

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 248.148 du 17 août 2020

A. 231.384/VI-21.822

En cause : **la société à responsabilité limitée WATT ELSE,**
ayant élu domicile chez
M^e Benoit GORS, avocat,
galerie du Roi 30
1000 Bruxelles,

contre :

- 1. la ville de Houffalize,**
représentée par son collège communal,
- 2. le centre public d'action sociale de Bruges,**
représenté par son président,
- 3. la commune de Gouvvy,**
représentée par son collège communal,
ayant tous élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER, François VISEUR
et Louise LAPERCHÉ, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 28 juillet 2020, la société à responsabilité limitée (SRL) Watt Else demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « la décision du collège communal de la ville de Houffalize du 3 juin 2020 retenant l'offre du promoteur ENECO/ENGIE comme étant la plus avantageuse dans le cadre du projet "développement, construction et exploitation de parcs éoliens sur la commune de Houffalize" - premier acte attaqué [...];
 - la décision implicite du collège communal de la ville de Houffalize de ne pas attribuer le contrat à la SRL WATT ELSE, dans le cadre du projet précité - deuxième acte attaqué;
 - la décision du collège communal de Gouvvy qui confirme les décisions précitées de la ville de Houffalize, de date inconnue, si cette décision existe - troisième acte attaqué;
- et, pour autant que de besoin, de :
- les délibérations des 15 et 30 juin 2020 du, respectivement, bureau permanent et conseil ou collège du CPAS de Bruges, qui proposent de confirmer ou confirment les décisions précitées de la ville de Houffalize - quatrième et cinquième actes attaqués [...] ».

Par une requête introduite le 10 août 2020, la SRL Watt Else sollicite l'extension de l'objet de son recours aux « délibérations du 22 juillet 2020 du Conseil communal de la ville d'Houffalize, et du conseil communal de la commune de Gouvy, par lesquelles ces deux parties approuvent le contrat instrumentant les droits fonciers en vue de la réalisation d'un projet éolien sur la commune de Houffalize avec les promoteurs "SA Electrabel" (Engie) et "Eneco Wind Belgium SA" ».

II. Procédure

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Par une ordonnance du 4 août 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 août 2020.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^e Benoit Gors, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Véronique Vanden Acker et Louise Laperche, avocats, comparaissant pour les parties adverses, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« A) Quant à la première procédure d'appel à projets

1. Le 7 juin 2019, par une décision de son Conseil communal, la Ville de Houffalize s'associe à la Commune de Gouvy et au CPAS de Bruges afin d'organiser un appel à projets pour l'établissement d'éoliennes sur leurs parcelles situées sur le territoire de la Ville de Houffalize.

En outre, la décision :

- approuve un cahier des charges, intitulé “cahier des charges en vue du développement de la construction et de l’exploitation d’un parc éolien sur la Commune de Houffalize”;
- charge le Collège communal de retenir un promoteur après avoir mené à bien une procédure d’appel à projets;
- décide de concéder, par acte notarié et à ses frais exclusifs, un droit de superficie au promoteur retenu [...].

2. Le 2 septembre 2019, le Collège communal de la Ville de Houffalize détermine les modalités de publication de l’appel à projets, à savoir :

- publication de l’appel sur le site internet de la Ville de Houffalize;
- affichage de l’appel sur l’affichoir public;
- transmission du cahier spécial des charges à différents promoteurs, dont la requérante ne fait pas partie [...].

Les offres doivent être adressées au Collège communal de la Ville de Houffalize pour le 18 novembre 2019 [...].

3. Le 22 novembre 2019 a lieu l’ouverture des offres. Il apparaît alors que les parties adverses ont reçu 11 offres, dont celle de la requérante.

À l’exception de l’offre de la requérante, toutes les offres sont soit écartées pour non-respect de critères de l’appel d’offres, soit ne sont pas retenues, soit, enfin, ne peuvent pas être analysées.

L’offre de la requérante n’est pas jugée économiquement intéressante.

Aussi, le PV indique qu’aucune offre n’est retenue [...].

4. Le 2 décembre 2019, le Collège de la Ville de Houffalize :

- approuve le rapport d’ouverture des offres du 22 novembre 2019;
- décide de ne retenir aucun promoteur;
- et prend acte du fait que le CPAS de Bruges se charge d’apporter des modifications au cahier spécial des charges [...].

5. Suite à la décision du Collège de la Ville de Houffalize, la partie requérante lui adresse deux lettres pour obtenir les motifs qui justifient que son offre “n’est pas jugée économiquement intéressante”.

Aucune suite utile n’a cependant été réservée à cette demande, seul le cahier spécial des charges a été adapté (cfr. infra).

B) Quant à la seconde procédure d’appel à projets

6. Le 29 janvier 2020, le Conseil communal de la Ville de Houffalize approuve le cahier spécial des charges révisé par le CPAS de Bruges “en concertation avec les Collèges communaux de Gouvy et Houffalize” [...] et confirme sa délibération du 7 juin 2019 décidant d’organiser un appel à projets pour l’établissement d’éoliennes [...].

7. Le 19 février 2020, le Conseil communal de la Commune de Gouvy décide d’accueillir des éoliennes sur une parcelle communale en s’associant à la Ville de Houffalize et au CPAS de Bruges.

Le Conseil communal approuve également le cahier des charges établi par le Collège communal de Houffalize, intitulé “cahier des charges en vue du développement, de la construction et de l’exploitation d’un parc éolien sur la Commune de Houffalize”, sans que l’extrait du registre des délibération[s] du

Conseil communal n'indique si ce cahier des charges est celui révisé par le CPAS de Bruges ou le cahier des charges antérieur.

Enfin, le Conseil "charg[e] le Collège communal de Houffalize de retenir un promoteur après avoir mené à bien la procédure d'appel à projets" [...].

8. Le 24 février 2020, le Collège communal de la Ville de Houffalize détermine les modalités de publication du nouvel appel à projets, à savoir :

- publication de l'appel sur le site internet de la Ville de Houffalize;
- affichage de l'appel sur l'affichoir public;
- transmission du cahier spécial des charges aux promoteurs qui ont marqué un intérêt quelconque au projet, aux promoteurs ayant remis une offre lors du premier appel [...].

Les offres doivent être adressés au Collège communal de la Ville de Houffalize pour, d'abord, le 20 mars 2020, ensuite, après un rectificatif, le 23 mars 2020 [...].

9. Le 8 avril 2020 a lieu l'ouverture des offres [...]. Il apparaît alors que les parties adverses ont reçu 11 offres, dont celle de la requérante [...].

10. Le 14 avril 2020, le Collège communal de la Commune de Gouvy confie au Collège communal de Houffalize l'analyse des offres, la négociation avec les entreprises et l'élaboration d'une proposition d'attribution [...].

11. Le 5 mai 2020, Philippe Cara, échevin de la Ville de Houffalize, demande des précisions à la requérante quant à son offre. La requérante y répond les 12 et 13 mai suivants [...].

12. Le 20 mai 2020, la requérante apporte des précisions supplémentaires relatives à son offre [...].

13. Le 29 mai 2020, Monsieur l'Échevin ayant l'énergie dans ses attributions de la Ville de Houffalize établit le rapport d'analyse des offres reçues.

Il constate que trois opérateurs - Eneco-Engie, Luminus et la requérante - présentent une offre intéressante et conclut en affirmant que "les communes de Houffalize et de Gouvy et le CPAS de Bruges proposent Eneco-Engie comme opérateur à retenir en vue de l'implantation de projets éoliens sur leurs propriétés situées sur le territoire de la commune de Houffalize" [...].

L'on relève que le rapport indique, en fin de document :

" Le présent rapport [...] est approuvé par les Collèges communaux de Houffalize et de Gouvy et par la Ville de Bruges. [...]

Pour Houffalize, le 03/06/2020	[Cachet de la Ville de Houffalize]
Le Directeur général,	Le Bourgmestre,
Y BROUET	M CAPRASSE
[Signature manuscrite]	[Signature manuscrite]

Pour Gouvy, le 09/06/2020	
La Directrice générale,	Le Bourgmestre
D NEVE	V LEONARD [Cachet de la Commune de Gouvy]
[Signature manuscrite]	[Signature manuscrite]

Pour Bruges, le 22/06/2020	
Le Directeur général,	Le Bourgmestre,
C beheydt	D De fauw »
[Signature manuscrite]	[Signature manuscrite]"

À l'exception de la décision de la Ville de Houffalize (cfr. infra), la requérante ne dispose pas des décisions d'attributions de la Commune de Gouvy et du CPAS de Bruges.

S'agissant du CPAS, il apparaît également que seules deux propositions de décisions ont été adoptées - le 15 juin 2020 par le Bureau permanent du CPAS et le 30 juin 2020 par le Conseil de l'action sociale du CPAS, - mais aucune décision définitive d'approbation.

14. Le 3 juin 2020, le Collège communal de la Ville de Houffalize décide :

- d'approuver le rapport d'analyse des offres dressé le 29 mai 2020, précité;
- de retenir l'offre du promoteur Eneco / Engie comme étant la plus avantageuse;
- de demander au Collège de la Commune de Gouvy et de la Ville de Bruges d'approuver ledit rapport et la présente délibération;
- de soumettre à l'approbation du Conseil communal le projet d'acte notarié relatif à l'option de la levée d'un droit de superficie accompagné d'une convention entre les trois pouvoirs publics et le promoteur Eneco / Engie ([...], il s'agit du premier acte attaqué).

15. Le 15 juin 2020, le Bureau permanent du CPAS, et le 30 juin 2020, le Conseil de l'action sociale du CPAS, décident de proposer (sic) au Conseil de l'action sociale (sic) du CPAS :

- d'approuver le rapport d'analyse des offres dressé par Philippe Cara, Échevin de Houffalize le 29 mai 2020;
- de retenir l'offre d'Eneco / Engie comme étant la plus avantageuse pour les trois parties;
- d'approuver le projet d'acte notarié relatif à l'option de la levée d'un droit de superficie par Eneco-Engie pour l'installation d'éoliennes, conformément aux accords passés avec les communes de Houffalize et Gouvy ([...], il s'agit des quatrième et cinquièmes actes attaqués).

Il convient de relever que ces deux documents constituent uniquement une proposition et ne sont pas des décisions qui approuvent le rapport d'analyse des offres ou qui retiennent l'offre d'Eneco-Engie.

16. Le vendredi 26 juin 2020, la requérante reçoit un courriel de “Chef de Service Administratif Secrétariat général” de la Ville de Houffalize, qui lui indique que son offre n'est pas retenue [...].

17. Le lundi 29 juin 2020, la requérante écrit à la Ville de Houffalize et sollicite le classement de son offre par rapport aux coefficients de pondération décrits dans le cahier spécial des charges [...].

18. Le 30 juin 2020, l'Échevin ayant l'énergie dans ses attributions de la Ville de Houffalize, M. Phillipe CARA, lui répond :

“ je ne peux vous fournir cette pondération critère par critère, puisqu'elle est proportionnelle à la meilleure offre pour chacun des critères. Cela nous pose problème au regard du respect du secret des affaires.
Cependant, je peux vous donner votre classement total :
Votre société se classe 2°, avec 74,84 points sur un maximum possible de 100.
Ce classement représente uniquement la pondération de certains critères, d'autres éléments étant éliminatoires ou pas (respect du cahier des charges)” [...].

19. Le 7 juillet 2020, après que la requérante ait à nouveau pris contact avec la Ville de Houffalize, cette dernière lui adresse un “tableau reprenant la répartition cotée selon les avantages tels que repris dans votre offre ainsi que leur modulation”, accompagné d'une annexe qui s'intitule “Cotation des critères d'attribution” [...].

20. Le 17 juillet 2020, le conseil de la requérante écrit à la Ville de Houffalize pour lui faire part des nombreuses irrégularités qui affectent l'acte attaqué et la met en demeure de retirer cette décision. Il lui indique également qu'à défaut de réaction de sa part pour le jeudi 23 juillet à 10h30, la requérante n'aura d'autres choix que d'introduire les recours juridictionnels nécessaires [...].

21. Le 23 juillet à 9h15, le conseil des parties adverses répond au conseil de la requérante. La réponse reçue ne répond cependant pas à la lettre de mise en demeure [...].

Aussi, le conseil de la requérante lui répond, le jour même, et lui demande de "préciser, par retour de mail ce jour encore, si vos clients entendent bien réserver une suite utile à la mise en demeure qui leur a été adressé et aux demandes y formulées?" [...].

Aucune suite n'a été réservée à cette mise en demeure ».

IV. Demande d'extension de l'objet du recours

Par une requête introduite le 10 août 2020, la société à responsabilité limitée Watt Else sollicite l'extension de l'objet de son recours aux « délibérations du 22 juillet 2020 du Conseil communal de la ville d'Houffalize, et du conseil communal de la commune de Gouvy, par lesquelles ces deux parties approuvent le contrat instrumentant les droits fonciers en vue de la réalisation d'un projet éolien sur la commune de Houffalize avec les promoteurs "SA Electrabel" (Engie) et "Eneco Wind Belgium SA" », délibérations dont elle soutient avec vraisemblance en avoir pris connaissance à la lecture de la note d'observations et du dossier administratif des parties adverses.

Dès lors que ces décisions sont étroitement liées aux actes attaqués par la requête du 28 juillet 2020, il y a lieu de faire droit à cette demande

V. Régime juridique de la demande de suspension

Au vu de différentes questions soulevées par les écrits de procédure et à l'occasion des débats tenus en extrême urgence, l'examen de la demande de suspension impose de définir préalablement le régime juridique de celle-ci, en déterminant si elle constitue la demande de suspension visée à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ou celle que régit l'article 17 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Plus particulièrement, il convient de déterminer si l'opération litigieuse doit être qualifiée de concession de travaux ou services ou de marché public, ou si elle est étrangère à ces notions.

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Pour démontrer que les actes attaqués relèvent d'une concession de travaux ou services ou, d'un marché public, la requérante fait état des considérations suivantes, exposées dans sa requête à l'appui du premier moyen de celle-ci :

« 37. La notion de concession, de travaux ou de services, est définie comme suit par l'article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession :

a) concession de travaux : un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix.

b) concession de services : un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix.

Il est encore précisé, au même article, 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".

Toute attribution d'une concession de travaux et/ou de services doit respecter les principes et obligations prévues par la loi relative aux concessions et de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif aux contrats de concession, pour autant que la valeur celle-ci dépasse le seuil fixé par l'article 4 de l'arrêté royal précité (soit 5.350.000 €), cette valeur correspondant "au chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors taxe sur la valeur ajoutée, estimé par l'adjudicateur, eu égard aux travaux et services qui font l'objet de la concession ainsi qu'aux fournitures complémentaires liées auxdits travaux et services".

L'autorité adjudicatrice doit également respecter les différentes exigences prévues par 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, qui impose notamment de prendre une décision motivée dans différents cas de figure (art. 4/1), ainsi qu'en matière d'information des candidats, participants et soumissionnaires (art. 7 et suivants).

38. En l'occurrence, l'«appel à projets» lancé par la commune de Houffalize, la commune de Gouvy et le CPAS de Bruges a trait au développement, à la construction et à l'exploitation d'un parc éolien sur différentes parcelles appartenant respectivement aux trois collectivités et situées sur le territoire de la commune de Houffalize.

Cet appel à projets :

- vise précisément à la conclusion d'un contrat, par écrit, entre trois autorités publiques et un opérateur privé;
- l'objet de ce contrat est la réalisation de travaux de construction et d'exploitation d'un parc d'éoliennes de puissance dans le cadre d'un processus de production d'énergie verte pour le réseau public, ce qui correspond dès lors bien à l'exploitation d'un service, qui est confiée à un soumissionnaire par la commune de Houffalize;
- ce contrat est conclu à titre onéreux; la contrepartie de ces travaux et de la prestation de services étant le droit, pour ledit soumissionnaire, d'exploiter le parc éolien construit.

L'opération prévue a, par ailleurs, bien pour conséquence le transfert, au soumissionnaire choisi, du risque d'exploitation lié à l'exploitation du parc éolien, qui développe et exploite le parc éolien à ses risques et périls. Le cahier des charges relatif à la présente procédure précise d'ailleurs, notamment, que le promoteur du projet assume le risque relatif au développement urbanistique du projet et à l'obtention des autorisations y relatives (p. 3 du cahier des charges).

39. En ce qui concerne la valeur de la concession, celle-ci est bien supérieure au seuil de 5.350.000 €, comme le démontre, notamment, le tableau repris en p. 56 de l'offre de la requérante [...], qui analyse les différents revenus générés par l'exploitation du parc, et particulièrement le «revenu total» généré par le parc, qui prévoit, en deux années (sur les vingt années d'exploitation prévues dans l'offre), un revenu qui dépasse ledit seuil. Votre Conseil peut également avoir égard, sur ce point, à la valeur chiffrée de l'offre pour les trois parties adverses, présente en pp. 40-41 de l'offre, également supérieure à ce seuil.

40. Il en résulte que l'opération doit s'analyser comme une concession tombant dans le champ d'application de la loi relative aux concessions et de son arrêté royal.

Le fait que l'appel à projet prévoie également, mais non exclusivement, la conclusion d'un acte de constitution d'un droit réel de superficie au bénéfice du soumissionnaire ne change rien à ce constat : dès lors que l'opération visée entre dans la définition de la «concession», et dans le champ d'application de la loi y relative, celle-ci s'y applique.

[...]

43. Si, par impossible, Votre Conseil devait estimer que l'opération en cause n'est pas une concession de services publics et/ou de travaux, encore faudra-t-il constater qu'il s'agit d'un marché public, et que la législation et la réglementation y relative, visée au moyen, qui est largement similaire (si ce n'est qu'elle est plus stricte et sévère) à celle régissant les concessions, n'a absolument pas été respectée ».

B. Note d'observations

À l'occasion des développements de la note d'observations par lesquels elles contestent le caractère fondé du premier moyen, les parties adverses font valoir ce qui suit :

« 52. La requérante ne peut être suivie dans son raisonnement dès lors qu'elle omet de considérer un élément essentiel et caractéristique tant des concessions que des marchés publics (de services et travaux), à savoir : l'acquisition de travaux et/ou de services (répondant aux besoins définis par l'autorité publique) à titre onéreux.

(i) Caractéristiques essentielles des marchés et des concessions de services et de travaux

5. La concession de travaux et le marché de travaux se caractérisent par "l'acquisition de travaux (ou services) à titre onéreux", de sorte que les autorités publiques qui "attribuent le contrat" se posent en acquéreurs et non en vendeurs.

Comme l'indique le préambule de la directive 2014/23/UE et l'exposé des motifs (travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2006 relative aux contrats de concessions) par référence à l'arrêt C-451/08 du 25 mars 2010 de la Cour de Justice, cela suppose :

- Un contrat par lequel l'adjudicataire s'engage à (faire) réaliser les travaux et que l'exécution de cet engagement puisse être forcée en justice par l'autorité publique qui attribue le contrat;
- Que les travaux objet du contrat soient exécutés dans l'intérêt économique direct de l'autorité publique. Cet intérêt existe lorsque l'autorité (i) devient propriétaire des travaux ou titulaire d'un droit lui permettant d'en disposer (droit réel ou personnel) en vue d'une affectation publique ou (ii) si elle tire un avantage économique de l'utilisation ou de la cession future de l'ouvrage du fait qu'il a participé financièrement à la résiliation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage;
- Que les travaux objets du contrat répondent aux besoins définis par l'autorité publique qui doit définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, qui doit exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci. Le simple fait qu'une autorité publique, dans l'exercice de ses compétences en matière de régulation urbanistique, examine certains plans de construction qui lui sont soumis ou prenne une décision en application de compétences dans cette matière ne répond pas à l'exigence relative aux "besoins précisés par le pouvoir adjudicateur".

Sur ces bases, la Cour de Justice a conclu dans l'arrêt précité que la vente d'un terrain par une autorité publique pour laquelle l'acquéreur est choisi en fonction (notamment) de la qualité du projet qu'il va y développer (construire et exploiter) ne constitue pas un marché public.

54. Elle a conclu également qu'il ne s'agissait pas davantage d'une concession (de travaux ou de services) dans la mesure où, notamment,

- le droit d'exploiter ou de construire tire sa seule source du droit (de propriété) et
- le risque "urbanistique" lié à "l'incertitude de l'entrepreneur quant à la question de savoir si le service d'urbanisme de la collectivité concernée approuvera ou non ses plans", est un risque lié aux compétences de régulation du pouvoir adjudicateur en matière d'urbanisme et non à la relation contractuelle découlant de la concession. Il ne s'agit donc pas d'un risque d'exploitation, dont le transfert à l'opérateur (privé) est déterminant dans la qualification du contrat en concession de services/travaux.

55. Partant de la caractéristique (des marchés publics et concessions) liée à l'acquisition de travaux/services à titre onéreux telle que définie par la Cour de Justice dans son arrêt précité, tant le préambule de la directive 2014/24/UE que l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 ont explicitement exclu de la notion de marché public et concessions (de travaux et de services) :

- “ - Les actes (contractuels ou unilatéraux), de droit public ou privé, par lesquels un adjudicateur autorise un opérateur à occuper, faire usage ou exploiter des biens ou ressources publics, notamment dans le secteur des ports maritimes, intérieurs ou des aéroports. Ces actes ne relèvent pas de la notion de concession (de services ou travaux) au sens du présent projet pour autant que les autorités adjudicatrices se limitent à définir (dans l’autorisation ou le contrat) les conditions d’usage ou d’exploitation du bien ou de la ressource mise à disposition, c’est-à-dire généralement les conditions applicables à l’entrée en possession du preneur, à l’usage auquel le bien est destiné, aux obligations du bailleur et du preneur relatives à l’entretien du bien, à la durée de la mise à disposition et à la restitution de la possession au bailleur, à la location et aux frais accessoires à charge du preneur. Ainsi, en principe, les concessions (et autorisations) domaniales définies en droit administratif belge comme 'un contrat administratif par lequel l’autorité publique accorde un droit d’occupation du domaine public, à titre exclusif et à temps mais de façon précaire et révocable, aux fins d’une exploitation à titre privatif' ne sont pas des concessions au sens du présent projet. Par contre, si la concession (autorisation) domaniale n’est qu’un élément indissociable et accessoire d’un contrat qui vise principalement, pour un adjudicateur, à confier l’exécution de travaux ou de services répondant aux exigences qu’il définit et dont il peut exiger/forcer l’exécution, contre le droit d’exploiter l’ouvrage ou les services, le contrat sera qualifié de concession au sens du présent projet. (...)
- Les actes (contractuels ou unilatéraux) qui octroient un droit de passage pour l’utilisation de biens immobiliers publics en vue de la mise à disposition ou de l’exploitation de lignes fixes ou de réseaux destinés à fournir un service au public, dans la mesure où ces accords n’imposent pas d’obligation de fourniture ni ne prévoient l’acquisition de services ou de travaux par l’adjudicateur pour son propre compte ou pour des utilisateurs finaux. Cette catégorie renvoie principalement, en droit belge, aux systèmes de servitudes légales d’utilité publique qui existent pour les câbles, canalisations etc. dans les domaines de l’eau, de l’énergie, des transports ou encore des communications électroniques”.

(ii) Application en l’espèce

56. En l’espèce, le contrat litigieux ne peut être qualifié de marché public ou de concession de services ou travaux, dès lors que :

- Les autorités publiques “adjudicatrices” n’acquièrent pas l’ouvrage que l’opérateur choisi va construire, ni un quelque droit d’usage ou d’occupation sur celui-ci à des fins d’usage public; elles ne tirent des travaux ou des services aucun avantage direct; les redevances promises et dues sont uniquement la contrepartie financière des droits fonciers octroyés (redevances locatives et “droit d’entrée” qui pourrait tout aussi bien être qualifié de “canon”);
- Les autorités qui octroient les droits fonciers n’ont, aux termes du cahier des charges et du projet de contrat approuvé par elles, pas le pouvoir de forcer l’exécution des travaux et la construction de l’ouvrage projeté ni même leur exploitation; aucun délai d’achèvement des travaux n’est stipulé sous peine de résiliation du contrat notamment. Au contraire, le contrat dispose que si des circonstances étrangères devaient porter atteinte à la viabilité du projet, le promoteur peut alors résilier un ou plusieurs droits de superficie, droits de surplomb, servitudes etc. objet du contrat.
- Les éoliennes ne sont pas construites pour répondre aux besoins définis par les autorités publiques qui ne définissent pas les caractéristiques des éoliennes à construire, sauf à s’en référer aux dispositions urbanistiques et environnementales applicables à tout opérateur qui construit et exploite des éoliennes en Région wallonne, en particulier dans le PNDO;
- Si le promoteur supporte le risque “permis” dans la mesure où, à défaut de l’obtenir, il perd son “droit d’entrée” payé à la signature du contrat et ne pourra pas lever l’option relative aux droits de superficie, surplomb et servitudes, ce

risque n'est pas lié à l'exploitation mais bien à la réalisation du projet, comme c'est le cas pour tout opérateur qui envisage de construire et exploiter des éoliennes (sur le fond d'autrui).

57. L'objectif de l'appel à projet est bien en l'espèce, pour les trois autorités concernées, de valoriser leur propriété en concédant, contre un prix (redevances locatives annuelles et "droit d'entrée") des droits de superficie et autres servitudes aux fins de permettre à un opérateur (privé) de construire et d'exploiter des éoliennes et d'en tirer tous bénéfices et avantages, dans le respect de la réglementation (principalement environnementale et urbanistique) applicable à ce type de projets en Région wallonne.

58. En tout état de cause, la requérante reste en défaut d'établir en quoi le contrat litigieux (i) vise à l'acquisition d'un ouvrage ou d'un service par les autorités publiques "adjudicatrices", (ii) transfère un risque d'exploitation au "promoteur" au sens où l'entend la réglementation des marchés publics et des concessions de travaux/services.

59. Au demeurant et finalement, on rappellera que les parcs éoliens sont toujours développés dans le cadre de concessions domaniales, que ce soit en mer du nord ou, plus récemment le long du réseau autoroutier wallon (par la SOFICO) ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions sont libellés comme suit :

- « Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
 - 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession ».
- « Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
 - 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
 - 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

L'application du régime organisé par ces dispositions suppose notamment que les décisions faisant l'objet des recours qu'elles organisent se rapportent à une concession ou un marché, au sens de l'article 2, 1° et 1°/1, de cette loi du 17 juin 2013 précitée, lequel est libellé comme suit :

- « Art. 2. Au sens de la présente loi, on entend par :
- 1° marché : le marché public ou le marché de travaux, de fournitures ou de services, l'accord-cadre et le concours au sens de la loi relative aux marchés publics ou de la loi défense et sécurité, selon le cas;
 - 1°/1 concession : la concession de services ou la concession de travaux visée à l'article 2, 7°, de la loi relative aux concessions ».

En l'espèce, la requérante plaide précisément que l'opération litigieuse doit être qualifiée de concession de travaux ou services ou, si cette qualification n'est pas admise, de marché public.

L'article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions est libellé comme suit :

- « concessions : des concessions de travaux ou de services au sens des points a) et b) :
- a) concession de travaux : un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix.
 - i. Par "exécution de travaux", on entend : soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences définies par l'adjudicateur qui exerce une influence décisive sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage;
 - ii. Par "ouvrage", on entend le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique; ou
 - b) concession de services : un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix.

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 ».

Cette définition emporte notamment trois conséquences que les débats tenus au cours de la présente procédure d'extrême urgence imposent de mettre en évidence :

- pour qu'une opération soit qualifiée de concession au sens de l'article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 précitée, elle doit nécessairement s'inscrire (ou être destinée à s'inscrire) dans le cadre d'un contrat ayant pour objet l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux, comme le prescrit cette disposition. Ce n'est que si cet objet est constaté qu'il y a lieu de vérifier le caractère onéreux de cette opération et le transfert de risque d'exploitation qu'elle opère (ou est destinée à opérer) à la charge du concessionnaire. En d'autres termes, il est vain de prétendre mettre en évidence, à propos de l'opération concernée, le caractère onéreux de celle-ci ou le transfert de risque qu'elle opérerait, s'il ne peut être vérifié que cette opération s'inscrit dans un contrat répondant à la notion définie par l'article 2, 7°, de la loi du 15 juin 2016 précitée, particulièrement au regard de l'objet que cette disposition assigne à la concession de travaux et/ou services;
- la thèse de la requérante, soutenue au point 40 de sa requête et selon laquelle la conclusion d'un acte de constitution de droits réels ne changerait rien à la qualification de « concession » que doit recevoir l'opération litigieuse, suppose, avant tout et nécessairement, que l'opération soit susceptible de recevoir cette qualification, ce qui implique que soit identifié un contrat ayant un objet caractéristique de la concession, au sens de la disposition précitée;
- la seule circonstance que l'octroi de droits réels sur des biens immobiliers d'autorités publiques s'inscrive dans le cadre d'un projet impliquant, comme en l'espèce, la réalisation de travaux de construction d'éoliennes et l'exploitation de celles-ci ne peut, en soi, suffire à retenir la qualification de « concession ». Cette circonstance ne conduira à retenir l'existence d'une telle concession que si l'opération s'inscrit dans le cadre d'un contrat entre l'adjudicateur et le concessionnaire ayant un objet relevant de celui que la disposition précitée assigne aux concessions de travaux ou de services.

En l'espèce sur laquelle porte la présente cause, et ainsi qu'il ressort des pièces déposées dans le cadre de la procédure en extrême urgence, l'opération litigieuse doit s'analyser comme consistant en l'octroi, en faveur d'un promoteur choisi après une mise en concurrence, de droits réels sur des parcelles appartenant respectivement à chacune des parties adverses, pour permettre à ce promoteur d'affecter les parcelles concernées au développement d'un projet éolien, impliquant l'installation et l'exploitation d'éoliennes.

Le seul contrat (dénommé « contrat locatif » par le « cahier des charges » du projet) dont la conclusion est annoncée dans le cadre de celui-ci, entre les parties adverses et le promoteur choisi, est celui qui tend à l'octroi et à l'aménagement des droits réels nécessaires au développement du projet éolien. Il ne ressort, en revanche, ni des débats ni des pièces de la procédure, que serait envisagée, dans le cadre de l'opération litigieuse, la conclusion d'un contrat par lequel les parties adverses chargeraient le promoteur choisi de l'installation et de l'exploitation d'éoliennes, activités qui représenteraient ainsi, dans le chef de ce promoteur, une obligation à laquelle il se serait engagé à leur égard par le dépôt de son offre, et dont la méconnaissance serait susceptible d'être sanctionnée. La seule sanction annoncée en l'espèce, sous le titre « Section 1 : Contexte » du « cahier des charges » arrêté par les parties adverses, ne porte pas sur un défaut d'exécution d'obligations contractuelles d'installation et d'exploitation du parc éolien, mais bien, le cas échéant, sur l'absence d'affectation des parcelles à la destination projetée, que révélerait l'absence d'octroi au promoteur d'un permis unique et des autres autorisations requises et qui entraînerait la perte des droits nés de ce « contrat locatif ».

Il suit de ces constatations - et pour ce que le dossier de la procédure en extrême urgence permet d'en juger -, d'une part, que le seul contrat qui paraisse en cause dans le cadre de l'opération litigieuse ne porte pas sur un objet autorisant à le qualifier de concession de travaux ou de services au sens des dispositions précitées et, d'autre part, qu'aucune disposition contractuelle qui porterait sur un tel objet ne paraît pouvoir être identifiée par ailleurs.

Dans ces circonstances, la qualification de concession, au sens de la disposition précitée, ne peut être retenue à propos de l'opération litigieuse, et ce sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur ce que la requérante soutient être le caractère onéreux de cette opération ou sur le transfert de risque qu'elle prétend être opéré à la charge du promoteur choisi.

À titre subsidiaire, la requérante soutient que l'opération serait, à défaut de pouvoir être qualifiée de concession au sens de l'article 2, 7°, de la loi du

17 juin 2016, un marché public auquel seraient également applicables les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013.

Elle prétend retenir cette qualification de « marché public » sans toutefois exposer concrètement en quoi celle-ci s'imposerait et sans étayer cette thèse de quelque précision. Dans ces circonstances, et dès lors que le Conseil d'État ne peut davantage identifier des éléments susceptibles d'appuyer cette thèse, celle-ci ne peut être suivie.

Dès lors que l'applicabilité de la loi du 17 juin 2013 précitée à l'opération litigieuse n'est pas établie, il s'impose de statuer sur la présente demande de suspension conformément aux dispositions des lois coordonnées sur le Conseil d'État, et notamment à l'article 17 de celles-ci.

VI. Urgence et extrême urgence

VI.1. Thèse de la requérante

Sous le titre « c) L'extrême urgence » du point « II. Quant à la recevabilité » de la requête, la requérante fait état des éléments suivants :

« 27. Seule une procédure examinée sous le bénéfice de l'extrême urgence permet d'obtenir que le contrat entre les parties adverses et l'attributaire désigné par l'acte attaqué ne soit pas conclu. Il en va d'autant plus ainsi que pas eu de réponse à la lettre de mise en demeure sollicitant de ne pas conclure le contrat.

En effet, une procédure au fond ne pourrait aboutir qu'à un moment où le contrat aurait été signé et exécuté, de sorte que le juge saisi du fond du dossier ne pourrait que constater l'illégalité, sans pouvoir éviter le préjudice subi par la requérante. En d'autres termes, une procédure au fond ne pourrait pas permettre à la requérante d'avoir une chance de se voir attribuer le marché et de pouvoir l'exécuter, comme il se doit.

28. Ceci étant précisé, il convient de distinguer deux hypothèses.

a) L'acte attaqué constitue une concession ou, à tout le moins, un marché public, ce qui est démontré ci-dessous.

29. [...]

b) Votre Conseil considère que l'acte attaqué constitue un acte administratif, qui n'est pas une concession ou un marché public, quod non.

30. Dans cette hypothèse, l'extrême-urgence demeure.

31. En effet, d'abord, et comme déjà souligné, le délai de recours devant Votre Conseil n'a pas commencé à courir, de sorte que le critère de la diligence à agir de la requérante n'a pas à être, ici, examiné.

Dans une hypothèse similaire, Votre Conseil a, par exemple, déjà jugé que

“ la décision de ne pas donner suite à la procédure d’adjudication restreinte devait lui être notifiée; que la notification faite le 24 octobre 1997, qui n’indique ni l’auteur de la décision qu’elle annonce, ni ses motifs, ni la mention des voies de recours exigée par l’article 19, alinéa 2, des lois sur le Conseil d’État coordonnées le 12 janvier 1973, n’était pas susceptible de faire courir le délai de prescription; que l’exception ne saurait être accueillie” (C.E., arrêt S.A. Thomas & Co, n° 133.066 du 25 juin 2004).

Il a également jugé que “l’on ne peut retenir l’objection selon laquelle cette dernière décision a été prise après l’expiration du délai de recours, puisque la notification de l’acte critiqué ne contient pas les mentions prescrites par l’article 17, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d’État” (C.E., arrêt A.S.B.L. Fédération d’Education physique, n° 99.020 du 21 septembre 2001).

Il convient d’appliquer ces enseignements au présent recours et de constater que la diligence à agir de la requérante ne fait pas défaut.

32. Ensuite, mais à titre subsidiaire, l’on relève que la requérante a fait toute diligence pour obtenir les documents et renseignements nécessaires à l’introduction du présent recours.

Ainsi, dès le lundi 29 juin 2020, c’est-à-dire le jour ouvrable suivant la réception de l’information suivant laquelle son offre n’avait pas été retenue, faite le vendredi 26 juin, la requérante écrit à la Ville de Houffalize :

“ Merci pour votre mail. Pourriez vous nous indiquer le classement de notre offre par rapport aux coefficients de pondération décrits dans la CSC svp?” [...].

Le 30 juin 2020, l’Échevin ayant l’énergie dans ses attributions de la Ville de Houffalize, M. Phillipe CARA, lui répond :

“ je ne peux vous fournir cette pondération critère par critère, puisqu’elle est proportionnelle à la meilleure offre pour chacun des critères. Cela nous pose problème au regard du respect du secret des affaires.
Cependant, je peux vous donner votre classement total :
Votre société se classe 2°, avec 74,84 points sur un maximum possible de 100.
Ce classement représente uniquement la pondération de certains critères, d’autres éléments étant éliminatoires ou pas (respect du cahier des charges)” [...].

La partie requérante reprend alors contact avec la Ville de Houffalize, qui lui adresse, le 7 juillet 2020, un “tableau reprenant la répartition cotée selon les avantages tels que repris dans votre offre ainsi que leur modulation”, accompagné d’une annexe qui s’intitule “Cotation des critères d’attribution” [...].

Le 17 juillet 2020, le conseil de la requérante écrit à la Ville de Houffalize pour lui faire part des nombreuses irrégularités qui affectent l’acte attaqué et la met en demeure de retirer cette décision. Il lui indique également qu’à défaut de réaction de sa part pour le jeudi 23 juillet à 10h30, la requérante n’aura d’autres choix que d’introduire les recours juridictionnels nécessaires [...].

Le 23 juillet à 9h15, le conseil des parties adverses répond au conseil de la requérante [...]. La réponse reçue ne répond cependant aucunement à la lettre de mise en demeure. Aussi, le conseil de la requérante lui répond, le jour même, et lui demande de “préciser, par retour de mail ce jour encore, si vos clients entendent bien réserver une suite utile à la mise en demeure qui leur a été adressé et aux demandes y formulées?” [...].

Aucune réponse n’a été réservée à cette question.

La requérante a ainsi fait preuve de la plus grande diligence pour obtenir les informations nécessaires et pour introduire le présent recours.

33. Enfin, l'exécution de l'acte attaqué emporte un grave préjudice dans le chef de la requérante. En effet, l'acte attaqué porte sur un marché de référence, relatif à l'exploitation d'éoliennes sur des terrains appartenant à trois pouvoirs publics différents, et constitue un des premiers projets portés par une telle forme d'association des pouvoirs publics.

À cet égard, en termes financiers, le marché porte sur un montant qui constitue une part non négligeable du chiffre d'affaires annuel de la requérante. Ne pas se voir attribuer ce marché constitue un chiffre d'affaire non engrangé de 18 millions EUR (vente des droits à projet et EPC). Dans un contexte réglementaire toujours très instable, au regard de la difficulté de voir aboutir les projets dans des délais raisonnables et considérant la taille de l'entreprise, la perte d'une telle perspective est très dommageable, car de nature à impacter sérieusement sa stabilité économique, au surplus dans un contexte économique fragilisé par le Covid.

En outre, ne pas obtenir un tel marché de référence porte également atteinte à la réputation de la requérante, qui apparaît être un des leaders dans le secteur des éoliennes.

Par ailleurs, les zones du territoire wallon sur lesquelles i°) une implantation de 13 éoliennes d'une hauteur de 200 m en bout de pale est possible, 2°) il n'existe pas de contraintes lourdes, sont rares. Une telle opportunité sera donc difficile à croiser de nouveau.

Plus encore, étant donné que la décision a été adoptée par un organe incompétent, le préjudice de la requérante ne doit pas être davantage démontré ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

En vertu de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, 1°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la suspension de l'exécution d'un acte peut être ordonnée à tout moment s'il existe une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation.

L'urgence requise en vertu de cette disposition, et dont le requérant est tenu de justifier, suppose qu'il y ait une crainte sérieuse d'un dommage grave, voire irréparable, qu'il subirait s'il devait attendre l'issue de la procédure en annulation. Cette crainte doit porter sur une atteinte aux intérêts dont le requérant se prévaut et les inconvénients qu'il invoque par celui-ci doivent, pour satisfaire à la condition d'urgence imposée par la disposition précitée, lui être personnels. Il faut, en outre, que le requérant ait fait toute diligence pour saisir le Conseil d'État afin de prévenir utilement le dommage qu'il craint.

L'article 8, alinéa 1^{er}, 4°, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État dispose, par ailleurs, que la demande de suspension contient « un exposé des faits qui, selon le requérant, justifient l'urgence de la suspension [...] demandée [...] ».

Il s'en déduit que la charge de la preuve de l'urgence incombe au requérant et que cette preuve doit être apportée dans ou avec la demande de suspension.

Contrairement à ce que paraît suggérer la requérante en l'espèce, il ne ressort, en revanche, pas des dispositions précitées qu'un requérant serait dispensé de rapporter cette preuve de l'urgence lorsque, comme en l'espèce, il dénonce, au titre de l'un des moyens de sa requête, l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué.

Par ailleurs, le recours à la procédure d'extrême urgence visée à l'article 17, § 4, des lois sur le Conseil d'État, précitées, qui réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause, doit rester exceptionnel et ne peut être admis, outre l'imminence du péril que la procédure a pour objet de prévenir, qu'à la condition que le requérant ait fait toute diligence pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'État dès que possible.

En l'espèce, la requérante justifie le recours à la procédure d'extrême urgence visée à l'article 17, § 4, précité, en soutenant qu'elle a fait toute diligence pour saisir le Conseil d'État (pour autant que ce « critère » doive être pris en considération, alors que - selon elle - le délai de recours n'avait pas encore commencé à courir) et en faisant valoir, pour ce qui concerne l'imminence de nature à conférer à sa demande un caractère d'extrême urgence incompatible avec le délai de traitement de la demande de suspension dite « ordinaire », que « seule une procédure examinée sous le bénéfice de l'extrême urgence permet d'obtenir que le contrat entre les parties adverses et l'attributaire désigné par l'acte attaqué ne soit pas conclu ».

À supposer que le recours à la procédure d'extrême urgence puisse être admis dans le cas d'espèce, encore faut-il que soit établie l'urgence visée à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, précité, urgence qu'il incombe à la requérante de démontrer.

En l'espèce, la requérante invoque une perte de marché de référence portant atteinte à sa réputation, ainsi qu'un inconvénient économique ou financier.

Quant à la perte d'un « marché de référence » et son incidence sur la réputation de la requérante

La requérante n'explique nullement en quoi le fait que le projet litigieux est conçu par trois pouvoirs publics différents conférerait à celui-ci le caractère de

« marché de référence » au regard d'autres projets susceptibles d'être développés dans le secteur d'activités concerné.

Elle n'établit pas davantage l'atteinte à sa réputation qui résulterait de la perte du projet convoité. Il convient, à cet égard, d'observer que le risque, pour la requérante, de perdre la possibilité de développer le projet qu'elle a conçu relève des aléas et difficultés propres à toute participation à une mise en concurrence, de sorte que le seul fait du choix posé en faveur d'un autre opérateur, et au détriment de la requérante, n'est pas - en soi, et à défaut d'éléments concrets permettant d'établir le contraire - de nature à porter atteinte à la réputation de celle-ci.

Enfin, la difficulté de trouver une opportunité comparable à celle qu'offre le projet convoité est présentée comme résultant de la rareté des sites offrant les mêmes avantages que celui formé par les parcelles litigieuses. Cette rareté n'est toutefois attestée par aucune information précise, produite à l'appui de la requête.

Quant à l'inconvénient économique ou financier

La requérante invoque l'importance du projet litigieux au regard de son chiffre d'affaires annuel, qu'elle reste toutefois en défaut de préciser, de sorte qu'elle ne permet pas d'apprécier la gravité que présenterait, dans son chef, une perte de chiffre d'affaires qu'elle prétend être de 18 millions d'euros, et ce d'autant qu'elle ne livre aucune précision qui permettrait de déterminer si ce montant doit être considéré au regard d'un chiffre d'affaires annuel ou des résultats de plusieurs exercices. Cette gravité ne peut davantage être constatée sur la seule base de références très générales faites par la requête à un contexte réglementaire instable, à la difficulté de voir aboutir les projets dans un délai raisonnable ou encore à la taille de l'entreprise (dont rien n'est, par ailleurs, précisé) : telles qu'évoquées en l'espèce, de telles préoccupations ne se distinguent pas de celles que pourrait exprimer tout opérateur économique, évoluant dans des conditions similaires à celles dont se prévaut la requérante, face à la perte d'un projet s'inscrivant dans le cadre de son activité, telle qu'il la conçoit et entend l'exercer.

Il doit, par ailleurs, être rappelé qu'une atteinte aux intérêts financiers d'un requérant est, en principe, réparable dès lors qu'elle peut être compensée par l'octroi de dommages et intérêts ou d'une indemnité réparatrice. Il n'en va autrement que si ce requérant établit concrètement que cette atteinte est elle-même à l'origine de conséquences irréversibles ou difficilement réversibles sur sa santé financière, voire sa viabilité.

En l'espèce, la requérante se borne à faire état d'une incidence de la perte du projet convoité sur sa « stabilité économique », en se prévalant à cet égard du « contexte économique fragilisé par le Covid ». La seule référence incantatoire à la pandémie de la Covid-19 et à son incidence sur la situation économique (incidence que les circonstances conduisent à présumer dans les termes les plus généraux) ne satisfait pas - à défaut d'indications attestant à suffisance une situation précaire provoquée (ou aggravée), le cas échéant, par la crise sanitaire - à l'exigence de démonstration concrète d'une atteinte à la santé financière ou à la viabilité de la requérante, qui résulterait de l'exécution des actes attaqués.

Pour ces raisons, l'inconvénient d'ordre économique ou financier invoqué par la requérante ne peut, pas plus que la perte d'une référence, être retenu au titre de l'urgence requise.

Il ressort des développements qui précèdent qu'au vu de la requête, la condition d'urgence qu'il y aurait à statuer sur la présente demande de suspension n'est pas remplie. Il n'y a donc, en toute hypothèse, pas lieu de vérifier le respect des conditions du recours à la procédure d'extrême urgence visée à l'article 17, § 4, précité.

L'une des conditions requises par l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour que celui-ci puisse ordonner la suspension de l'exécution des actes attaqués fait défaut.

La demande de suspension ne peut en conséquence être accueillie, et ce sans qu'il faille examiner d'autres causes éventuelles de rejet de cette demande.

VII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre et des compléments d'information apportés dans le cadre de la procédure litigieuse; il s'agit des pièces 13, 15 et 16 de son dossier. Elle motive sa demande, en termes de requête, en se prévalant de la protection du secret des affaires et de la concurrence dans un secteur comprenant un nombre limité d'acteurs sur le territoire régional.

Les parties adverses sollicitent également le maintien de confidentialité du détail de la cotation des offres (pièce A), de l'offre de la requérante (pièce B), de l'offre déposée par Eneco-Engie (pièce C) et du projet d'octroi de droits réels (pièce D). Dans sa note d'observations, elle motive cette demande de la manière suivante :

« 82. Les offres précitées contiennent cependant de nombreuses informations couvertes par le secret des affaires, qui ne peuvent être communiquées à leurs concurrents et, dès lors, à la requérante ou à une éventuelle partie intervenante.

L'offre forme un tout et il n'est pas possible d'en rayer seulement certains passages sensibles. Il faut, au contraire, considérer que l'offre telle que libellée et toutes les informations qu'elle contient, sont couvertes par le secret des affaires.

Il en va de même pour le détail de la cotation des offres.

83. Par ailleurs, le projet de contrat contient toute une série d'informations qui étaient présentes dans l'offre de ENGIE-ENECO, de sorte que la confidentialité de l'offre s'étend au contrat ».

Les parties invoquent ainsi la protection du secret des affaires, prévue par l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État et aucune de leurs demandes n'est contestée.

Il y a, en conséquence, lieu de faire droit à ces demandes et de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces sur lesquelles elles portent.

VIII. Indemnité de procédure et autres dépens

Les parties adverses sollicitent la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

À l'audience du 12 août 2020, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure des parties adverses.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 13, 15 et 16 du dossier de la requérante et A, B, C, D du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée aux parties adverses, à concurrence d'un tiers chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 17 août 2020 par :

David De Roy,
Céline Morel,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Céline Morel

David De Roy