

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 107.488 du 7 juin 2002

A.42.585/VI-11.250

En cause : **1. la Société anonyme TRAVAUX,**

boulevard Auguste Reyers 110
1040 Bruxelles,

**2. la Société anonyme ENTREPRISES
GENERALES FERNAND GILLION & FILS,**

rue Saint-Denis 132
1190 Bruxelles,

**3. la Société de droit allemand
PHILIPP HOLZMANN A.G.,**

Siegburgerstrasse 183-187
D. 5000 Köln (Allemagne),

4. la Société anonyme ASWEBO,

Booiebos 4
9031 Drongen,

5. la Société anonyme BETONAC,

Hasseltsesteenweg 172
3800 Sint-Truiden,

6. la Société anonyme WEGEBO,

rue Nestor Martin 315
1082 Bruxelles,

contre :

**la Société anonyme BRUSSELS AIRPORT
TERMINAL COMPANY, en abrégé B.A.T.C.,
actuellement la Société anonyme de droit public BRUSSELS
INTERNATIONAL AIRPORT COMPANY,
en abrégé B.I.A.C.,
ayant élu domicile chez
Me Mireille SALMON
Rue Dautzenberg 42
1050 Bruxelles.**

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 11 juin 1990 par la S.A. TRAVAUX, la S.A. ENTREPRISES GENERALES FERNAND GILLION & FILS, la société de droit allemand PHILIPP HOLZMANN A.G., la S.A. ASWEBO, la S.A. BETONAC et la S.A. WEGEBO qui demandent l'annulation de "la décision prise par le conseil d'administration de la partie adverse, le 9 avril 1990, d'attribuer à l'association momentanée constituée des sociétés S.B.B.M. SIX CONSTRUCT - Maurice DELENS - VAN HOUT - VAN RIEL - VAN DEN BERG VERBEECK - WUST, le marché faisant l'objet du cahier des charges de l'entreprise «Lot 10 - gros oeuvre - terminal - Y - finger - gare de trains plus esplanade - entrepreneur pilote»";

Vu l'arrêt n° 71.754 rendu en la cause par le Conseil d'Etat le 11 février 1998 rejetant le déclinatoire de compétence et accueillant le recours en annulation;

Vu l'arrêt n° C.98.0141.F prononcé par la Cour de cassation, chambres réunies, le 10 septembre 1999, cassant ledit arrêt 71.754 et renvoyant la cause devant le Conseil d'Etat, Section d'administration, autrement composé;

Vu l'arrêt n° 91.586 du 12 décembre 2000 ordonnant la réouverture des débats et chargeant le membre de l'auditorat désigné par l'auditeur général de rédiger un rapport complémentaire;

Vu le rapport de M. NIHOUL, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 27 septembre 2001 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu l'ordonnance du 16 avril 2002 notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 8 mai 2002;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires des parties;

Entendu, en son rapport, M. LEWALLE, Conseiller d'Etat,

Entendu, en leurs observations, Me Marc JOASSART, avocat, comparaisant pour les parties requérantes, et Me Luc DEPRE, loco Me Mireille SALMON, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits de la cause ont été rappelés dans l'arrêt n° 71.754 du 11 février 1998;

Considérant que la partie adverse a contesté et conteste la compétence du Conseil d'Etat au motif qu'elle était une personne morale de droit privé et que, dès lors, elle ne pouvait être considérée comme une autorité administrative en matière d'attribution de marchés; qu'elle s'est pourvue en cassation contre l'arrêt n° 71.754, précité; que, par son arrêt du 10 septembre 1999, la Cour de cassation a cassé cet arrêt en ce qu'à défaut de constater que la demanderesse, société "de nature mixte" dont il n'excluait pas le caractère privé, disposait dans la mission d'intérêt général à laquelle ressortit l'acte attaqué, du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers, le Conseil d'Etat ne justifiait pas légalement sa décision selon laquelle B.A.T.C. constituait une autorité administrative et qu'il était compétent pour statuer sur le recours;

Considérant que dans leur "dernier mémoire complémentaire" daté du 16 novembre 2001, les requérantes font valoir, notamment, que l'identification de l'autorité administrative par la prise en compte du pouvoir qui pourrait lui appartenir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers pose un problème particulier dans le cas des marchés publics; qu'elles en veulent pour preuve le fait que le législateur a étendu la compétence du Conseil d'Etat dans ce domaine aux actes administratifs des autorités législatives et judiciaires; qu'elles font valoir que les directives européennes relatives aux marchés publics définissent l'organisme public comme étant "tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle de ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou

d'autres organismes de droit public"; qu'elles affirment que la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux impose aux Etats membres d'instaurer des voies de recours permettant : 1) de prendre dans les plus brefs délais et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marchés publics en cause ou l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs; 2) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause; qu'elles soutiennent que cette directive n'a pas fait l'objet d'une transposition en droit belge, le législateur ayant estimé que les possibilités de recours offertes, notamment par le Conseil d'Etat, étaient suffisantes, tout en veillant à ce que les autorités législatives et judiciaires soient également contrôlées à cet égard; qu'elles font valoir que face à deux interprétations possibles des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, c'est celle qui est la plus conforme aux directives qui doit prévaloir; qu'elles affirment encore que par décision obligatoire à l'égard des tiers, il faut entendre tout acte unilatéral produisant des effets juridiques sans requérir le consentement des intéressés, telle l'attribution d'un marché public; que, s'agissant d'apprécier la compétence du Conseil d'Etat, il conviendrait, dans un premier temps, de rechercher si l'acte attaqué a été accompli par une autorité administrative, par application des critères tirés de la création, du contrôle et de la mission de l'auteur de l'acte, et, dans un second temps, de vérifier si l'acte attaqué est bien un acte unilatéral produisant en lui même un effet juridique; qu'elles concluent que l'acte attaqué constitue bien une décision obligatoire à l'égard des tiers, à savoir l'attributaire et les soumissionnaires évincés;

Considérant que, dans son "dernier mémoire après réouverture des débats" daté du 28 décembre 2001, la partie adverse excipe de l'incompétence du Conseil d'Etat; qu'elle fait valoir qu'il ne lui appartient pas de prendre unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard des tiers puisqu'elle ne dispose notamment pas du pouvoir d'exproprier, les articles 12, alinéas 1^{er} et 2, du statut de l'ancienne Régie des Voies Aériennes étant demeurés propres à celle-ci; qu'elle soutient encore qu'elle ne règle nullement le statut du personnel statutaire mis à sa disposition par l'ancienne Régie des Voies Aériennes, et que le pouvoir de percevoir des redevances que lui a conféré l'arrêté royal du 10 décembre 1987 modifiant l'arrêté royal du 17 janvier 1977

fixant les redevances à percevoir par la Régie des Voies Aériennes ne peut être confondu avec celui de fixer l'assiette et le mode de calcul de ces redevances, le pouvoir réglementaire dans ce domaine demeurant de la compétence du Roi en vertu de l'article 5, § 1^{er}, de la loi du 27 juin 1937 portant révision de la loi du 16 novembre 1919 relative à la navigation aérienne; qu'elle fait valoir que son interprétation est confirmée par les dispositions législatives qui ont transformé B.A.T.C. en société anonyme de droit public sous la dénomination "Brussels International Airport Company" (B.I.A.C.), puisque ces dispositions lui ont explicitement attribué des pouvoirs dont B.A.T.C. ne disposait pas auparavant; qu'en effet, les articles 181 et suivants de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, tels qu'insérés par l'arrêté royal du 2 avril 1998 portant réforme des structures de gestion de l'aéroport de Bruxelles-National donnent à B.I.A.C. la compétence de fixer les redevances pour les services qu'elle rend dans le cadre des missions d'accueil, d'embarquement, de débarquement et de transfert des passagers et celles dues par les compagnies aériennes pour l'utilisation des installations au sol, que B.I.A.C. est tenue de recruter les membres de son personnel dans les limites d'un cadre et de les soumettre à un statut, sans préjudice du droit de recourir au régime contractuel dans les cas fixés par les articles 29 et 189 de la loi du 21 mars 1991, précitée; qu'il lui appartient encore, en vertu de l'article 194 de la même loi, d'arrêter des règlements en vue de régler à l'aéroport de Bruxelles-National certaines matières énumérées par cet article, dans le respect des principes de base et limites fixés par le contrat de gestion et sans préjudice du pouvoir réglementaire du Roi résultant de la loi du 27 juin 1937, précitée; qu'elle conclut que la décision attaquée a été prise par une société anonyme de nature privée, voire de nature mixte, qui ne jouissait pas des prérogatives de puissance publique et ne pouvait prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers;

Considérant qu'aux termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1999, précité, "les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et régions, des provinces et des communes, qui sont chargées d'un service public et ne font pas partie du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et où elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers, que, même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une société anonyme qui ne peut pas prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers ne perd pas son caractère de droit privé, que le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est, à cet égard, dénué de pertinence"; que, sur

ces points, le Conseil d'Etat est lié, en application de l'article 33 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que l'arrêté royal du 5 octobre 1970 portant refonte du statut de la Régie des Voies Aériennes comportait, en annexe, le statut de celle-ci; que cet arrêté royal prévoyait, en son article 1^{er}, que celle-ci était chargée, "dans l'intérêt général et avec application des méthodes industrielles et commerciales, de construire, d'aménager, d'entretenir et d'exploiter les aéroports et leurs dépendances, ainsi que d'assurer la sécurité de la navigation aérienne"; que les missions d'intérêt général incluses dans cette charge avaient pour objet, d'une part, la sécurité de la navigation aérienne, et, d'autre part, la sécurité des opérations d'embarquement et de débarquement des passagers, cette dernière mission se réalisant notamment sur le plan de la construction, de l'aménagement et de la maintenance des aéroports; que, pris sur la base de l'article 1^{er}, 2^o, c, de la loi du 27 mars 1986 attribuant certains pouvoirs spéciaux au Roi, l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 425 du 1^{er} août 1986 modifiant le statut de la Régie des Voies Aériennes permettait à celle-ci, soit de s'associer avec une ou plusieurs personnes physiques ou morales de droit public ou de droit privé, après y avoir été autorisée par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, en vue de la construction, de l'aménagement, de l'entretien et de l'exploitation des aéroports et de leurs dépendances, soit de leur confier ces missions; que l'article 2 du même arrêté prévoyait qu'en cas d'association avec des tiers ou de cession à ceux-ci de certaines de ses activités, la Régie pourrait conclure avec la société ou avec ces tiers un contrat par lequel elle affecterait à ces activités certains de ses fonctionnaires et agents, ceux-ci conservant leur statut d'agents de la Régie; que l'article 3 lui donnait la compétence de céder à l'association visée à l'article 1^{er} tout droit réel nécessaire à l'exécution des activités en vue desquelles elle s'associait à des tiers ou qu'elle leur cédait ainsi que la compétence de leur transmettre tous autres droits et obligations nés antérieurement dans son chef en raison de ces activités; que l'article 4 disposait que seraient acquis à l'intervention de l'Etat, en cas d'expropriation, tous les immeubles jugés nécessaires à l'exécution des activités que la Régie aurait cédées à des tiers ou pour lesquelles elle se serait associée à des tiers; que l'article 5 prévoyait que la société à laquelle participerait la Régie, ou les tiers auxquels elle aurait cédé des activités, pourraient être autorisés par arrêté royal à percevoir les droits, redevances et taxes se rapportant aux activités qui feraient l'objet de l'association ou de la cession; que, selon le rapport au Roi, l'objectif poursuivi était de permettre, sans l'intervention de l'Etat, le développement futur de l'aéroport de Bruxelles National afin de maintenir son niveau de compétitivité par rapport à ses concurrents les plus proches par la création d'une société mixte au sein de laquelle la Régie serait présente pour financer les travaux d'agrandissement de l'aérogare passagers

et en assurer l'exploitation; qu'un arrêté royal du 10 décembre 1987 a autorisé la Régie des Voies Aériennes à participer à la société anonyme à constituer sous la dénomination "N.V. Brussels Airport Terminal Company S.A.", en abrégé B.A.T.C.; qu'il ressortait du rapport au Roi que B.A.T.C. serait une "société de droit privé (...) à laquelle la Régie participera en détenant plus de 25% des actions ce qui constitue une minorité de blocage", que B.A.T.C. aurait pour objet social "la gestion et l'exploitation de l'aérogare passagers en ce compris le bâtiment parking, les voies d'accès et les extensions futures, ainsi que la réalisation en phases et leur financement, avec des capitaux en provenance exclusive du secteur privé, des travaux d'extension, d'amélioration et de modernisation nécessaires"; que, pour permettre à B.A.T.C. de réaliser sa mission, la Régie effectuerait l'apport en nature de son activité entière se rapportant aux passagers dans l'aérogare passagers, à l'exclusion de la fouille des passagers et de leur bagage à main, et que, pour permettre à B.A.T.C. d'exécuter les obligations liées à cet apport, celle-ci obtiendrait le droit de percevoir les redevances d'embarquement et celles dues pour l'utilisation des passerelles à l'usage des passagers, redevances fixées par l'arrêté royal du 17 janvier 1977; qu'un arrêté royal du 10 décembre 1987 a modifié l'arrêté royal du 17 janvier 1977, précité, en complétant son article 1^{er} par la disposition suivante : "Toutefois, la société anonyme «N.V. Brussels Airport Terminal Company S.A.» (B.A.T.C.) est autorisée, à partir de sa constitution, à percevoir, aux conditions du présent arrêté et conformément au chapitre III, les redevances dues pour l'usage des installations aménagées à l'intention des passagers à l'aérogare passagers de l'Aéroport national";

Considérant que les arrêtés royaux précités ne permettent pas de conclure que B.A.T.C. a été constituée par les pouvoirs publics fédéraux, mais seulement que ceux-ci y ont participé; que les mêmes arrêtés royaux ne font pas apparaître que B.A.T.C. avait le pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers; qu'en effet :

- si les immeubles jugés nécessaires à l'exécution des activités que la Régie lui avait cédées ou pour lesquelles elle s'était associée pouvaient être acquis par voie d'expropriation, celle-ci ne pouvait être poursuivie que par l'Etat;

- elle ne disposait nullement de la compétence d'élaborer le statut de ses agents ou de celle de nommer ceux-ci par voie de décision unilatérale;

- si elle s'était vu reconnaître le droit de percevoir les redevances fixées par l'arrêté royal du 17 janvier 1977, précité, il ne lui appartenait pas d'en déterminer le montant ou d'en fixer les modalités d'exonération, de réduction ou de perception;

qu'il en résulte que B.A.T.C. n'est pas une autorité administrative au sens que donne à cette notion l'arrêt du 10 décembre 1999 de la Cour de cassation précité;

Considérant que, ni la prise en considération des directives communautaires et notamment de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, précitée, ni celle de la loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, la loi du 5 avril 1955 relative aux titulaires d'une fonction au Conseil d'Etat, ainsi que le Code judiciaire, ne sont de nature à rendre le Conseil d'Etat compétent; qu'en effet, d'une part, la question n'est pas, en l'état actuel, de déterminer si B.A.T.C. était soumise, et dans quelle mesure, aux directives communautaires en matière de marchés publics, mais uniquement si le Conseil d'Etat est compétent pour connaître du présent recours en application de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, ceci en se conformant à l'arrêt de renvoi sur le point de droit qui y est tranché; que lesdites directives, et notamment les deux directives dites "recours" 89/665/ CEE du 21 décembre 1989, précitée, et 92/13/ CEE du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, laissent aux Etats membres le soin de désigner quelles sont, dans leur ordre juridique interne, les instances et juridictions compétentes pour connaître des voies de recours dont il y est question; qu'à défaut de disposition législative particulière, inexistante en l'espèce, le Conseil d'Etat n'est compétent pour connaître de ces recours que si le pouvoir adjudicateur entre dans le champ d'application ratione personae de l'article 14 précité, en ayant notamment égard à l'interprétation qu'en donne l'arrêt de renvoi; que tel n'est pas le cas en l'espèce, faute pour B.A.T.C. de disposer du pouvoir de prendre des décisions obligatoires liant les tiers; que, d'autre part, l'extension de la compétence du Conseil d'Etat déterminée par la loi du 25 mai 1999, précitée, ne résulte pas d'une définition plus large de la notion d'autorité administrative, mais de la mention, dans l'article 14, § 1^{er}, modifié, non seulement des actes et règlements des diverses autorités administratives, mais encore des actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel;

Considérant qu'il suit de tout ce qui précède que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la décision attaquée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 594, 96 euros, sont mis à charge des parties requérantes, à concurrence chacune de 99, 16 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept juin deux mille deux par :

MM. ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
QUERTAINMONT,	Conseiller d'Etat,
HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.