

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.761 du 15 octobre 2014

G./A.207.634/VI-19.860

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
TAXIS SYMPA,**

ayant élu domicile chez
Me Nathalie TISON, avocat,
rue Destrée, n° 72,
6001 Marcinelle,

contre :

**la société anonyme Brussels South Charleroi Airport,
en abrégé B.S.C.A.,**

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 9 janvier 2013, la société privée à responsabilité limitée TAXIS SYMPA demande l'annulation de "la ou les décisions de date inconnue de la S.A. BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT (en abrégé BSCA) [...] de lancer un appel d'offres pour l'octroi d'une sous-concession destinée à l'exploitation d'un service de taxi, d'arrêter le mode de passation et de fixer le cahier spécial des charges relatif à ce marché".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 28 février 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 26 mars 2014.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

M^e Caroline DELFORGE, *loco* M^e Nathalie TISON, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Célie VAN AUDENHAEGE, *loco* M^e Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis.

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

III. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

III. 1. Thèses des parties

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse conteste avoir la qualité d'autorité administrative. Elle expose qu'elle n'est pas une institution créée ou agréée par les pouvoirs publics; que ses missions sont essentiellement commerciales; que le contrôle exercé par les pouvoirs publics doit être relativisé et qu'elle ne dispose pas de prérogatives de puissance publique.

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante s'interroge tout d'abord sur la position de la partie adverse qui, devant le juge judiciaire des référés prétend "exactement le contraire" de la thèse développée dans son mémoire en réponse. Elle répond ensuite aux arguments de la partie adverse sur chacun des quatre critères de qualification de l'autorité administrative en observant, au passage, que "la Cour de cassation n'a pas encore rendu de décision" à la suite du recours introduit contre l'arrêt n° 220.231, du 6 juillet 2012. Elle conclut que "la partie adverse doit bien être considérée comme une autorité administrative, agissant en tant que telle, lorsqu'elle décide de lancer et d'attribuer une sous-concession destinée à l'exploitation d'un service de taxis par appel d'offres".

Dans son dernier mémoire, la partie requérante renvoie aux travaux préparatoires de la loi du 21 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs pour avancer quelques indices de définition de la notion d'autorité administrative (spécialement à la note gouvernementale annexée au rapport de la commission de l'Intérieur). Elle cite également des arrêts de la Cour de cassation mais estime que "l'incertitude continue de régner quant à la notion d'autorité administrative".

Dans son dernier mémoire, la partie adverse fait valoir les arguments suivants à l'appui de sa thèse :

- " 3. Pour qualifier une personne morale de droit privé d'autorité administrative (ou non) au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, Votre Conseil se réfère au critère fonctionnel de «l'exercice d'une parcelle ou de prérogatives de puissance publique» (P. NIHOUL, «la notion d'autorité administrative : retour à l'orthodoxie», A.P.T., 2001, p. 81).

La Cour de cassation résume ce critère comme étant «le pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers» (Cass., 14 février 1997, R.W., 1996/97, p. 1433, conclusions av. gén. G. DEBRULLE; Cass., 10 septembre 1999, Pas., I, p. 452).

Le «pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers» a été défini comme «le pouvoir exorbitant d'imposer à d'autres dans le commerce juridique, en vue de la réalisation de certains objectifs d'intérêt général, des obligations unilatérales notamment en déterminant de manière unilatérale soit ses propres obligations envers d'autres, soit les obligations de ces autres qui peuvent consister à devoir reconnaître ou subir des pouvoirs ou des droits que l'organe doté de la puissance publique confère à des tiers» (C.E., arrêt n° 19.776 du 27 juillet 1979, Scheuerman) (la partie adverse souligne).

En d'autres termes, est considérée comme autorité administrative, la personne qui est susceptible d'adopter une décision qui s'impose aux tiers (Cass., arrêt du 27 avril 1957, conclusions du procureur général HAYOIT DE TERMICOUT; C.E., arrêt n° 83.240 du 3 novembre 1999) et «précisément parce que le pouvoir de décision est l'une des caractéristiques de l'autorité administrative, ce ne sont que les actes se rattachant à l'exercice de ce pouvoir qui sont soumis au contrôle du Conseil d'Etat» (Cass., arrêt du 27 avril 1957, conclusions du procureur général HAYOIT DE TERMICOUT). Cette jurisprudence implique que «les décisions qui ne peuvent pas être analysées comme obligatoires pour les tiers (...) ne peuvent être considérées comme adoptées par une autorité administrative» (D. DELVAX, «Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative», A.P.T., 2001, liv. 3, p. 214).

4. Votre Conseil s'est prononcé à plusieurs reprises sur le fait que la décision d'attribuer un marché public n'est pas une décision obligatoire à l'égard des tiers et ne peut entraîner la qualification d'autorité administrative de son auteur (C.E., arrêt n° 220.398 du 31 juillet 2012; C.E., arrêt n° 125.889 du 2 décembre 2003; C.E., arrêt n° 210.776 du 28 janvier 2011; C.E., arrêt n° 213.949 du 17 juin 2011; C.E., arrêt n° 214.772 du 8 août 2011).

A ce propos, D. DELVAX précise que «les décisions qui ne peuvent pas être analysées comme obligatoires pour les tiers, comme par exemple les décisions

relatives à la passation d'un marché public, ne peuvent pas être considérées comme adoptées par une autorité administrative» (D. DELVAX, «Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative», A.P.T., 2001, liv. 3, p. 214).

Dans le même ordre d'idées, Votre Conseil a jugé que l seul fait qu'une personne morale de droit privé puisse être qualifiée de pouvoir adjudicateur et soit dès lors soumise à la loi sur les marchés publics n'implique pas nécessairement qu'elle doive être qualifiée d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Votre Conseil ne s'est cependant jamais prononcé sur le fait de savoir si la décision de lancer une procédure de mise en concurrence s'inspirant de la réglementation sur les marchés publics, la décision d'arrêter les modalités de la procédure ou le cahier spécial des charges y relatif constituent autant de décisions obligatoires à l'égard des tiers".

III. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort d'un arrêt prononcé le 13 juin 2013 que, dans sa jurisprudence relative à la notion d'"autorité administrative" au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, la Cour de cassation affirme que, "même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une personne morale de droit privé n'acquiert le caractère d'une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers", et que "le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est à cet égard sans incidence".

Cette jurisprudence semble devoir être interprétée en ce sens qu'à l'égard de l'acte d'une personne morale de droit privé créée et contrôlée par des autorités publiques, et investie d'une mission d'intérêt général, le Conseil d'Etat ne sera compétent pour connaître du recours ouvert par l'article 14 précité que si cet acte relève du pouvoir attribué à cette personne morale de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

Ainsi interprété, l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat précitées crée une distinction entre deux catégories de candidats à l'obtention d'une concession (ou sous-concession) de service public: il s'agit, d'une part, des candidats à l'obtention d'une concession attribuable par une personne morale de droit privé répondant aux conditions de création, de contrôle et de missions précédemment rappelées, qui doivent établir que l'acte d'attribution est un acte obligatoire à l'égard des tiers, et, d'autre part, des candidats à l'obtention d'une concession attribuable par une personne morale considérée comme relevant d'un régime de droit public, desquels il n'est pas exigé qu'ils montrent que l'acte d'attribution est un acte obligatoire à l'égard des tiers.

Une différence de traitement entre ces deux catégories de candidats pourrait être estimée discriminatoire, au regard, non seulement, de la possibilité d'introduire devant le Conseil d'Etat un recours objectif tendant à l'annulation de la décision d'attribution de la concession, mais également en ce qui concerne le bénéfice de garanties accordées aux administrés et généralement considérées comme contribuant à la prévention des litiges avec l'administration. Ainsi en est-il notamment de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs à caractère individuel ou du droit d'accès aux documents administratifs.

Le risque d'une telle discrimination serait d'autant plus grand s'il apparaissait que la personne morale de droit privé ne constitue que le prolongement d'entités dont la qualité d'autorité administrative n'est pas mise en cause.

Dans de telles circonstances, il pourrait s'indiquer d'interroger la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel.

Cependant, ni les écrits de procédure, ni les plaidoiries ne permettent, au stade actuel, d'évaluer avec précision la proximité de la partie adverse à l'égard de la Région wallonne, d'autorités administratives ou encore d'autres entités à prendre en considération.

Telle qu'elle est identifiée, la différence de traitement dont il s'imposerait, le cas échéant, de contrôler la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec d'autres dispositions, suppose que soit vérifiée une proximité suffisante de la partie adverse à l'égard d'autorités qui l'ont créée ou la contrôlent. Cette vérification requiert que soient accomplis des devoirs complémentaires.

Il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre à l'auditeur désigné par l'Auditeur général d'accomplir ces devoirs et d'établir un rapport complémentaire.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Le membre de l'auditorat, désigné par M. l'Auditeur général, est chargé de poursuivre l'instruction de l'affaire et de rédiger un rapport complémentaire.

Article 3.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quinze octobre deux mille quatorze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Michel PAQUES,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} Diane DÉOM,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.