CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 249.195 du 10 décembre 2020

A. 232.222/VI-21.907

En cause :

1. la société anonyme REMO MILIEUBEHEER,
2. la société anonyme RECOM,
3. la société anonyme CMIX,
4. la société anonyme CARRIÈRES DE SPRIMONT ET DE CHANXHE,

ayant toutes élu domicile chez
M^e^ Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories 2
4020 Liège,

contre :

la commune d'Olne,
représentée par son collège communal,
ayant élu domicile chez
M^e^ Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

Parties intervenantes :

1. la société anonyme ENTREPRISE MARCEL BAGUETTE,
2. la société anonyme BODARWE CARRIERES,
3. la société anonyme JOLY,
4. la société à responsabilité limitée F.A.S. SERVICES,

ayant toutes élu domicile chez
M^es^ Bernard de COCQUEAU
et François PAULUS, avocats,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 13 novembre 2020, la société anonyme Remo Milieubeheer, la société anonyme Recom, la société anonyme Cmix et la société anonyme Carrières de Sprimont et de Chanxhe demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de la décision prise par la Commune d'Olne de date inconnue, communiquée par lettre du 29 octobre 2020, de ne pas sélectionner son offre relative à la concession ayant pour objet « contrat de fortage -

gestion de la carrière du Bay Bonnet », cahier spécial des charges n° 20191118, et d'attribuer la concession à un tiers.

II. Procédure

Par une ordonnance du 13 novembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 novembre 2020.

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

Par une requête ampliative introduite le 24 novembre 2020, les parties requérantes soulèvent un nouveau moyen.

Par une requête introduite le 25 novembre 2020, la société anonyme Entreprise Marcel Baguette, la société anonyme Bodarwé carrières, la société anonyme Joly et la société à responsabilité limitée F.A.S. Services demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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.

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

M^e^ Pierre Lejeune, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^e^ Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^es^ Bernard de Cocqueau et François Paulus, avocats, comparaissant pour les requérantes en intervention, 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

1. Selon la note d'observations déposée dans le cadre de la présente procédure, la partie adverse se présente comme étant en train d'acquérir auprès de la société Arcelor Belgium le site de la carrière du Bay Bonnet, laquelle carrière serait

actuellement exploitée dans le cadre d'un contrat de fortage liant au propriétaire actuel la société Ferrari Granulats.

2. Dans ce contexte, la partie adverse annonce, par la publication d'« avis de concession » et correctifs au Bulletin des adjudications, ainsi qu'au Journal officiel de l'Union européenne, l'organisation d'une procédure de passation d'une concession ayant pour objet des services (point II.1.3) de l'avis) et intitulée « Contrat de fortage - gestion de la carrière du Bay Bonnet ». La valeur de l'opération est estimée à 75.600.000 d'euros, hors T.V.A.

Les avis de concession décrivent l'objet de l'opération litigieuse dans les termes suivants :

« Le concessionnaire aura pour mission de réaliser l'exploitation de la carrière du Bay Bonnet (contrat de fortage), de maintenir le site en bon état, d'assurer la sécurité de celui-ci et de veiller à sa remise en état. Les permis liés à l'exploitation de la carrière seront transférés au concessionnaire.
La présente concession porte une superficie d'environ 50 ha délimité comme suit :
- zone exploitable : 24 ha 92a 46 ca;
- zone environnante : 26 ha ».

L'opération est régie par un cahier spécial des charges référencé n° 20191113 dont l'introduction contient notamment les précisions suivantes :

« Dérogations, précisions et commentaires

Un contrat de fortage n'est pas spécifiquement visé par l'application d'une réglementation particulière en ce qui concerne l'attribution d'un tel contrat par une autorité publique.

Néanmoins, vu l'importance du présent contrat dans le cadre de sa politique, l'adjudicateur souhaite toutefois que le concessionnaire soit désigné selon une procédure de passation organisée conformément à la règlementation relative aux contrats de concession visée ci-dessus, en raison des garanties qu'elle offre. Le concessionnaire, dans sa relation avec l'adjudicateur, sera en conséquence tenu d'exécuter la concession conformément à ladite règlementation et aux dispositions du présent cahier spécial des charges.

Le choix du mécanisme de la concession est lié au transfert du risque d'exploitation dans le chef du concessionnaire ».

3. Trois offres sont déposées, dont celle qui a été établie par le groupement que forment les requérantes.

4. Un « Rapport d'analyse des offres » est établi. Il conclut à l'attribution de l'exploitation de la carrière du Bay Bonnet au groupement formé par les requérantes en intervention, après avoir notamment considéré que les autres

offres déposées « sont frappées d'une ou de plusieurs irrégularité(s) substantielle(s) et sont écartées ».

5. Par une délibération du 29 octobre 2020, le collège communal de la partie adverse décide notamment d'« approuver le rapport d'examen des offres du 28/10/2020 », de le considérer comme faisant partie intégrante de la délibération et d'attribuer la « concession de fortage de la carrière du Bay-Bonnet » au groupement formé par les requérantes en interventions.

Cette délibération, qui constitue l'acte attaqué en l'espèce, fait par ailleurs l'objet d'une autre demande de suspension introduite selon la procédure d'extrême urgence, enrôlée sous le n° G/A 232.219/VI-21.906.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 25 août 2020, la société anonyme Entreprise Marcel Baguette, la société anonyme Bodarwé Carrières, la société anonyme Joly et la société à responsabilité limitée F.A.S. Services demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Formant le groupement d'entreprises en faveur duquel a été adopté l'acte attaqué, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu, en conséquence, d'accueillir cette requête.

V. Régime juridique de la demande de suspension

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.

Cette question n'était pas discutée dans les écrits de procédure. Pour permettre au Conseil d'État de la trancher dans des conditions garantissant la contradiction des débats, les parties ont été avisées de ce qu'il leur serait loisible, à l'audience du 27 novembre 2020, de formuler leurs observations éventuelles à propos de la qualification de l'opération litigieuse au regard de la notion de « concession », dès lors que cette qualification peut conditionner l'applicabilité au présent recours, de la loi du 17 juin 2013 précitée.

V.1. Thèses des parties

A. Thèse des requérantes

Les requérantes se réfèrent avant tout à l'enseignement qu'elles estiment devoir tirer de l'arrêt n° 248.196, prononcé par le Conseil d'État le 2 septembre 2020, et selon lequel, pour que soit pris en considération le transfert de risque caractéristique de l'existence d'une concession de travaux ou de services, il faut qu'un service soit externalisé. Cet enseignement doit, selon les requérantes, être lu en combinaison avec des décisions plus anciennes, qui – selon leurs analyses doctrinales – doivent être comprises en ce sens qu'une opération faisant naître le droit d'un opérateur sur un bien de l'autorité devrait être qualifiée de concession ou de bail, selon qu'elle implique, ou non, des prestations d'intérêt général. Les requérantes estiment pouvoir situer dans la ligne de ces enseignements un arrêt prononcé par le Conseil d'État de France le 3 juin 2009 en une affaire 311.798, arrêt dans lequel, à propos de l'octroi du droit d'exploitation d'un gisement de granulats en sous-sol du site appartenant à l'autorité, l'opération n'a pas été considérée comme relevant du droit privé, et ce en raison de prestations que l'octroi du droit d'exploitation imposait au bénéficiaire d'assurer. Elles se réfèrent à d'autres décisions attestant une approche similaire, adoptée par les juridictions administratives françaises.

Prenant appui sur cette approche générale, les requérantes estiment qu'en l'espèce, certaines obligations incombant à l'opérateur choisi en qualité de titulaire du droit d'exploitation de la carrière ne relèvent pas de celles qu'il devra respecter en application des permis d'exploitation de cette carrière, mais représentent des obligations qui doivent être considérées de manière autonome. Elles identifient particulièrement les obligations liées au démantèlement des fours. Elles estiment qu'au regard (et en raison) de ces obligations autonomes, le Conseil d'État devrait se ranger derrière les enseignements jurisprudentiels généraux qu'elles ont ainsi rappelés et qualifier de « concession » l'opération litigieuse.

B. Thèse de la partie adverse

Selon la partie adverse, le contexte et les objectifs qu'elle poursuit sont clairement énoncés à l'article 1.2. du cahier spécial des charges, dont elle rappelle le libellé : « La commune d'Olne va prochainement devenir propriétaire de la carrière du Bay Bonnet (rachat à Arcelor Mittal Belgium au plus tard le 31/12/2020). Cette carrière calcaire est actuellement exploitée par la société Ferrari Granulats dans le cadre d'un contrat de fortage arrivant à échéance le 31 décembre 2020. L'objectif pour la commune est de maintenir une exploitation de même nature. Le permis

d'exploitation actuel se termine le 31 décembre 2032. La présente concession vise à désigner une entreprise chargée de l'exploitation du site du Bay Bonnet soit le 1er janvier 2021, soit plus tôt dans le cas où le concessionnaire et l'exploitant actuel trouveraient un accord sur la continuité de l'activité ». Elle ajoute que, dès l'acquisition du terrain, celui-ci fera partie de son domaine privé et pourra, à ce titre faire l'objet de contrats de droit commun. Elle rappelle ensuite que l'objet de la concession est précisé par le point 1.3. du cahier spécial des charges, libellé comme suit : « Le concessionnaire aura pour mission de réaliser l'exploitation de la carrière du Bay Bonnet (contrat de fortage), de maintenir le site en bon état, d'assurer la sécurité de celui-ci et de veiller à sa remise en état. Les permis liés à l'exploitation de la carrière seront transférés au concessionnaire (…) ». Elle en conclut que le cahier spécial des charges a dès lors été établi en vue d'octroyer « un contrat de fortage ».

Elle fait valoir que le choix de la concession réside dans sa volonté de transférer le risque d'exploitation de la carrière au concessionnaire, selon le principe légal du prix forfaitaire. Le choix de faire application de la loi du 17 juin 2016 est donc un choix réalisé en opportunité afin d'assurer l'octroi d'un droit (quelle que soit la qualification du contrat, vente par anticipation, stipulation du droit au profit d'un bénéficiaire d'extraire les matériaux tirés de la carrière, contrat de louage ou de bail) dans le respect du principe de transparence. Elle souligne que, dans ce contexte, ce n'est pas la qualification de l'opération litigieuse qui a induit l'application de la loi du 17 juin 2016. Ce choix en opportunité est clairement indiqué en page 1 du cahier spécial des charges sous le titre « dérogations, précisions et commentaires ».

Elle relève, par ailleurs, qu'en droit privé, le contrat de fortage est né d'une pratique contractuelle dans le milieu des activités d'extraction et observe que la jurisprudence qui aborde la qualification de ce contrat est souvent rendue en matière fiscale. L'administration fiscale considère en effet ces revenus issus des contrats de fortage comme des revenus immobiliers (article 7, 2°, c CIR/92) estimant que le contrat de fortage est une mise à disposition de la jouissance d'un terrain (soit des revenus immobiliers globalisés et taxables au taux marginal). La jurisprudence majoritaire suit la position de l'administration fiscale (Liège, 9e chambre, 27 juin 2014, www.juridat.be). Dès 1903, la Cour de cassation a souligné qu'aucune disposition légale ne s'oppose à ce qu'une carrière fasse l'objet d'un bail (Cass., 2 avril 1903, Pas. 1903, I, p.151; Cass. 8 juin 1916, Pas., 1917, I, p.148). La modification de la substance du bien concédé n'est pas exclusive d'un louage (Liège, 8 avril 1981, R.G.F., 1981, p.214; Mons, 10 mai 1978, Bull. n° 581, p.235). La Cour d'appel de Liège considère le contenu non renouvelable du sol comme une récolte : « il n'est pas contraire aux principes du droit de bail que l'extraction de

richesses enfermées dans le sol entraîne une modification du bien; qu'il ne faut pas confondre la chose louée qui reste la propriété du bailleur et ce que la chose produit, les fruits de la chose, qui deviennent la propriété du preneur » (Liège, 2ième chambre, 4 décembre 1985, www.juridat.be). Par ailleurs, si dans un contexte de stratégie fiscale, certains contribuables (espérant retomber sur la taxation des revenus mobiliers à un taux d'imposition de 30 %) tentent de qualifier les contrats de fortage de « concession du droit d'extraire » ou « concession du droit d'exploiter », la jurisprudence n'hésite pas à requalifier le contrat en bail d'immeuble (T.P.I. Bruxelles, 27 janvier 2010, RG 206/15382/A, www.juridat.be). Elle note encore que, toujours dans un contexte de stratégie fiscale, certains défendent l'idée de conclure deux contrats, un qui porte sur la possibilité d'installer sur le terrain ce qui est nécessaire à l'extraction (valeur locative d'un terrain non bâti) et l'autre sur la vente de la matière extraite, le prix étant en relation avec le volume vendu.

Après avoir rappelé les définitions de la « concession de travaux » et de la « concession de services » données par la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, la partie adverse fait valoir que le contrat qu'elle envisage de conclure est un contrat de fortage. Selon elle, il ne porte manifestement pas sur la réalisation de travaux ou d'un ouvrage, pas plus qu'il ne porte sur des services (ou une activité économique) qui seraient exploités. Elle ne s'estime, en effet, pas compétente pour exercer une activité d'exploitante de carrière. Par conséquent, elle ne pourrait en aucun cas concéder cette activité à une entreprise privée. Selon elle, sur le plan juridique, les communes peuvent créer une régie communale autonome pour accomplir une activité à caractère industriel ou commercial uniquement pour les activités définies par l'arrêté royal du 10 avril 1995. Ne figure pas parmi ces activités, l'exploitation d'une carrière. Elle estime, au contraire, que le contrat porte sur un bien de son domaine privé, dont elle entend essentiellement retirer des revenus pour alimenter son budget communal.

Elle fait enfin valoir que l'enseignement jurisprudentiel déduit de l'arrêt prononcé par le Conseil d'État de France, le 3 juin 2009, en l'affaire n° 311.798, n'est pas pertinent et relève, en particulier, que la clause 3.1.5. du cahier spécial des charges de l'opération litigieuse, relative au démantèlement des fours à chaux installés sur le site de la carrière, impose uniquement à l'opérateur choisi de constituer une provision, mais non d'exécuter les travaux.

C. Thèse des intervenantes

Se référant à l'arrêt n° 248.148 du Conseil d'État, prononcé le 17 août 2020, les intervenantes soutiennent que, pour que l'opération litigieuse puisse être qualifiée de concessions de travaux ou de services, il faudrait qu'elle ait pour objet

de concéder des travaux ou des services. Elles estiment que tel n'est pas le cas, même en ayant égard au démantèlement des fours et à la mise à niveau des terrils, laquelle ne constitue qu'une condition d'exploitation de celui-ci.

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 1er 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 à 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, le contrat projeté est qualifié, dans les documents du marché, de « contrat de fortage ». Il ressort de l'introduction du cahier spécial des charges, plus particulièrement sous le titre « Dérogations, précisions et commentaires », qu'en vue de choisir l'opérateur avec lequel elle conclura ce contrat, la partie adverse a décidé de recourir à une procédure de mise en concurrence « organisée conformément à la règlementation relative aux contrats de concession ». Le choix, ainsi exprimé, d'organiser une telle procédure ne suffit pas à établir que l'opération litigieuse constitue, en soi, une « concession », au sens de l'article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. C'est précisément sur cette question de qualification qu'ont notamment porté les débats à l'audience du 27 novembre 2020.

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 ».

Ces définitions impliquent notamment que, pour qu'une opération soit qualifiée de concession au sens de l'article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, elle s'inscrive 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 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 qu'elle s'inscrit, avant tout au regard de l'objet que cette disposition assigne à la concession de travaux et/ou services, dans un contrat répondant à la notion définie par l'article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

En l'espèce, et ainsi que cela ressort d'un examen effectué en extrême urgence, le contrat projeté n'a d'autre objet que l'octroi et l'aménagement du droit d'exploitation de la carrière du Bay Bonnet, cet objet paraissant, *prima facie*, s'apparenter essentiellement en l'octroi de droits réels sur un bien destiné à entrer dans le domaine de la partie adverse.

Il ne ressort, en revanche, ni des débats ni des pièces de la procédure que le contrat projeté a pour objet de charger l'opérateur de l'exécution de travaux ou de la prestation et de la gestion de services, objet qui impliquerait, dans le chef de cet opérateur, une obligation à laquelle celui-ci se serait engagé à l'égard de la partie adverse par le dépôt de son offre, la méconnaissance éventuelle de cette obligation étant, par ailleurs, susceptible d'être sanctionnée. Les observations suivantes doivent être formulées à ce propos :

- En vertu de l'article III.1.9. du cahier spécial des charges, relatif au paiement de la redevance annuelle, la partie forfaitaire de celle-ci, correspondant forfaitairement aux rétributions dues pour 500.000 tonnes de pierres extraites, est due quel que soit le tonnage réel de pierres extraites. Il se déduit de cette prescription que l'exploitation envisagée de la carrière représente un droit accordé à l'opérateur choisi et non l'obligation d'assurer certaines prestations qui lui incomberaient, dans la mesure prescrite par la partie adverse.
- Alors que la concession de services apparaît être, de manière générale, un mode de gestion de services que l'autorité a vocation à offrir à un public d'usagers pour répondre aux besoins de ceux-ci, mais qu'elle choisit d'« externaliser » en

attribuant à un opérateur économique sa gestion, aucune prestation relevant de tels services et que l'opérateur choisi aurait la charge d'assurer n'a, en l'espèce, été identifiée par les parties et ne paraît pouvoir l'être à la lecture des écrits et pièces de la procédure.

- Le cahier spécial des charges permet, certes, d'identifier des obligations imposées à l'opérateur choisi, et susceptibles – le cas échéant – de consister en prestations à sa charge. Ces obligations apparaissent, selon les cas, être des contreparties du droit d'exploitation cédé (tel le paiement de la redevance due) ou des modalités d'exercice de ce droit (tels le respect des niveaux de bruit ou des horaires d'exploitation, la continuité de l'exploitation, le maintien d'un système de contrôle d'accès au site,…), mais ne peuvent s'analyser comme relevant de l'objet même du contrat et autorisant à qualifier celui-ci de concession de travaux ou de services au sens de l'une des définitions légales précitées. Les requérantes ne peuvent davantage être suivies lorsqu'elles invoquent des obligations se rapportant au démantèlement des fours à chaux, puisqu'aucune obligation d'exécution de travaux n'est imposée, à ce titre, à l'opérateur choisi dans le cadre du contrat à conclure.
- Au regard des caractéristiques du cas examiné en la présente cause et à la suite des observations qu'appelle, *prima facie,* cet examen, l'enseignement – évoqué au cours des plaidoiries – de l'arrêt prononcé par le Conseil d'État de France le 3 juin 2009, en l'affaire référencée 311.798, n'apparaît pas pertinent : cette affaire concernait une opération qui – emportant certes l'octroi du droit d'exploiter un gisement de granulats compris dans le sous-sol du site concerné, moyennant le respect d'obligations modalisant l'exercice de ce droit, telle que celle de remise en état – avait été qualifiée de marché public de travaux par le juge des référés du tribunal administratif de Versailles, en considération de travaux demandés au bénéficiaire de ce droit d'exploitation, en réponse à un besoin de la commune concernée en matière de dépollution et d'aménagement des parcelles en cause. Pour ce qu'il est permis d'en juger dans le cadre d'un examen en extrême urgence, la configuration de cette opération dont les juridictions françaises ont ainsi eu à connaître se présentait de façon sensiblement différente de celle de l'opération concernée par la présente demande de suspension.

S'agissant, enfin, du transfert de risque d'exploitation évoqué au cours des plaidoiries – notamment par la référence à l'introduction du cahier spécial des charges, selon laquelle « Le choix du mécanisme de la concession est lié au transfert du risque d'exploitation dans le chef du concessionnaire » – un tel risque ne peut, conformément aux définitions légales précitées, être pris en considération, comme révélateur de l'existence d'une concession, que si l'opération concernée a, avant toute autre caractéristique, un objet correspondant à l'un de ceux qu'assignent ces définitions respectivement à la concession de travaux ou à la concession de services,

et que si c’est en contrepartie de cet objet qu’est accordé un droit d’exploitation. L’opération litigieuse n’apparaît précisément pas avoir un tel objet. Il s’ensuit que le transfert de risque invoqué en l’espèce ne peut être utilement pris en considération.

Au vu des développements qui précèdent, l’opération litigieuse n’apparaît pas, au terme d’un examen effectué en extrême urgence, pouvoir être qualifiée de « concession » au sens de l’article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, de sorte que l'applicabilité de la loi du 17 juin 2013 précitée à l'opération litigieuse n'est pas établie.

Il s'impose, en conséquence, 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

A. Thèse des requérantes

Au point 19 de leur requête, les requérantes font valoir ce qui suit :

« Les gisements exploitables en Wallonie représentent une ressource non renouvelable et sont en nombre limité en raison :
- de circonstances géologiques : présence d'un gisement ayant un volume et une qualité suffisante en vue de son exploitation;
- par des contraintes planologiques : nécessité que le site se trouve inscrit en zone d'extraction au plan de secteur.

L'opportunité d'exploiter une carrière est donc une opportunité rare ».

Par ailleurs, après avoir rappelé le délai de temporisation de quinze jours que la partie adverse s’est engagée à respecter avant de conclure le contrat litigieux, elles observent, au point 21, que « [à] défaut de mise en œuvre d'une procédure d'extrême urgence, en cas d'annulation de l'acte détachable que constitue l'acte attaqué, cette annulation n'emportera pas de conséquences sur le contrat lui-même, de manière telle qu'une situation irréversible, ou difficilement réversible, serait créée ».

À l’audience du 27 novembre 2020, elles ont ajouté que, si le Conseil d’État ne qualifie pas de « concession » l’opération litigieuse, de sorte que la loi du 17 juin 2013 ne serait pas applicable au présent recours, le point de départ du délai de recours devrait alors être situé non en fonction de la date de communication de l’acte attaqué, mais bien par référence à la date de réception de cet acte. Selon elles, c’est donc bien à cette date de réception qu’il faudra avoir égard pour apprécier leur diligence à introduire la présente requête, dans le cadre d’une procédure en extrême

urgence, en prenant en considération, au regard du principe de confiance légitime, l'indication d'un délai de quinze jours dans la mention des voies de recours.

B. Appréciation du Conseil d'État

En vertu de l'article 17, § 1er, 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 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 1er, 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.

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, et à supposer que le recours à la procédure d'extrême urgence puisse être admis dans la présente affaire, encore faut-il que soit établie l'urgence visée à l'article 17, § 1er, alinéa 2, 1°, précité, urgence qu'il incombe aux requérantes de démontrer.

Les requérantes se prévalent de l'opportunité rare que représente l'exploitation d'une carrière en Wallonie. Au travers (et au-delà) de cette affirmation générale, elles n'entreprennent toutefois pas d'établir concrètement quel inconvénient (*a fortiori* grave) leur causerait très précisément, dans le cas d'espèce, l'exécution de l'acte attaqué.

Par ailleurs, s'il peut se concevoir que le bénéfice du droit d'exploitation de la carrière représente pour les requérantes – à l'instar de leurs concurrents, du reste – une opportunité qui les a déterminées à participer à la procédure de passation initiée par la partie adverse, de sorte que l'attribution de ce droit à d'autres opérateurs peut leur causer grief, force est de reconnaître qu'un tel risque relève des aléas et difficultés propres à toute participation à une mise en concurrence et n'est pas – en tant que tel et à défaut d'éléments concrets qui permettraient au Conseil d'État d'en décider autrement – constitutif d'un inconvénient d'une gravité telle qu'il atteste l'urgence dont il est question à l'article 17, § 1er , alinéa 2, 1°, précité.

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, § 1er, 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.

VII. Confidentialité

Au point 78 de sa note d'observations, la partie adverse s'exprime comme suit :

> « La partie adverse vous invite – comme vous le faites usuellement – à prendre en considération l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 pour assurer la confidentialité des offres à l'égard des parties au litige.
> Elle dépose pour votre parfaite information les offres déposées et vous demande de bien vouloir les considérer comme confidentielles, tout comme le projet d'acte de cession ».

Les requérantes demandent également le maintien de la confidentialité de leur offre, à laquelle se rapportent les pièces 1 à 11 de la farde B de leur dossier.

Même s’il est curieux que la partie adverse se prévale de l’article 26 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, alors que la qualification de l’opération litigieuse qu’elle a elle-même plaidée exclut l’application de cette disposition, sa demande et celle des requérantes doivent – en tant qu’elles portent sur les offres – se comprendre comme invoquant ainsi la protection du secret des affaires, susceptible d’être prise en considération en vertu de 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.

S’agissant des autres pièces déposées à titre confidentiel par la partie adverse, celle-ci ne livre, dans sa note d’observations, aucun élément qui motiverait sa demande de maintien de la confidentialité et permettrait ainsi au Conseil d’État de statuer sur cette demande au vu de l’incidence éventuelle d’une divulgation de ces pièces sur le respect du secret des affaires et de la vie privée des entreprises ou sur d’autres intérêts avec lesquels cette divulgation entrerait en contradiction et qu’il y aurait lieu de protéger.

Il y a, en conséquence, lieu de faire droit aux demandes des parties, dans la mesure imposée par les considérations qui précèdent, et de maintenir provisoirement la confidentialité des offres déposées dans le cadre de la présente procédure.

VIII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation des requérantes « aux dépens liquidés à la somme de 700 euros ». Une lecture bienveillante de la note d’observations impose de considérer que la partie adverse sollicite en réalité, par cette mention, une indemnité de procédure de 700 euros, ce qui n’a du reste pas été contesté par les autres parties.

À l'audience du 27 novembre 2020, les requérantes n'ont fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité de procédure.

Il y a lieu, en conséquence, d’accorder une indemnité de procédure de 700 euros à la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient mis à la charge des requérantes, à l'exception de ceux relatifs à l'intervention qui sont laissés à la charge des intervenantes.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme Entreprise Marcel Baguette, la société anonyme Bodarwé carrières, la société anonyme Joly et la société à responsabilité limitée F.A.S. Services est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 1 à 11 de la farde B du dossier des requérantes et les pièces 3 à 6 de la partie confidentielle du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

Les parties intervenantes supportent les dépens relatifs à leur intervention, à savoir 600 euros à concurrence de 150 euros chacune.

Les parties requérantes supportent – à concurrence d'un quart chacune – les autres dépens, à savoir les droits de rôle de 800 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre siégeant en référé, le 10 décembre 2020, par :

David De Roy,	président de chambre,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent Durieux David De Roy