
MARCHÉS PUBLICS, CONCESSIONS ET PPP, QUALIFICATIONS ET QUESTION DE RISQUE

STÉPHANE RIXHON



RÉSUMÉ

Le droit européen des marchés publics et des concessions, tout comme le SEC 2010 (système européen des comptes) font tous deux références à différents types de contrats : contrat de marché public, contrat de concession, ou encore partenariat public-privé.

Pendant, ces contrats ne recouvrent pas tout à fait les mêmes réalités selon que l'on se trouve dans l'un ou l'autre régime. Les deux premières parties de cette publication s'attacheront à un travail de définition et de délimitation du périmètre de ces différentes notions, d'abord dans le régime du droit européen des marchés publics, ensuite dans le SEC 2010.

Dans une dernière partie, nous nous attarderons sur la notion de risque dans les contrats administratifs. Apparue récemment, elle est assez évanescence et ses contours flous la rendent difficile à appréhender. Elle est pourtant à présent centrale dans la qualification et le classement des différents contrats susmentionnés, et cela pour les deux régimes.

SAMENVATTING

Het Europees recht inzake overheidsopdrachten en concessies, alsook het ESR 2010 (Europees systeem van rekeningen), verwijzen beide naar verschillende soorten contracten : overheidsopdracht, concessieovereenkomst of publiek-private samenwerking.

Niettemin hebben deze contracten niet exact dezelfde strekking, al naargelang men onder het ene of het andere stelsel valt. De eerste twee delen van deze publicatie richten zich op het definiëren en afbakenen van de grenzen van deze verschillende begrippen, eerst in het stelsel van het Europees recht inzake overheidsopdrachten en vervolgens in het ESR 2010.

In het laatste deel wordt ingegaan op het begrip risico in administratieve contracten. Dit laatste is recentelijk verschenen en is vrij vluchtig en niet duidelijk afgelijnd waardoor het moeilijk te vatten is. Het begrip staat nu echter voor beide stelsels centraal in de kwalificatie en classificatie van de verschillende bovengenoemde contracten.



Introduction

1. La presse se fait l'écho très régulièrement de montages contractuels réalisés par les pouvoirs publics avec des partenaires privés, soit pour les critiquer en bloc¹, soit pour jeter un doute sur leur légalité ou la rationalité économique de l'opération.² On conviendra que la complexité des montages proposés dépasse parfois l'entendement et n'est pas toujours utile à la réalisation du projet souhaité.³

La présente publication s'intéressera d'abord aux exigences liées à l'attribution des contrats publics, principalement les marchés publics et les concessions, ce qui imposera de faire un détour par le droit européen des marchés publics et des concessions mais aussi de revenir aux origines de la réglementation des contrats publics. Les partenariats public-privé et certains contrats de droit privé feront aussi l'objet d'un bref examen au regard des exigences posées par le droit européen.

Dans une deuxième partie, c'est l'instrument statistique SEC 2010 qui fera l'objet des développements. Ce « système européen des comptes » est un outil méconnu mais largement utilisé pour classer les actifs liés aux différents contrats publics et déterminer s'ils grèveront ou non les comptes publics. A noter qu'il s'agit là d'un sujet commenté par la presse généraliste.⁴

La lecture de ces deux parties devrait laisser le juriste perplexe puisqu'il constatera qu'au sein du même ordonnancement juridique (l'Union européenne), coexistent deux systèmes qui semblent traiter de la même question (les contrats publics) et paraissent utiliser les mêmes outils (les marchés publics, les concessions, les PPP, la notion de risque) mais sont en réalité distincts et presque imperméables l'un à l'autre.

Dans la troisième et dernière partie, nous reviendront donc sur la notion de risque au sein des contrats publics. On découvrira toutefois vite qu'elle laisse également subsister une insécurité juridique préjudiciable à la fois aux pouvoirs publics et aux opérateurs économiques qui contractent avec ces derniers.

1 Ex. : le Nouvel Obs., « Finissons-en avec les PPP, ces boulets que l'Etat s'accroche au pied », 2016, <https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-economie/20141103.RUE6472/finissons-en-avec-les-ppp-ces-boulets-que-l-etat-s-accroche-au-pied.html>.

2 Bx1, « Un milliard d'euros pour la prison de Haren : Haren Observatory demande des explications au fédéral », 2018, <https://bx1.be/bruxelles-ville/milliard-deuros-prison-de-haren-haren-observatory-demande-explications-federal> consulté en ligne le 5 février 2020 ; La Libre Belgique, « Un marché public à 30 000 € qui en coûtera 900 000 à la société de logement "Toit et moi" », 2016, <https://www.lalibre.be/belgique/un-marche-public-a-30-000-qui-en-couterait-900-000-a-la-societe-de-logement-toit-et-moi-57c5b9f735709333b7f5b2a7>.

3 Comme le rappellent R. POLLET et K. E. MORIC dans l'introduction du *Manuel pratique des partenariats public-privé constructifs en Région wallonne*, éd. 2010, en ligne.

4 Par exemple : « La polémique sur la dette wallonne n'a pas d'impact sur le niveau de la dette belge », Sudinfo, 2014, <https://www.sudinfo.be/art/904216/article/actualite/l-info-en-continu/2014-01-16/la-polemique-sur-la-dette-wallonne-n-a-pas-d-impact-sur-le-niveau-de-la-de> consulté en ligne le 5 février 2020.

I. L'attribution des contrats de commande publique

§ 1. Les objectifs du droit de la commande publique

2. La commande publique est initialement réglementée, en Belgique, par la loi du 15 mai 1846 « *–sur la comptabilité de l'Etat* », laquelle prévoit que les marchés publics sont passés « *–avec concurrence, publicité et forfait* ». Dans cette législation du XIX^e siècle, l'objectif prioritaire était de préserver les finances publiques, parfois même au détriment de la qualité du travail à fournir.⁵

3. La procédure évolue considérablement avec la loi du 4 mars 1963. La doctrine remarque alors que « (l)e recours à la concurrence n'a d'ailleurs nullement pour objet unique d'obtenir le prix le plus bas. La valeur technique des travaux ou des matériels, leur exacte adaptation aux besoins, la durée et la continuité des services à en attendre, le coût d'exploitation des équipements ou installations, la sécurité qu'ils offrent à leurs usagers, sont des éléments d'un choix dont la pertinence n'est parfois appréciable qu'à terme et dont la justification n'est pas seulement financière mais économique ».⁶

Cette nouvelle législation déplace donc le curseur, en mettant en avant la nécessité d'un travail bien fait, plutôt que la simple recherche du moins coûtant.

4. La réglementation de l'attribution des marchés publics va ensuite s'euro-péaniser. Les instances européennes remarquent, en effet, que la commande publique représente, d'un point de vue macroéconomique, un poste considérable en matière de création de richesses. Le volume des contrats de commande publique constitue ainsi un pourcentage important du produit intérieur brut des Etats des Communautés européennes.⁷ La Commission européenne souligne, à cet égard, que le domaine est « *–encore marqué par la tendance des autorités responsables de réserver les achats et les contrats à leur propre pays. Ce fractionnement continu des marchés nationaux est un des obstacles les plus évidents à la réalisation d'un authentique marché intérieur* ».⁸ Le site Internet de la Commission européenne indique à ce sujet que :

« Les commandes de travaux, de biens ou de services par les autorités publiques, dans le cadre de la passation de marchés publics, ont une grande importance économique, puisqu'elles représentent près de 20% du PIB de l'Union européenne (UE). Divers éléments des marchés publics, tels que les procédures de

5 M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 8.

6 M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 15.

7 En ce sens : A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 30.

8 COM 85, *l'Achèvement du marché intérieur*, 1985, p. 23.

publication d'appels d'offres, sont réglementés afin d'en garantir la transparence, l'efficacité et le bon fonctionnement ».⁹

Le fractionnement des marchés publics faisant obstacle à l'instauration du marché intérieur, il fallait prévoir l'instauration d'une procédure qui permettrait de garantir aux opérateurs économiques une chance égale d'accéder à ces précieux contrats, sans qu'une entrave liée à la nationalité de l'entreprise ne puisse lui être opposée pour lui refuser un marché. En outre, d'après la Commission « Il faut également garder à l'esprit que la transparence des pratiques d'attribution de marchés constitue un rempart incontestable contre la corruption et le favoritisme ».¹⁰

L'objectif principal de la législation européenne de la commande publique est donc, essentiellement, de garantir aux opérateurs économiques européens un égal accès, non-discriminatoire, aux marchés publics, par la mise en œuvre d'une procédure d'attribution transparente.

§ 2. Le droit de la commande publique à l'heure actuelle

5. Le droit européen des marchés publics et des concessions est, aujourd'hui, inscrit pour l'essentiel dans la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 « sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE », la directive 2014/25/UE (pour les secteurs spéciaux), la directive 2014/23/UE (sur les contrats de concession) et la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 « modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics ».

Ces réglementations encadrent principalement la question de l'*attribution* des contrats et les éventuels recours nécessaires pour en préserver l'effectivité. L'exécution des contrats est donc laissée à la discrétion des Etats.¹¹ Cela est logique, eu égard à l'objectif du droit européen de la commande publique, à savoir, préserver l'égalité de traitement entre les soumissionnaires européens (cf. *supra*).

Notons aussi que les directives ne s'intéressent qu'aux contrats d'importance intracommunautaire, dont le caractère est attesté par le dépassement d'un certain seuil de *valeur estimée* du marché.¹²

9 https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/_archives/2014/07/performance_per_policy_area/public_procurement/index_fr.htm consulté en ligne le 14 janvier 2020.

10 COMMUNICATION INTERPRÉTATIVE DE LA COMMISSION relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (2006/C 179/02).

11 On mentionnera toutefois l'existence de quelques règles relatives à la sous-traitance, qui visent à limiter le dumping social, et un grand nombre de règles fixant les questions de modifications du contrat en cours de son exécution. Cependant, cette dernière question ressort en réalité de l'attribution des marchés publics puisqu'une modification trop importante du contrat en cours doit s'interpréter comme une nouvelle attribution. Le même principe est réservé à des contrats dont la durée dépasserait les limites raisonnables : C.J.U.E, 9 mars 2006 (Commission c/ Espagne), aff. C-323/03. L'idée est toujours la même : empêcher que les ressources de l'Etat ne soient octroyées au mépris de l'égalité de traitement des opérateurs économiques.

12 Jusqu'au 31 décembre 2019, ces seuils sont de 5.548.000 euros (MP travaux), 144.000 euros (autres MP, centraux), 221.000 euros (autres MP sous-centraux) dans les secteurs classiques, 5.548.000 eu-

6. Par ailleurs, la prégnance de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne doit être soulignée. Au cours des années 2000, la Cour de Justice a ainsi étendu le champ d'application du droit de la commande publique en se fondant sur le droit primaire issu des traités européens. Seront d'abord visées les concessions de travaux et de services publics¹³ pour lesquelles le droit dérivé de la commande publique fixe désormais les grandes lignes du régime juridique.¹⁴ D'autres formes d'accords, par exemple ceux portant sur des concessions domaniales¹⁵, sur des autorisations réglementaires¹⁶ ou encore sur l'octroi de droits exclusifs par la négociation collective¹⁷ semblent relever désormais sur le champ du droit de la commande publique. A tout le moins, l'attribution des avantages concédés par ces actes est-elle soumise aux principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence. D'un droit réglementant l'attribution de la commande publique, on passe ainsi à un droit qui encadre l'attribution de toute ressource publique. On remarque toutefois qu'une plus grande souplesse est laissée aux entités publiques pour attribuer les contrats qui ne relèvent pas du champ de la législation sur les marchés publics au sens strict.¹⁸

7. Les règles les plus importantes du droit positif belge en la matière sont les suivantes. La loi du 17 juin 2016 relative aux Marchés publics celle de la même date, relative aux Contrats de concession, la loi du 17 juin 2013 « *relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions* », les arrêtés royaux relatifs à la passation (le principal est celui du 18 avril 2017, dans le secteur classique) et enfin, l'arrêté royal du 14 janvier 2013 « *établissant les règles générales d'exécution des marchés publics* », largement révisé en 2017.

ros (MP travaux) et 443.000 euros (autres MP) dans les secteurs spéciaux, 5.548.000 euros pour les concessions, le tout HTVA. Ensuite, ils sont légèrement réduits à partir du 1^{er} janvier 2020, à

– 5.350.000 euros HTVA pour les marchés de travaux ;

– 139 000 euros pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux ;

– 214 000 euros pour les marchés de fournitures et services des autres pouvoirs adjudicateurs et pour les pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux dans le domaine de la défense ;

– 428 000 euros pour les marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et services de défense ou de sécurité ;

– 5 350 000 euros pour les marchés de travaux et les contrats de concessions.

13 C.J.U.E., 18 novembre 1999 (Unitron), aff. C-275/98 ; C.J.U.E., 7 décembre 2000 (Telaustria), aff. C-324/98 ; C.J.U.E., 21 juillet 2005 (Coname), aff. C-231/03 ; C.J.U.E., 13 octobre 2005 (Parking Brixen), aff. C-458/03 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008 (Coditel Brabant), aff. C-324/07 ; C.J.U.E., 13 avril 2010 (Wall AG), aff. C-91/08.

14 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, mentionnée ci-dessus.

15 C.J.U.E., 14 juillet 2016 (Promoimpresa), aff. C-458/14 et C-67/15 ; P. TEERLINCK et R. GHERGHINARU, « Arrêt Promoimpresa de la CJUE : une nouvelle approche des concessions domaniales », in *Chronique des marchés publics, 2016-2017*, EBP, pp. 383-402.

16 C.J.U.E., 3 juin 2010 (Sporting Exchange), aff. C-203/08.

17 J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert-il une mise en concurrence ? », in Coll., *Actualité en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7-28.

18 Sur les règles qui gouvernent l'attribution de ces contrats, voy. : G. ERVYN et E. WAUTERS, « Quelle concurrence pour les contrats publics exclus de la loi sur les marchés publics », *Chroniques des marchés publics, 2016-2017*, EBP, 2017, pp. 275-302.

Cette réglementation belge couvre tous les types de marchés publics, en ce compris ceux situés en-dessous des seuils européens, ainsi que certaines concessions de services ou de travaux. Tant l'attribution que l'exécution de ces contrats font l'objet d'un corpus de règles très élaborées, surtout pour ce qui concerne les marchés publics, qui suivent le prescrit européen, lorsqu'il existe.¹⁹

En droit belge, l'attribution des contrats ou de ressources qui ne sont pas formellement visés par ces textes reste soumise aux principes généraux du droit, en ce compris les principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité, tels qu'inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution.²⁰ Ces principes ne vont toutefois pas jusqu'à imposer de procédure d'adjudication ou de publicité préalable telles que prescrites par le droit européen. Le Conseil d'Etat l'a rappelé à propos d'un contrat de vente immobilière :

« aucune disposition légale n'impose aux communes de recourir à une procédure d'adjudication publique ou restreinte pour la vente des biens immeubles qui leur appartiennent, ni de procéder à une publicité (...) »

*Le principe constitutionnel d'égalité n'implique pas, à défaut de disposition légale, que les communes seraient tenues de recourir à l'adjudication publique ou restreinte pour aliéner leurs biens immobiliers ou de procéder systématiquement à une publicité ; que toutefois, lorsqu'il adopte une telle décision d'aliénation, le conseil communal doit le faire en tenant compte de l'ensemble des éléments du dossier et dans le respect du principe d'égalité ».*²¹

Si des règles existent donc pour l'attribution de tout contrat, celles-ci sont plus ou moins souples en fonction du champ réglementaire qui les gouvernent (principalement : droit de l'Union européenne ou simplement principes généraux du droit belge).

§ 3. Qualification juridique de quelques contrats et importance de la notion de risque

8. On exposera d'abord ce qu'il faut entendre par la qualification juridique d'un contrat (A). Ensuite, on examinera les contrats de concession et les marchés publics (B), avant de passer en revue quelques autres conventions (C).

A. Qu'est-ce qu'une qualification juridique ?

9. De manière imagée, « *[l']a qualification est au juriste ce que le diagnostic est au médecin* ». ²²

D'après le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu, la qualification est « *[l']opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique,*

19 C'est-à-dire surtout en matière d'attribution, cf. *supra*.

20 Notamment : G. ERVYN et E. WAUTERS, « Quelle concurrence pour les contrats publics exclus de la loi sur les marchés publics », *op. cit.*, pp. 286-287.

21 C.E., n° 239.913 du 20 novembre 2017.

22 P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 277, citant Philippe Malinvaud.

consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement ».

La qualification juridique est également, selon J. Chevallier, la troisième étape du raisonnement juridique²³, qui vient après la question de l'établissement des faits et de leur appréciation. La première étape déterminerait ainsi *quels faits* peuvent être pris en compte pour fonder le raisonnement juridique ; la deuxième étape serait relative à la *mise en forme* de ces faits, à leur première coloration ou articulation mentale, sans encore leur attacher une étiquette juridique définitive qui, elle, fait l'objet de la troisième étape : la qualification.²⁴

Pour qu'il puisse y avoir qualification, il faut aussi que, préalablement à cette opération concrète, la loi ou la réglementation ait créé une catégorie abstraite à laquelle le fait examiné viendrait se rattacher, parce qu'il en remplirait les caractéristiques.²⁵ Une norme préalable²⁶ doit donc avoir créé une catégorie juridique générale et abstraite, qui sera utilisée ensuite pour qualifier en droit une situation.

10. En matière contractuelle, le Code civil crée la catégorie générale des contrats et leur attache un régime juridique particulier (articles 1101 et suivants du Code civil). Il fait également référence à un certain nombre de contrats « *nommés* » (le contrat de vente, de bail, de mandat, etc.) qu'on appelle aussi contrats « *spéciaux* » et on a déjà entr'aperçu que le droit européen des marchés publics définit un certain nombre de contrats publics particuliers.²⁷ Tous ces concepts juridiques permettront de qualifier ensuite les conventions qui seront conclues.

Ainsi, en matière contractuelle, « l'opération de qualification consiste donc à apprécier si une convention conclue par les parties partage (ou non) les traits caractéristiques, essentiels, d'un contrat nommé et si, dès lors, un régime juridique spécifique peut (droit supplétif) ou doit (droit impératif) lui être appliqué ».²⁸

B. Les marchés publics et les contrats de concession

11. Les marchés publics sont les contrats administratifs les plus encadrés par les règles de droit (nationales et européennes). Les contrats de concession sont,

23 J. CHEVALLIER, « Remarques sur les utilisations par le juge de ses informations personnelles », *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, pp. 16-18.

24 St. RIXHON, « Le fait en cassation administrative. Établissement, appréciation, qualification et politique jurisprudentielle du Conseil d'État », *R.F.D.L.*, 2014, pp. 395 et 409.

25 P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 277.

26 Ou à tout le moins rétroactive.

27 On rappelle toutefois que le droit de l'Union européenne est gouverné par un principe d'effet utile et d'interprétation fonctionnelle de ses concepts, de sorte que la notion de contrat au sens national du terme ne correspond pas forcément au contrat en droit européen : A.-L. DURVIAUX, « Les opérations immobilières « publiques » et les contraintes du droit européen des marchés et des concessions », in A. VANDEBURIE et B. KOHL, *Travaux publics, acquisitions et locations immobilières par l'Administration*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 16.

28 B. KOHL, *Contrats, matières approfondies, syllabus*, Université de Liège, 2017-2018, p. 65.

quant à eux, les nouveaux venus du droit dérivés de la commande publique, leur régime européen ayant été dégagé par la Cour de Justice (cf. *supra*). La distinction entre ces deux types de convention relève exclusivement du droit de l'Union européenne.²⁹ Ces « contrats de concession » ne doivent pas être confondus avec les concessions domaniales, ni même avec les concessions de service public, qui sont des conventions traditionnelles en droit national, mais ne sont pas visés par des dispositions de droit dérivé.³⁰ Le régime juridique de ces dernières conventions sera examiné dans la suite de l'exposé.

Par deux lois du 17 juin 2016, le législateur belge a transposé les directives « *marchés publics* » et « *contrats de concession* » de 2014.³¹

12. Le marché public est défini à l'article 2, 17° de la loi du 17 juin 2016 « *relative aux marchés publics* » comme :

*« le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ».*³²

Le marché public est donc d'abord un contrat à titre onéreux. Cette notion de « contrat » est autonome au droit de l'Union européenne et vise toute relation entre l'opérateur économique et l'adjudicateur, en ce compris certaines relations résultant de l'octroi d'un acte unilatéral de l'autorité.³³

Ce contrat doit être conclu par un ou plusieurs adjudicateurs. Cette notion, définie à l'article 2 des lois du 17 juin 2016, correspond *grosso modo* à celle de « pouvoirs publics », sans toutefois se confondre avec les personnes morales de droit public ou les autorités administratives. Elle comprend en effet également de nombreuses personnes de droit privé subventionnées ou poursuivant un objectif d'intérêt général.³⁴ C'est sur l'adjudicateur que pèse l'obligation de mise en concurrence³⁵, ce dernier commettant une faute au sens de l'article 1382 du Code civil s'il se dispense d'ouvrir son marché.³⁶

29 C.J.U.E., 18 juillet 2007 (Commission/Italie), aff. C-382/05 ; C.J.U.E., 15 octobre 2009 (Acoset), C-196/08 ; C.J.U.E., 10 mars 2011 (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler), aff. C-274/09.

30 Ils font toutefois l'objet d'une réglementation par le droit primaire de l'Union européenne pour autant qu'ils remplissent le critère d'extranéité nécessaire, cf. *supra*.

31 Mentionnés ci-dessus.

32 L'article 2, 5° de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 prévoit, en outre, que ce contrat est conclu par écrit.

33 P. ex. : une charge d'urbanisme peut être qualifiée de contrat : C.J.U.E., 12 juillet 2001 (Ordine degli Architetti e.a.), aff. C-399/98.

34 Voy. p. ex. : B. CAMBIER, P. LAGASSE et A. PATERNOSTRE, « Le champ d'application personnel et matériel de la nouvelle loi sur les marchés publics », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, dir. S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR, pp. 49-80 ; P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP*, Tome 1, 2018, Kluwer, Limal, 2017, pp.117-142.

35 Une obligation subsidiaire dans la mise en concurrence pèse toutefois également sur le partenaire économique : cf. Bruxelles, 23 novembre 2011, cité in Th. CAMBIER et R. QUINTIN, « les exigences de bonne administration et de bonne citoyenneté », in *Les principes généraux du droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 81.

36 P. ex. : Civ. Liège div. Liège du 24 octobre 2019, 18/670/A ; Civ. Liège div. Liège du 14 février 2019, 17/3753/A ; Liège du 25 avril 2019, 18/1356/A ; Hainaut, div. Charleroi du 19 juin 2019, 17/3931/A, inédits.

Son cocontractant est un opérateur économique. Cette notion est, une nouvelle fois, très large et peut même englober de nombreux pouvoirs publics³⁷, qui se retrouvent alors cocontractants de l'administration. Ainsi, une asbl largement contrôlée par les pouvoirs publics mais disposant d'une fraction de capitaux privés sera en principe considérée comme un opérateur économique.

L'objet d'un marché public doit être déterminé ; il doit porter sur l'exécution de travaux, la fourniture de produits et/ou la prestation de services. Là aussi, la directive utilise des concepts très largement interprétés. Toutefois, certains services particuliers sont exclus par l'article 10 des directives marchés publics et concessions³⁸, comme les contrats de travail ou les contrats de vente ou de location immobilière.

Soulignons que le marché public peut être « mixte ». Dans ce cas, il porte à la fois sur des travaux, des services ou des fournitures ; la distinction entre les trois types de marchés est importante puisque la qualification conditionne l'application de certaines dispositions spécifiques de la loi et de la directive.³⁹ On ne s'intéressera toutefois pas ici à ces différences.

13. Les **contrats de concession** sont, quant à eux, définis à l'article 2, 7° a et b de la loi du 17 juin 2016 « relative aux contrats de concession ».

Il existe des concessions de services et des concessions de travaux. Il n'y a toutefois pas de concession qui porterait sur la livraison de fourniture, comme cela est possible en matière de marchés publics. A part cela, les définitions données par la loi aux contrats de concession sont semblables à celle du marché public, à ceci près qu'elle ajoute que « la contrepartie [de la prestation du concessionnaire] consist[e] soit uniquement dans le droit d'exploiter (les ouvrages ou les services) qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ».

L'article 2, 7°, alinéa 2 précise aussi que :

« L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».

14. A lire cette définition, les marchés publics et les contrats de concession seraient donc relativement semblables et la qualification d'une opération en l'une ou l'autre forme résulterait donc de la contrepartie du contrat : si celle-ci

37 Cf. P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP*, op. cit., pp. 143-150.

38 Cf. les articles 28 (marchés) et 6 (concessions) des lois du 17 juin 2016.

39 Notamment, les seuils de publicité européenne sont très différents, cf. *supra*.

consiste uniquement dans le droit d'exploiter le service ou l'ouvrage, ou dans ce droit accompagné d'un prix, on aurait affaire à un contrat de concession alors que dans le marché public, il y a « une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire ». ⁴⁰ La jurisprudence précise toutefois depuis longtemps qu'« une absence de transfert des risques liés à la prestation du service en cause, et le fait que le service soit rémunéré par l'administration sanitaire espagnole » ⁴¹ fait de la convention un marché public.

La Cour de Justice précise que : « si le mode de rémunération est l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, il ressort, en outre, de la jurisprudence que la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question. L'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services (voir, notamment, arrêt *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, précité, point 26) ». ⁴²

15. Ainsi, sur base de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, telle que consolidée dans la directive 2014 et reprise dans la loi du 17 juin 2016, il semble que **le seul élément qui différencie encore véritablement le marché public du contrat de concession, c'est le transfert du risque d'exploitation**. ⁴³ Dès lors, si le contrat ayant pour objet la réalisation de travaux ou la prestation de services répond aux conditions pour être qualifié de marché public, encore faudrait-il vérifier qui, de l'adjudicateur ou de l'opérateur économique, assume véritablement le risque d'exploitation. Dans un marché public, c'est le pouvoir adjudicateur qui assume seul le risque d'exploitation. Comme l'a d'ailleurs exposé le Conseil d'Etat « le critère déterminant pour qualifier une concession réside dans le transfert du risque d'exploitation (au concessionnaire, qui) peut être limité, ainsi que l'indique le considérant 19 (de la directive) en ces termes : "le fait que le risque soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession. Tel peut être le cas, par exemple, dans les secteurs disposant de tarifs réglementés ou lorsque le risque d'exploitation est limité par les arrangements contractuels prévoyant une compensation partielle" ». ⁴⁴

Le Conseil d'Etat précise également, dans cet arrêt, que :

« Il s'ensuit que pour être conforme à la définition donnée par le législateur européen, l'interprétation du concept de concession doit être corrélée à l'existence d'un risque lié à l'exploitation des services fournis et trouvant son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. A première vue,

40 En ce sens : C.J.U.E., 10 septembre 2009 (*Eurawasser*), aff. C-206/08.

41 C.J.U.E., 25 octobre 2005 (*Contse SA et a.*), aff. C-234/03.

42 C.J.U.E., 10 mars 2011 (*Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*), aff. C-274/09.

43 C.J.U.E., 13 novembre 2008 (*Commission/Italie*), aff. C-347/07, pts. 30 et 31 ; C.J.U.E., 25 mars 2010 (*Helmut Muller*), aff. C-451/08, pt. 75 ou encore E. ERVYN, « Le droit d'exploiter ou quand le marché public devient une concession », *Chroniques des marchés publics 2011-2012*, Bruxelles, EBP, pp. 238-247.

44 C.E., n° 237.379 du 14 février 2017.

le risque ainsi circonscrit ne tient donc pas à des aléas de gestion inhérents à tout contrat, mais à l'exploitation même du service, en fonction des variations de l'offre et de la demande. Dans les limites d'un examen mené dans le cadre de l'extrême urgence, il apparaît, dès lors, que la ligne de démarcation entre la concession et le marché puisse être située essentiellement au niveau de la distinction entre les notions de prestation et d'exploitation. Ainsi, à la différence d'un prestataire de service dans le cadre d'un marché public, le concessionnaire ne se limite pas à fournir un service, mais il l'« exploite », c'est-à-dire qu'après l'avoir mis sur pied, il le « gère », en assure la délivrance dans le temps et assume le risque lié aux fluctuations de l'offre, de la demande, ou des deux, pour ce service ».

Le Conseil d'Etat confirme, ainsi, que la différence entre un marché public et une concession est que dans le second cas, l'objet du contrat – travaux ou services – est exploité, ou géré, par l'opérateur économique, lequel en assume les risques.

16. En droit européen des marchés publics et des concessions, le mode de rémunération de l'opérateur économique ou la personne qui verse cette rémunération ne sont donc plus des critères déterminants pour distinguer le marché public du contrat de concession. La question de savoir qui paie le service n'est, en réalité, qu'une manière de déterminer qui assume véritablement le risque d'exploitation. De même, la question de la durée du contrat n'est pas fondamentale pour différencier le marché public du contrat de concession, pas plus que l'ampleur des travaux projetés, la rentabilité du projet ou le fait que la conclusion du contrat conduise le partenaire économique à gérer un service public.

La qualification retenue par les parties n'emporte pas non plus de conséquence définitive sur celle que retiendra le juge saisi d'un litige. En droit belge, la Cour de cassation considère qu'il revient au juge de vérifier les qualifications des contrats attribuées par les parties et, au besoin, de les requalifier.⁴⁵ La Cour de cassation peut ensuite contrôler la qualification retenue par le juge du fond.⁴⁶ Il ne suffit donc pas de qualifier le contrat que l'on conclut de « commodat » pour faire échapper la législation spéciale applicable aux contrats de bail. Encore faut-il que les traits concrets et effectifs que l'on a donnés à la convention ne soient pas incompatibles avec la qualification qu'on a tenté de lui donner, sous peine de risquer une requalification.

Comme les tribunaux belges, la Cour de Justice n'hésite pas à considérer qu'un contrat qui aurait été qualifié erronément par les parties en contrat de concession, doit être requalifié en marché public. Ce faisant, cela entraînerait la possibilité de sanctionner l'absence de mise en concurrence régulière qui aurait été appliquée à l'attribution de ce contrat.

Une concession domaniale assortie de charges peut être requalifiée en marché public de services.⁴⁷ Un contrat de société peut, dans certaines circonstances,

45 B. KOHL, *Contrats, matières approfondies, op. cit.*, pp. 69-71.

46 Cass., 19 mai 2005, *R.C.J.B.*, 2008, p. 377, note de J. VAN MEERBEECK.

47 S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2006, pp. 360-362 ; A.-L. DURVIAUX, « Les opérations immobilières « publiques » et les contraintes

être requalifié en marché public.⁴⁸ La Cour de Justice a encore considéré qu'un mandat pouvait constituer le fait générateur de l'application des directives sur les marchés publics.⁴⁹ Dans toutes ces situations, pour que la convention ait été conclue de manière régulière, il fallait donc lui appliquer les règles de mise en concurrence des marchés publics.

En cas de violation des règles de publicité, de transparence et d'égalité, la jurisprudence tend désormais à considérer que la sanction à appliquer à la convention est celle de la nullité absolue⁵⁰, ce qui signifie que toute partie intéressée pourrait demander que le contrat litigieux soit considéré comme n'ayant jamais existé !

C. Qualification d'autres conventions

Outre les contrats de concession et les marchés publics, il est intéressant d'examiner le régime juridique de l'attribution des Partenariats publics-privés (alinéa 1^{er}) et de divers contrats portant sur la jouissance d'une chose (alinéa 2). L'attribution de ces conventions est à la fois proche et éloignée de ce qui se fait dans le droit européen des marchés publics et des concessions, de plus, ces développements seront également très utiles lorsque seront examinés les contrats dans le régime du SEC 2010 (cf. *infra*).

Alinéa 1 : Le partenariat public-privé (PPP)

17. Le droit européen des marchés publics et des concessions ne reconnaît pas formellement les partenariats public-privé. Autrement dit, un contrat ne peut pas être qualifié de PPP au sens du droit européen, ce qui n'empêche pas qu'une attention toute particulière lui soit réservée par les institutions européennes. Ainsi, la Commission a publié un Livre Vert, dans lequel on apprend que le PPP représente une forme « de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service ».⁵¹

Selon la Commission, quatre éléments caractérisent un PPP : la durée relativement longue de la relation, le mode de financement du projet, le rôle important de l'opérateur économique et la répartition ou le partage des risques.

du droit européen des marchés et des concessions », in A. VANDEBURIE et B. KOHL, *Travaux publics, acquisitions et locations immobilières par l'Administration*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 18-19 ; Liège, 23 avril 2019, RG 2017/RG/1030.

48 A.-L. DURVIAUX, « Les opérations immobilières « publiques » et les contraintes du droit européen des marchés et des concessions », in A. VANDEBURIE et B. KOHL, *Travaux publics, acquisitions et locations immobilières par l'Administration*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 20-21.

49 C.J.U.E., 12 juillet 2001 (Ordine degli Architetti), aff. C-399/98 et critique A.-L. DURVIAUX, « Les opérations immobilières « publiques » et les contraintes du droit européen des marchés et des concessions », in A. VANDEBURIE et B. KOHL, *Travaux publics, acquisitions et locations immobilières par l'Administration*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 24-26.

50 Bruxelles, 23 novembre 2011, MCP, 2013, liv.1, p. 133 ; Bruxelles, 28 décembre 2013, J.T., 2014, liv. 6550, p. 96. A notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est toutefois pas encore positionnée sur cette question.

51 Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, en ligne, p. 3.

La Commission rappelle aussi que les contrats de PPP répondent bien souvent à la qualification de marchés publics au sens des directives.

18. La Commission distingue encore les PPP institutionnalisés, des PPP simplement contractuels.⁵²

Le PPP simplement contractuel est composé d'un ou plusieurs marchés publics ou concessions destinés à mettre en œuvre un projet plus vaste, d'assez long terme. La passation de chaque contrat de cette opération globale nécessite une mise en concurrence conforme à sa nature. Ce qu'on appelle ici « PPP » est donc simplement la juxtaposition de ces contrats, dans le but de réaliser une opération plus complexe.

Le PPP institutionnalisé implique, quant à lui, « la mise en place d'une entité détenue conjointement par le partenaire public et le partenaire privé »⁵³, à savoir, très souvent, une personne morale spécialement créée pour gérer l'activité, et dédiée au projet, qui lui est donc attribué.

Cette forme de coopération peut poser des problèmes pratiques au regard du droit des marchés publics et des concessions puisque la sélection de l'entreprise qui sera invitée à participer à la création de la personne juridique tierce, destinée à mettre en œuvre le projet de PPP, devra faire l'objet d'une première mise en concurrence formelle. Ensuite, une nouvelle mise en concurrence devra être mise en œuvre si le pouvoir adjudicateur initial souhaite confier le projet à l'entreprise dédiée. En effet, si cette dernière est composée de capitaux en partie privés, elle ne tombe pas dans le champ d'exception de l'« *in house* »⁵⁴, de telle sorte qu'elle ne peut se voir confier des missions par un pouvoir public, sans mise en concurrence préalable. Dès lors, l'entreprise dédiée pourrait ne pas se voir attribuer le projet pour lequel elle a spécialement été créée, par exemple parce qu'elle serait moins bien placée qu'un autre opérateur économique dans le cadre de cette seconde mise en concurrence. La création de cette personne morale dédiée perdrait donc tout son sens, de même que la première mise en concurrence, destinée à choisir l'associé du pouvoir public dans le projet de PPP.

La Commission européenne a jugé cette situation problématique⁵⁵ et a été suivie par la Cour de Justice, conformément à « *ce que le bon sens commandait* »⁵⁶, qui a jugé que :

« le recours à une double procédure de mise en concurrence serait difficilement compatible avec l'économie procédurale qui inspire les partenariats public-privé institutionnalisés, tels que celui en cause au principal, dont la mise en place réunit en une seule démarche le choix d'un partenaire économique privé

52 Livre vert, *Ibid.*, p. 8.

53 Livre vert, *op. cit.*, p. 18.

54 Aujourd'hui, l'article 30 de la loi du 17 juin 2016 « *relative aux marchés publics* ».

55 Communication interprétative de la commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), C(2007) 6661 du 5 février 2008.

56 D. YERNAULT, *L'Etat et la propriété*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 850.

*et l'attribution de la concession à l'entité à capital mixte à créer à cette seule fin ».*⁵⁷

En résumé, les contrats nécessaires à la réalisation de PPP sont en principe soumis à la législation sur les marchés publics ou, à tout le moins, doivent faire l'objet d'une attribution respectant les principes de non-discrimination et de transparence. Ils n'ont toutefois pas un régime spécifique au regard de cette réglementation. Dit autrement, il ne s'agit pas de contrats nommés au sens du droit européen des marchés publics et des concessions.

Alinéa 2 : Les contrats conférant la jouissance d'une chose

19. Parmi les contrats voisins des marchés publics et des contrats de concession, on trouve ceux relatifs à la jouissance d'une chose : le commodat, le bail, le bail emphytéotique, la superficie ou encore la concession domaniale.

Toutes ces conventions sont qualifiées par les directives de « marchés publics » ou de « contrats de concession » de services ayant pour objet « l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens ». Elles sont toutefois formellement exclues du champ d'application desdites directives (article 10 des deux directives).

Parmi ces contrats de mise en jouissance d'une chose, on s'intéressera particulièrement à la concession domaniale. Elle se définit comme :

*« un contrat administratif par lequel l'autorité concédante permet à un usager d'occuper une parcelle du domaine public à titre exclusif et à temps, mais de façon précaire et révocable ».*⁵⁸

Il s'agit donc d'une sorte de convention de location portant sur une portion du domaine public. Pour rappel, « un bien appartient au domaine public lorsque, par une décision expresse ou tacite de l'autorité compétente, il est affecté à l'usage de tous ou à un service public ».⁵⁹

Un contrat de droit privé (par exemple le bail commercial) peut d'ailleurs être requalifié par le juge en concession domaniale s'il porte sur une portion du domaine public.⁶⁰

20. L'attention est attirée sur la concession domaniale puisqu'un marché public ou un contrat de concession, surtout si son objet concerne la réalisation

57 C.J.U.E., 15 octobre 2009 (*Acoset SpA*), aff. C-196/08 ; ég. C.J.U.E., 13 avril 2010 (*Wall AG*), aff. C-91/08.

58 M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 1050-1051, repris par C.E., n° 208,354 du 21 octobre 2010.

59 Cass., 15 mars 2018, F.16.0141.N. Cette définition du domaine public est remarquable puisque la Cour de cassation semble enfin assouplir sa jurisprudence antérieure, laquelle refusait de reconnaître le domaine public si le bien n'était pas affecté à l'usage de tous et non pas à un service public. La Cour de cassation avait toutefois déjà unifié le régime du domaine public et du domaine privé affecté à un service public dans son arrêt du 23 février 2018, F.16.0102.F, rendu en matière fiscale.

60 Bruxelles, 23 octobre 2013, RG 2011/AR/1912.

de travaux⁶¹, sera souvent exécuté sur une portion du domaine public. S'agit-il alors d'une convention de marché public ou d'un contrat de concession, ou encore d'une simple concession domaniale ? La question est d'importance puisque, dans les deux premiers cas, le droit européen des marchés publics et des concessions s'appliquera alors que, dans le deuxième cas, sauf application du droit primaire de l'Union européenne⁶², l'attribution de la convention dépendra du seul droit national, qui est en principe moins exigeant que le droit européen.

Le critère de distinction retenu est, dans ce cas, celui de la prestation principale et de celle qui n'est qu'accessoire.⁶³ Si la convention porte principalement sur la réalisation de travaux ou de services, il s'agit d'un marché public ou d'un contrat de concession. S'il s'agit d'un contrat qui porte principalement sur la location du domaine public, les éventuels services ou travaux complémentaires n'étant qu'un simple accessoire, alors il s'agit d'une concession domaniale. De plus, il s'agira également d'une concession domaniale si le pouvoir public n'a pas exigé de travaux ou de prestations de services de son cocontractant mais qu'il lui laisse par exemple exploiter un commerce, selon ses propres règles ou envies. Autant dire que le critère est sujet à interprétation et présente assez peu de garanties en termes de sécurité juridique.⁶⁴ Enfin, c'est important, le risque d'exploitation n'entre en principe pas en ligne de compte pour déterminer si le contrat est une concession domaniale ou un marché public/contrat de concession.

Les autres contrats de droit privé qui portent sur la jouissance d'une chose seront qualifiés de la même manière que la concession domaniale, tantôt requalifiés en marché public/contrat de concession, tantôt confirmés dans leur qualification initiale.

61 Mais pas seulement : des contrats de paiement de stationnement d'emplacements de parking sont souvent qualifiés de marchés de services ou de concessions domaniales.

62 Par exemple, si le contrat présente un intérêt transfrontière.

63 G. ERVYN, « Égalité, non-discrimination et transparence dans l'attribution des concessions domaniales », *Chronique des marchés publics 2015-2016*, éd. en ligne, p. 19.

64 L'idéal-type de cette insécurité juridique peut s'illustrer dans le contentieux qui oppose les fournisseurs de mobiliers urbains. Ces contrats permettent, habituellement, à un opérateur économique de poser du mobilier urbain sur la voirie publique (par exemple : des poubelles, des abris-bus...). L'opérateur économique se rémunère tantôt en posant des publicités sur ses mobiliers, sur des murs qui sont concédés par les pouvoirs publics, tantôt directement par un paiement complémentaire du pouvoir public cocontractant. Très souvent toutefois, l'opérateur verse également une indemnité d'occupation du domaine public. Ces contrats sont tantôt qualifiés de concessions domaniales, de concessions de services ou de marchés publics de services. Ils donnent lieu à une très abondante jurisprudence belge et française : p. ex. C.E. fr., 25 mai 2018, Girod Média, n°416825 ; C.E. fr., 18 septembre 2017 ; C.E., n° 236.642 du 1er décembre 2016 ; C.E., n° 232.020 du 31 juillet 2015 ; C.E., n° 194.150 du 11 juin 2009... La qualification des contrats en cause dépend davantage des clauses concrètes de chacun d'eux, plutôt que de son intitulé. La qualification de ces contrats semble toutefois tenir plus d'un art divinatoire que de la rigueur scientifique.

II. Le classement des contrats dans le SEC 2010

§ 1. La comptabilité nationale et le système européen des comptes 2010

21. La comptabilité nationale « est une représentation quantifiée du fonctionnement et des résultats économiques d'une économie nationale. Cette quantification s'effectue en unités monétaires, en partant du système des prix qui réalise, dans une économie de marché, une certaine objectivation des valeurs. Elle est présentée dans un cadre comptable articulé rigoureux, défini à la fois par des relations comptables et par des relations économiques ». ⁶⁵

Des systèmes de références internationaux tels que le Système des comptes nationaux (SCN 2008⁶⁶) ou, pour ce qui nous occupe, le Système européen des comptes 2010 (SEC 2010)⁶⁷ transforment ce concept de la comptabilité nationale en un cadre normatif précis et complet, lequel dispose même d'une force obligatoire en droit européen.

Peu connu du grand public et même des juristes spécialisés en droit public (dans sa dissertation doctorale, Dimitri Yernault le qualifie de « parfait inconnu »⁶⁸), le SEC 2010 n'en a pas moins une importance considérable. En effet, ce SEC 2010 est utilisé pour mesurer, objectiver et in fine, limiter l'intervention publique dans l'économie, puisqu'il est utilisé pour déterminer le niveau de dette et de déficit publics des Etats membres de l'Union européenne (cf. *infra*). Il se justifie donc d'en présenter brièvement les contours.

22. Le SEC 2010 permet de dessiner une « économie totale » (c'est-à-dire celle d'une région, d'un pays ou d'un groupe de pays)⁶⁹ au travers des flux économiques (l'enregistrement des opérations dans le SEC 2010 se fait en droits constatés⁷⁰, qui correspondent approximativement aux droits et obligations juridiques⁷¹) produits par les différents agents sur le territoire (dénommés les unités institutionnelles).

65 <https://www.universalis.fr/encyclopedie/comptabilite-nationale/> consulté en ligne le 5 février 2020.

66 *Le système de comptabilité nationale 2008 (SCN 2008)*, 2013, en ligne, 751 p.

67 *Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010)*, 2013, en ligne, 762 p.

68 D. YERNAULT, *L'Etat et la propriété*, Bruxelles, *op. cit.*, p. 1.089.

69 *Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010)*, *op. cit.*, p. 1.

70 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 18.

71 L'article 8 de la loi du 22 mai 2003 « portant organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral » prévoit que « Un droit est constaté quand les conditions suivantes sont remplies :

1° son montant est déterminé de manière exacte ;

2° l'identité du débiteur ou du créancier est déterminable ;

3° l'obligation de payer existe ;

4° une pièce justificative est en possession du service concerné ». Cette définition n'est toutefois pas juridiquement contraignante pour les autorités qui ne dépendent pas de l'Etat fédéral.

Les agents sont regroupés dans cinq grands secteurs « *agrégés* » pour des questions macroéconomiques⁷², à savoir :

- Les sociétés non-financières (S.11) ;
- Les sociétés financières (S.12) ;
- Les administrations publiques (S.13) ;
- Les ménages (S.14) ;
- Les institutions sans but lucratif (S.15).⁷³

23. Le rôle initial d'une comptabilité nationale – en ce compris le SEC – est la *description* d'une « économie totale ». Toutefois, comme indiqué ci-dessus, cet ensemble statistique est également utilisé au niveau européen pour le calcul du déficit et de la dette publics des Etats membres.

D'un rôle simplement *descriptif*, le SEC prend alors la forme d'un système *prescriptif* de comportements, qui influence grandement les acteurs – au premier chef : les pouvoirs publics⁷⁴, particulièrement lorsqu'ils seront amenés à conclure des contrats complexes, comme des PPP.⁷⁵

§ 2. Cadre budgétaire européen

24. Le cadre budgétaire européen trouve sa source à l'article 126 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lequel dispose que : « Les États membres évitent les déficits publics excessifs ».

La suite de cette disposition prévoit une série d'obligations de rapportage d'informations et des manières d'en sanctionner le non-respect pour les Etats.⁷⁶

25. L'article premier du protocole n° 12 aux Traités européens « *sur la procédure concernant les déficits excessifs* » prévoit, quant à lui, que :

« Les valeurs de référence visées à l'article 126, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sont les suivantes :

- 3% pour le rapport entre le déficit public prévu ou effectif et le produit intérieur brut aux prix du marché ;

72 Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010), *op. cit.*, p. 33.

73 D. YERNAULT, *L'Etat et la propriété*, *op. cit.*, p. 1095.

74 D. PIRON, « Le traitement des partenariats public-privé dans le Système européen des comptes (SEC) : réflexions au regard du projet flamand « Scholen van Morgen », *R.F.R.L.*, 2015, pp. 311-328.

75 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, *op. cit.*, pp. 21-24.

76 Ces éléments ne sont pas analysés ici. Il est renvoyé aux monographies importantes sur ce thème, notamment : B. BAYENET, M. BOURGEOIS et D. DARTE, *Les finances et l'autonomie fiscale des entités fédérées après la sixième réforme de l'Etat, Précis des nouvelles règles de financement des Communautés et des Régions*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 635-741 ; P. RION et A. TORSCH, *Initiation au droit budgétaire et comptable des administrations publiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 31-45 ; K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, *op. cit.*, pp. 35-94 ; et pour une critique D. YERNAULT, *L'Etat et la propriété*, *op. cit.*, pp. 1089-1121.

- 60% pour le rapport entre la dette publique et le produit intérieur brut aux prix du marché ».

Ces deux données sont en fait ce qu'on qualifie traditionnellement de « critères de Maastricht ».

L'article 2 de ce protocole est plus explicite puisqu'il indique que :

- « À l'article 126 dudit traité et dans le présent protocole, on entend par :
- *public* : ce qui est relatif au gouvernement général, c'est-à-dire les administrations centrales, les autorités régionales ou locales et les fonds de sécurité sociale, à l'exclusion des opérations commerciales, telles que définies dans le système européen de comptes économiques intégrés ;
 - *déficit* : le besoin net de financement, tel que défini dans le système européen de comptes économiques intégrés ;
 - *investissement* : la formation brute de capital fixe, telle que définie dans le système européen de comptes économiques intégrés ;
 - *dette* : le total des dettes brutes, à leur valeur nominale, en cours à la fin de l'année et consolidées à l'intérieur des secteurs du gouvernement général tel qu'il est défini au premier tiret ». ⁷⁷

Toutes les notions budgétaires du traité renvoient donc directement vers le système européen des comptes (antérieurement, il s'agissait du SEC 95, devenu le SEC 2010).

Le Règlement (CE) 479/2009 du 25 mai 2009 « relatif à l'application du protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs annexé au traité instituant la Communauté européenne » est encore plus précis dans les définitions et termes comptables utilisés. Il est renvoyé, pour information, à l'article 1^{er} de ce règlement qui présente plusieurs définitions.

26. La dette et le déficit « *publics* » sont ceux des unités institutionnelles du secteur des administrations publiques (S.13) ⁷⁸ (cf., l'article 1^{er}, 2. du Règlement 479/2009). ⁷⁹

Cette notion d'« administrations publiques » est indépendante des considérations nationales et ne correspond ni aux « *autorités administratives* » telles que reprises à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ni aux adjudicateurs repris dans la loi du 17 juin 2016 « *relative aux marchés publics* » (cf. *supra*), ni encore aux personnes morales de droit public, dont la définition est dégagée de très longue date par la Cour de cassation belge. ⁸⁰

⁷⁷ Nous soulignons.

⁷⁸ Ce qui est moins large que le secteur public, qui comprend également les unités qui sont contrôlées par des unités institutionnelles classées dans le secteur des administrations publiques, « *même si elles ne sont pas classées dans le secteur statistique des administrations publiques en raison de leur activité marchande* », K. E. MORIC, PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public, op. cit., p. 192.

⁷⁹ K. E. MORIC, PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public, op. cit., p. 193.

⁸⁰ « une création de la puissance souveraine qui en lui confiant la personnalité civile, la dote d'un patrimoine distinct en vue d'un service public et des fins supérieures qu'il se propose d'atteindre » : Cass., 26 avril 1894, Pas., 1894, I, 188.

Une administration publique est d'abord, au sens du SEC 2010, une unité institutionnelle. Il s'agit d'« une entité économique caractérisée par une autonomie de décision dans l'exercice de sa fonction principale ».⁸¹ Cette autonomie de décision est appréciée *in concreto*, en examinant le contrôle éventuel qu'une unité supérieure exerce sur l'unité institutionnelle. Ainsi, l'approbation du contrôleur pour nommer ou révoquer un administrateur ou encore un mandat de celui-ci limité à une période de moins d'un an sont des signes d'absence d'autonomie de décision.⁸²

L'autonomie de décision est également examinée au regard de la liberté dont jouit l'unité pour exercer son activité (types de prestations librement déterminés, prix, engagement de personnel...)⁸³

A défaut d'autonomie, l'unité institutionnelle est regroupée de manière comptable à celle qui la contrôle et cela, même si l'entité contrôlée dispose d'une personnalité juridique en droit national.⁸⁴

A titre d'exemple, on pourrait mentionner le PPP institutionnel examiné précédemment. La mise en place de ce type de PPP exige la création d'une personne morale dédiée au projet et détenue par les acteurs clés de celui-ci, souvent privés et publics. Cette « *société d'économie mixte* » risque fort d'être classée, malgré sa personnalité juridique et malgré son financement en partie privé, comme une unité institutionnelle contrôlée par l'unité institutionnelle supérieure, à savoir le pouvoir public à l'initiative du PPP.⁸⁵

Enfin, la détermination de la dette publique et du déficit de l'Etat implique de regrouper toutes les unités institutionnelles des administrations publiques au sein du secteur des administrations publiques et d'additionner les dettes et déficits de ce secteur.

§ 3. Le contrôle du respect du SEC 2010

27. Dans sa dissertation doctorale, Damien Piron remarque que :

*« Au fil du temps et des controverses, les institutions communautaires se sont muées en centre de surveillance permanente de la politique budgétaire des États membres de l'Union européenne, et de la zone euro en particulier ».*⁸⁶

Eurostat, l'Office statistique européen y est décrit comme un véritable « panoptique » permettant la centralisation de cette surveillance. Mais de quoi s'agit-il exactement ?

81 *Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010)*, op. cit., p. 30.

82 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 179.

83 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 180.

84 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 180.

85 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 323-324.

86 D. PIRON, *Des Régions qui comptent. La reconfiguration néolibérale de la Belgique fédérale saisie par les finances publiques*, inédit, p. 233.

Emanation de la Commission européenne, Eurostat prend notamment des décisions « non pas pour apporter des modifications de la méthodologie du SEC, mais pour la mise en œuvre correcte des règles du SEC »⁸⁷ et effectue des visites aux Etats afin de s'assurer de l'effectivité et de l'intégrité des reportages budgétaires. Afin de pouvoir traiter l'importante quantité de données transmise par les Etats membres, Eurostat s'appuie sur les organes statistiques ou de contrôle nationaux des finances publiques : en Belgique, l'Institut des comptes nationaux (ICN) et la Cour des comptes.⁸⁸ Ses décisions, proposant la requalification de certaines opérations budgétaires (et qui conduisent habituellement à un accroissement du volume de la dette et du déficit publics⁸⁹) peuvent donc avoir un impact considérable sur la stabilité économique et la crédibilité d'un Etat.

28. Or, la Cour de Justice de l'Union européenne s'est, jusqu'ici, montrée très réticente à l'idée de remettre en cause les décisions d'Eurostat. Ainsi, la lettre d'éclaircissement d'Eurostat, qui informait l'institut espagnol de statistiques que la société Mintra devait être requalifiée en administration publique n'est pas un acte attaquant puisqu'elle ne ferait que proposer celle-ci, sans l'imposer.⁹⁰ N'a pas non plus été jugée susceptible de recours, la décision d'Eurostat de publier les données relatives au déficit et à la dette publics de l'Espagne, qui reprenait et confirmait ainsi l'analyse effectuée précédemment par l'institut de statistiques espagnol.⁹¹ La décision d'ouvrir une enquête concernant la manipulation des statistiques d'un Etat n'a, pas plus, été qualifiée d'acte attaquant.⁹² Ce n'est, selon le Tribunal statuant à cette occasion, que la décision du conseil de l'Union européenne d'infliger une amende, conformément à l'article 8 du règlement (UE) n° 1173/2011, qui pourra être attaquée.⁹³

La XVe chambre du Conseil d'Etat s'est, par contre, montrée plus ouverte quant à la possibilité d'introduire des recours contre les actes des instituts de statistiques. Ainsi, une société financière qui se voit classée dans le secteur des administrations publiques peut critiquer cette décision de l'ICN puisque « l'acte attaqué entraîne la classification de la requérante dans le secteur des administrations publiques déterminant pour les normes budgétaires imposées par le Traité de Maastricht, et, partant, l'application des règles européennes en matière de calcul du déficit et de la dette publics, ce qui aura un impact sur les mis-

87 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 62.

88 D. PIRON, *Des Régions qui comptent. La reconfiguration néolibérale de la Belgique fédérale saisie par les finances publiques*, ibid., p. 247.

89 Pour un exemple détaillé, voy. le cas de la dette de la Région wallonne : D. PIRON, *Des Régions qui comptent. La reconfiguration néolibérale de la Belgique fédérale saisie par les finances publiques*, ibid., pp. 240-270.

90 TPICE, 5 septembre 2006 (Comunidad autonoma de Madrid), T-148/05, Rec., p. II-6, commenté par K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 81-86.

91 TPICE, 12 juillet 2007 (Ayuntamiento de Madrid et Madrid Calle 30 SA c/ Commission), T-177/06, Rec., 2007, p. II-88, confirmé par la Cour de Justice, C-448/07 commentés par K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 87-89.

92 TUE, Ord. du 3 septembre 2015 (Espagne c/ Commission), aff. T-676/14.

93 Pour la critique de cette position : K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 92-94.

sions visées par ses statuts ».⁹⁴ Poursuivant son raisonnement, le Conseil d'Etat décide également que les conditions d'urgence sont remplies, à savoir, en l'espèce, « l'urgence invoquée à l'appui de la demande de suspension ne tient pas tellement en un préjudice financier qu'en une perte d'autonomie ; que, pour une institution qui a été conçue en dehors des services administratifs traditionnels, précisément en vue de disposer d'une autonomie de gestion, la perte de celle-ci présente des inconvénients qu'il peut raisonnablement être jugé urgent de prévenir ; que l'urgence invoquée à l'appui de la demande de suspension est établie ». Le Conseil d'Etat se livrera, dans cette décision, à une analyse assez pointue de la décision litigieuse, vérifiant notamment le respect de l'attribution des compétences d'Eurostat pour adopter des actes interprétatifs du SEC.⁹⁵

Si un recours juridictionnel reste donc envisageable face aux décisions des offices statistiques, celui-ci sera relativement limité et, en ce qui concerne les avis d'Eurostat lui-même, probablement voué au rejet. La jurisprudence reste toutefois encore à écrire et le Conseil d'Etat a rendu quelques arrêts prometteurs sur cette question.

§ 4. Classement hors bilan

29. La question qui cristallise habituellement le débat autour du SEC 2010 est de savoir si une dépense des pouvoirs publics doit, ou non, être comptabilisée dans le déficit et la dette de ce dernier. Dans l'affirmative, la capacité de financer d'autres projets se réduit d'autant, puisque les ressources de l'Etat sont limitées et qu'il doit, au regard des critères de Maastricht examinés plus haut, surveiller tant son déficit public que sa dette publique. La question prend évidemment tout son sens lorsqu'une opération est conclue avec un opérateur privé : s'agira-t-il de grever les comptes du secteur des administrations publiques ou d'un autre secteur ?⁹⁶

On parlera ainsi d'une opération consolidante dans le cas où l'actif nécessaire à la réalisation d'un contrat - par exemple, l'achat d'un bien immobilier - doit être enregistré dans le patrimoine des pouvoirs publics et d'une opération « déconsolidante » ou « hors bilan » si tel n'est pas le cas. Dans le premier cas, « le partenaire public doit reconnaître immédiatement dans ses comptes l'investissement réalisé et la dette associée ». Dans le second cas, « le partenaire public ne reconnaît dans ses comptes que ses dépenses au fur et à mesure du paiement du loyer, de la redevance. Lorsque les actifs sont classés comme actifs publics, les dépenses initiales en capital, relatives aux actifs, seront enregistrées

94 C.E., n° 237.109 du 20 janvier 2017.

95 Dans le même sens : C.E., n° 238.519 du 14 juin 2017 ; ou encore C.E., 232.249 du 17 septembre 2015 qui rejette la demande de suspension après un examen pointu de la décision litigieuse mais l'arrêt C.E., n° 242.487 du 28 septembre 2018 sursoit à statuer au fond et pose une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne afin de s'assurer de la conformité du raisonnement adopté par la partie adverse au sujet de la dépendance d'un organisme financier. La réponse de la Cour de Justice a été donnée par son arrêt du 3 octobre 2019 (Fonds du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale SCRL), aff. C-632/18, adverse au sujet de la dépendance d'un organisme financier.

96 Un secteur privé, voire un secteur d'entreprises publiques, ce qui n'a pas d'impact pour le déficit et la dette des Etats.

comme formation de capital fixe des administrations publiques, avec un impact négatif sur le déficit/ excédent public ».⁹⁷

30. Pour pouvoir parler d'opération consolidante ou « déconsolidante », encore faut-il que la convention soit conclue entre une ou plusieurs unités institutionnelles qui relèvent du secteur des administrations publiques, d'une part, et entre une ou plusieurs unités institutionnelles qui relèvent d'un autre secteur. Ainsi, si le contrat est 100% public et non marchand, il faudra évidemment imputer l'actif dans les comptes des administrations publiques. S'il est totalement privé, le contrat, ses bénéfices et ses pertes seront enregistrés dans un autre compte que celui des administrations publiques.

Par contre, si le contrat est conclu entre une administration publique et une unité qui ne relève pas de ce secteur, il faut examiner qui devra inscrire l'actif à l'origine du contrat dans ses comptes. Il faut donc préciser la notion d'unité institutionnelle qui relève des administrations publiques. On a vu, ci-dessus, comment déterminer ce qui peut être qualifié d'unité institutionnelle. Pour que celle-ci fasse partie des unités institutionnelles qui relèvent du secteur des administrations publiques, elle doit, en outre, être contrôlée par une administration publique, sinon elle sera classée dans un autre secteur. Enfin, elle doit être un producteur non-marchand, sinon elle sera considérée comme une société publique et non une administration publique.⁹⁸ Or, le niveau d'endettement de ces sociétés publiques n'a pas d'impact sur le calcul de la dette et du déficit publics.

La notion de « contrôle » s'entend comme « la capacité de déterminer la politique générale ou la stratégie d'une unité institutionnelle ».⁹⁹ Sont considérés comme des indicateurs de contrôle, par exemple, la possession d'une majorité des votes, le droit de nommer ou révoquer les administrateurs ou encore la possession de *golden shares*.¹⁰⁰

La notion d'activité marchande exige que l'unité institutionnelle réalise la totalité ou l'essentiel de sa production à des « prix économiquement significatifs », c'est-à-dire que la majorité des coûts de production sont couverts par les produits de ventes.¹⁰¹ Ce critère « quantitatif » doit être complété par un critère « qualitatif », à savoir, celui de savoir avec quelles unités institutionnelles les ventes sont principalement réalisées : si les ventes sont principalement réalisées avec les sociétés ou les ménages, le prix est présumé significatif. Au contraire, si les ventes sont principalement réalisées avec des administrations publiques, le prix ne sera pas considéré comme économiquement significatif

97 J.-F. HUSSON, A. DESSOY, A. ANTOINE, O. DUBOIS et a., « SEC95 Implication pour les pouvoirs locaux », p. 38.

98 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 197. Sur ces questions, voy ég. C.J.U.E., 3 octobre 2019 (Fonds du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale SCRL), aff. C-632/18.

99 *Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010)*, op. cit., 1.36, p. 9.

100 V. en détails : K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 199-204.

101 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 207-208.

sauf si une concurrence existe malgré tout sur le marché en question. Enfin, les ventes peuvent être réalisées tantôt avec le privé, tantôt avec le public et, dans ce cas, l'examen concret de l'état du marché (concurrentiel ou non, avec la présence d'autres opérateurs économiques susceptibles de fournir le même service) pourrait être déterminant.¹⁰² On signalera qu'une unité du secteur privé est présumée fournir des prestations à des prix économiquement significatifs, ce qui n'est pas le cas des unités qui ressortent du secteur public.¹⁰³

Une fois ces éléments identifiés, on doit déterminer, dans le cadre d'une convention particulière, si l'investissement initial nécessaire à la mise en place de ce contrat doit être classé dans le compte des administrations publiques ou non. Pour ce faire, une analyse des risques liés à la convention devra être réalisée, comme on l'examine ci-dessous.

§ 5. Typologie des contrats dans le SEC 2010

31. Le SEC 2010 définit les contrats comme :

*« des arrangements concernant les conditions dans lesquelles des biens, des services et des actifs sont fournis au client ».*¹⁰⁴

On trouve ainsi en guise de « contrat » complexe¹⁰⁵, la location, le crédit-bail, la location de ressources, le permis d'utiliser des ressources naturelles, le permis d'entreprendre une activité particulière, le PPP, le contrat de concession de services, la licence d'exploitation transférable et le droit d'exclusivité sur des biens et services futurs.¹⁰⁶

Cette liste est propre au SEC 2010, elle regroupe des figures juridiques qualifiées en droit national d'actes unilatéraux ou d'actes bilatéraux et elle est indépendante des qualifications nationales.

32. Plus surprenant, la liste des contrats repris dans le SEC 2010 ne correspond pas du tout aux contrats concernés par le droit européen des marchés publics et des concessions.¹⁰⁷ Le marché public n'est même pas mentionné dans le SEC 2010. A peine est-il évoqué par le *Manual on Government Deficit and Debt*¹⁰⁸,

102 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 208-216.

103 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 206.

104 *Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010)*, op. cit., p. 379.

105 Le caractère complexe d'un contrat semble être lié à sa durée d'exécution. Aucune des conventions mentionnées n'est de nature instantanée.

106 *Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010)*, op. cit., chapitre 15. pp. 379-387.

107 Qui plus est, la qualification d'un contrat en droit européen des marchés publics est autonome de la qualification dans le SEC 2010 : Eurostat et EPEC, *A guide to the Statistical Treatment of PPPs*, 2016, en ligne : https://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKewi0yrbMnpHIAhWKJFAKHQBAmcQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.eib.org%2Fattachments%2Fthematic%2Fepc_eurostat_statistical_guide_en.pdf&usq=AOvVaw17K2QhzQ1XMNPF PtWxKxEvy, consulté en ligne le 5 février 2020, p. 22. Et K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 231.

108 Le terme est cité à cinq reprises dans l'édition 2019 du manuel, qui compte 374 p. Des développements sont consacrés à ce contrat essentiellement au chapitre 6.3.1.

une sorte de guide explicatif des dispositions du SEC consacrées aux administrations publiques. Cela ne signifie évidemment pas que les marchés publics n'existent pas dans la comptabilité nationale, mais ce type de contrat recevra au cas par cas, en fonction de ses caractéristiques propres, l'une des qualifications évoquées ci-dessus dans le SEC 2010.¹⁰⁹ Cette situation peut surprendre au premier regard puisque l'ordonnancement juridique est le même (le droit de l'Union européenne) et la matière semble également similaire (les contrats administratifs). On comprend toutefois que les deux systèmes n'ont pas vocation à régir les mêmes problématiques (l'attribution respectueuse du droit de la concurrence d'une part, le classement des conventions et des actifs d'autre part), ce qui explique cette différence de typologies.

33. On s'attardera ici sur deux conventions mentionnées par le SEC 2010 : d'une part, le contrat de concession de services et, d'autre part, le Partenariat public-privé.

Le premier se définit, au regard du SEC 2010, comme une convention qui confère « à une société le droit exclusif de fournir certains services. Par exemple, dans le cas d'une concession de service public, une société privée conclut un accord avec l'administration publique pour obtenir le droit exclusif d'exploiter un service public (comme un réseau de distribution d'eau ou un péage d'auto-route), d'en assurer la maintenance et de réaliser des investissements pendant un certain nombre d'années. Les contrats de concession de services ne sont pas comptabilisés comme des actifs, dans la mesure où ils ne sont pas transférables ou qu'aucune valeur n'est réalisable au moyen d'un transfert ».¹¹⁰

Le PPP est, quant à lui, défini comme un contrat « de longue durée entre deux unités dans le cadre d[uel] une unité acquiert ou produit un actif ou un ensemble d'actifs, l'exploite pendant une période donnée, avant de le transférer à une autre unité. De tels contrats sont généralement conclus entre une entreprise privée et une administration publique, mais d'autres combinaisons sont possibles, par exemple une société publique peut être l'une des deux unités, ou encore une institution privée sans but lucratif peut être la seconde unité ».¹¹¹

Si ces deux conventions ont en commun qu'un actif important est nécessaire à la réalisation de leur objet – lequel actif sera exploité durant la vie du contrat – elles se différencient en ce que, selon Eurostat, dans le cadre des concessions, la majorité des revenus du concessionnaire provient des usagers finaux, alors que celle-ci provient directement de l'administration publique dans le cadre d'un PPP.¹¹² Soulignons déjà que la notion de concession de services en SEC 2010 est différente de celle d'un contrat de concession de services dans le droit européen des marchés publics.

109 *Manual on Government Deficit and Debt*, Ibid. et K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 240-242.

110 *Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010)*, op. cit., chapitre 15, p. 387.

111 *Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010)*, op. cit., *ibid.*

112 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 232 et s., spéc. p. 234.

On verra ci-dessous que la qualification d'un contrat en concession ou en PPP a un impact pour l'éventuel classement « *hors bilan* » ou non de ces contrats.

§ 6. La propriété économique

34. La pierre angulaire du classement des contrats dans le SEC 2010 (hors bilan ou non) consiste en l'identification du *propriétaire économique* des ressources qui y sont liées. Il est ainsi indiqué que :

*« Toutes les entités, qu'il s'agisse d'un bien ou d'un service, d'une ressource naturelle, d'un actif ou passif financier, ont à la fois un propriétaire légal et un propriétaire économique. Dans de nombreux cas, le propriétaire économique et le propriétaire légal ne sont qu'une seule et même personne. Si ce n'est pas le cas, le propriétaire légal transmet au propriétaire économique la responsabilité du risque impliqué par l'utilisation de l'entité dans le cadre d'une activité économique, en même temps que les avantages correspondants. En contrepartie, le propriétaire légal reçoit de la part du propriétaire économique des paiements pour un autre ensemble de risques et d'avantages ».*¹¹³

En matière de classification SEC, c'est donc bien « *la substance économique [qui] prime la forme juridique* ». ¹¹⁴

La règle est la suivante : si le propriétaire économique de l'actif lié au contrat est l'administration publique, la dette sera consolidée. Par contre, si le propriétaire économique n'est pas une administration publique, celle-ci sera hors bilan.

35. L'identification du propriétaire économique d'un actif n'est toutefois pas aisée à déterminer, surtout si le contrat analysé est complexe et dispose de multiples clauses qui opèrent un partage de risques entre les parties contractantes, comme ce sera très souvent le cas. C'est pourquoi le SEC 2010 et Eurostat dans son *Manual on Government Deficit and Debt* ont établi plusieurs critères ou indices permettant d'identifier le propriétaire économique de l'actif, celui qui en supporte le risque.

36. En ce qui concerne les contrats de concession de service et de PPP au sens du SEC 2010, retenons que le risque *de demande*¹¹⁵ est davantage transféré au cocontractant de l'administration publique dans le premier d'entre eux puisque, dans le second, c'est l'administration qui paie l'essentiel du service¹¹⁶ : dans ce cas, l'administration paie directement à son cocontractant la plupart des prestations que ce dernier livre aux usagers du service public. Cette différence justifie que les règles de classement soient distinctes dans l'un et l'autre contrat.

En ce qui concerne les concessions de services, Eurostat recommande de se fonder en priorité sur l'origine des revenus. Si la majorité des revenus de l'ex-

¹¹³ Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010), op. cit., p. 379.

¹¹⁴ K. E. MORIC, PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public, op. cit., p. 19.

¹¹⁵ C'est-à-dire, le risque consistant en une surévaluation de la demande de produits par les acheteurs.

¹¹⁶ K. E. MORIC, PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public, op. cit., p. 233 et p. 236.

exploitation ne provient pas de l'administration publique, ni directement, ni indirectement, on peut considérer que l'actif lié à la convention est « hors bilan ».

37. Toutefois, divers éléments peuvent contrarier cette première analyse : si l'administration publique a financé la majorité des travaux de construction ou de rénovation de l'actif, si elle a concédé une garantie inconditionnelle et à première demande¹¹⁷ pour plus de 50% de la dette contractée, si elle garantit un revenu minimum au concessionnaire ou encore si elle couvre l'inexécution du contrat dans l'hypothèse de la survenance d'un cas de force majeure, l'actif lié à la concession devrait être intégré dans le compte des administrations publiques.¹¹⁸

38. Dans les contrats de PPP, le classement hors bilan ou non de l'actif se base sur une typologie établie initialement par Eurostat dans sa communication du 11 février 2004 et reprise aujourd'hui dans le SEC 2010.¹¹⁹

On y distingue ainsi le risque lié à la construction, le risque lié à la disponibilité et le risque lié à la demande.

Le risque de construction couvre « notamment des événements comme la livraison tardive, le non-respect de normes spécifiées, les surcoûts, la déficience technique et les effets extérieurs négatifs. L'obligation de l'Etat de commencer à effectuer des paiements réguliers à un partenaire sans tenir compte de l'état effectif des actifs est la preuve que l'Etat supporte la majorité des risques de construction ».¹²⁰

Le risque de disponibilité est celui « dans lequel la responsabilité du partenaire est relativement évidente. Celui-ci peut ne pas être en mesure de livrer le volume contractuellement convenu ou de répondre, comme spécifié dans le contrat, aux normes de sécurité ou de certification publiques liées à la prestation de services aux utilisateurs finals. Ceci s'applique également lorsque le partenaire ne répond pas aux normes de qualité relatives à la prestation de services, requises dans le contrat et découlant d'un manque évident de « performance » du partenaire. L'Etat est réputé ne pas supporter un tel risque s'il lui est permis de réduire de façon significative (à titre de pénalité) ses paiements périodiques, comme tout « client normal » pourrait l'exiger dans un contrat commercial. Les paiements publics doivent dépendre du degré effectif de disponibilité fourni par le partenaire durant une certaine période de temps. Mais l'application des pénalités lorsque le partenaire fait défaut sur ses obligations de services doit être automatique et doit également avoir un effet important sur les recettes/profits du partenaire, et ne pas être purement « cosmétique » ou symbolique ».¹²¹

117 Et/ou un prix de transfert des actifs en fin de contrat.

118 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 236-240.

119 *Le système européen des comptes 2010 (SEC 2010)*, op. cit., p. 509.

120 « Nouvelle décision d'Eurostat sur le déficit et la dette : Traitement des partenariats public-privé », 11 février 2004, p. 2.

121 *Ibid.*

Le risque lié à la demande couvre « la variabilité de la demande (plus élevée ou plus faible qu'escomptée lors de la signature du contrat) lorsque celle-ci n'est pas imputable au comportement (gestion) du partenaire du secteur privé. Ce risque ne doit couvrir qu'une modification de la demande ne résultant pas d'une qualité inadéquate ou faible des services fournis par le partenaire ou d'une initiative modifiant la quantité/qualité des services fournis.

Il doit résulter d'autres facteurs, tels que le cycle économique, de nouvelles tendances du marché, la concurrence directe ou l'obsolescence technologique. Le gouvernement sera réputé assumer le risque lorsque celui-ci est obligé de garantir un niveau donné de paiement au partenaire indépendamment du niveau effectif de la demande exprimée par l'utilisateur final, rendant sans effet les fluctuations du niveau de la demande sur la rentabilité du partenaire. Toutefois, ceci ne s'applique pas lorsque l'évolution de la demande résulte d'une initiative gouvernementale évidente, telle que des décisions de toutes les unités des administrations publiques (et ainsi pas simplement de(s) l'unité(s) directement impliquée(s) dans le contrat) qui représentent un changement significatif de politique, ou du développement d'infrastructures directement concurrentielles construites sous mandat public ». ¹²²

Selon Eurostat, ces risques sont supposés appartenir à celui qui supporte la majorité des conséquences économiques, tant négatives que positives ¹²³ qui leur sont attachées et, pour autant que des dispositions contractuelles spécifiques du PPP ne rende pas artificielle le transfert du risque. ¹²⁴

39. L'actif lié au PPP sera la propriété économique du partenaire privé pour autant que celui-ci supporte le risque de construction et le risque lié à la demande ou le risque lié à la disponibilité. ¹²⁵

Cette apparente simplicité de l'énoncé cache en réalité de lourdes difficultés théoriques et pratiques qui justifient que Kim Eric MÖRIC consacre l'essentiel des développements de sa dissertation doctorale à ce sujet. ¹²⁶ Soulignons que les instituts nationaux de comptabilité et les juridictions comptables sont en première ligne pour examiner les clauses des contrats conclus par les administrations nationales, sous le contrôle d'Eurostat qui a développé la casuistique mentionnée plus haut et codifiée dans le *Manual on Government Deficit and Debt* et dans une note de clarification d'Eurostat sur le traitement statistique des contrats de PPP du 4 mars 2016. Ces outils ne permettent qu'imparfaitement de prévoir comment sera finalement classée une opération contractuelle, parfois très complexe et reposant sur de multiples documents et annexes. Une étude poussée de chaque convention s'avère en fait indispensable pour arriver

122 *Ibid.*, pp. 2-3.

123 A ce sujet, voy. La troisième partie de cette publication.

124 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 282. Par exemple, en accordant une garantie équivalente à la perte subie.

125 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., p. 282.

126 K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 282-484.

à prédire avec réalisme comment doit finalement s'analyser l'actif nécessaire à la réalisation de celle-ci. On comprendra donc qu'ici non plus, la sécurité juridique n'est pas pleinement assurée.

III. Le risque bien compris

40. Le chapitre se fonde principalement sur la dissertation doctorale de Thomas PEZ, consacrée au risque dans les contrats administratifs.¹²⁷ L'auteur s'y livre à une analyse minutieuse de la notion de risque, notamment en ce qu'elle sert à qualifier les contrats de concession et de marchés publics et examine également la question de la répartition de celui-ci dans les contrats de PPP.

On définira d'abord le risque dans les contrats administratifs (§ 1^{er}), on reviendra ensuite sur cette notion, en ce qu'elle permet de distinguer les contrats de concession des marchés publics (§ 2), puis sur le risque dans le classement des contrats au regard du SEC 2010 (§ 3). Enfin, on terminera ce chapitre en examinant cette notion sous l'angle de la sécurité juridique dans les contrats administratifs (§ 4).

§ 1. Définir le risque

41. L'auteur relève d'abord que le risque est une notion de plus en plus utilisée à propos des contrats administratifs mais qu'elle souffre d'un défaut de clarté qui la rend difficile à appréhender.¹²⁸ Il s'essaye donc à définir la notion au cours des premières pages de sa dissertation doctorale. Il commence par rapprocher le risque de l'aléa, l'« événement incertain » mentionné aux articles 1104 et 1964 du Code civil et qui est utilisé pour qualifier les contrats aléatoires.

42. Toutefois, il remarque que le risque reste quelque chose de prévisible, même s'il est incertain. Alors que l'aléa, quant à lui, est quelque chose d'incertain mais qui peut être tantôt prévisible, tantôt imprévisible.¹²⁹ En effet, « prendre le risque de » ou « s'exposer au risque de », c'est s'exposer à une incertitude, tout en étant conscient que l'élément incertain pourrait se produire – il reste donc prévisible.

A l'inverse, le cas fortuit ou le cas de force majeure vont au-delà du risque puisqu'ils résultent d'une situation imprévisible.¹³⁰ Pour rappel, la survenance d'un cas de force majeure ou d'un cas fortuit libère le débiteur d'une obligation contractuelle puisqu'elle rend l'exécution de celle-ci impossible.¹³¹

De même, la théorie de l'imprévision consacre la survenance d'un événement qui dépasse le simple risque puisqu'il est également imprévu.¹³² L'imprévision, contrairement au cas de force majeure, ne rend toutefois pas l'obligation

127 Th. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2013, 950 p.

128 Th. PEZ, *Ibid.*, pp. 1-13.

129 Th. PEZ, *Ibid.*, pp. 13-16.

130 Th. PEZ, *Ibid.*, pp. 23-34.

131 P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations, II*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1381-1390.

132 Th. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs, op. cit.*, pp. 23-34.

contractuelle impossible à réaliser, mais elle devient simplement beaucoup plus difficile à mettre en œuvre, de sorte qu'elle ne libère pas le débiteur de son obligation¹³³, sauf si la loi le prévoit.¹³⁴

43. Thomas Pez explique encore que le risque peut être à la fois négatif – c'est comme cela qu'il est entendu le plus régulièrement – mais également positif : sa réalisation peut amener l'une des parties à réaliser un gain, comme il peut causer une perte.¹³⁵ L'expression « prendre le risque » illustre bien cette réalité : si on prend un risque, on s'expose à un événement négatif mais on espère la survenance d'un fait positif.

Le risque serait aussi intimement lié à la volonté des parties, désireuses de « courir le risque »¹³⁶ en contractant. Tous les contrats sont d'ailleurs conclus aux risques et périls de leurs débiteurs, ceci étant le corollaire de la force obligatoire des conventions.¹³⁷

44. Enfin, le risque peut se retrouver à la fois lors de l'exécution des obligations et lors de l'inexécution de celles-ci.¹³⁸

L'auteur rappelle ainsi que l'exécution d'une convention, revient à mettre en œuvre ce à quoi on s'est engagé. Des risques existent lors de cette phase : par exemple, l'augmentation du prix des matières premières qui rend l'exécution de la convention plus onéreuse. L'inexécution d'un contrat survient lorsque l'on ne réalise pas ce à quoi on s'était engagé. L'administration qui invoque le fait du Prince ou le principe de continuité du service public pour refuser de réaliser la prestation à laquelle elle s'était engagée n'exécute pas la convention, même par d'autres voies (ce qui contreviendrait au principe de la force obligatoire des contrats). Elle se met donc en défaut d'exécuter la convention, même si cette inexécution résulte de l'invocation d'un motif d'intérêt général.

§ 2. Le risque comme élément de distinction entre le marché public et le contrat de concession

45. On a vu ci-dessus que le transfert du risque d'exploitation à l'entrepreneur constitue l'élément caractéristique du contrat de concession par rapport au marché public. Thomas Pez revient sur ce critère dans sa dissertation doctorale.

133 P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, I*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 790-792 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, I, 1994, 365.

134 L'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 « établissant les règles générales d'exécution des marchés publics » prévoit par exemple que « la révision du marché (est possible) lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire par des circonstances quelconques auxquelles l'adjudicateur est resté étranger » ; Le Conseil d'Etat français admet également que la théorie de l'imprévision permette aux parties à un contrat administratif de se libérer en cas de survenance d'un événement imprévu qui bouleverse l'équilibre contractuel : P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, I*, op. cit., pp. 792-794.

135 Th. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, op. cit., pp. 17-23.

136 Th. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, op. cit., pp. 35-42. L'auteur ajoute que, dans le silence de la convention, il faut apprécier si les parties ont raisonnablement entendu prendre le risque en question.

137 Article 1134 du Code civil ; *Ibid.*, pp. 184-203.

138 Th. PEZ, *Ibid.*, pp. 44-76.

Il y porte deux objections fondamentales qui nous paraissent assez peu examinées par la doctrine et la jurisprudence.

46. Tout d'abord, l'auteur remarque que l'adjudicataire supporte un risque par la conclusion de la plupart des contrats de marché public¹³⁹, ce qui semble contrevénir à la doctrine et la jurisprudence majoritaire, qui considère que le cocontractant de l'administration ne court aucun risque lorsqu'il exécute un marché public. Monsieur Pez remarque aussi qu'avant le développement de la jurisprudence européenne du début des années 2000, la doctrine définissait le marché public comme une convention qui faisait reposer les risques et responsabilités de l'exécution au cocontractant de l'administration.¹⁴⁰

Thomas Pez mentionne quelques situations dans lesquelles un risque repose bel et bien sur l'adjudicataire, notamment, le cas où le soumissionnaire décide de courir le risque de voir ses coûts augmentés ou être mal couverts durant l'exécution du contrat¹⁴¹ afin d'emporter le marché, par exemple. De même, l'entrepreneur court un risque lorsque le marché comprend des tranches conditionnelles. En effet, dans ce cas, le pouvoir public peut limiter son marché aux seules tranches fermes.¹⁴² Dans une telle situation, les charges fixes exposées pour prêter le marché risquent de n'être qu'imparfaitement couvertes par le prix demandé par l'adjudicataire.

De même, l'auteur constate que des contrats de concessions ne présentent pas forcément un risque important pour le cocontractant de l'administration.¹⁴³ Cette remarque liminaire nous semble d'autant plus intéressante que, pour rappel, pour être qualifiée de contrat de concession, une convention ne doit pas faire reposer tout le risque sur le concessionnaire, un risque limité est suffisant.¹⁴⁴ Pour entraîner la qualification de contrat de concession, la loi relative aux contrats de concession exige d'ailleurs expressément en son article 2, 7°, alinéa 2 que :

« Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».

Un problème paraît alors ressortir de cette approche. Puisque la conclusion de nombreux marchés publics présente des risques pour le cocontractant de l'administration – au moins si le marché présente une certaine durée – la plupart de ceux-ci nous semblent donc remplir tous les critères pour être qualifiés de

139 Th. PEZ, *Ibid.*, pp. 184-203.

140 Th. PEZ, *Ibid.*, p. 237.

141 Th. PEZ, *Ibid.*, p. 240.

142 Th. PEZ, *Ibid.*, p. 255.

143 Th. PEZ, *Ibid.*, pp. 317-406.

144 Cf., l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 février 2017, précité.

contrat de concession. Le critère du risque paraît ainsi vider la notion de marché public de sa substance...

47. Le risque transféré ne doit toutefois pas consister en une perte purement nominale ou négligeable pour entraîner la qualification du contrat en concession. Toutefois, là aussi, Thomas Pez relève un problème. L'analyse à laquelle se livre habituellement la jurisprudence pour savoir si le risque repose davantage sur le concessionnaire ou le concédant repose souvent sur une analyse économique incomplète et lacunaire.

Certes, la jurisprudence a précisé la notion de risque et le 20^e considérant de la directive 2014/23/UE a synthétisé cela de la sorte :

« Un risque d'exploitation devrait trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Les risques liés à une mauvaise gestion, à un manquement de l'opérateur économique aux obligations contractuelles ou à des cas de force majeure ne sont pas déterminants aux fins de la qualification en tant que concession, ces risques étant inhérents à tous les contrats, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession. Un risque d'exploitation devrait être considéré comme étant le risque d'exposition aux aléas du marché, qui peut être soit un risque lié à la demande, soit un risque lié à l'offre, soit un risque lié à la demande et à l'offre. Le risque lié à la demande désigne le risque portant sur la demande effective pour les travaux ou services qui font l'objet du contrat. Le risque lié à l'offre désigne le risque portant sur la fourniture des travaux ou services qui font l'objet du contrat, en particulier le risque que la fourniture des services ne corresponde pas à la demande. Aux fins de l'évaluation du risque d'exploitation, la valeur actuelle nette de tous les investissements, coûts et recettes du concessionnaire devrait être prise en compte de manière homogène et uniforme ».

Cette précision appelle quelques commentaires :

- Le risque dans l'inexécution du contrat n'est pas pris en compte pour examiner la qualification d'un contrat de concession ou d'un marché public. Le risque d'un manquement ou la couverture de la force majeure sont, selon la directive, inhérents à tous les contrats.¹⁴⁵
- Le risque lié aux charges du cocontractant de l'administration n'est que peu examiné. Certes, nous dit la directive, la valeur des investissements et des recettes du concessionnaire « devrait » être prise en compte. Toutefois, le considérant est nettement moins précis sur ce dernier terme que sur les notions de risque lié à l'offre et de risque lié à la demande.
- Le risque est appréhendé, en termes de qualification des contrats de concession ou de marché public, avant tout comme un élément négatif. On a vu, pourtant, que le risque peut être, à la fois, la source d'un élément positif ou d'un élément négatif. De ce fait, ce n'est qu'une facette étroite du risque qui

145 On verra toutefois ci-dessous qu'il n'en n'est pas exactement ainsi.

est utilisée dans la qualification des contrats, sans que cette limitation ne soit clairement formulée ou justifiée.

§ 3. Le risque comme élément permettant de classer un actif dans ou hors bilan

48. L'attribution de la propriété économique d'un actif permet de déterminer qui, de l'administration publique ou du privé, verra ses comptes grevés d'un déficit et d'une dette, au regard du SEC 2010. Cette propriété économique suit le risque qui y est lié, lequel se subdivise en un risque de construction, un risque de demande et un risque de disponibilité pour les PPP.¹⁴⁶ La répartition du risque se fait d'une manière moins complexe en ce qui concerne les contrats de concession de services.

49. On remarque d'abord que le risque n'est pas ici utilisé pour *qualifier* les contrats mais uniquement pour *classer* l'actif dans un compte plutôt que dans un autre. Il n'a donc pas exactement la même fonction que dans le droit européen des marchés publics et des concessions.

Dans les contrats complexes issus du SEC 2010, le risque se *partage*, plutôt qu'il ne s'attribue.¹⁴⁷ Il retrouve ainsi, en quelque sorte, son rôle initial dans la matière contractuelle : les différents risques issus du contrat sont répartis sur les parties, en principe de manière optimale : chaque risque est censé être confié à la personne la plus apte à le supporter ou le traiter.¹⁴⁸

Ici, le risque est entendu comme un événement qui peut être positif ou négatif. De plus, il est examiné dans la phase d'exécution du contrat mais aussi dans son inexécution. Le risque mentionné par le SEC 2010 paraît donc plus entier et plus fin que celui qui sert d'appui à la qualification des contrats de concessions et de marchés publics.

50. Toutefois, la notion de risque est à nouveau utilisée de manière binaire lorsqu'il s'agit non plus de décrire la situation contractuelle mais de classer l'actif utilisé pour la convention : qui de l'administration ou de son cocontractant assume l'essentiel du risque lié à l'actif ? Cela permet de classer l'actif dans un compte ou dans un autre.

Cette situation appelle également des critiques et des commentaires.

Si l'examen de la question de savoir qui supporte le risque, particulièrement dans les PPP, est plus étoffé qu'en ce qui concerne le droit européen des marchés publics et des concessions, force est de constater que la classification des risques en trois branches distinctes soulève des critiques de la part notamment des instances internationales. Selon elles, cette simplification est dangereuse pour l'équilibre macroéconomique des Etats puisqu'elle reviendrait à dissimuler une partie de la dette et du déficit publics. L'analyse du risque, assurent-

¹⁴⁶ Cf. *supra*.

¹⁴⁷ Th. PEZ, *op. cit.*, pp. 431-475.

¹⁴⁸ Th. PEZ, *op. cit.*, pp. 430-442.

elles, est bien plus complexe que ne le laisse percevoir ce découpage en trois branches.¹⁴⁹

Malgré la simplification dénoncée par les instances internationales, il faut bien remarquer que l'examen à réaliser pour déterminer qui détient la propriété économique d'un actif reste particulièrement complexe et hasardeux. On prendra à témoin les reclassements de nombreux contrats qui avaient pourtant été imaginés dans le but de faire sortir certains actifs du bilan des pouvoirs publics.¹⁵⁰

§ 4. Le risque, la sécurité juridique et les contrats administratifs

51. Si le risque peut s'entendre comme d'une notion unique, qui devrait désigner une seule réalité¹⁵¹, laquelle peut faire l'objet d'une définition précise et juridiquement utile¹⁵², force est de constater que, tant le droit européen des marchés publics et des concessions que le SEC 2010 continuent à chercher quel rôle ils entendent faire jouer au risque. Le tout se perd dans une casuistique complexe, pas toujours cohérente et qu'il peut être difficile d'appréhender pour le profane.

Ce détour par le risque permet donc de mettre en avant les différences importantes qui existent entre le droit européen des marchés publics et des concessions et le régime du SEC 2010, sous le couvert d'utiliser les mêmes notions. Il donne également l'occasion de se demander s'il ne faudrait pas revoir l'utilisation du risque dans le partage des qualifications entre contrat de concession et marché public.¹⁵³

En conclusion

52. On a vu quelle importance macroéconomique avaient les contrats administratifs aujourd'hui. On a, de même, constaté qu'une confusion conceptuelle tout aussi importante traverse la matière. Dans le même ordonnancement juridique de droit européen, dans la même branche juridique, contractuelle, cohabitent des termes identiques qui ne désignent pas les mêmes notions juridiques ou dont les contours sont mal assurés.

D'un point de vue pratique, on ne peut donc inciter qu'à la prudence. Les projets contractuels à mettre en place devront faire l'objet d'un soin particulièrement élevé. Les notions à mobiliser – marché public, concession, PPP, risque d'exploitation – devront l'être avec prudence, en spécifiant quelle portée on entend leur donner.

149 FMI, Public-Private Partnerships, 12 mars 2004, lequel identifie 5 risques à prendre en compte dans l'analyse des PPP ; Le SCN 2008 identifie aussi plus de risques dans son examen des PPP ; voy. ég. K. E. MORIC, *PPP et SEC 2010 : La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, op. cit., pp. 116-134.

150 D. YERNAULT, *L'Etat et la propriété*, Bruxelles, op. cit., pp. 1105-1121.

151 Th. PEZ, op. cit., pp. 412-413.

152 Cf. *supra*.

153 A ce sujet, Th. PEZ propose de substituer les notions de contrats commutatifs et aléatoires au critère du risque dans la distinction des marchés publics et des contrats de concession : Th. PEZ, op. cit., pp. 477-574.

Les sanctions sont en effet importantes : en cas de passation irrégulière, c'est toute la convention qui pourrait être nulle, de nullité absolue ; si les clauses contractuelles sont imparfaites, l'actif, objet du contrat, pourrait faire l'objet d'un reclassement qui ôterait beaucoup d'intérêt à la formule juridique utilisée.

A l'avenir, enfin, soulignons que la matière pourrait encore fortement évoluer : tous les thèmes abordés au fil des pages précédentes souffrent d'une assise théorique assez faible et la jurisprudence, particulièrement en ce qui concerne les règles du SEC 2010, reste à écrire. Peut-être n'est-on qu'au début de l'ère des questions relatives aux qualifications et classement des contrats administratifs. Il faudra, ainsi, guetter les évolutions législatives et jurisprudentielles qui émailleront ces sujets et intégrer ces changements au fur et à mesure qu'ils se profileront.