

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.642 du 1^{er} décembre 2016

G./A.220.588/VI-20.892

En cause : **la société privée à responsabilité limitée CLEAR CHANNEL BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Mes Pierre de BANDT, Peter TEERLINCK et
Martin MEEUS, avocats,
avenue de l'Yser, n° 19,
1040 Bruxelles,

contre :

la Ville de Liège,

ayant élu domicile chez
Mes François MOISES et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme JCDECAUX STREET FURNITURE BELGIUM,

ayant élu domicile chez
Mes Benoît CAMBIER et
Alexandre PATERNOSTRE, avocats,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 27 octobre 2016, la société privée à responsabilité limitée CLEAR CHANNEL BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du conseil communal de la Ville de Liège du 24 octobre 2016 ayant pour objet l'approbation de l'avenant n° 2 au contrat de concession domaniale conclu pour le renouvellement de l'extension du mobilier urbain de la ville en vue de prolonger ledit contrat jusqu'au 12 novembre 2017".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme JCDECAUX STREET FURNITURE BELGIUM a, par une requête introduite le 18 novembre 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 28 octobre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 22 novembre 2016 à 10 heures 30.

Les droits visés 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'Etat ont été acquittés.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Pierre de BANDT, Martin MEEUS, et Raluga GHERGHINARU, avocats, comparaisant pour la partie requérante, Me François MOISES, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Mes Benoît CAMBIER, Alexandre PATERNOSTRE et Stéphane RIXHON, avocats, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Tels que les relate la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être décrits comme suit:

" [...]. LE MARCHE PUBLIC ATTRIBUE A JCDECAUX EN 2001

[...]. Le 23 avril 2001, la partie adverse a décidé :

- «- de procéder à une consultation restreinte, avec publicité préalable, en vue de la conclusion d'un contrat de concession domaniale pour le renouvellement et l'extension du mobilier urbain de la ville;
- d'adopter le "cahier des clauses et conditions contractuelles appelé à régir la procédure de passation et d'exécution du contrat ainsi que les droits et obligations respectifs des parties concernées" et le "règlement destiné à régir la procédure de consultation restreinte avec publicité préalable";
- de ne pas appliquer à ce contrat "les différentes dispositions afférentes aux redevances portant sur l'occupation de la voie publique";
- et d'approuver le texte de l'avis de publication au Bulletin des adjudications».

[...]. L'objet du contrat était la mise à disposition de la Ville de Liège de meubles urbains de différents types, dont la quantité estimée était indiquée à l'article 2 des clauses administratives générales du Cahier des clauses et conditions contractuelles.

[...]. Selon l'article 8 des mêmes clauses administratives générales, le contrat en question «constitue un contrat de mobilier urbain, passé sous la forme d'une concession domaniale, en vertu duquel une société s'engage, d'une part, à installer, à titre gratuit pour la Ville, du mobilier urbain sur le domaine public de celle-ci et, d'autre part, obtient en contrepartie l'autorisation d'exploiter, à titre exclusif, les supports (faisant l'objet du contrat) à des fins publicitaires, étant entendu qu'elle se réserve la propriété du mobilier et laisse une partie des emplacements à la disposition de la Ville pour la diffusion d'information locales».

[...]. En ce qui concerne la durée du contrat, le Cahier des clauses et conditions contractuelles (...) prévoyait que «la convention sera conclue pour une durée déterminée de quinze ans prenant cours à la date de sa signature, sans tacite reconduction. La date de l'échéance de la convention est donc unique pour l'ensemble du mobilier, quelle que soit la date de placement des meubles». Aucune possibilité de reconduction n'était prévue dans le Cahier des clauses et conditions contractuelles.

[...]. Le contrat ayant pour objet la mise à disposition de la Ville de Liège de différents meubles urbains (ci-après, le «Contrat de 2001») a été attribué par une décision du 12 novembre 2001 à la S.A. JCDecaux Street Furniture Belgium (ci-après, «JCDecaux»).

[...]. Par une requête introduite le 11 janvier 2002, la partie requérante (constituée à l'époque sous la forme d'une société anonyme) a demandé l'annulation de la décision d'attribution du 12 novembre 2001.

[...]. Dans le cadre de ce recours en annulation, l'auditeur a soulevé d'office un moyen déduit «de la violation des articles 1^{er}, §1^{er}, 4, § 1^{er} et 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services».

[...]. Après avoir rappelé la controverse existant quant à la qualification juridique à donner au contrat de mobilier urbain, l'auditeur est d'avis que :

«[...]».

[...]. Par un arrêt du 31 août 2006, le Conseil d'Etat a décidé de surseoir à statuer et de poser les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la «Cour de justice» ou «CJUE») :

«1. Un contrat qualifié de «concession domaniale» exclut-il l'application de la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services dès lors que ce contrat, indépendamment de l'octroi par l'autorité publique au profit de son

cocontractant du droit exclusif d'exploiter de manière lucrative des dispositifs publicitaires dont est pourvu le mobilier urbain mis à la disposition de l'autorité publique, prévoit l'accomplissement par le cocontractant d'un certain nombre de services au bénéfice de cette dernière (mise à la disposition de mobilier urbain, d'emplacements destinés à l'affichage communal)?

2. En dépit de l'absence d'un prix au sens classique du terme, le caractère onéreux des prestations de services au profit de l'autorité publique peut-il consister dans l'abandon par celle-ci des recettes publicitaires dont il conviendrait, comme en l'espèce, de déduire les compensations financières et matérielles et les taxes d'affichage prévues au contrat?

3. Le caractère principal ou accessoire des diverses obligations prévues au contrat joue-t-il un rôle quelconque quant à l'application de la directive précitée?».

[...]. Par une lettre du 7 février 2007, la partie requérante s'est désistée de son recours. Le Conseil d'Etat a décrété le désistement dans un arrêt du 23 avril 2007. Suite à ce désistement, le Conseil d'Etat a informé la Cour de justice qu'il n'entendait pas maintenir son renvoi préjudiciel. Par une ordonnance du 15 mai 2007, la Cour de Justice a, dès lors, ordonné la radiation de l'affaire de son registre.

[...]. MARCHE PUBLIC LANCE PAR LA VILLE DE LIEGE EN AVRIL 2016

[...]. Dans la mesure où le contrat susmentionné arrivait à échéance le 12 novembre 2016, la Ville de Liège a décidé de lancer un nouvel appel d'offres en avril 2016.

[...]. Le cahier des charges de ce nouveau marché a été présenté au Conseil communal le 25 avril 2016. Respectivement le 26 avril 2016 et le 29 avril 2016, la Ville de Liège a publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne («JOUE») un avis de marché public de services ayant pour objet la mise à disposition, le placement et l'entretien de mobilier urbain.

[...]. Le 13 mai 2016, CCB a adressé un courrier recommandé à la Ville de Liège dans lequel elle soulignait que :

«Suite à l'analyse du cahier spécial des charges publié dans le cadre du marché cité sous objet, nous avons identifié plusieurs dispositions qui sont fondamentalement critiquables. Elles favorisent l'entreprise qui est actuellement en place (JCDecaux) et ont pour effet d'éliminer toute concurrence.

Tout d'abord, nous considérons que les critères de sélection qualitative imposant aux soumissionnaires (i) de démontrer un chiffre d'affaires global annuel de 50.000.000 euros et (ii) de produire une liste de 5 références de contrats en cours lors des trois dernières années pour l'équipement de réseaux de transport en commun de surface comptant plus de 200 abris (à l'exclusion de Liège) sont contraires à l'article 58 § 1^{er}, 2^o de l'AR Passation dans la mesure où ils sont disproportionnés par rapport à l'objet du marché.

[...] Nous invitons donc la Ville de Liège à rectifier le cahier des charges susmentionné afin de garantir le respect des principes et des dispositions légales auxquels elle est tenue lors de la passation d'un marché public. Dans le cas contraire, notre société se verra obligée de saisir les juridictions compétentes afin de faire respecter ses droits».

[...]. Dans sa réponse du 24 mai 2016, la Ville de Liège a ignoré les remarques de CCB quant au caractère disproportionné des critères de sélection qualitative et n'a fourni aucune réponse à cet égard.

[...]. Le 27 mai 2016, CCB a écrit une nouvelle lettre recommandée à la Ville de Liège pour lui faire part du fait que sa réponse du 24 mai 2016 ne répondait pas à

ses observations relatives aux violations du principe d'égalité entre soumissionnaires et au caractère disproportionné des critères de sélection.

[...]. Dans son courrier du 3 juin 2016, la Ville de Liège s'est, une fois de plus, contentée de répondre aux demandes d'informations d'ordre technique, sans se prononcer sur les observations de CCB relatives à la violation du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et au caractère disproportionné des critères de sélection.

[...]. CCB a déposé son offre le 28 juin 2016. JCDecaux, le concessionnaire en place, a été la seule autre entreprise à avoir déposé une offre dans le cadre de ce marché.

[...]. Le 2 septembre 2016, le Collège communal de la Ville de Liège a décidé de ne pas donner suite à la procédure engagée dans la mesure où aucune offre n'a été sélectionnée.

[...]. Le même jour, la Ville de Liège a communiqué cette décision à CCB ainsi que les motifs à la base de l'exclusion de son offre. Plus particulièrement, la Ville de Liège a précisé dans son courrier du 2 septembre dernier que :

«La société Clear Channel n'apporte pas la preuve qu'elle dispose d'une capacité économique et financière suffisante en regard des critères de sélection qualitative» et que

«La société Clear Channel n'apporte pas la preuve qu'elle dispose d'une capacité technique suffisante en regard des critères de sélection qualitative».

[...]. A la fin de ce même courrier, la Ville de Liège a annoncé que : «une nouvelle procédure de marché sera lancée dans un futur proche» (...).

[...]. Le 12 septembre 2016, CCB a adressé à la Ville de Liège un courrier recommandé ayant la portée suivante :

«Nous nous référons à votre courrier du 2 septembre dernier et à la délibération du Collège communal du même jour.

Nous prenons acte du fait que la Ville de Liège a décidé de ne pas sélectionner les offres déposées par JCDecaux et par notre société dans le cadre du marché cité sous objet et que, dans la mesure où aucune offre n'a été sélectionnée, la Ville a décidé de ne pas donner suite à la procédure engagée au mois d'avril dernier.

En attendant le lancement de la nouvelle procédure, nous nous permettons d'attirer votre attention sur le fait que les critères de sélection qualitative imposant aux soumissionnaires (i) de démontrer un chiffre d'affaires global annuel de 50.000.000 euros et (ii) de produire une liste de 5 références de contrats en cours lors des trois dernières années pour l'équipement de réseaux de transport en commun de surface comptant plus de 200 abris (à l'exclusion de Liège) sont disproportionnés par rapport à l'objet et à la valeur du marché et violent le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires dans la mesure où, mis à part le concessionnaire actuellement en place, aucune autre société active sur le marché n'est en mesure de répondre à ces critères.

Nous invitons donc la Ville de Liège à revoir ces deux critères dans le cadre de la préparation du nouveau cahier des charges et, de manière plus générale, à garantir le respect du principe d'égalité des soumissionnaires.

Par ailleurs, nous nous permettons de rappeler que le contrat actuel se termine le 12 novembre prochain. Il s'ensuit qu'à partir du lendemain de l'expiration du contrat actuel jusqu'à l'attribution du nouveau marché, toute exploitation des

mobiliers actuels par le concessionnaire en place est manifestement interdite. La Ville de Liège doit, dès lors, veiller à ce que, après le 13 novembre 2016, toutes les faces publicitaires exploitées jusqu'alors par JCDecaux soient affichées en blanc.

Enfin, nous vous saurions gré de nous communiquer une copie de la décision d'exclusion de l'offre de JCDecaux ou, à tout le moins, les motifs qui ont conduit à l'exclusion de celle-ci».

[...]. Dans son courrier du 20 septembre 2016, la Ville de Liège s'est contentée de répondre qu'elle n'était pas obligée de communiquer les motifs de non-sélection de l'offre de JCDecaux. En revanche, elle ne prend pas position quant au fait que le contrat actuel se termine le 12 novembre 2016 et que JCDecaux doit afficher en blanc à partir de cette date.

[...]. LA DECISION DE PROLONGER LE CONTRAT DE 2001

[...]. Au lieu de lancer un nouveau marché «dans un futur proche», comme elle l'avait annoncé, la Ville de Liège a décidé de prolonger le contrat existant avec JCDecaux pour une durée supplémentaire d'un an.

[...]. En effet, suite à la lecture d'un article publié le 26 septembre 2016 dans la presse régionale, les conseils de CCB ont adressé le 30 septembre 2016 un courrier recommandé au Collège communal de la Ville. Ce courrier était rédigé comme il suit :

«Monsieur le bourgmestre,
Mesdames, Messieurs les échevins,

Nous vous écrivons en notre qualité de conseils de la SPRL Clear Channel Belgium («CCB»).

Notre cliente a pris connaissance cette semaine d'un article de presse selon lequel la Ville de Liège souhaiterait prolonger le contrat actuel de mobilier urbain conclu avec la société JCDecaux pour une période supplémentaire d'un an. Pourriez-vous nous confirmer cette information et, dans le cas où elle s'avère fondée, nous communiquer les motifs qui sous-tendent cette prolongation ?

A supposer que la prolongation du contrat initial serait nécessaire pour permettre à la Ville d'organiser une nouvelle procédure de marché, une prolongation d'un an nous semble excessive.

Une telle prolongation conduit, en réalité, à la conclusion d'un nouveau contrat qui requiert l'organisation d'une mise en concurrence.

Pourriez-vous nous faire part de votre réponse au plus tard avant le 10 octobre prochain ?

Le présent courrier vous est adressé sous toutes réserves généralement quelconques et sans aucune reconnaissance préjudiciable.

Nous vous prions de croire, Monsieur le bourgmestre, Mesdames/Messieurs les échevins, à l'expression de nos salutations distinguées».

[...]. CCB n'a reçu aucune réponse à ce courrier.

[...]. Le 19 octobre 2016, l'ordre du jour du conseil communal du 24 octobre 2016 a été publié sur le site de la partie adverse, et CCB a pu lire au point 27 : «Approbation de l'avenant n° 2 au contrat de concession domaniale conclu pour le

renouvellement de l'extension du mobilier urbain de la Ville en vue de prolonger ledit contrat jusqu'au 12 novembre 2017».

[...]. Le 19 octobre 2016, les conseils de CCB ont adressé un nouveau courrier au Conseil communal et au Collège communal de la Ville de Liège. Ce courrier était rédigé comme il suit:

«Monsieur le bourgmestre,
Mesdames, Messieurs les échevins,
Mesdames, Messieurs les conseillers,

Nous vous écrivons en notre qualité de conseils de la SPRL Clear Channel Belgium («CCB»).

Nous nous référons au point 27 de l'ordre du jour du Conseil communal du 24 octobre prochain intitulé «approbation de l'avenant n° 2 au contrat de concession domaniale conclu pour le renouvellement de l'extension du mobilier urbain de la Ville en vue de prolonger ledit contrat jusqu'au 12 novembre 2017».

Nous nous permettons d'attirer votre attention sur le fait que la prolongation du contrat de mobilier urbain avec JCDecaux pour une durée supplémentaire d'un an constitue, en réalité, la conclusion d'un nouveau contrat. Or, la Ville de Liège ne saurait octroyer ce nouveau contrat sans procéder à une mise en concurrence préalable et sans permettre à notre cliente d'y participer.

Par ailleurs, la Ville de Liège doit veiller à ce qu'à partir du 13 novembre 2016, la société JCDecaux affiche en blanc l'ensemble des faces publicitaires exploitées dans le cadre du contrat de 2001.

En cas de non-respect par la Ville de Liège des règles et des principes qui s'imposent à elle, notre cliente se réserve le droit de saisir les juridictions compétentes.

Nous vous prions de croire, Monsieur le bourgmestre, Mesdames/Messieurs les échevins, Mesdames/Messieurs les conseillers, à l'expression de nos salutations distinguées».

[...]. Le secrétariat du Bourgmestre a répondu par courriel du 19 octobre 2016 que la pièce jointe était manquante. Les conseils de CCB ont alors renvoyé le courrier concerné. Par un courriel envoyé aux conseils de CCB à 15h41, le secrétariat général de la Ville de Liège a confirmé que le courrier avait bien été reçu et qu'il serait transmis aux membres du conseil communal.

[...]. Jusqu'à ce jour, aucune réponse n'a été réservée au courrier de CCB.

[...]. Selon les informations dont dispose la partie requérante, le Conseil communal a adopté l'acte attaqué lors de la séance du 24 octobre dernier. La partie requérante n'est pas en possession de cet acte".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme JCDECAUX STREET FURNITURE BELGIUM a, par une requête introduite le 18 novembre 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Cette société étant l'attributaire de la concession dont la prolongation, pour une durée d'un an, a été décidée par l'acte attaqué, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. INCOMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

V. 1. Thèses des parties

A. Requête en intervention

L'intervenante soutient que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la présente demande. A ce propos, elle fait valoir ce qui suit:

" L'acte attaqué est la décision ayant donné lieu à un avenant signé par les parties. Cet avenant est un acte d'exécution de la concession domaniale initiale du 12 novembre 2001.

[...]. L'avenant en question prolonge pour une seizième année le contrat initial conclu pour 15 ans. Il se contente, comme cela ressort de sa motivation formelle, de reconduire le contrat initial aux mêmes conditions qu'initialement prévu, en raison de la situation d'urgence et la nécessité de garantir la continuité du service public. L'article 4 de l'avenant indique, à ce sujet, que :

«Toutes les autres dispositions reprises dans le contrat de concession restent entièrement d'application pour la durée du présent avenant».

[...]. L'avenant est, dès lors, une simple mesure d'exécution d'un contrat administratif en cours. Une telle modification mineure est toujours possible lorsqu'on est face à un contrat administratif (...). Qui plus est, la convention initiale prévoit expressément la possibilité d'une modification unilatérale de la convention par la Ville de Liège (...).

[...]. Le pouvoir de modification unilatéral conféré à l'administration est inhérent aux contrats administratifs, en ce compris aux concessions domaniales.

La doctrine confirme que, même en l'absence de clause express[e], la modification d'un contrat administratif, comme une concession, est toujours possible.

[...]. De plus, la possibilité d'une modification de la convention initiale est prévue à son article 2ECD («exécution de la concession domaniale»), qui indique :

«La Ville a le droit d'apporter unilatéralement des modifications à la convention initiale pour autant qu'elle n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation s'il y a lieu».

L'assertion de la partie requérante, qui indique que le contrat initial ne prévoit pas de possibilité de modification unilatérale est donc erronée et manque en fait.

[...]. La modification mineure de la concession ne modifie ni la nature, ni l'objet du contrat initial qui reste, en tous points identique et se fait via une compensation envers JCD qui est calculée en prolongeant simplement le modèle de départ.

En outre, cette modification est rendue nécessaire par les circonstances de l'espèce et ne présente pas un caractère substantiel (...).

En toutes hypothèses, l'avenant au contrat initial relève donc de l'exécution du contrat.

[...]. Le Conseil d'Etat considère que, s'agissant du lancement d'une seconde phase d'un contrat public, il n'était pas compétent puisque cette seconde phase prolongeait le contrat sans le modifier (C.E., n° 234.014 du 3 mars 2016).

L'auditeur rapporteur avait indiqué, à ce sujet :

«L'acte par lequel la partie adverse décide de lever l'option prévue par la convention de concession s'inscrit manifestement dans le cadre de l'exécution

du contrat de concession. Il procède de la mise en œuvre des droits et obligations découlant de la convention de concession initiale et n'est donc pas une décision administrative unilatérale que le Conseil d'État peut annuler». L'avenant s'inscrit manifestement dans la phase d'exécution du contrat initial, à l'image de la solution dégagée à cet égard par l'arrêt du Conseil d'Etat n° 234.014, précité. Partant, le présent recours n'est pas recevable à défaut pour le Conseil d'État d'être compétent pour connaître d'une mesure d'exécution du contrat initial".

B. Plaidoiries de la requérante

La requérante soutient avant tout que la compétence du Conseil d'Etat pour connaître de la présente demande repose, d'une part, sur 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 et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, d'autre part, sur le caractère substantiel de la modification des termes de la concession décidée par l'acte attaqué. S'agissant de la référence à l'article 15 précité, elle fait plus particulièrement valoir que l'opération litigieuse est un marché public de services, et non – comme l'a erronément qualifiée la partie adverse – une concession domaniale, de sorte qu'on est bien en présence d'un nouveau marché public de services, qualification que cette même partie adverse avait d'ailleurs retenue au lancement de la nouvelle procédure d'appel d'offres en avril 2016; dès lors qu'il s'agit, à son estime, de la passation d'un marché public de services, le recours organisé par l'article 15 précité lui est bien ouvert et l'instance de recours compétente est bien le Conseil d'Etat. S'agissant du "caractère substantiel de la modification", la requérante doute de l'applicabilité, en l'espèce, de la jurisprudence dite "Villo", résultant de l'arrêt n° 234.014, prononcé le 3 mars 2016 par le Conseil d'Etat. Elle relève que, dans l'affaire qui était à l'origine de cet arrêt, il s'agissait de lever une option prévue dans le contrat d'origine. Or, en la présente espèce, on se situe à la fin de la période d'exécution du contrat et aucune clause de celui-ci ne prévoyait la possibilité d'une prolongation. L'avenant entraîne deux modifications, portant respectivement sur la durée de la concession et sur la redevance due par l'intervenante. Le Conseil d'Etat est donc compétent pour connaître de l'acte détachable portant sur l'objet double de l'avenant.

Pour ce qui concerne plus particulièrement l'appréciation de la portée des modifications résultant de l'avenant litigieux, la requérante soutient, en substance, que, dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, il convient de se limiter à une approche *prima facie* du caractère substantiel des modifications apportées à la concession initialement attribuée. Elle fait valoir qu'en l'espèce, ce caractère "substantiel" est rencontré au regard de chacun des deux objets de l'avenant, étant la durée de la concession et la redevance due par le concessionnaire, à savoir l'intervenante. D'une part, une prolongation de douze mois prétendument justifiée par

le calendrier de la procédure d'attribution d'une nouvelle concession est excessive au regard du fait que cette procédure ne devrait pas couvrir une période de plus de six ou sept mois. D'autre part, et quelles que soient les modalités du calcul qui a permis de fixer la redevance due par l'intervenante pour l'année sur laquelle porte la prolongation critiquée, il faut admettre que la redevance ainsi due ne tient, en toute hypothèse, pas compte de l'évolution des tarifs publicitaires pratiqués depuis 2001, lesquels auraient – selon ce qu'elle soutient – triplé au cours des quinze années couvertes par la concession.

Enfin, la requérante fait valoir que des alternatives auraient pu être préférées à la prolongation litigieuse qui – à son estime – étaient moins critiquables que celle-ci. Elle considère qu'il pouvait, en effet, être notamment envisagé un "affichage en blanc" tout en continuant à rétribuer l'intervenante pour la mise à disposition et l'entretien du mobilier urbain durant la période nécessaire.

C. Plaidoiries de la partie adverse

La partie adverse soutient que lorsque l'adoption d'un avenant résulte de la mise en œuvre d'une clause prévue dans le contrat de concession, il n'y a pas lieu de s'interroger sur le caractère substantiel des modifications apportées à ce contrat, tel qu'il avait été conclu initialement. Elle se prévaut, en ce sens, de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 7 septembre 2016 en l'affaire C-549/14 et rappelle qu'en vertu de l'article 2 ECD de la concession litigieuse, il était prévu qu'elle puisse apporter unilatéralement des modifications à la convention initiale pour autant qu'elle n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation. Elle en conclut qu'il est inexact de laisser entendre que le contrat de concession ne prévoyait pas de mécanisme de modification.

Elle ajoute qu'en toute hypothèse, l'avenant critiqué n'a pas apporté de modification substantielle. D'une part, la durée de la prolongation est d'un an pour un contrat qui, à l'origine, couvrait une période de quinze ans, et a été calculée sur la base du (et reflète le) "rétro-planning" de la nouvelle procédure d'attribution qui s'impose en l'espèce. D'autre part, elle indique avoir conçu "de manière basique" le calcul de la redevance pour l'année de prolongation, sur la base d'une moyenne des redevances dues pour les années initialement couvertes par la concession.

La partie adverse soutient enfin qu'il n'y avait aucune alternative réaliste à la solution que constitue l'adoption de l'avenant litigieux.

D. Plaidoiries de l'intervenante

L'intervenante fait valoir que la requérante ne démontre pas concrètement le caractère substantiel des modifications apportées par l'avenant litigieux. Elle soutient, d'une part, qu'étaient bien imprévues les circonstances dans lesquelles cet avenant a dû être adopté et, d'autre part, que la solution retenue était la moins dommageable pour la requérante puisque la prolongation décidée ne couvre qu'une période d'un an. Elle ajoute que, même en recourant provisoirement à un "affichage en blanc", il fallait de toute façon modifier le contrat d'origine. Elle expose, par ailleurs, les raisons pour lesquelles, à son estime, les modifications apportées à la concession ne revêtent pas un caractère substantiel au sens de l'article 43, paragraphe 4, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Enfin, il est douteux – à l'estime de l'intervenante – que la requérante aurait participé à la mise en concurrence d'un marché d'une durée d'un an pour la mise à disposition de mobilier urbain.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat est, en règle, sans compétence pour statuer sur les contestations relatives aux contrats, notamment lorsqu'elles sont élevées à propos de l'exécution de ceux-ci, exécution de laquelle participera, le cas échéant, l'adoption d'un avenant emportant plusieurs adaptations et modifications aux termes et conditions initialement fixés.

Ce qui est ainsi rappelé en termes de principe n'autorise toutefois pas à exclure l'hypothèse dans laquelle les modifications apportées à une concession de services par un avenant auraient une portée telle qu'elles devraient être considérées comme relevant, en réalité, de la passation d'une nouvelle concession, de sorte que l'adoption de l'avenant par l'autorité administrative constituerait un acte détachable susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat. Celui-ci pourrait donc se déclarer compétent pour connaître du recours portant sur l'acte détachable par lequel l'autorité consent aux diverses modifications et adaptations qui font l'objet de l'avenant, si celles-ci présentaient un caractère substantiel.

C'est précisément le caractère "substantiel" des modifications apportées par l'avenant litigieux à la concession de services conclue en 2001 entre la partie adverse et l'intervenante qui pose question en l'espèce. Ce caractère doit être retenu ou, au contraire, dénié sur la base des éléments soumis à la contradiction des parties dans le cadre de la procédure en extrême urgence.

Il n'est pas contesté que les modifications résultant de l'adoption de l'avenant n°2 à la concession litigieuse portent sur les éléments suivants:

- la durée de la concession qui, initialement fixée à quinze ans, est prolongée d'une année supplémentaire;
- la compensation financière due par l'intervenante pour l'année de prolongation, laquelle est fixée à un montant représentant le quinzième de l'ensemble des compensations financières versées sur l'ensemble du contrat de base.

Ces deux modifications ne peuvent passer pour substantielles au motif que la partie adverse aurait, à l'estime de la requérante, pu envisager une solution alternative ou que la prolongation d'une durée d'un an serait particulièrement avantageuse pour l'intervenante, et ce à raison du contexte économique dans lequel serait exécutée la concession durant cette année. C'est vainement qu'en termes de plaidoiries la requérante a fait grand cas de ces circonstances qui sont sans lien avec l'importance relative – au regard des conditions initiales de la concession – des modifications querellées.

Par ailleurs, s'il n'y a pas lieu, pour évaluer leur caractère "substantiel", d'examiner les modifications querellées à la lumière des critères retenus par l'article 43, paragraphe 4, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, cette directive n'étant pas applicable en la cause actuellement examinée, ces modifications peuvent être confrontées aux indices identifiés par la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans l'arrêt *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* prononcé le 19 juin 2008, en l'affaire identifiée sous la référence C-454/06, arrêt maintes fois évoqué à l'audience et dont l'enseignement – certes développé à propos des marchés publics de services – est, dans une large mesure, transposable aux concessions de services, ainsi que cela ressort – du reste – de l'arrêt *Wall AG*, prononcé par la même juridiction le 13 avril 2010, en l'affaire identifiée sous la référence C-91/08.

Pour rappel, les extraits pertinents de cet arrêt se lisent comme suit:

" 34 En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, *Commission/France*, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).

35 La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

36 De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus. [...].

37 Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial".

La confrontation des données de la présente cause à chacun des indices ainsi énoncés par la Cour de justice de l'Union européenne appelle trois observations.

Primo, au cours de la procédure, il n'a pas été soutenu concrètement qu'une des modifications apportées par l'avenant litigieux aurait introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

Secundo, la seule extension qui résulte de l'adoption de l'avenant litigieux porte, non sur des services non initialement prévus, mais sur la durée d'exécution de la concession. Dans les circonstances de l'espèce, la prolongation, à hauteur d'une année supplémentaire, d'une concession initialement prévue comme couvrant une période de quinze années ne fait pas figure d'extension importante.

Tertio, il n'apparaît pas, *prima facie*, que l'une des modifications apportées à la concession par l'avenant querellé changerait l'équilibre économique du contrat en faveur de l'intervenante. A supposer, comme le soutient la requérante, que l'utilisation, pour une année supplémentaire, des surfaces publicitaires laisse augurer la réalisation d'un important chiffre d'affaires au bénéfice de l'intervenante, à raison de l'évolution des tarifs publicitaires depuis 2001, cette circonstance résulte non d'une des modifications faisant l'objet de l'avenant, mais du contexte économique dans lequel celui-ci a été adopté.

Dès lors qu'au terme d'un examen effectué en extrême urgence, il n'apparaît pas que les modifications apportées à la concession par l'avenant querellé revêtraient un caractère "substantiel" autorisant à analyser l'adoption de cet avenant comme constituant, en réalité, l'attribution d'un nouveau contrat, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la présente demande, laquelle doit donc être rejetée.

Pour autant que de besoin, il y a lieu de relever que la même conclusion s'imposerait si l'opération litigieuse devait être qualifiée de "marché public de services".

La demande de suspension devant être rejetée pour les motifs qui viennent d'être exposés, il n'est pas nécessaire de statuer en outre, dans le cadre de la procédure de référé d'extrême urgence, sur d'autres causes éventuelles d'irrecevabilité, sur le sérieux des moyens ou bien encore sur la balance des intérêts.

VI. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 22 novembre 2016, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat 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 de la partie adverse.

Par ailleurs, dès lors que la demande doit être rejetée, il y a lieu de laisser les autres dépens à la requérante.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme JCDECAUX STREET FURNITURE BELGIUM est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

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

Article 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante, à concurrence de 200 euros et, à la charge de la partie intervenante, à concurrence de 150 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le premier décembre deux mille seize par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.