 1998, p. I-6821, concl. av. gén. A. LA PERGOLA ; *P.P.L.R.*, 1999, CS 5-8, et pp. 43-53, avec obs. R. WILLIAMS, « The 'Arnhem' Case : Definition of 'Body Governed by Public Law' ». Comme cet auteur, nous ne le pensons pas, et l'opinion divergente de l'avocat général illustre parfaitement l'impossibilité de réduire les deux hypothèses à une seule, la comparaison devenant impossible (voy. A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, spéc. Conclusion générale et vue prospective, pt VI).

²⁷ Pour un ex., le recours préjudiciel enregistré sous le n° C-220/05 pose la question de l'évaluation d'un marché complexe portant sur un projet d'aménagement urbain.

²⁸ Une réticence historique française et italienne. La première se comprend d'autant moins que, postérieurement au refus clairement exprimé lors de l'élaboration de la directive qui allait couvrir la passation des services (Dir. 92/50/CEE), le législateur français, rattrapé par quelques incidents, allait adopter la

pratique est de fragiliser une série de projets pour des problèmes secondaires de qualification. Celle-ci reste problématique malgré les tentatives de clarification de la Cour de justice et de la Commission européenne.

Les conséquences de cette imprécision peuvent bien évidemment se répercuter dans des opérations immobilières, pour lesquelles il n'est guère habituel de se soucier du droit dérivé des marchés publics. En effet, la construction ou la rénovation du parc immobilier sont largement subsidiées par des fonds publics. Très souvent, la combinaison, sur un site particulier, d'opérations menées pour partie directement par des pouvoirs publics (logements sociaux ou moyens, équipements collectifs – culturels, sportifs, récréatifs) et par des promoteurs privés, est recherchée pour la viabilité économique de l'ensemble.

Comment organiser concrètement la mise en concurrence ; selon quelles modalités et surtout, à quel moment, pour rencontrer les exigences du droit dérivé, du droit primaire²⁹, ou des principes généraux de droit belge³⁰ ?

- 7. L'objet de l'acte juridique ou de la relation de type consensuel.**
Une des difficultés les plus redoutables de l'expression « *marchés publics* » en droit dérivé réside dans le fait que ce dernier donne finalement peu de précisions sur l'objet de la « *relation* » qu'il entend régir³¹.

loi « *Sapin* » qui *de facto* organisait la mise en concurrence des « *délégations de services publics* ».

²⁹ Applicable lorsque « l'opération » n'est pas un marché public communautaire, voy., A.L. Durviaux, *op. cit.*, spéc. titre II, chap. 2 et 3.

³⁰ Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, applicables dans l'hypothèse où la qualification de « marché public » n'est pas retenue.

³¹ L'ambiguïté, au demeurant, était déjà présente dans la première directive prise en matière de travaux, soit les Dir. 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales, *J.O.C.E.*, L 185 du 16 août 1971, ainsi que le souligne J. ARNOULD (« Les contrats de concessions, de privatisations et de services '*in house*' au regard des règles communautaires. Les '*instruments de type marché*' à l'épreuve du droit européen de la commande publique », *R.F.D.A.*, 2000, pp. 2-23, spéc. p. 4), et ce n'est, en quelque sorte, que par les tentatives répétées d'interprétation extensive de l'objet des contrats ou actes visés par les directives « *marchés publics* » de la Commission européenne que l'objet d'un marché public est dégagé *a contrario*, même si sur ce point des éléments d'incertitude restent dans les textes, dans la jurisprudence de la Cour de justice et dans les documents interprétatifs de la Commission européenne.

Or, la diversité des « *actes* » et « *contrats* » pris ou passés par les pouvoirs publics, sans être infinie, reste une réalité objective.

Certains arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ne permettent plus d'exclure les « *actes unilatéraux* » lorsque ceux-ci s'inscrivent dans le cadre de relations complexes, multipartites, qui vont engendrer, d'une manière ou d'une autre, l'exécution de prestations économiques³².

Que dire si l'on considère encore que le contrat est devenu aujourd'hui un des instruments juridiques les plus prisés par les administrations pour réaliser des politiques qui, naguère, l'auraient été par le biais d'actes unilatéraux³³, que cela soit dans leurs rapports avec les citoyens, fussent-ils opérateurs économiques, ou pour « *gérer* » des relations entre des pouvoirs publics, ce qui donne parfois lieu à l'utilisation d'une terminologie qui reste, à maints égards, ambiguë^{34 35}.

La complexité de l'objet de la « *relation consensuelle à titre onéreux* », même réduit à des prestations économiques, peut encore résulter de circonstances particulières.

L'entité qui commande la prestation peut ne pas être en mesure de déterminer la manière de satisfaire le besoin qui l'amène à rechercher cette prestation auprès d'une entité juridique extérieure.

³² *Supra*, points 5 et 6.

³³ Voy., not. sur la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat, la thèse de M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991.

³⁴ Pour un ex. en droit belge, Décr. Rég. w. du 21 mars 2002 organisant le partenariat et le financement général des Provinces wallonnes, *M.B.*, 4 avril 2002, 2^e éd., pp. 13992-13993 ; J. SAROT, « Le contrat, instrument d'organisation des services publics », *A.P.T.*, 1976-1977, pp. 100-118 ; en France, voy. not. N. POULET-GIBOT-LECLERCQ, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *R.F.D.A.*, 1999, pp. 551-565 ; Y. FORTIN (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1999.

³⁵ Pour une illustration des distinctions opérées en droit français, voy. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 64-82. En droit belge, voy. A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989 ; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989 ; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private Samenwerking*, Bruges, die Keure, 2002, spéc. n^{os} 37-50.

Certains « *objets* » sont intrinsèquement complexes : soit qu'ils sont multiples dans une même opération – achat d'un terrain et réalisation de bâtiments ou infrastructures impliquant un préfinancement et un financement de la construction –, soit que les caractéristiques de la prestation ou des prestations qui forment l'objet du contrat sont complexes du point de vue technique – acquisition d'un logiciel d'exploitation développé sur mesure ou mise en place d'une technologie de pointe dans l'exploitation d'une centrale nucléaire ou d'une centrale d'épuration des eaux usées.

La complexité est une notion au demeurant toute relative. Elle est liée à l'expertise du pouvoir adjudicateur, variable selon le domaine d'activité dans lequel il est compétent³⁶.

Les réalisations humaines impliquent souvent la mise en œuvre de contrats ou d'actes juridiques qui, bien que distincts dans les traités juridiques, doivent se combiner dans la réalité pour les besoins d'un projet³⁷. L'achat d'un terrain peut précéder ou accompagner la réalisation d'une infrastructure et participer au financement d'une opération. Le « *domaine public* », notion identifiée dans certains ordres juridiques³⁸, se présente souvent comme le support soit de travaux publics, soit d'une activité de service public, soit encore d'une activité autre.

En définissant largement l'objet de la relation consensuelle, le droit dérivé des « *marchés publics* » englobe-t-il toutes les situations qui viennent d'être décrites³⁹ ?

³⁶ Ainsi, acheter une fourniture courante pour toute administration, faire réaliser des travaux de voirie pour une administration dont il s'agit là d'une de ses missions essentielles, faire construire un bâtiment pour abriter une administration qui s'occupe essentiellement d'une mission d'intérêt général qui ne l'amène jamais à mener pareille entreprise, ou encore confier à une entreprise « *privée* » une mission d'intérêt général qui l'amène à rendre directement des services aux usagers et parfois à réaliser des ouvrages construits pour remplir cette mission, constituent des opérations qui ne présentent entre elles que des liens très lâches mais qui peuvent toutes être réduites, du point de vue de l'objet de l'acte juridique, à la recherche de prestations économiques auprès d'une entité extérieure par rapport au commanditaire.

³⁷ Marchés complexes, actes unilatéraux suivis de contrat(s), plusieurs contrats conclus pour la réalisation d'un projet particulier.

³⁸ Notamment en France et en Belgique.

³⁹ Ce qui poserait certains problèmes dans les États membres qui, p. ex., ont mis en place un régime juridique de la domanialité publique qui n'a pas nécessairement été réfléchi dans la perspective de la passation des marchés publics.

Il reste délicat d'imaginer des procédures de mises en compétition fiables pour la passation des marchés complexes, notamment lorsque des actes unilatéraux sont suivis de contrat(s) ou lorsque plusieurs contrats doivent être conclus pour la réalisation d'un projet immobilier particulier. L'application des contraintes du droit dérivé, des principes généraux (en droit communautaire et en droit belge) ne donne aucune précision utile pour opérer certains choix. Certains auteurs évoquent, à juste titre, l'impossibilité de procéder à une analyse juridique fiable⁴⁰.

La Cour de justice et la Commission européenne, en dépit des analyses nuancées, imprégnées de considérations « économiques », n'ont pas rencontré, à ce jour, ce problème méthodologique, conséquence directe de la technique d'interprétation fonctionnelle des paramètres utilisés pour définir l'expression « marché public ». Cet échec débouche sur des difficultés pratiques infinies : l'organisation d'une mise en compétition efficace suppose de choisir un moment opportun et des modalités pertinentes pour la réaliser.

Si la définition de l'expression « *marché public* » en son objet est simple, elle implique une extension considérable de son champ d'application en matière de travaux et donc par répercussion sur les opérations immobilières. Cette extension pourrait susciter de redoutables problèmes méthodologiques pour les contrats qui présentent des objets mixtes, multiples ou complexes ou des investissements qui impliquent des engagements multilatéraux (plusieurs parties).

L'objet d'un marché de « *travaux* » peut être relatif à l'exécution, la conception et l'exécution conjointe ou « *la réalisation, par quelque moyen que ce soit* », d'un ouvrage selon les besoins précisés par les pouvoirs adjudicateurs.

Cette dernière précision est, sans doute, la plus redoutable lorsqu'il s'agit d'envisager une opération immobilière. Cette expression ne peut recevoir une interprétation restrictive⁴¹. En effet, l'objectif

⁴⁰ A. DELVAUX, FR. MOÏSES, « Partenariat Public-Privé et champ d'application de la réglementation des marchés publics », in *L'intérêt des Partenariats Publics-Privés pour le développement économique de la Région de Bruxelles-Capitale*, pp. 45-107, spéc. p. 56

⁴¹ F. MOÏSES ET J-FR. JAMINET, « Partenariat Public-Privé et logements en Région wallonne », *op.cit.*, spéc. p. 273. Ces auteurs semblent exprimer la même opinion tout en renvoyant à des critiques formulées dans des études antérieures et au

poursuivi par le législateur est précisément d'étendre la notion de marché public : aussi, ne peut-elle, dans le système d'interprétation constant de la Cour de Justice et des juridictions belges, être interprétée de manière restrictive.

Dès lors, et sauf précision des instances communautaires, l'application du droit dérivé ne peut raisonnablement être écartée lors de la conclusion de transactions immobilières avec charges, dès lors que ces dernières portent sur la réalisation de prestations économiques au sens du droit dérivé (singulièrement lorsqu'elles consistent dans la réalisation de travaux ou d'un ouvrage) et entendent rencontrer « des besoins seulement précisés » par un pouvoir adjudicateur.

Il est encore important de mesurer que « la précision d'un besoin » ne peut être assimilée à l'élaboration de clauses techniques détaillées décrivant l'objet du marché.

Concrètement, la réalisation d'un ouvrage dont l'affectation en logement est exigée, peut suffire, dans une interprétation fonctionnelle, quel que soit l'acte juridique dans lequel elle est demandée. La rédaction d'un cahier des charges décrivant minutieusement la surface des logements, le type de matériaux à utiliser n'est pas nécessaire à « la précision d'un besoin ».

« Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics », déjà cité, spéc. p. 103.

II.- Marché public et opération immobilière en droit belge

8. **Principe de la transposition belge.** L'extension du champ d'application du droit dérivé des marchés publics sans assouplissement des modes de passation⁴², se double d'une série de difficultés liées à la transposition belge.

Certaines, relatives aux dispositions relatives à l'exécution de certains marchés publics (promotion⁴³ et concession), ont été parfaitement mises en avant par la doctrine⁴⁴. D'autres sont liées à la notion même de marché de travaux en droit belge, aux modalités concrètes de procédures de passation dans des opérations plus complexe.

Plutôt qu'un relevé systématique⁴⁵, trois thèmes liés aux transactions immobilières sont choisis pour les difficultés récurrentes qu'ils posent : les transactions immobilières initiées par des pouvoirs publics au bénéfice de tiers, la question de la « maîtrise foncière » et les investissements mixtes.

9. **Les dispositions réglementaires en matière d'exécution.** Dans plusieurs contributions, Messieurs Delvaux et Moïses ont relevé que le cadre réglementaire applicable à l'exécution des marchés de promotions et des concessions de travaux constituait le plus sûr obstacle à leur réalisation effective⁴⁶.

Les « problèmes » sont bien connus des praticiens. La « bancabilité » des projets⁴⁷ suppose des mécanismes qui ne posent aucune difficulté en droit civil⁴⁸ mais sont précisément rendus impossibles par des dispositions précises du droit des marchés

⁴² En dépit des dernières directives, voy. pour plus de détails, A.L. DURVIAUX, *op.cit.*, titre II, chap. 7 et conclusions générales.

⁴³ Pour un pense-bête (l'expression est de l'auteur) des dispositions applicables aux marchés publics de promotion, voy., P. THIEL, « Contrat portant simultanément sur le financement et la réalisation : le marché de promotion », *Mouv. Com.*, 2005, pp. 285-292.

⁴⁴ A. DELVAUX, FR. MOÏSES, « Partenariat Public-Privé et champ d'application de la réglementation des marchés publics », *op. cit.*, spéc. pp. 64-67.

⁴⁵ Dans lequel, il est délicat de s'engager...

⁴⁶ A. DELVAUX, FR. MOÏSES, « Partenariat Public-Privé et champ d'application de la réglementation des marchés publics », *op. cit.*, spéc. pp. 64-67.

⁴⁷ Exprimé plus simplement, les banques n'acceptent de financer que si certaines conditions sont présentes.

⁴⁸ Par ex., la cession de créance avec un renoncement à opposer certaines exceptions.

publics qui figent, en quelque sorte, une « certaine » répartition des risques, celle qui est considérée comme acceptable dans l'ordre juridique belge⁴⁹. À vrai dire, les « problèmes » mis avant résultent plus de l'approche des risques par les banques que de la réglementation, dont le souci reste principalement la protection de l'intérêt général. Ils révèlent, en creux, toutes les limites des formules dites de « partenariats », la prise de risque étant une formule séduisante dans l'ordre des idées mais nécessairement limitée dans l'ordre de faits.

Ces problèmes, et d'autres, comme la question de l'octroi des droits réels sur le domaine public⁵⁰, illustrent une difficulté plus générale du système juridique belge, qui semble évoluer avec les savoirs dominants ambiants⁵¹, tout en restant emprunt d'une approche traditionnelle de l'action publique. Or, faire coexister, pour les besoins d'un projet, des contraintes qui résultent des législations protectrices de l'intérêt général qui encadrent l'action publique avec celles issues de législations censées s'appliquer à des particuliers et des entreprises, est une tâche souvent impossible dans la rédaction d'un ou de plusieurs contrats nécessaires à la réalisation de certains investissements.

10. **Les « transactions immobilières » initiées par des pouvoirs publics au bénéfice de tiers.** Le marché de promotion porte, dit-on, sur le financement et la réalisation (et, éventuellement, la conception) de travaux⁵² (et ou de fournitures). Sans ambiguïté, le marché de promotion a pour objet la construction d'un bâtiment soit pour l'usage propre du pouvoir adjudicateur, soit pour des tiers (par rapport aux parties contractuelles)⁵³. Dans la deuxième hypothèse, la promotion peut impliquer soit la vente à un tiers, soit la location. La

⁴⁹ Par ex., les art. 17 et 27 de l'A.R. du 26 sept. 1996 contenant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (dit RGE) en matière de promotion ou les art. du RGE relatifs aux concessions qui déterminent notamment les indemnités en cas de rupture anticipée, parfois pour faute.

⁵⁰ Ou l'organisation concrète d'une copropriété entre des fonds « publics » et des fonds privés, par ex., la construction de logements privés sur une dalle qui surplombe des parkings souterrains privés.

⁵¹ Les Partenariats Publics Privés sont ainsi inscrits dans de nombreuses politiques comme un moyen que le système juridique n'organise que très partiellement.

⁵² Art. 9 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

⁵³ Art. 12 à 14 de l'A.R. du 26 sept. 1996 contenant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (RGE).

réglementation exige que les conditions que doivent remplir ces « tiers » doivent être précisées dans le cahier spécial des charges.

Ces conditions, déterminées par le pouvoir adjudicateur, participent-elles à la définition de la notion de marché public de promotion ? À notre sens, il est impossible, sur base des textes et de leur interprétation jurisprudentielle, de répondre par la négative. La technique d'interprétation fonctionnelle parasite toute tentative de concrétisation, qui se solderait par une telle limite de la notion de marché public.

Dans l'hypothèse de la vente à des tiers, il n'est pas évident de savoir si la réglementation belge exige un paiement étalé sur un minimum de dix ans du prix de vente pour être qualifié de promotion. À vrai dire, il n'est pas certain, compte tenu des conditions généralement consenties à des particuliers, pour l'octroi de prêt hypothécaire pour l'acquisition de logement, que la formule du financement par un professionnel de l'immobilier se révèle intéressante sous l'angle économique. Il n'est guère plus aisé de déterminer, à la lecture des dispositions réglementaires, dans quelle mesure, dans cette formule de promotion impliquant la vente à des tiers, la réglementation belge impose un paiement étalé au minimum sur dix ans *par* un pouvoir adjudicateur.

Ces questions ne sont pas purement académiques.

En effet, en fonction des réponses, dépend l'application des dispositions en matière de promotion de travaux à des transactions immobilières, certes initiées par des pouvoirs adjudicateurs, qui se limiteraient à mettre à disposition d'un promoteur (public ou privé) un terrain en vue de réaliser des bâtiments destinés à des tiers (qui peuvent être définis de manière plus ou moins générale ou par référence à certaines réglementations selon une interprétation stricte⁵⁴ - ou non identifiés, dans une interprétation large⁵⁵).

Imaginons que des réponses négatives soient apportées à ces questions dans l'hypothèse du marché public de promotion, il n'en reste pas moins que de telles opérations sont susceptibles de rentrer dans l'expression « faire réaliser un ouvrage qui répond à des

⁵⁴ Peu probable dans l'état actuel du droit.

⁵⁵ Systématiquement privilégiée dans l'interprétation du droit des marchés publics (européen ou belge).

besoins exprimés » par le pouvoir adjudicateur et dès lors d'être qualifiées de marché public de travaux.

Malheureusement, les clauses relatives à l'exécution des marchés publics sont conçues pour certains contrats particuliers dont elles figent les risques transférés de manière inadéquate pour ce genre d'opérations⁵⁶.

11. **Le « véhicule » d'une structure sociétaire.** Il ne fait plus guère de doute que la création d'une structure dont le capital appartient à des entreprises privées et à des pouvoirs publics est, de la même manière, potentiellement concernée par le droit des marchés publics⁵⁷.

Il en est ainsi lorsque la constitution d'une société peut être considérée comme le moyen de « faire réaliser un ouvrage répondant à des besoins précisés » par un pouvoir adjudicateur.

Cette solution ne surprend guère lorsque la société apparaît comme un élément « étranger » à l'économie du projet, par exemple parce que dans les faits, le « partenaire » public, par des conventions annexes, assume juridiquement l'essentiel du financement alors que le partenaire privé se voit confier l'exécution des travaux.

Mais qu'en est-il lorsque l'objet de la société est la construction de(s) bâtiment(s) ou d'ouvrage(s) (éventuellement, accompagnée de leur exploitation) ?

Quelles conséquences peut-on raisonnablement tirer de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat de Belgique, certes, siégeant en référé, qui s'est clairement avancé dans la direction de l'application du droit des marchés publics à un projet dont le « véhicule » était une société d'économie mixte ?

La section législation du Conseil d'Etat ne semble pas percevoir les conséquences pratiques de cette option en matière de qualification qui pourrait être plus radicale qu'il n'y paraît. Elle évoque, à diverses reprises, dans son avis rendu sur le projet de loi de

⁵⁶ *Infra*, pour un raisonnement analogue, les développements sur le « véhicule » sociétaire.

⁵⁷ F. MOÏSES ET J-FR. JAMINET, « Partenariat Public-Privé et logements en Région wallonne », *Mouv. Com.*, 2006, pp. 262-273 et pp. 323-335, spéc. 271, Conseil d'Etat, Intradel, n° 145.163, du 30 mai 2005.

transposition des directives du 31 mars 2004, le « contrat d'entreprise » pour caractériser le « marché public ». Cette évocation est logique car le cahier général contient, dans ses dispositions relatives aux marchés publics, essentiellement, des clauses usuelles dans les contrats d'entreprise.

Mais elle débouche sur une impasse dans l'hypothèse de la société : quelle que soit la créativité des juristes, les clauses d'un contrat d'entreprise ne ressemblent en rien à celles d'un contrat de société et la rédaction d'un groupe de conventions est délicate à concevoir dans une perspective de standardisation (pourtant indispensable à l'organisation d'une mise en concurrence).

Or, si des dérogations au cahier général des charges⁵⁸ sont possibles, quoi que souvent considérées avec méfiance par les cours et tribunaux, une inapplication intégrale du cahier général des charges n'est pas envisagée par le droit belge des marchés publics.

12. La maîtrise foncière. Sans surprise, toute entité ou personne qui veut faire construire un bâtiment ou un ouvrage se pose nécessairement la question du lieu. Sans surprise non plus⁵⁹, la plupart des sociétés actives dans l'immobilier (promoteur, entrepreneur, etc.) investissent dans l'achat de biens existants et de terrains. Le pouvoir adjudicateur ne dispose pas toujours des terrains situés idéalement pour la réalisation des investissements immobiliers qu'il envisage.

La question du site est souvent cruciale, sachant que les immeubles sont nécessairement implantés à un endroit particulier, il était un peu simpliste de considérer que l'exclusion du champ d'application de la directive service de « l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens »⁶⁰ suffisait à clarifier les choses alors qu'existait une définition des travaux aussi large.

Il ne semble pas « réaliste », dans des Etats membres et dans l'Union européenne, qui ont adopté une économie de marché dont la liberté d'entreprendre et le droit de propriété constituent deux piliers

⁵⁸ Art. 3 du « RGE ».

⁵⁹ A l'exception de la presse à sensation...

⁶⁰ *Supra*, introduction.

fondamentaux, d'imposer aux pouvoirs publics la voie de l'expropriation d'un professionnel immobilier pour disposer d'un site qui peut alors être remis en compétition pour les besoins d'un investissement.

Il est cependant regrettable que ni le droit dérivé, ni le législateur belge n'aient prévu une hypothèse de procédure négociée qui soit clairement applicable à cette situation. En effet, comme les hypothèses de procédures négociées doivent être interprétées strictement en droit dérivé et en droit interne⁶¹, à nouveau, la prise de décision légale est délicate à défaut d'un encadrement législatif pertinent.

L'art. 17, §2, 1°, f qui autorise la procédure négociée sans publicité, dans l'hypothèse où « les travaux, les fournitures ou les services, ne peuvent en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de service déterminé » est parfois avancé comme base juridique lorsqu'un terrain ou un bien appartient à une entreprise pour passer directement un marché de travaux (de construction ou de rénovation) avec elle⁶².

La solution, certes commode, n'est guère convaincante sans autre précision. La propriété d'un terrain ou d'un bien ne présente aucune spécificité technique ou artistique. Elle implique, sans doute, le droit de jouir de la manière la plus absolue qui soit du bien, mais cette jouissance n'est garantie que moyennant les exceptions prévues par la loi. Or, la loi a précisément prévu des procédures d'expropriation pour cause d'intérêt général.

Il semble indispensable, d'établir, par des investigations préalables et des éléments de faits et de droit précis, que le terrain ou le bien en lui-même est absolument indispensable par rapport à l'investissement public envisagé.

13. **Les opérations immobilières « mixtes ».** Il existe des hypothèses dans lesquelles les investissements sur un site particulier sont consentis à la fois par des pouvoirs publics et par des entreprises

⁶¹ Principe qui pourrait recevoir des nuances importantes lorsque la procédure négociée est accompagnée à la fois de mesures de publicité et d'un cahier des charges comportant des critères de sélection et d'attribution clairement pondérés.

⁶² F. MOÏSES ET J-FR. JAMINET, « Partenariat Public-Privé et logements en Région wallonne », *op. cit.*, spéc. p. 329.

privées (parfois pour les besoins de tiers), notamment dans ce qu'il est convenu d'appeler, « l'urbanisme opérationnel »⁶³.

Une des caractéristique principale de ce type de projet est souvent d'être littéralement « porté » par des hommes, en ce sens que la réalisation effective est liée notamment à la maîtrise foncière du site, à l'octroi de subsides diverses et souvent à des implantations commerciales : sans prises de contacts, entreprises de séduction diverses et usuelles dans le monde des « affaires », il n'existerait pas.

Aussi longues que soient les approches informelles, à un moment donné du projet, celui-ci va impliquer la conclusion de conventions et l'adoption d'actes unilatéraux. En excluant même les difficultés opérationnelles liées à la définition potentielle de marché public de travaux pour des transactions initiées par des pouvoirs publics destinés à des tiers, comment assurer le respect effectif de l'égalité de traitement, de la transparence, etc. dans pareil projet ?

Suffit-il d'invoquer ultérieurement l'existence d'une convention de revitalisation, l'importance relative des investissements privés pour conclure un marché de gré à gré (car le montage nécessairement itératif en pratique de ces projets impliquera, la plupart du temps, la réalisation concrète d'un marché public de travaux) avec une entreprise particulière ?⁶⁴

Pour que cette interprétation de l'art. 17, §2, 1^o, f, ait quelque chance d'être reçue, ne faut-il pas, à nouveau, que le choix initial du partenaire à la convention de revitalisation ait été opéré après une certaine mise en concurrence, dans les paradigmes concurrentiel et égalitaire dominants ? A nouveau, le déficit d'encadrement législatif laisse les gouvernants seuls face à leurs juges.

⁶³ Revitalisation.

⁶⁴ F. MOÏSES ET J-FR. JAMINET, « Partenariat Public-Privé et logements en Région wallonne », *op. cit.*, spéc. p. 329.

En guise de conclusions,

14. **En toute humilité.** Le malaise grandissant de nombreux fonctionnaires et mandataires politiques confrontés à la passation de marchés publics et de transactions immobilières plus ou moins complexes est de plus en plus perceptible.

Le droit dérivé des marchés publics et le droit national le transposant contiennent tant d'approximations qu'il est devenu quasiment impossible, aujourd'hui, de mener une procédure de passation qui ne contienne pas des éléments susceptibles d'être censurés par une juridiction au nom soit d'une interprétation fonctionnelle des concepts, soit au nom de principes généraux qui modifient la portée d'une règle précise de comportement⁶⁵.

15. **Des pistes de solutions.** Paradoxalement, il n'est guère aisé, en dépit des formules devenues sacramentelles, de faire coexister un paradigme concurrentiel et égalitaire dans la passation des marchés publics et singulièrement dans le cadre de toute transaction qui se noue entre des pouvoirs publics et des entreprises privées.

Du point de vue du concept en droit dérivé, il n'est guère possible, à la fois, d'étendre à l'excès une notion de marché public à passer selon des modalités précises et rigides et de promouvoir, à la fois, l'application de principes généraux de transparence et d'égalité à toute transaction qui n'est pas un marché public, sans définir de manière précise les critères de qualification du marché public.

Sur ce point, le droit dérivé ne peut faire l'économie d'une réforme fondamentale. Les actes juridiques qu'il est possible d'identifier à l'occasion des transactions usuelles passées par des pouvoirs publics ne sont pas infinis.

En droit belge, l'option de transposition est, certes, la plus aisée, puisqu'en recopiant le texte des directives, la prise de risque est minimale. Cette dernière est simplement reportée sur les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises.

⁶⁵ Une certaine idée de la transparence impliquait déjà une obligation de pondération systématique des critères d'attribution lorsqu'elle n'était pas prévue par les textes. Aujourd'hui que le texte prévoit la pondération, n'impose-t-elle pas la formalisation du système de cotation ?

Du point de vue des mécanismes de passation (en droit dérivé et en droit belge), il est indispensable de développer une approche spécifique en fonction du type de transaction : un contrat particulier (entreprise ou vente) avec paiement d'un prix (denier public), un contrat avec plusieurs objets ou un groupe de contrats, un système de financement autre que le paiement d'un prix constitue des situations objectives qui impliquent des modalités de mises en concurrence différentes. Dans la première hypothèse, les modalités peuvent être plus strictes, dans les autres, si elles ne sont pas plus souples et ne permettent pas une mise au point séquentielle des projets, elles sont un obstacle à la mise au point équilibrée d'un projet.

Surtout, il importe d'intégrer deux aspects à la mise en concurrence : concevoir la protection de l'initiative privée (elle ne l'est pas dans les faits) et clarifier les modalités acceptables de mises en concurrence pour les projets immobiliers pour lesquels la maîtrise foncière n'est pas publique.

Du point de vue de l'exécution en droit belge, il serait peut-être utile, dans la mesure où la notion de marché public est entendue largement, de prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de formaliser des contrats adaptés au projet (qui ne sont pas nécessairement des contrats d'entreprises) et, dès lors, de s'écarter entièrement du CGC.