

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 227.587 du 28 mai 2014

205.958/XV-2014

En cause : **la société de droit italien Airst Retail s.r.l.**,
ayant élu domicile chez
Mes Ph. HAMER
et P. DE BOCK, avocats,
avenue Louise 65/2
1050 Bruxelles,

contre :

la s.a. Brussels South Charleroi Airport,
ayant élu domicile chez
Me B. PHILIPPE, avocat,
boulevard Mayence 19
6010 Charleroi.

Partie intervenante:

la s.a. Belgian Sky Shops,
ayant élu domicile chez
Mes X. DIEUX
et D. WILLERMAIN, avocats,
avenue Louise 480bte 3b
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 24 juillet 2012 par la société de droit italien Airst Retail s.r.l., qui demande l'annulation de «(i) la décision du conseil d'administration de B.S.C.A. du 24 mai 2012 d'octroyer à la requérante la sous-concession destinée à l'exploitation d'une zone commerciale Duty Free/Paid sur le site de l'aéroport de Charleroi Bruxelles Sud, en ce que cette décision est assortie de la condition du non-exercice de son droit de préférence par la s.a. Belgian Sky Shops et [de] (ii) la décision du 6 juin 2011 du conseil d'administration de B.S.C.A. de prendre acte de l'exercice par la s.a. Belgian Sky Shops de son droit de préférence, avec pour conséquence que B.S.C.A. a renoncé à conclure avec la requérante le contrat de sous-concession précité»;

Vu l'ordonnance du 16 avril 2012 accueillant la demande d'intervention de la s.a. Belgian Sky Shops introduite le 3 octobre 2012;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse, en réplique et en intervention régulièrement échangés;

Vu le rapport de Mme VAN LAER, auditeur au Conseil d'État;

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

Vu l'ordonnance du 20 décembre 2013, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 21 janvier 2014 à 9 heures 30;

Entendu, en son rapport, M. I. KOVALOVSKY, conseiller d'État;

Entendu, en leurs observations, Me P. DE BOCK, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me J.-P. LAGASSE, *loco* Me B. PHILIPPE, avocat, comparaisant pour la partie adverse et Me D. WILLERMAIN, avocat, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, Mme N. VAN LAER, auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause se présentent comme suit:

La s.a. Brussels South Charleroi Airport (ci-après: B.S.C.A.) est la société gestionnaire de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud. Elle bénéficie d'une sous-concession domaniale ainsi que d'une concession de services portant sur la gestion commerciale et l'utilisation permanente et exclusive de la zone aéroportuaire de Charleroi Bruxelles-Sud.

En 2002, elle conclut, pour une durée de dix ans, avec l'intervenante, la s.a. Belgian Sky Shops (en abrégé B.S.S.), un accord de location «*sui generis*», inscrit dans un «*term sheet*» du 19 mars 2002, en vue de l'exploitation de l'ensemble des surfaces commerciales en zone de transit de la partie adverse, à l'exception des

surfaces destinées à la vente de presse et de librairie et des surfaces destinées à la vente de produits «Horeca». Ce contrat prévoit qu'à son terme, «le preneur sera néanmoins préféré à tout autre candidat locataire à des conditions identiques ou similaires».

Par une lettre du 20 décembre 2011, la partie adverse informe l'intervenante que ce contrat arrivait à son terme le 30 juin 2012 et qu'elle n'entendait pas le renouveler. Ce courrier précise que B.S.C.A. procédera prochainement à un appel d'offres dont le cahier des charges serait transmis à l'intervenante.

La partie adverse décide de transmettre, dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité mais avec mise en concurrence, le cahier des charges à huit entreprises. L'article 8 du cahier spécial des charges précise ce qui suit:

« La convention conclue avec notre sous-concessionnaire actuel contient un droit de préférence en vertu duquel ce dernier doit être préféré à des conditions identiques ou similaires à l'offre du soumissionnaire retenu.

La remise d'une offre emportera donc acceptation du soumissionnaire à respecter ce droit de préférence en excluant toute contestation (...).»

Trois offres sont valablement déposées: celle de la requérante, celle de l'intervenante et celle de la société B&S.

Le 24 mai 2012, la partie adverse décide d'attribuer la sous-concession à la requérante, sous réserve de l'exercice de son droit de préférence par l'intervenante. Cette décision est portée à la connaissance de la partie requérante par un courrier du 25 mai. Il s'agit du premier acte attaqué, l'annulation demandée ne portant que sur la condition du non-exercice, par la s.a. Belgian Sky Shops, de son droit de préférence.

Par un courrier du 30 mai, l'intervenante notifie à la partie adverse sa volonté d'exercer son droit de préférence. Le 6 juin, le conseil d'administration de B.S.C.A. prend acte de l'exercice de ce droit de préférence. Il s'agit du deuxième acte attaqué. La requérante en est informée par un courrier daté du 11 juin;

Considérant que la partie adverse conteste la compétence du Conseil d'État en faisant valoir qu'elle n'est pas une autorité administrative; qu'elle relève que si, saisi d'un recours contre une décision de la même partie adverse d'écarter la candidature à un marché public de services relatif à l'exploitation et la conduite d'installations ainsi qu'à la maintenance de tri de bagages, le Conseil d'État a, par un arrêt n° 220.231 du 6 juillet 2012, rejeté un déclinatoire de compétence, il s'agit d'une appréciation formulée *prima facie* à l'occasion d'une procédure d'extrême urgence; qu'elle fait notamment valoir qu'elle est une société commerciale créée sous la forme de société anonyme par une douzaine de personnes morales, qui sont

pour la plupart des entreprises privées ayant une forme privée et commerciale et ajoute que contrairement à B.S.C.A. Security ou à la SOFICO, elle n'a pas été créée par décret; qu'elle souligne par ailleurs qu'elle n'est pas sous le contrôle public des pouvoirs publics, mais sous un contrôle conjoint des actionnaires publics (catégorie A) et des actionnaires privés (catégories B et C), et que dans une série de domaines énumérés aux statuts, des possibilités de veto existent pour les actionnaires (privés) de catégorie C, alors même qu'ils sont minoritaires et qu'elle n'est soumise à aucun contrôle de tutelle; qu'elle expose que seule une petite partie de ses missions relève de l'intérêt général et que dans le cadre de son contrat de concession, elle s'est vu concéder une mission générale de nature commerciale qui comprend certaines missions de service public identifiées avec précision; qu'à propos de son pouvoir de fixer et de percevoir des redevances aéroportuaires à charge des usagers, elle fait valoir que la redevance aéroportuaire est un prélèvement effectué au profit de l'entité gestionnaire de l'aéroport à la charge des usagers de celui-ci en contrepartie de l'utilisation des installations et des services qui sont fournis exclusivement par l'entité gestionnaire et qui sont liés à l'atterrissage, au décollage, au balisage et au stationnement des aéronefs, ainsi qu'à la prise en charge des passagers et du fret; qu'elle explique que pareilles redevances constituent la contrepartie, librement consentie, d'un service et qu'elles ne se distinguent pas des sommes réclamées par un particulier pour l'usage de certaines de ses installations, de sorte que, selon elle, la fixation de redevances aéroportuaires ne constitue pas une décision fixant unilatéralement des obligations à charge des tiers et ne met pas en œuvre un *imperium* puisque les tiers ont le libre choix de recourir ou non aux services proposés en contrepartie du paiement de la redevance; qu'elle estime que le seul fait qu'une entité agisse en fonction de critères précisément déterminés par la loi n'implique pas qu'elle dispose d'un *imperium* propre et soit habilitée à prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers et, partant, constitue une autorité administrative;

Considérant que la requérante, se référant à l'arrêt du Conseil d'État n° 220.231, précité, réplique que le déclinatoire de compétence n'est pas fondé; qu'elle relève que les statuts coordonnés du 10 décembre 2009 de la partie adverse ne laissent pas de doute sur la qualité de concessionnaire de celle-ci, au sens de l'article 1^{er}, 2°, du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et des aérodromes relevant de la Région wallonne et que les mêmes statuts font apparaître que c'est la Région wallonne qui, de manière indirecte mais certaine, a la maîtrise de la société; qu'elle en déduit que la partie adverse est étroitement liée à la Région wallonne qui détient, directement ou par société interposée, constituée ou contrôlée par elle, la majorité des actions représentatives de son capital et qui désigne une majorité de ses administrateurs, de sorte que la partie adverse apparaît dès lors comme réunissant des caractéristiques permettant d'y reconnaître une autorité

administrative au sens organique; qu'elle explique également qu'en admettant même que B.S.C.A. soit une société de droit privé, *quod non*, il faudrait constater qu'elle est contrôlée par la Région wallonne, qu'elle ne relève ni du pouvoir législatif ni du pouvoir judiciaire, qu'elle est chargée d'un service public et qu'elle peut prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers, ce qui suffit pour qu'elle soit considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État eu égard, notamment, à son pouvoir de fixer unilatéralement et de percevoir le montant des redevances aéroportuaires sur le fondement de l'article 5*bis* du décret du 23 juin 1994 précité et des articles 2 et 3 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 8 septembre 2011 portant exécution de l'article 5*bis* du décret du 23 juin 1994;

Considérant que l'intervenante soutient que la partie adverse n'est pas une autorité administrative et que même s'il fallait la considérer comme telle, les actes attaqués ne pourraient être qualifiés d'actes administratifs; qu'elle affirme par ailleurs que l'objet véritable du recours «n'est pas la décision de B.S.C.A. d'attribuer le marché mais le droit de préférence prévu par un contrat de droit privé conclu entre B.S.C.A. et B.S.S.»; qu'elle en déduit que soit la décision d'octroyer un droit de préférence ressortit de l'*imperium* de la s.a. B.S.C.A. et aurait dû faire l'objet d'un recours en annulation au plus tard le 23 avril 2012, c'est-à-dire dans les 60 jours de la prise de connaissance de cet acte par la requérante, soit B.S.C.A. n'a fait qu'appliquer le contrat qui la lie à l'intervenante, de sorte que la contestation qui oppose les parties porte sur des droits subjectifs;

Considérant que, dans son dernier mémoire, après avoir pris acte de l'arrêt de la Cour du cassation du 13 juin 2013 cassant l'arrêt du Conseil d'État n° 220.231, précité, la requérante expose qu'il convient de se référer aux arguments développés dans le mémoire en réplique; qu'elle souligne qu'elle conserve un intérêt dans la présente procédure, consistant en ce que le Conseil d'État «se prononce définitivement sur sa compétence dans le cadre du présent recours, et cela afin d'éviter des éventuelles contestations de la compétence du juge civil, dans le cadre de la mise en état de la procédure devant le tribunal de première instance de Charleroi, que la requérante avait déjà intentée par citation du 24 juillet 2012 contre les actes attaqués»;

Considérant que le contrat conclu le 19 mars 2002 entre B.S.C.A. et la s.a. Belgian Sky Shops stipule au profit de cette dernière un droit de préférence au terme du contrat, à des conditions identiques ou similaires;

Considérant que le recours tend à l'annulation, d'une part, de la condition assortissant la décision de la s.a. B.S.C.A. du 24 mai 2012 d'attribuer la sous-concession à la requérante, condition consistant en ce que l'intervenante n'exerce pas son droit de préférence, et, d'autre part, la décision de la s.a. B.S.C.A. du 6 juin 2012 de prendre acte de ce que l'intervenante a décidé d'exercer son droit de préférence; que les décisions attaquées sont des mesures d'exécution du contrat conclu entre la requérante et B.S.C.A., laquelle n'a fait qu'opposer à la requérante, au titre de l'article 1165 du Code civil, les effets externes de ce contrat; que le litige, qui a pour objet véritable des droits subjectifs, échappe à la compétence du Conseil d'État, sans qu'il soit besoin de déterminer si l'auteur des décisions attaquées peut être qualifié d'autorité administrative,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en annulation est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le vingt-huit mai deux mille quatorze par :

M.	M. LEROY,	président de chambre,
M.	I. KOVALOVSKY,	conseiller d'État,
Mme	D. DÉOM,	conseiller d'État,
M.	N. ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY