CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

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

A R R ÊT

n^o^ 237.379 du 14 février 2017

A.221.183/VI-20.946

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée INTERMEDIANCE**,

ayant élu domicile chez
M^es^ Marc UYTTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles,

contre :

l'Office National de Sécurité Sociale,

ayant élu domicile chez
M^es^ Johan VANDEN EYNDE et
Gauthier ERVYN, avocats,
avenue de la Toison d'Or 77
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société privée à responsabilité limitée J.D.-CONSULT,

ayant élu domicile chez
M^e^ Valéry SCHALENBOURG, avocat,
boulevard Léopold II 180
1080 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 janvier 2017, la société coopérative à responsabilité limitée INTERMEDIANCE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du comité de gestion de l'ONSS du 23 décembre 2016 déclarant que «la SPRL J.D.-CONSULT a déposé l'offre la plus avantageuse, eu égard aux critères d'attribution, et que la concession lui est octroyée, son exécution devant débuter immédiatement»".

II. Procédure

Par une ordonnance du 11 janvier 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 3 février 2017 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 31 janvier 2017, la société privée à responsabilité limitée J.D.-CONSULT demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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'État ont été acquittés.

M. Serge BODART, Conseiller d'État, président de chambre f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Anne FEYT, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^es^ Johan VANDEN EYNDE et Gauthier ERVYN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Valéry SCHALENBOURG, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme au présent arrêt.

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. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

La partie adverse est un établissement public fédéral chargé, en application des articles 5 à 7 de la loi du 27 juillet 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, de procéder à la perception de cotisations des employeurs et des travailleurs en vue de contribuer au financement de divers régimes de sécurité sociale.

La mission de perception des cotisations sociales inclut également le

recouvrement forcé des arriérés de cotisations sociales à charge des employeurs qui ne respectent pas leurs obligations.

En application de l'article 40 de la loi du 27 juillet 1969 précitée, la partie adverse est, sans préjudice de son droit de citer les débiteurs récalcitrants devant le juge, autorisée à recouvrir certains montants dus par voie de contrainte. Jusqu'à la fin de l'année 2016, elle ne faisait toutefois qu'un usage marginal de cette faculté, le recouvrement des créances étant essentiellement réalisé par voie judiciaire.

Le "Plan justice" du Gouvernement fédéral a imposé à la partie adverse, dans le cadre de son contrat d'administration pour les années 2016 à 2018, de privilégier la méthode de recouvrement par voie de contrainte à dater du 1er janvier 2017.

Le 18 août 2016, la partie adverse a publié au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications un avis de pré-information d'une concession de services centralisés de gestion numérique de dossiers et de recouvrement de titres exécutoires. Cet avis a été suivi d'un avis de concession également publié au Bulletin des adjudications le 31 août 2016 et au Journal officiel de l'Union européenne le 3 septembre 2016.

Les candidats concessionnaires étaient invités à déposer offre pour le 3 octobre 2016 à 11h00.

L'article 2 de l'appel à participation (RSZ-DE/384/2016-F01 BDA 2016-524948), intitulé "contexte - objet de la concession", indique notamment ceci :

" Le présent appel à participation concerne l'attribution d'une concession de services de service public, ayant pour objet l'exploitation de services centralisés de gestion numérique de dossiers et de recouvrement de titres exécutoires. Ceci comprend le développement et la gestion d'une plateforme informatique ainsi que le suivi et le contrôle de l'exécution des dossiers de recouvrement par les huissiers de justice instrumentant et le *reporting* à l'ONSS.

Pour l'essentiel, la mission consistera à gérer l'exécution des contraintes délivrées par l'ONSS c'est-à-dire un titre directement exécutoire délivré par l'ONSS sans recours aux tribunaux. A titre subsidiaire, le concessionnaire pourra être chargé de recouvrer les créances consacrées par des jugements et autres titres exécutoires.

Les services à fournir par le concessionnaire consisteront notamment dans le fait d'assurer la transmission efficiente des données entre l'ONSS et la plateforme, de gérer la réception des informations reçues, de les classer par dossier de recouvrement, de les mettre à disposition des huissiers de justice chargés de leur exécution, de gérer les relations avec les huissiers de justice, notamment en répercutant à l'ONSS les informations obtenues dans le cadre des exécutions et en assurant la gestion des frais de justice.

Les procédures d'exécution suivies par les huissiers de justice devront répondre

aux règles de recouvrement imposées par l'ONSS notamment quant à la fréquence des actes et au rythme de l'exécution, quant aux modalités d'exécution et de recouvrement, quant aux informations à rapporter à l'ONSS et quant à la gestion comptable et financière des dossiers.

Dans le cadre de l'accomplissement de cette mission, le concessionnaire veillera à permettre la participation de tous les huissiers de justice qui le souhaitent dès lors qu'ils remplissent les conditions techniques et s'engagent à respecter les règles de recouvrement imposées par l'ONSS.

L'exploitation de la mission de service public d'exécution forcée des titres exécutoires de l'ONSS auprès de ses débiteurs comprendra essentiellement les éléments suivants :

- la création et la gestion d'une plateforme informatique sécurisée assurant la gestion centralisée et numérique des demandes de recouvrement de créances exécutoires de l'ONSS, tenant compte de la règlementation applicable notamment en matière de protection de la vie privée;
- la numérisation des éventuels titres exécutoires envoyés sous format papier par l'ONSS et l'encodage de leurs données, leur mise à disposition et gestion via la plateforme informatique sécurisée;
- l'organisation de la participation des huissiers de justice, sur l'ensemble du territoire national, à l'exécution des titres exécutoires envoyés par l'ONSS sur la plateforme;
- le suivi de l'exécution des titres exécutoires de l'ONSS par les huissiers de justice instrumentant, conformément aux règles générales d'exécution définies par l'ONSS, ainsi que la gestion centralisée de la communication entre l'ONSS et les huissiers de justice ;
- l'établissement de statistiques et de rapports relatifs au recouvrement des créances sociales, à destination de l'ONSS;
- le contrôle administratif et financier du recouvrement des créances sociales et des huissiers de justice en charge de celui-ci;
- l'organisation du contrôle interne des services fournis par le concessionnaire et les huissiers participants par l'ONSS.

A titre accessoire, l'autorité concédante peut également charger le concessionnaire de la gestion sur la plateforme informatique de dossiers de recouvrement dont la charge a été confiée à d'autres intervenants que des huissiers de justice (par exemple des avocats). Cette gestion inclut entre autres la communication des informations entre l'autorité concédante et les tiers intervenants".

L'article 16 du même document précise, entre autres, ceci :

" Le concessionnaire veille à permettre la participation de tous les huissiers de justice qui le souhaitent, dès lors qu'ils remplissent les conditions techniques, s'engagent à respecter les règles de recouvrement imposées par les documents de la concession et qu'ils acceptent le paiement du prix fixé par le concessionnaire dans son offre".

Quatre candidats, dont la requérante et la partie intervenante, ont déposé offre dans les délais prescrits.

Un cinquième candidat a déposé une offre, qui sera écartée par la partie adverse pour dépôt tardif et défaut de signature.

La partie adverse a procédé à l'analyse des offres déposées et a retenu les

candidats ayant remis les deux meilleures offres, à savoir la requérante et la partie intervenante, pour une séance de négociations qui s'est tenue le 9 novembre 2016. Ces deux candidats ont été invités à déposer un complément à leur offre, pour le 16 novembre 2016, ce qu'ils ont fait.

Sur la base de l'analyse de ces offres complétées, la partie adverse a, en date du 23 décembre 2016, approuvé et fait sien le rapport d'analyse des offres et a notamment décidé de déclarer régulières quatre offres et de déclarer que la partie intervenante "a déposé l'offre la plus avantageuse, eu égard aux critères d'attribution, et que la concession lui est octroyée, son exécution devant débuter immédiatement", l'offre de la requérante se classant deuxième.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, a été portée à la connaissance des cinq candidats ayant fait offre, dont la requérante, par courriers recommandés du 23 décembre 2016.

Lors de la notification de la décision à l'attributaire de la concession de services, il lui a été également confirmé la conclusion immédiate du contrat et le commencement de son exécution, vu la nécessité de mettre en œuvre dès 2017 les obligations imposées à la partie adverse par le Gouvernement.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 31 janvier 2017, la société privée à responsabilité limitée J.D.-CONSULT, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire de la concession de services litigieuse, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Intérêt au recours quant a l'objet social de la requérante

V.1. Thèses des parties adverse et intervenante

Les parties adverse et intervenante contestent que la requérante justifie de l'intérêt légal à l'appui de sa demande de suspension.

La partie adverse fait valoir que la requérante tente d'obtenir la suspension d'une décision d'attribution d'un contrat ayant pour objet "l'exploitation de services centralisés de gestion numérique de dossiers et de recouvrement de titres

exécutoires [qui] comprend le développement et la gestion d'une plateforme informatique ainsi que le suivi et le contrôle de l'exécution des dossiers de recouvrement par les huissiers de justice instrumentant et le *reporting* à l'ONSS". Elle expose que les services en question sont donc de nature mixte : d'une part, des services de recouvrement de créances et, d'autre part, des services informatiques. Elle estime qu'il n'est pas contestable que ces services constituent des actes de commerce.

Or, selon elle, l'analyse des statuts de la requérante fait apparaître que celle-ci a pris la forme d'une société civile et que son objet social est l'exécution de prestations d'huissiers de justice. Dès lors que l'objet de la concession litigieuse dépasse l'exécution de prestations civiles d'huissiers de justice et que la requérante a adopté la nature civile, elle n'a donc pas, selon la partie adverse, la capacité ou l'intérêt légal pour solliciter de pouvoir exécuter des services de nature commerciale, qu'il s'agisse de services de recouvrement ou de services informatiques. Elle soutient que ces activités altèreraient le caractère civil de la requérante.

Elle ajoute que nonobstant le caractère civil de la requérante, son objet social ne prévoit, en aucune manière, la possibilité pour celle-ci de prester des services informatiques.

La partie intervenante reprend une argumentation similaire et fait valoir que la circonstance "que dans le cadre d'un marché public par exemple, le pouvoir adjudicateur n'a pas écarté l'offre de la requérante sur base des mêmes motifs, n'empêche en rien que [le Conseil d'État] exerce pleinement son pouvoir de vérifier la recevabilité de la demande de suspension au regard de l'objet social (et de la nature civile) de la partie requérante".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

L'exception porte, en réalité, sur la régularité même de l'offre de la requérante, alors cependant que celle-ci n'a pas été mise en cause par la partie adverse dans le cadre de la procédure d'attribution de la concession. Dès lors que la partie adverse a déclaré régulière l'offre de la requérante, elle ne peut plus revenir sur cette appréciation dans le cadre de la présente procédure de suspension en extrême de l'exécution de la décision d'attribution.

En outre, il convient de relever qu'en toute hypothèse, l'appréciation portée par la partie adverse et la partie intervenante quant à l'intérêt de la requérante au regard de son objet social est contredite par le raisonnement suivi par la partie adverse dans le cadre de l'examen du premier moyen. La partie adverse y écrit notamment ce qui suit :

" En effet, la procédure d'attribution mise en œuvre par la partie adverse porte sur des services mixtes, à savoir d'une part des services de recouvrement de créances et d'autre part des services informatiques.

[…]

Lorsque dans un marché public, les services faisant l'objet de la procédure d'attribution sont de nature mixte, il convient d'en définir l'objet principal pour vérifier les règles qui s'y appliquent.

En l'occurrence, la requérante ne dit rien à cet égard dans sa requête. Elle ne démontre donc pas, de manière manifeste, que l'objet principal du contrat ne pourrait pas être les services juridiques de recouvrement.

La partie adverse estime que ce sont bien les services juridiques de recouvrement qui forment l'objet principal de la procédure".

Il découle de ce passage de la note d'observations que la partie adverse considère elle-même, à tort ou à raison, que l'objet principal de la commande litigieuse, sans qu'il y ait lieu à ce stade de se prononcer sur sa qualification, porte sur l'exploitation de "services juridiques de recouvrement", en sorte qu'il faut en conclure qu'elle semble admettre elle-même que c'est à bon droit que l'offre de la requérante a été déclarée régulière. En réalité, dès lors que cette commande a pour objet l'organisation du recouvrement des créances de la partie adverse par des huissiers de justice, elle peut, à première vue, être qualifiée d'activité "susceptible de favoriser la réalisation de [l']objet social [de la requérante]", à savoir l'exercice en commun de la profession d'huissier de justice, au sens de l'article 3.2 des statuts de la requérante.

L'exception est rejetée.

VI. Urgence

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soutient que la concession litigieuse est en réalité un marché public de services et doit être requalifiée comme tel. Il s'ensuit, selon elle, que "les articles 11, 13 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 et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services sont [..] d'application" et qu'en conséquence, elle "a le droit de voir sa demande de suspension traitée selon la procédure d'extrême urgence, «sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable doive être apportée» pour autant qu'elle saisisse [le Conseil d'Etat] de son recours dans un «délai de quinze jours à compter du lendemain du jour

où la décision motivée est envoyée aux […] soumissionnaires concernés conformément à l'article 8, § 1er, alinéa 3»".

Elle développe son argumentation en faveur d'une requalification de la concession de services en marché de services dans les termes suivants:

" Définition de la concession de service public et différenciation avec le marché de service

-4. Selon l'article 2, § 1er, 5°, de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, les «marchés publics» sont :
«des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services».

Selon l'article 5, 1), alinéa 1er, b), et alinéa 2, de la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, la concession de services est :
«un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices 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».

L'article 3, 1°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services définit le marché public comme étant :
«le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services».

L'article 3, 4°, de la même loi définit le marché public de services comme étant :
«le marché public autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures, portant sur la prestation de services visés à l'annexe II de la présente loi».

Selon la doctrine (P. THIEL, Memento des marchés publics et ppp 2017, Bruxelles, Wolters Kluwer, 2016, pp. 1100 à 1102) :
«Deux éléments permettent de distinguer un marché d'une concession de services : la contrepartie de la prestation de services, d'une part, et la prise en charge du risque lié à l'exploitation des services, d'autre part […].
Le marché de service comporte une contrepartie qui, sans pour autant être la seule, est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services, alors que dans le cas d'une concession, la contrepartie de la prestation de services consister [*sic*] dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix.

Le fait que le prestataire de services est rémunéré par des paiement venant de tiers, en l'occurrence les usagers du service concerné, est l'une des formes que peut prendre l'exercice du droit d'exploiter le service; il est sans pertinence à cet égard que la rémunération soit régie par le droit privé ou le droit public. La rémunération peut être tirée, par exemple :

- de l'exploitation d'un réseau de distribution d'eau;
- des usagers d'un parking public;
- du service de transport public;
- d'un réseau de télédistribution;
- d'un réseau câblé de télédistribution;
- de la vente de denrées alimentaires au cours d'une manifestation sportive.

Le fait que le prestataire est en droit de demander la contrepartie non pas directement auprès du pouvoir adjudicateur, mais qu'il est en droit de percevoir une rémunération auprès de tiers répond à la notion de concession.
La notion de «droit d'exploiter» constitue la seconde condition, et suppose qu'il y ait un transfert de risques. En l'absence totale de transfert de risque, il n'y a pas de concession mais un marché. Même si le risque encouru par le pouvoir adjudicateur est très limité, pour qu'il soit conclu à l'existence d'une concession de services, il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation que le pouvoir adjudicateur encourt.
Le risque d'exploitation économique du service doit être compris comme le risque :

- d'exposition aux aléas du marché, lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs;
- d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services;
- d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis;
- d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ; ou encore
- de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service» […].

Dans sa communication interprétative du 29 avril 2000 (Journal officiel n° C 121 du 29/04/2000 p. 0002 – 0013), la Commission expose ce qui suit :
«Comme pour les concessions de travaux, le critère de l'exploitation constitue une caractéristique essentielle pour déterminer si l'on est en présence d'une concession de services […]. En application de ce critère, une concession existe lorsque l'opérateur supporte les risques liés au service en cause (établissement du service et son exploitation) en se rémunérant sur l'usager, notamment par la perception de redevances, sous quelque forme que ce soit. Le mode de rémunération de l'opérateur est, de même que pour la concession de travaux, un élément permettant de déterminer la prise en charge du risque d'exploitation» […].

Selon Votre Conseil (C.E., n° 233.204 du 10 décembre 2015, sa Bidvest) :
«L'article 3, 1°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services définit le marché public comme étant "le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services".
L'article 3, 4°, de la même loi définit le marché public de services comme étant "le marché public autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures, portant sur la prestation de services visés à l'annexe II de la présente loi".
Les prestations qui font l'objet d'un marché public sont conçues à tout le moins au bénéfice du pouvoir adjudicateur, dont elles ont vocation à servir l'intérêt économique.
L'article 1er, 4 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, définit la concession de services comme étant un "contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des

services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix".
Les prestations qui font l'objet de la concession de service sont conçues à tout le moins au bénéfice d'usagers dont les intérêts économiques, dans le cadre de cette opération, diffèrent de l'intérêt de l'autorité qui concède l'exploitation du service, même si cet intérêt propre à l'autorité peut également être servi par ladite opération.
[…]
Au regard des prestations ainsi décrites et des conditions de leur fourniture, on n'aperçoit pas en quoi elles relèveraient d'un service que la partie adverse aurait décidé d'organiser en faveur de certains usagers, et dont elle aurait choisi de concéder l'exploitation à un opérateur économique. Il suffit, à cet égard, de constater qu'un service d'aide à la gestion de cuisines de collectivité ne pourvoit pas aux besoins d'usagers que sont les personnes auxquelles sont destinés les repas préparés dans lesdites cuisines, mais bien aux besoins de l'institution qui gère celles-ci.
La qualification de "concession de service" dont se prévaut la partie adverse ne peut, en conséquence, être retenue en l'espèce» […].

Absence d'usagers bénéficiaires

-5. En l'espèce, la commande publique est erronément qualifiée de concession pour le premier motif que le service concédé ne bénéficie à aucun usager dont les intérêts économiques, dans le cadre de l'opération, diffèreraient de l'intérêt de l'autorité qui concède l'exploitation du service.

Il n'y a en réalité aucun usager du service public soi-disant concédé.

-6. Les huissiers de justice ne peuvent pas être qualifiés d'usagers des services centralisés de gestion numérique de dossiers et de recouvrement de titres exécutoires.

Dans le cadre du recouvrement de titres exécutoires, les huissiers de justice agissent dans le cadre de missions «pour lesquelles ils sont seuls compétents et par rapport auxquelles ils sont tenus d'exercer leur ministère» (article 519, § 1er, 1°, du Code judiciaire).

Sauf exceptions fixées par le législateur, «Les huissiers de justice sont tenus d'exercer leur ministère dans le cadre des missions de monopole visées à l'article 519, § 1er, toutes les fois qu'ils en sont requis et pour tous requérants» (article 520, § 1er, alinéa 1er, du Code judiciaire).

En application des articles 519 et 520 du Code judiciaire, les huissiers de justice ne peuvent exercer leur ministère pour le compte de la partie adverse qu'en étant requis par elle.

Ils ne peuvent en aucun cas être considérés comme de simples usagers d'un service public concédé de gestion numérique de dossiers et de recouvrement de titres exécutoires, au même titre que le seraient les usagers d'un service public concédé de transport ou de parking.

Ils ne seront pas les usagers du service public soi-disant concédé, mais interviendront – le cas échéant – en qualité de prestataire de services pour le compte de la partie adverse dans le cadre de l'exercice de leur mission monopolistique visée à l'article 519, § 1er, 1°, du Code judiciaire.

Les huissiers de justice ne peuvent pas non plus être qualifiés d'usagers des services centralisés de gestion numérique de dossiers et de recouvrement de titres exécutoires pour le motif qu'ils ne retirent aucun avantage dudit service ou que

ledit service ne répond à aucun de leurs besoins, mais uniquement aux besoins de la partie adverse.

Les huissiers de justice ne peuvent, enfin, pas être qualifiés d'usagers des services centralisés de gestion numérique de dossiers et de recouvrement de titres exécutoires pour le motif qu'ils ne peuvent pas se comporter comme un usager d'un service public classique en se servant directement de missions sur la plateforme informatique faisant l'objet de la soi-disant concession. Si les services d'huissiers ne devront plus être attribués dans le respect de la législation sur les marchés publics, il n'en demeure pas moins que leur attribution restera notamment soumise au respect du principe d'égalité, ce que prévoient d'ailleurs – trop sommairement – les documents du marché (voyez notamment l'article de la Partie administrative 2 du cahier spécial des charges).

On observera, d'ailleurs, que les huissiers ne sont pas qualifiés d'usagers dans les documents du marché. Dans l'article 8 «Modalités d'attribution de la concession», lorsqu'il est question du critère «prix unitaire de l'exploitation des services» et plus particulièrement du montant à charge des huissiers de justice, ces derniers ne sont pas qualifiés d'usagers mais d'huissiers de justice «participants».

Les débiteurs de la partie adverse ne peuvent pas non plus être qualifiés d'usagers des services centralisés de gestion numérique de dossiers et de recouvrement de titres exécutoires.

-7. Pour le surplus, on observe qu'il n'est question nulle part dans les documents du marché de l'existence d'usagers du service public soi-disant concédé.

Dans l'article 3 «Définitions préalables», les notions d'autorité concédante, de titre exécutoire, de demande, de dossier et de procédure sont définies. Elles sont utilisées dans le cahier spécial de charges et ses annexes. La notion d'usagé n'est pas définie. Elle n'est utilisée nulle part dans le cahier spécial des charges ou ses annexes.

Absence de service public à exploiter / pouvant être concédé & Absence de risques d'exploitation et de transfert de risques d'exploitation

-8. Selon la Commission européenne (Communication interprétative du 29 avril 2000) :
«[…] comme pour les concessions de travaux, le critère de l'exploitation constitue une caractéristique essentielle pour déterminer si l'on est en présence d'une concession de services […]. En application de ce critère, une concession existe lorsque l'opérateur supporte les risques liés au service en cause (établissement du service et son exploitation) en se rémunérant sur l'usager, notamment par la perception de redevances, sous quelque forme que ce soit. Le mode de rémunération de l'opérateur est, de même que pour la concession de travaux, un élément permettant de déterminer la prise en charge du risque d'exploitation.
Comme la concession de travaux, la concession de services se caractérise par un transfert de la responsabilité d'exploitation ».

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, pour qu'il y ait concession, il faut que le concessionnaire supporte le risque d'exploitation, c'est-à-dire «le risque inhérent à l'exploitation économique du service» ou «l'exposition aux aléas du marché» (C-206/08, WAZV Gotha c/ Eurawasser, n° 59, 66 et 67).

-9. La partie adverse exerce incontestablement une mission de service public.

Comme mentionné dans le cahier spécial des charges : «L'ONSS a pour missions principales la perception des cotisations sociales et la gestion de celles-ci».

Il est également exact que «La mission de perception des cotisations sociales inclut également le recouvrement forcé des arriérés de cotisations sociales à charge des employeurs qui ne respectent pas leurs obligations», et que cette mission fait donc partie de la mission de service public exercée par la partie adverse.

La mission de recouvrement forcé des arriérés de cotisations sociales est l'une des missions exercées par le service public organique qu'est la partie adverse.

Ce n'est, par contre, pas un «service public» pouvant faire l'objet d'une concession de services public. Il ne peut pas être «exploité».

En effet, la mission de recouvrement forcé des arriérés de cotisations sociales n'est pas un service «au public» au même titre qu'un service public de transport, de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité, de télédistribution ou encore de parking. Cette mission ne constitue pas une «activité» de service public susceptible «d'exploitation».

Par contre, la partie adverse peut attribuer un marché public de service informatique ayant pour objet le développement et la gestion d'une plateforme informatique permettant la gestion numérique de dossiers de recouvrement de titres exécutoires.

-10. À cela s'ajoute qu'en réalité la partie adverse ne «concède» pas réellement la «gestion» de son soi-disant service public de gestion numérique de dossiers et de recouvrement de titres exécutoires.

En effet, le «concessionnaire» ne dispose d'aucune latitude pour «l'exploitation» du service public soi-disant concédé.

Les dispositions du cahier spécial des charges (notamment son article 16) et de son Annexe 4 «Guide de recouvrement pour huissiers de justice – Exécutions forcées pour l'ONSS», ne laissent qu'une marge de manœuvre extrêmement faible au «concessionnaire» s'agissant de «l'exploitation» du service public.

Le fait que le «concessionnaire» ne se voit en réalité pas concéder d'exploitation du service considéré et qu'il ne dispose que d'une autonomie extrêmement réduite pour ne pas dire inexistante découle des éléments suivants du cahier spécial des charges (article 16) :

- l'ensemble des «fonctionnalités» de la plateforme sont fixées par la partie adverse;
- la méthode de classement des «demandes» dans les «dossiers» sur la plateforme est fixée par la partie adverse;
- «les instructions de base» qui seront données par le «concessionnaire» aux huissiers «seront toujours conformes aux instructions contenues dans le guide de recouvrement»;
- les huissiers de justice avec lesquels le «concessionnaire» travaillera «suivent les instructions générales de recouvrement de l'autorité concédante qui précisent les démarches à entreprendre à défaut d'instructions particulières données par l'Office»;
- le «concessionnaire» «tiendra constamment informé l'autorité concédante des avancées de chaque demande d'exécution»;
- «le concessionnaire transmettra à l'autorité concédante les demandes ou informations émanant des huissiers qui nécessitent des instructions ou actions spécifiques de la part de l'autorité concédante»;
- «Les huissiers de justice devront intervenir suivant les instructions contenues dans le guide de recouvrement et, pour les cas particuliers, selon les instructions de l'autorité concédante qui leur ont été transmises via le concessionnaire»;
  «Le concessionnaire contrôle le coût des actes accomplis par les huissiers, la validation des états de frais définitifs et des factures et il communique à

l'autorité concédante les cas problématiques pour lesquels il justifie ne pas avoir pu trouver de solution»;
- «L'autorité concédante doit être en mesure de s'assurer à tout moment, que l'exploitation des services de recouvrement par le concessionnaire est conforme aux engagements pris dans le cadre de la présente concession, notamment en ce qui concerne les délais de traitement des titres exécutoires, les délais de recouvrement, le taux de recouvrement dans les dossiers, la performance des divers huissiers instrumentant, le contrôle de coûts de recouvrement, etc.»;
- etc.

Les missions conservées par la partie adverse telles qu'énoncées à l'article 21 «Missions conservées par l'ONSS en cours de concession» conforte le manque d'indépendance du «concessionnaire» dans l'exercice de sa mission et le fait qu'il n'a aucune charge «d'exploitation» d'un quelconque service (au) public.

Or, selon la Cour de Justice de l'Union Européenne, la concession se caractérise par le fait que le concessionnaire dispose «dans le cadre du contrat conclu, d'une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation de ce droit et est ainsi, parallèlement, largement exposé aux risques liés à cette exploitation» (CJUE, 11 juin 2009, C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns).

La doctrine commente cet arrêt en retenant ce qui suit :
«La Cour fait ici un lien entre le risque d'exploitation et la liberté économique du prestataire de services. Ceci n'est pas sans rappeler des considérations qui avaient été émises lors de l'arrêt Commission / Italie au début des années 90, aux termes desquels la Cour de justice et surtout l'Avocat-général avaient insisté sur l'autonomie dont le concessionnaire doit bénéficier à l'égard du concédant. C'est parce que le concessionnaire reçoit une relative autonomie dans l'exécution des tâches qui lui sont déléguées qu'il est mesure d'exploiter les travaux ou services comme il le ferait dans le cadre d'une entreprise commerciale» (G. ERVYN, «Le droit d'exploiter ou quand le marché public devient concession», Chronique des marchés publics, 2011-2012, p. 243).

Force est de constater qu'en l'espèce, la partie adverse n'a transféré aucun «risque d'exploitation» au «concessionnaire» au sens du droit communautaire : non seulement comme développé plus haut le «service concédé» n'est pas susceptible d'exploitation, mais s'il devait l'être il faudrait constater que le «concessionnaire» ne dispose pas d'une autonomie suffisante à l'égard de la partie adverse que pour que l'opération puisse être qualifiée de concession.

-11. En outre, la doctrine considère généralement qu'il y a risque d'exploitation lorsque le concessionnaire supporte le risque de la demande (D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruxelles, Kluwer, 2009, p. 174 et références citées).

Or, en l'espèce, il n'y a aucune «demande» et il n'est susceptible d'y avoir aucune «demande» d'usager souhaitant bénéficier des prestations de service public du «concessionnaire».

En effet, c'est la partie adverse et, donc, l'autorité concédante, qui alimente le «concessionnaire».

-12. Certes, telle qu'elle résulte de l'offre de la société J.D.-CONSULT, mais aussi des offres des autres soumissionnaires, le «concessionnaire» devrait être rémunéré par le payement de «redevances» exclusivement ou principalement selon les offres déposées, mises à charge des huissiers de justice qui accepteraient de participer «à l'exécution des titres exécutoires envoyés par l'ONSS sur la plateforme».

Force est, toutefois, de constater que ce qui est qualifié de «redevance» dans le cahier spécial des charges et proposé à ce titre dans les offres des soumissionnaires n'en est pas une lorsqu'elle est à charge des huissiers.

En effet, comme démontré ci-dessus, les huissiers ne sont pas les «usagers» de la «concession» mais les prestataires de service de la partie adverse pour l'exécution des titres exécutoires.

La «redevance» mise à charge des huissiers n'est pas liée à l'utilisation du service public concédé, mais est la conséquence de la mauvaise qualification de la commande par la partie adverse.

Tel que conçu actuellement, le système mis en place par la partie adverse impose aux huissiers de justice de payer le «concessionnaire» pour pouvoir exercer leur ministère dans le cadre des missions de monopole visées à l'article 519, § 1er, du Code judiciaire.

Une telle situation est non seulement illégale puisque le coût des prestations des huissiers sont réglementées, mais permet à la partie adverse de faire supporter le coût d'une prestation de service à son bénéficie à son prestataire (l'huissier) par le truchement d'un concessionnaire qui n'est en réalité rien d'autre qu'un prestataire de service.

En d'autres termes, la qualification de «redevance» n'est pas correcte. Il n'y a, en l'occurrence, aucune redevance payée par quiconque pour l'usage du service public soi-disant concédé.

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède – et qui n'est nullement exhaustif – que la décision querellée n'est pas une décision d'attribuer une concession de service public, mais une décision d'attribuer un marché public de services d'un montant supérieur à 209.000 euros HTVA".

B. Note d'observations

La partie adverse soulève ce qu'elle présente comme une exception d'irrecevabilité du recours tirée du défaut d'intérêt à agir de la requérante, mais qui s'analyse, en réalité, comme une exception prise du défaut d'intérêt de la requérante à demander la requalification de la concession litigieuse en marché public. Elle fait valoir que la requérante a participé à la procédure d'attribution et n'a jamais émis la moindre contestation ou réserve à cet égard durant cette procédure. Elle expose que la requérante a pris connaissance des termes et conditions de la concession dès le 16 septembre 2016 et qu'elle n'a aucunement contesté la légalité de la procédure avant l'adoption de l'acte attaqué, soit pendant près de quatre mois. Elle estime qu'une telle attitude n'est pas acceptable et affecte son intérêt à contester à présent la légalité de cette procédure.

Quant au fond de cette demande de requalification, elle fait valoir l'argumentation suivante :

" 17. Conformément aux droits belge et européen, une concession de travaux ou de services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux ou de services, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux ou

des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

Cette définition est directement issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

18. La notion de concession de services a été précisée dans la Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, article 5, 1), b).
«[…] on entend par […] «concession de services», un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices 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;».

Bien qu'entrée en vigueur, cette Directive n'a pas encore été transposée dans l'ordre juridique belge. La loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concessions confirme, en son article 2, 7°, b), cette définition mais elle n'est pas encore en vigueur.

19. Contrairement à ce que soutient la requérante, il est de jurisprudence constante que la concession de services se distingue du marché public de services sur base d'un seul critère de distinction : à la différence du marché public, la contrepartie qui est offerte à l'attributaire d'une concession de services réside dans le droit d'exploiter les services faisant l'objet de la concession.

Ce critère constitue la seule différence qui oppose la concession au marché public.

Il est donc inexact de soutenir, comme le fait la requérante dans sa demande (points 4 à 6), que la concession devrait nécessairement se caractériser par deux éléments spécifiques, à savoir, d'une part, la présence d'«usagers bénéficiaires», et d'autre part, l'existence d'un «service public pouvant être concédé».

20. En effet, lorsque l'on analyse la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'on peut constater que la Cour a toujours identifié «le droit d'exploiter les services» comme étant le seul critère de distinction entre la concession et le marché public.

Ceci est d'ailleurs tout à fait conforme au texte de la règlementation belge et européenne : «une concession de services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix».

Par contre, s'il n'existe qu'un seul critère de distinction entre la concession de services et le marché public de services, l'interprétation de ce critère par la Cour de justice de l'Union européenne s'est affinée au fur et à mesure des années.

21. Ainsi, dans un premier temps, dès 2005, la CJUE va considérer que le «droit d'exploiter» est caractérisé par l'existence d'un paiement du concessionnaire par des «tiers».

En effet, dans l'arrêt BRIXEN, la Cour instaure, dans cette décision, un lien entre le «droit d'exploiter» et la rémunération du concessionnaire par des tiers (autrement appelés usagers).

«La rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l'usage du parking concerné. Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics. Dès lors, dans une situation telle que celle au principal, il s'agit non pas d'un marché public de services, mais d'une concession de services publics».

Le paiement par les tiers génère un risque d'exploitation pour le prestataire privé, qui démontre l'existence d'un droit d'exploiter et donc d'une concession.

Dans plusieurs arrêts ultérieurs, dont les arrêts ANAV en 2006 et CODITEL en 2008, la Cour confirme que le paiement respectivement par les «usagers» ou par les «utilisateurs» caractérise la concession de services.

22. Dans un second temps, la Cour de justice de l'Union européenne affine sa jurisprudence avec l'arrêt Commission contre Italie du 18 juillet 2007.

Dans cette affaire qui concernait des services de traitement de déchets ménagers, la Cour expose que «l'on est en présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question».

Alors que dans le cas jugé, le prestataire était partiellement rémunéré par les recettes issues des tiers ou «usagers», la Cour a estimé que le prestataire n'assumait pas le risque des services prestés et que la circonstance que l'opérateur serait en mesure, outre la rémunération perçue à titre onéreux du pouvoir adjudicateur, de tirer accessoirement certaines recettes de tiers en contrepartie de sa prestation de services, n'était aucunement déterminant.

La Cour consacre de ce fait l'analyse qui avait déjà été opérée en 2000 par la Commission européenne, laquelle avait déjà identifié que :
«Même si dans la plupart des cas l'origine de la ressource, prélevée directement sur l'usager de l'ouvrage, est un élément significatif, c'est la présence du risque d'exploitation, liée à l'investissement réalisé ou aux capitaux investis, qui reste déterminante, en particulier lorsqu'un prix est payé par l'autorité concédante».

Comme l'enseigne S. VAN GARSSE, cette interprétation large de la notion de concession était d'ailleurs déjà partagée par une majorité d'auteurs de doctrine belges.

23. Dans un troisième temps, en 2009, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle relative à la notion de concession de services en matière de distribution publique d'eau potable et de traitement des eaux usées , a clairement marqué une évolution dans sa jurisprudence.

Tout d'abord, la Cour a explicitement confirmé que le paiement du prestataire privé par les usagers des travaux / services ne constitue qu'une forme de contrepartie de la concession, sans qu'il ne s'agisse d'un élément suffisant :

«le fait que le prestataire de services est rémunéré par des paiements provenant de tiers, en l'occurrence les usagers du service concerné, est l'une des formes que peut prendre l'exercice du droit, reconnu au prestataire, d'exploiter le service.»

Pour qu'il y ait concession, il convient par contre et surtout que le partenaire privé supporte «le risque de l'exploitation», défini par la Cour comme «le risque inhérent à l'exploitation économique du service» ou encore «l'exposition aux aléas du marché».

La particularité du cas d'espèce était que le risque de l'exploitation de la distribution d'eau potable et de la gestion des eaux usées n'était, par nature, pas significatif vu la nécessité pour chaque citoyen d'y avoir recours : «Il est courant que certains secteurs d'activité, notamment les secteurs touchant à des activités d'utilité publique, tels que la distribution de l'eau et l'évacuation des eaux usées, fassent l'objet d'une réglementation pouvant avoir pour effet de limiter les risques économiques encourus.»

Alors que les plaignants et la Commission européenne estimaient qu'il ne pouvait y avoir de concession de services sans qu'un risque objectivement important soit assumé par le partenaire privé, la Cour de justice a considéré qu'il y avait bien concession «dès lors que le cocontractant prend en charge l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation encouru par le pouvoir adjudicateur, même si ce risque est, dès l'origine, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation du service.»

La Cour pose donc en principe qu'il existe une concession lorsque, même si le risque encouru par le pouvoir adjudicateur est très limité, le pouvoir adjudicateur a transféré au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt.

Cette notion de transfert de risque avait d'ailleurs déjà été évoquée dans des arrêts précédents (arrêt CONTSE; arrêt Commission / Italie).

Le critère de distinction entre marché et concession ne tient donc pas dans l'importance objective du risque d'exploitation encouru par le partenaire privé mais bien dans l'importance du risque transféré par le pouvoir adjudicateur au concessionnaire.

En tant que tel, l'origine du paiement de la rémunération par les usagers ne constitue donc pas le critère essentiel distinguant la concession du marché. Ce qui est fondamental est que le pouvoir adjudicateur ait transféré au partenaire privé le risque de l'exploitation de l'ouvrage ou des services.

La notion de «transfert de risque» a été confirmée comme étant le critère de distinction entre les marchés publics et les concessions, dans plusieurs arrêts subséquents de la CJUE, dont les arrêts CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*; CJUE, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A SIA et Dekom SIA / Latgales planosanas regions*.

24. En conclusion, il apparaît que, contrairement à ce que soutient la requérante :
- L'élément unique qui distingue la concession de services du marché public est le droit d'exploiter les services;
- Le droit d'exploiter les services est démontré lorsqu'il y a «transfert de l'intégralité ou, au moins, d'une part significative du risque d'exploitation» des services au concessionnaire;
- La rétribution du concessionnaire par des tiers ou par des usagers est certes un élément qui est utile pour la qualification d'une concession de services, mais il ne s'agit pas de l'élément déterminant.

25. Or, il faut constater au regard de la procédure en cause que l'ONSS a transféré l'intégralité, ou au moins une partie significative, du risque d'exploitation des services de recouvrement des créances dont il a la charge.

Ainsi, premièrement, il ressort expressément des documents de la concession, particulièrement de l'article 16 du document de base, que le concessionnaire se voit déléguer sinon la totalité, à tout le moins une part très significative, de la mission de service public qui était précédemment assumée par l'ONSS dans le cadre du recouvrement de ses créances.

En effet,

- l'intégralité de la gestion des titres exécutoires dont l'ONSS avait précédemment la charge a été cédée au concessionnaire, étant entendu que celui-ci se voit en outre confiée la charge supplémentaire de numériser ces titres et de les gérer au sein d'une plateforme informatique à construire et gérer à ses frais exclusifs;
- l'ONSS a transféré au concessionnaire la charge de la gestion des interventions des huissiers de justice : identification des huissiers intervenants dans chaque arrondissement judiciaire, répartition égalitaire des dossiers, communication électronique des actes à signifier, gestion des contacts avec les huissiers, etc.;
- l'ONSS a transféré au concessionnaire la charge du suivi comptable des flux financiers générés par le recouvrement, l'établissement de statistiques et de rapports relatifs au recouvrement des cotisations sociales et le contrôle administratif et financier des huissiers.

L'ONSS ne conservera, quant à lui, que des prérogatives limitées (pièce …, document de base, article 21) :

a) L'envoi vers la plateforme informatique des données informatiques visées à l'alinéa suivant : ceci est un préalable nécessaire pour alimenter la plateforme;
b) La gestion des demandes d'instruction des huissiers de justice qui lui sont transmises par le concessionnaire et qui ne peuvent être solutionnées par les règles générales du guide de recouvrement, et l'envoi de ces instructions au concessionnaire : dès lors que le guide du recouvrement ne peut régir toutes les situations, l'ONSS se doit d'être disponible pour fournir des instructions spécifiques dans certaines situations de recouvrement exceptionnelles;
c) Le contrôle des services réalisés par le concessionnaire ainsi que de l'intervention des huissiers de justice : ceci ne constitue que le contrôle du respect des conditions de la concession;
d) L'octroi des modalités de paiements sollicitées par le débiteur : dès lors qu'avant l'envoi de la contrainte au débiteur, l'ONSS aura déjà accordé des termes et délais, si la situation du débiteur le permet, il convient que l'octroi de nouvelles facilités aux débiteurs soit validé par l'ONSS.

Il est donc parfaitement inexact de soutenir, comme le fait la requérante, que l'ONSS aurait privé le concessionnaire de toute liberté dans l'organisation de sa mission.

Par ailleurs, deuxièmement, le concessionnaire supporte l'ensemble des risques financiers de l'exécution du service puisque c'est ce dernier qui a été chargé de fixer librement non seulement les redevances qu'il attend de l'autorité concédante mais également le montant maximum qu'il exigera des tiers.

Qui plus est, il ressort de la décision attaquée que tant l'offre de l'attributaire de la concession que celle de la requérante reportent essentiellement la charge du financement des services sur les tiers que sont les huissiers de justice.

Les documents de la concession ne prévoient aucun volume minimal garanti de dossiers, ni aucune clause de sauvegarde limitant les risques financiers du concessionnaire.

Le concessionnaire assume donc l'intégralité des risques financiers du service qui lui est concédé, et ce d'autant plus que ces risques sont fixés pour une durée de 15 ans.

Or, il ressort de la jurisprudence européenne, que le risque d'exploitation économique du service, qui correspond au risque d'exposition aux aléas du marché, peut notamment se traduire «par le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes», ce qui est le cas en l'occurrence.

Troisièmement, le concessionnaire assume également tant «le risque de l'offre», que «le risque de la demande».

En effet, d'une part, le concessionnaire n'a aucune garantie et certitude quant au nombre de dossiers de recouvrement qui lui seront confiés par l'ONSS et donc quant au volume de travail et de revenus qu'ils génèreront.

Eu égard à l'importance du contentieux de l'ONSS, des modifications de volume non-négligeables peuvent avoir lieu en fonction de la variation de facteurs totalement étrangers au concessionnaire, telles que l'évolution de la situation économique générale des entreprises belges ou encore l'amélioration des processus de suivi des débiteurs des cotisations sociales, avant l'émission des contraintes, notamment sur base du nouvel arrêté royal du 1er décembre 2016 favorisant les plans de paiement amiable.

Le concessionnaire n'a pas non plus, ni au moment du dépôt de son offre, ni en cours d'exécution de la concession, de certitude de pouvoir trouver en tous temps et en tous lieux des huissiers territorialement compétents pour signifier les contraintes de l'ONSS, et ce dans les conditions techniques et financières arrêtées par les documents de la concession et l'offre du concessionnaire.

Le concessionnaire n'a par ailleurs pas de certitude sur le nombre d'huissiers souhaitant intervenir dans chaque canton judiciaire et les conséquences que cela impliquera en terme de gestion.

Il ressort également de la jurisprudence européenne, que le risque d'exploitation économique du service, qui correspond au risque d'exposition aux aléas du marché, peut notamment se traduire «par le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services», ce qui est le cas en l'espèce.

En conclusion, il apparaît que l'ONSS a bien transféré le risque d'exploitation des services de recouvrement des titres exécutoires au concessionnaire.

26. Dans sa demande de suspension, la requérante invoque deux éléments pour démontrer que le contrat conclu serait prétendument un marché public de services.

27. Comme premier argument, la requérante souligne l'«absence d'usagers bénéficiaires», reprochant que «le service concédé ne bénéficie à aucun usager dont les intérêts économiques, dans le cadre de l'opération, diffèreraient de l'intérêt de l'autorité qui concède l'exploitation du service».

La requérante considère que ni les huissiers de justice, ni les débiteurs ne peuvent être considérés comme des usagers du service.

28. Tout d'abord et comme indiqué ci-avant, la requérante conteste que la présence d'«usagers bénéficiaires» constituerait un critère constitutif déterminant de la concession de services. Seul le critère du transfert du risque d'exploitation est déterminant.

Ce faisant, il est donc parfaitement admissible qu'une concession de services ou travaux soit constituée, sans qu'il n'y ait d'usagers (bénéficiaires), tels que la requérante les entend.

A titre d'exemple, on peut notamment citer :
- La concession de travaux relative à la station d'épuration Nord de Bruxelles, dont l'octroi a fait l'objet de deux arrêts distincts de Votre Conseil, dans lequel il n'y a aucun usager bénéficiaire. Cette concession est presté au bénéfice de l'autorité concédante et de l'intérêt général;
- La concession de services, octroyée par une commune italienne relative à une mission de service de gestion, d'établissement et de recouvrement de certaines taxes et redevances locales à l'égard de débiteurs.

29. Ensuite, il y lieu de noter que la notion d'«usagers» ou d'«usagers bénéficiaires» vantée par la requérante ne reçoit aucune définition dans la règlementation des marchés publics.

La partie adverse conteste donc que les huissiers de justice ne puissent pas être considérés comme des usagers. Ils vont en effet, de manière non-contraignante, pouvoir recourir aux services du concessionnaire pour signifier des titres exécutoires pour compte de l'ONSS, étant entendu que la plateforme informatique mise en place leur donnera certains avantages (numérisation des actes, transmission automatique, dossiers *on-line* consultables, *etc*).

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne n'exige d'ailleurs pas que le paiement émane d'usagers bénéficiaires mais uniquement de «tiers» au pouvoir adjudicateur.

Ainsi, selon la Cour, «le fait que le niveau des droits d'utilisation n'est pas déterminé unilatéralement par le prestataire de services de secours, mais par voie de convention avec les organismes de sécurité sociale ayant eux-mêmes la qualité de pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêt du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C 300/07, Rec. p. I 4779, points 40 à 59) et que ces droits ne sont pas payés directement par les utilisateurs de ces services au prestataire retenu, mais par un bureau central de règlement en charge de collecter et de reverser ces droits, sous forme d'acomptes réguliers, n'a pas d'incidence sur ce constat. En effet, il n'en demeure pas moins que toutes les rémunérations du prestataire de services proviennent de personnes distinctes du pouvoir adjudicateur qui lui a attribué le contrat.»

Tel est bien le cas en l'occurrence puisque la concession sera essentiellement financée par les paiements des tiers à l'ONSS, à savoir les huissiers. Or ces huissiers bénéficieront d'un intérêt économique à pouvoir intervenir dans les dossiers de l'ONSS et se rémunèreront eux-mêmes sur le remboursement des frais qui leur sont dus par les débiteurs de l'ONSS. Ce système est similaire à celui qui a fait l'objet de l'arrêt C‑269/14 du 21/05/2015 de la CJUE (Kansaneläkelaitos).

Dès lors, quand bien même les huissiers ne pourraient pas être assimilés à des usagers, cela n'impacte pas la qualification du contrat.

A nouveau, il convient de souligner qu'il existe des exemples de concessions de services dans lesquelles la rémunération du concessionnaire émane de tiers :
- P. THIEL enseigne ainsi qu'un contrat portant sur l'installation et l'exploitation de mobilier urbain, exclusivement financé par des revenus publicitaires, peut être qualifié de concession de services, quand bien même les usagers du mobilier ne paient aucune rémunération au soumissionnaire. Dans ce type de contrat, la rémunération provient des rentrées publicitaires obtenus par le concessionnaire auprès de commerçants qui sont des tiers aux «usagers» des installations;

- La CJUE a également jugé, dans le cadre d'un litige relatif à la gestion de services de secours , que la rémunération complète du prestataire de services par un organisme distinct du pouvoir adjudicateur «répond à l'exigence d'une contrepartie» telle que reprise dans la définition légale de concession de services, quand bien même cet organisme est un pouvoir adjudicateur et quand bien même les droits payés ne sont pas imposés par le prestataire mais négociés avec le tiers. Concernant cet arrêt, P. NIHOUL enseigne :
  «En ce qui concerne la rémunération, la Cour rappelle que dans un marché de services, la contrepartie est payée directement par le pouvoir adjudicateur alors que dans une concession de services, la contrepartie consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix. Constitue une telle contrepartie le droit pour le prestataire de percevoir une rémunération auprès de tiers. Tel est le cas de l'exploitation de services de transport en commun lorsque le prestataire est rémunéré par les usagers desdits services conformément au tarif fixé. L'application de ce critère au contrat relatif aux services de secours est plus délicate en raison d'une double particularité : la rémunération du prestataire est cette fois assurée par des droits d'utilisation qui, d'une part, ne sont pas déterminés unilatéralement par le prestataire, mais résultent de conventions conclues avec des organismes de sécurité sociale et qui, d'autre part, proviennent à raison de 90 % des organismes de sécurité sociale (pour les assurés obligatoires) et à raison de 10 % seulement d'utilisateurs (les assurés à titre privé ou les personnes non assurées). Cette double circonstance n'a toutefois pas d'incidence dès lors que toutes les rémunérations du prestataire proviennent de personnes distinctes du pouvoir adjudicateur. Le «tiers payant» ne doit donc pas nécessairement être l'utilisateur du service».

Par ailleurs, la partie adverse conteste que l'on puisse affirmer, comme le fait la requérante sans autre motif, que les débiteurs de l'ONSS ne pourraient être des usagers et/ou des tiers au sens d'une concession de services.

En effet, il est évident que si ces débiteurs ne souhaitent pas faire l'objet des procédures de recouvrement mis en œuvre par le concessionnaire, force est de constater qu'ils y sont contraints et qu'ils participent au financement de celle-ci.

En tant que tel, dans bon nombre de cas, les usagers de services publics «ne souhaitent pas» bénéficier des services dès lors que le paiement de ceux-ci leur est imposé. On peut notamment citer les titulaires de permis de conduire ou d'autres documents administratifs qui s'acquittent d'une redevance bien malgré eux.

Le fait que l'usager ou le tiers devrait nécessairement «vouloir» bénéficier du service et non le «subir» est une condition que la requérante ajoute à la définition jurisprudentielle de la concession et qui n'existe pas.

Une exploitation de services est tout autant possible dans des domaines où le paiement de tiers est «contraint». La requérante en est la meilleure preuve puisqu'elle exerce une profession économique, qui est manifestement très concurrentielle, et se fait rémunérer par des tiers qui généralement ne le souhaitent pas.

30. Comme second argument, la requérante prétend que le contrat conclut par l'ONSS ne pourrait pas être une concession, dès lors que les services publics qui font l'objet de ce contrat ne peuvent pas être «exploités».

La requérante considère en effet que, dès lors que les services ne seraient pas destinés à des usagers déterminés, il ne s'agirait pas d'un service «au public» qui pourrait être exploité.

S'il fallait suivre la thèse de la requérante, il faudrait donc en déduire qu'il existerait deux types spécifiques de services : d'une part, les services exploitables et, d'autre part, les services non-exploitables.

La partie adverse conteste également cette vision des choses laquelle est contraire à la règlementation : il n'existe pas dans la règlementation une distinction entre certains services qui pourraient faire l'objet de marchés publics et de concessions et d'autres qui ne le pourraient pas.

Tous les services peuvent faire l'objet de marchés publics ou de concessions : le critère unique de distinction entre ces deux contrats est lié à l'existence effective d'un transfert des risques au concessionnaire de l'exercice des services concernés.

31. La requérante souligne également que le caractère non-exploitable des services se déduirait d'une prétendue absence d'autonomie du concessionnaire. La requérante pointe notamment diverses obligations qui sont imposées au concessionnaire par les documents de la concession.

La partie adverse conteste également cette vision des choses.

Par hypothèse, une mission de services publics ne peut être exécutée que dans le respect de diverses contraintes et garanties qui sont inhérentes à sa nature publique. Le fait que l'ONSS ait donc cadré l'exécution de la concession n'implique aucunement que les risques économiques liés à cette concession seraient couverts, bien au contraire.

Il faut d'ailleurs constater que l'essentiel des obligations imposées au concessionnaire par l'ONSS concernent les modalités d'intervention des huissiers de justice et de recouvrement des créances. Il est parfaitement légitime que le concessionnaire et les huissiers de justice qui interviendront pour l'ONSS exécutent la mission de service public de recouvrement des créances de l'ONSS auprès des débiteurs, dans le cadre défini par celui-ci.

Ceci n'empêche pas que le concessionnaire ait toute liberté pour organiser librement l'exploitation des services qui lui sont concédés, en définissant notamment sa méthodologique de travail et les caractéristiques de la plateforme informatique, dont en particulier (*cfr*. document de base, article 8) :

- les processus de travail et communication qu'il va mettre en œuvre;
- les méthodes mises en œuvre pour s'assurer de la participation d'huissiers de justice sur l'ensemble du territoire belge;
- les procédures appliquées en vue de garantir le respect des diverses obligations légales relatives à l'exploitation des services;
- les modalités de formation initiale et continue des utilisateurs de l'autorité concédante pour l'utilisation de la plateforme, les modalités de suivi et de contrôle (administratif et financier) du recouvrement des dossiers par les huissiers de justice et leurs interventions;
- la qualité du helpdesk;
- l'organisation et la qualité des équipes dédiées au projet;
- les mesures alternatives de gestion en cas de plateforme indisponible;
- la gestion des urgences 24h/24;
- la capacité à accueillir les demandes des débiteurs et de l'autorité concédante durant les heures de bureau, etc.;
- les qualités fonctionnelles de la plateforme informatique, sa facilité d'accès et d'utilisation, tant pour l'autorité concédante que pour les huissiers;
- les différentes possibilités de suivi et de contrôle (standard et à la demande) des dossiers et des interventions des huissiers de justices par l'autorité concédante,
- la création de rapports et d'analyses statistiques;
- la sécurisation de la plateforme;
- les procédures appliquées pour réduire l'indisponibilité et les *back-up*;
- les modalités permettant un accès sécurisé à la plateforme;
- la maintenance technique et évolutive, etc.;

Qui plus est, le concessionnaire a eu toute liberté pour fixer lui-même les redevances et montants qu'il réclamerait tant à l'ONSS qu'aux huissiers de justice.

Il est donc inexact de soutenir que le concessionnaire n'aurait aucune latitude dans l'exploitation du service qui lui a été confié.

32.
En conclusion, il apparaît que le contrat passé entre l'ONSS et l'attributaire est bien une concession de services.

Par conséquent, la demande de suspension formée par la requérante sur pied des articles 11 et 15 de la loi du 17 juin 2016 est irrecevable, cette loi ne s'appliquant pas à l'attribution des concessions de services".

La partie adverse demande que si, "par extraordinaire", le Conseil d'Etat devait estimer que les affirmations de la requérante pourraient être fondées, une question préjudicielle soit posée, avant dire droit, à la Cour de justice de l'Union européenne dans les termes suivants :

" 1) Le transfert du risque d'exploitation à un concessionnaire, qui constitue l'élément qui distingue la concession de services du marché public, implique-t-il nécessairement que le service public concédé à un opérateur privé impose la présence de tiers ou d'usagers du service qui en assure la rémunération au moins partielle ?
2) Dans l'hypothèse où une réponse affirmative serait donnée à la première question, est-il nécessaire que les usagers et/ou les tiers qui assurent la rémunération au moins partielle de la concession le fassent de manière volontaire pour satisfaire un besoin économique propre ?"

C. Requête en intervention

La partie intervenante soulève également une exception du défaut d'intérêt de la requérante à postuler la requalification de la procédure de concession en procédure d'attribution d'un marché public.

Elle fait valoir à cet égard que si "un soumissionnaire ayant détecté une illégalité au niveau du cahier spécial des charges, n'est en principe pas obligé d'en contester immédiatement la légalité devant [le Conseil d'Etat], mais peut tout aussi bien invoquer telle illégalité ultérieurement lors de la contestation de la décision d'attribution, […], ce principe connaît d'importantes nuances et exceptions dans la mesure où [le Conseil d'Etat] a jugé à plusieurs reprises que le soumissionnaire n'ayant pas formulé de critique avant ou au plus tard au moment du dépôt de son offre, n'est plus à même d'invoquer telle critique devant [le] Conseil de façon recevable". Elle souligne qu'"en l'espèce, la partie requérante ne semble à aucun moment -et ce jusqu'à la rédaction de sa requête en suspension- avoir formulé quelconque remarque, observation ou question ni avoir émis quelconque critique ou même réserve quant à la qualification en tant que concession de services". Elle estime "dès lors inadmissible

qu'une partie requérante soit autorisée à remettre en cause la qualification de concession de services et, partant, à paralyser l'exploitation de cette concession après avoir participé en pleine connaissance de cause à la procédure d'attribution et sans avoir agi comme l'aurait fait tout soumissionnaire normalement prudent et diligent".

Quant au fond, elle se rallie, pour l'essentiel à l'argumentation de la partie adverse. Elle y ajoute les arguments qui suivent :

" 18. En ce qui concerne la distinction entre une concession de service public et un marché public (de services), D'HOOGHE souligne que le critère d'exploitation est jugé déterminant et qu'il y a lieu de faire état d'une convention de concession lorsque l'entrepreneur supporte les risques liés au service en question (introduction et exploitation du service), et qu'il perçoit une partie (importante) de sa rémunération de la part de l'utilisateur, en particulier en encaissant des rétributions sous une forme ou une autre.
Par arrêt du 7 décembre 2000, la Cour de Justice a confirmé qu'il est question d'une concession de service public qui n'est pas soumise à la directive des marchés publics de services lorsque -notamment- la contre-prestation de la part de l'autorité en faveur du prestataire de services ne consiste pas dans le paiement d'une somme d'argent mais que le prestataire de services obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation.
Appliqué au cas d'espèce et renvoyant à la description de la concession comme exposé ci-dessus et également aux informations (documents de base de la concession) transmises aux candidats, il convient de conclure que l'exploitation du service public réunit bel et bien toutes les caractéristiques essentielles d'une concession de service public et non d'un marché public de services.

19. De surcroît et dans un ouvrage de référence consacré aux concessions (de services), VAN GARSSE démontre que la majorité de la doctrine belge estime qu'il convient d'interpréter le champ d'application des conventions de concession de manière extensive. L'auteur met en effet en évidence que la doctrine largement majoritaire (ORIANNE, MAST, VAN GERVEN, PAQUES) estime que le concessionnaire exploite un service public à ses propres frais et à son propre risque moyennant une rémunération qui est en principe mise à charge des utilisateurs.
Après avoir référé à MAST et ORIANNE qui vont jusqu'à admettre que le service donné en concession peut être exploité moyennant un prix fixe soit moyennant une rémunération payée par le pouvoir public, VAN GARSSE démontre -tant d'un point de vue historique, qu'économique ainsi que juridique, qu'à la lumière du contexte du droit européen- qu'il convient d'interpréter le champ d'application des conventions de concession de manière extensive et même de relativiser le critère «du risque supporté par le concessionnaire».
VAN GARSSE conclut que la concession requiert que le concessionnaire exploite, c'est-à-dire qu'il peut mener son entreprise avec une certaine autonomie et certaines propres responsabilités qui lui ont été transférées, et qu'il puisse générer des revenus provenant des prestations qu'il doit et peut effectuer suite à la concession. L'exploitation, poursuit-il, doit permettre au concessionnaire de faire rentrer des bénéfices lui permettant en principe d'amortir ses investissements et de réaliser des bénéfices. Il souligne qu'il importe peu que les revenus proviennent de tiers ou de l'autorité.

20. Appliqué au cas d'espèce, il est clairement question d'une exploitation transférée au concessionnaire et dont le concessionnaire supporte le risque d'exploitation.
Votre Conseil appréciera à cet égard que la partie adverse ne fournit aucune garantie (financière ou autre) quant au nombre (minimum) de dossiers de recouvrement provenant de la partie adverse, ce qui confère un caractère par nature

incertain aux revenus du concessionnaire. Les charges financières de l'exploitation du service public par la partie intervenante n'en sont, quant à elles, pas moins réelles et certaines, ce qui appert notamment du plan financier décrit par la partie intervenante dans son offre.
Il convient d'y ajouter que la partie intervenante supporte intégralement le risque d'exploitation consistant à s'assurer de la collaboration de suffisamment d'huissiers de justice, possédant -de surcroît- une compétence territoriale complémentaire de sorte à couvrir le territoire du pays tout entier.

21. Il ne saurait dès lors être question de requalifier la concession en présence en un marché public de services".

VI.2. Appréciation

A. Quant à l'intérêt de la requérante

Un candidat potentiel ou effectif à une concession peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de procéder à l'attribution d'une concession plutôt que de recourir à une procédure de marché public s'il estime que cette décision lui fait directement grief. *A priori*, cette faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision en question ne l'empêche pas, s'il n'en a pas fait usage, d'invoquer de manière recevable devant le Conseil d'Etat l'illégalité de la procédure retenue *ab initio* s'il estime que celle-ci affecte la décision ultérieure d'attribution de la concession. Il en va de même lorsque la qualification retenue, concession ou marché public, conditionne de quelque manière les options procédurales qui lui sont offertes devant le Conseil d'Etat.

En l'espèce, il n'est pas contestable que si l'objet de la commande litigieuse consiste en un marché public, la requérante ne sera pas soumise au droit commun du référé administratif mais pourra se prévaloir des dispositions 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, relatives à l'introduction d'une demande de suspension en extrême urgence. Elle pourra également, le cas échéant, invoquer de manière recevable une violation de la législation relative aux marchés publics. Elle possède donc bien un intérêt à demander que l'objet de la commande litigieuse soit requalifié en marché public de services, même si elle n'a pas attaqué la décision initiale de lancer un appel à participation concernant "l'attribution d'une concession de services de service public".

L'exception est rejetée.

B. Quant à la qualification de l'acte attaqué

La détermination des critères permettant de distinguer une "concession de services" d'un "marché de services" a donné lieu à de nombreux développements jurisprudentiels et doctrinaux, ainsi qu'en témoignent les écrits des parties.

Ces développements sont le reflet des difficultés rencontrées dans la détermination des critères distinguant le concept de concession et celui de marché public. A cet égard, le législateur européen constate ce qui suit, dans le considérant 18 du préambule de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession :

" Les difficultés liées à l'interprétation des concepts de concession et de marché public ont entraîné une insécurité juridique constante pour les parties prenantes et ont donné lieu à de nombreux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Il convient par conséquent de clarifier la définition de la concession, notamment par référence au concept de risque d'exploitation".

L'article 5 de cette directive donne de la concession de services la définition suivante :

" Article 5. Définitions
Aux fins de la présente directive, on entend par:
1) «concessions», des concessions de travaux ou de services au sens des points a) et b) :
a) […]
b) «concession de services», un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices 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".

Bien que cette directive ne soit pas encore transposée en droit interne, il peut d'ores et déjà, être tenu compte de la définition qu'elle donne pour éclairer la portée du concept de "concession de services", dès lors qu'elle se donne pour objectif de lever l'insécurité juridique née des difficultés d'interprétation de celui-ci.

Il ressort de cette définition que le critère déterminant pour qualifier une concession réside dans le transfert du risque d'exploitation, ce que le considérant 18 du préambule explicite en ces termes :

" La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice".

Concernant l'importance du risque, le même considérant exclut qu'il puisse être nul, ce qui serait le cas "si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat". Pour autant, le risque peut être limité, ainsi que l'indique le considérant 19 en ces termes :

" Le fait que le risque soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession. Tel peut être le cas, par exemple, dans les secteurs disposant de tarifs réglementés ou lorsque le risque d'exploitation est limité par des arrangements contractuels prévoyant une compensation partielle, y compris une compensation en cas de résiliation d'une concession pour des raisons imputables au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou pour des raisons de force majeure".

Concernant la nature du risque ainsi transféré, le considérant 20 donne l'éclairage suivant:

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

Il ressort encore du considérant 18 de ce préambule que le législateur européen n'entend pas exclure la possibilité qu'un concessionnaire perçoive sa rémunération du pouvoir adjudicateur lui-même "lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou

la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif".

Il s'ensuit que pour être conforme à la définition donnée par le législateur européen, l'interprétation du concept de concession doit être corrélée à l'existence d'un risque lié à l'exploitation des services fournis et trouvant son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. A première vue, le risque ainsi circonscrit ne tient donc pas à des aléas de gestion inhérents à tout contrat, mais à l'exploitation même du service, en fonction des variations de l'offre et de la demande. Dans les limites d'un examen mené dans le cadre de l'extrême urgence, il apparaît, dès lors, que la ligne de démarcation entre la concession et le marché puisse être située essentiellement au niveau de la distinction entre les notions de prestation et d'exploitation. Ainsi, à la différence d'un prestataire de service dans le cadre d'un marché public, le concessionnaire ne se limite pas à fournir un service, mais il l'"exploite", c'est-à-dire qu'après l'avoir mis sur pied, il le "gère", en assure la délivrance dans le temps et assume le risque lié aux fluctuations de l'offre, de la demande, ou des deux, pour ce service.

Prima facie, il n'apparaît, par ailleurs, pas que la définition ainsi donnée par la directive 2014/23/UE, précitée, permette d'ériger en critère déterminant la circonstance que le concessionnaire dispose d'une plus ou moins grande marge de manœuvre dans les modalités de l'exploitation du service concédé. A cet égard, on relèvera que le considérant 14 du préambule de la directive, opposant la concession aux "autorisations ou licences, par lesquels l'État membre ou un pouvoir public fixe les conditions d'exercice d'une activité économique, y compris la condition d'effectuer une opération donnée" indique ce qui suit:

> " Contrairement à ces actes établis par des États membres, les contrats de concession induisent des engagements mutuellement contraignants, en vertu desquels l'exécution des travaux ou services est soumise à des exigences spécifiques définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, lesquelles exigences ont force exécutoire".

Il semble pouvoir s'en déduire qu'une concession se caractérise plus par l'obligation pour le concessionnaire de satisfaire à des contraintes ou à des exigences spécifiques définies par le pouvoir adjudicateur plutôt que, comme semble le plaider la requérante, par la liberté dont il disposerait dans les modalités de l'exploitation du service.

En l'espèce, la concession litigieuse porte sur la conception, la gestion dans le temps et la mise à la disposition de la partie adverse et des huissiers de justice ou, à titre accessoire, d'autres intervenants d'un service centralisé de gestion

numérique de dossiers et de recouvrement de titres exécutoires. Outre le développement et la gestion d'une plateforme informatique, il porte également sur le suivi et le contrôle de l'exécution des dossiers de recouvrement par les huissiers de justice instrumentant et la communication de rapports sur le fonctionnement du système à la partie adverse. Il n'est donc pas contestable qu'un service devra être fourni. La question qui se pose tient à la possibilité de considérer que le "concessionnaire" en assure l'exploitation et qu'il assume le risque lié à cette exploitation.

Le concessionnaire du service litigieux devra le gérer, dans ses différentes dimensions, et organiser dans le temps sa délivrance tant à la partie adverse qu'aux huissiers participants au nouveau mécanisme de recouvrement. Il ne paraît pas douteux que le concessionnaire ne se limite, en l'espèce, pas à fournir au pouvoir adjudicateur une plateforme numérique, mais qu'il obtient en contrepartie le droit d'exploiter lui-même cette plateforme et d'être rémunéré pour cela, étant entendu que chacun des soumissionnaires a pu, en toute liberté, fixer lui-même les redevances et montants qu'il réclamerait tant à la partie adverse qu'aux huissiers. A première vue, il assume également un risque, fût-il limité, lié aux variations possibles de l'offre, de la demande, ou des deux, pour ce service. Si, eu égard au service fourni, il est possible de s'interroger, avec la requérante, sur l'étendue réelle de l'exposition du concessionnaire aux aléas du marché, il ne peut, dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, pas être exclu que surviennent des variations dans le nombre de recouvrements par voie de contrainte, dans la charge de travail liée aux procédures à mettre en œuvre, voire dans le nombre d'huissiers intégrant le nouveau mécanisme, qui seraient susceptibles d'affecter l'amortissement des investissements effectués et les coûts supportés lors de l’exploitation des services. Il n'est, en toute hypothèse, pas démontré, ni même soutenu, que "toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire" serait "purement nominale ou négligeable". De même, s'il n'est pas exclu que le risque puisse s'avérer limité, il ne peut non plus être considéré qu'il sera nul.

Il découle de ce qui précède que dans le cadre d'un examen en extrême urgence, il ne peut être affirmé que la partie adverse aurait agi de manière manifestement déraisonnable en qualifiant la procédure litigieuse de concession de services.

Il n'y a, dès lors, pas lieu de requalifier la concession litigieuse en marché public de services.

C. Quant à l'urgence

Dès lors que l'acte attaqué est une concession de services, les articles 11, 13 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 et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ne trouvent pas à s'appliquer en l'espèce. Il n'en découle pas que la requérante ne peut invoquer l'extrême urgence, mais elle est tenue de le faire selon le droit commun de la procédure en référé administratif.

A cet égard, l'article 17, § 1er, alinéas 1er et 2, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, se lit comme suit:

" Art. 17. § 1er. La section du contentieux administratif est seule compétente pour ordonner par arrêt, les parties entendues ou dûment appelées, la suspension de l'exécution d'un acte ou d'un règlement susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, §§ 1er et 3, et pour ordonner toutes les mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire.
Cette suspension ou ces mesures provisoires peuvent être ordonnées à tout moment :
1° s'il existe une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation;
2° et si au moins un moyen sérieux susceptible *prima facie* de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement est invoqué".

Le paragraphe 2, alinéa 1er, du même article prévoit que "la requête en suspension ou en mesures provisoires contient un exposé des faits qui, selon son auteur, justifient l'urgence invoquée à l'appui de cette requête".

Le paragraphe 4, alinéa 1er, du même article dispose que "dans les cas d'extrême urgence incompatibles avec le délai de traitement de la demande de suspension ou de mesures provisoires visées au paragraphe 1er, la suspension ou des mesures provisoires peuvent être ordonnées, même avant l'introduction d'un recours en annulation, selon une procédure qui déroge à celle qui s'applique pour la suspension et les mesures provisoires visées au paragraphe 1er".

L'article 16 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat dispose notamment comme suit en son paragraphe 1er :

" Art. 16. § 1er. Dans le cas où l'extrême urgence est invoquée, la demande de suspension ou de mesures provisoires est datée et signée par la partie ou par un avocat satisfaisant aux conditions de l'article 19, alinéa 4, des lois coordonnées, et elle contient :
[…]
7° un exposé des faits justifiant l'extrême urgence;".

En l'espèce, la requête ne contient pas l'exposé prévu par cette disposition, ni celui prévu par l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le

Conseil d'Etat. Il n'apparaît pas non plus des développements de la requête que la requérante soutient qu'il existe une quelconque urgence à statuer, ni encore moins une "extrême urgence" à statuer. Elle n'invoque, en particulier, pas l'imminence d'un péril que pourrait prévenir la suspension de l'acte attaqué. Bien au contraire, il ressort des faits de la cause que la concession litigieuse a été attribuée et le contrat conclu, en sorte que la suspension de l'acte attaqué, qui ne peut opérer qu'*ex nunc*, ne pourrait prévenir les conséquences de cette décision.

Il s'ensuit que fait défaut, en l'espèce, l'une des conditions prévue pour que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué puisse être ordonnée.

La demande de suspension doit, en conséquence, être rejetée.

VII. Confidentialité

L'article 87, § 2, alinéa 1er, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État dispose comme suit :

" Art.87.
[…]
§2. Lorsqu'une partie dépose une pièce pour laquelle elle demande qu'elle ne soit pas communiquée aux autres parties, elle doit la déposer de manière distincte. Elle doit en mentionner le caractère confidentiel de manière expresse et exposer les motifs à sa demande dans l'acte de procédure auquel est jointe ladite pièce et en établir un inventaire dans lequel est précisée la pièce dont la confidentialité est requise".

La partie adverse demande que soient tenues confidentielles les offres, y compris les offres complémentaires, de la requérante et de la partie intervenante. La requérante et la partie intervenante formulent chacune la même demande en ce qui concerne leurs offres et offres complémentaires, jointes à leur dossier. La partie adverse ne motive pas sa demande. Les parties requérante et intervenante motivent, quant à elles, leurs demandes par le souci de préserver le secret des affaires. Les pièces dont la confidentialité est demandée sont déposées de manière distincte par les parties, qui les identifient de manière précise dans les inventaires joints à leurs requêtes.

Dès lors que la communication de ces pièces pourrait se révéler de nature à nuire au secret des affaires et qu'elle n'est pas utile à la solution du litige, il y a lieu de faire droit aux demandes des parties requérante et intervenante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée JD CONSULT est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces A et B du dossier de pièces confidentielles de la requérante, les pièces 11 à 14 du dossier administratif et les pièces 5 et 6 du dossier de pièces de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre siégeant en référé, le quatorze février deux mille dix-sept par :

MM. Serge BODART, conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Serge BODART.