

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.797 du 17 octobre 2014

G./A.208.732/VI-19.966

En cause : **la société anonyme EUROBUSSING WALLONIE,**

ayant élu domicile chez
Me Xavier CLOSE, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège,

contre :

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

ayant élu domicile chez
Me Pierre FRUHLING, avocat,
avenue Louise, n° 326/19,
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 3 mai 2013, la société anonyme EUROBUSSING WALLONIE demande l'annulation de "la décision du 28 février 2013 de la S.A. Brussels South Charleroi Airport, prise dans le cadre de l'appel d'offres «pour l'octroi de la sous-concession destinée à l'exploitation d'un service national et/ou international de navettes par autocars comprenant la liaison BSCA-Bruxelles Gare du midi-BSCA – 2 lots», «d'annuler le marché relatif au lot n° 1 et d'attribuer le marché relatif au lot n° 2 au soumissionnaire Voyages Léonard sous réserve de l'obtention de l'autorisation nécessaire à l'exploitation de la ligne envisagée»".

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 24 avril 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 28 mai 2014.

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

Me Xavier CLOSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Stéphanie GOLINVAUX, loco Me Pierre FRUHLING, 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

A. Requête

La requérante fait valoir que la partie adverse est une autorité administrative, au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Elle se fonde notamment sur l'arrêt n° 220.231, du 6 juillet 2012, dans lequel le Conseil d'Etat a considéré que "la qualité d'autorité administrative de la partie adverse paraît [...] prima facie suffisamment établie".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse "conteste formellement avoir la qualité d'autorité administrative et estime que [le Conseil d'Etat] n'est pas compétent pour connaître de la requête en annulation déposée par Eurobussing". Elle rappelle les critères de définition de l'autorité administrative, résume les conditions de compétence du Conseil d'Etat à l'égard des personnes morales de droit privé et à l'égard des personnes

morales de droit public, expose que B.S.C.A. n'est pas une personne de droit public et qu'elle n'est pas une autorité administrative au regard des autres critères.

C. Mémoire en réplique

La requérante insiste sur le fait que "dans son arrêt n° 220.231, du 6 juillet 2012, Votre conseil a clairement considéré que B.S.C.A. était une autorité administrative au sens organique, et non au sens fonctionnel, du terme". Elle analyse les statuts consolidés de B.S.C.A. et en conclut qu' "il ne fait pas de doute que B.S.C.A. a été créée par les pouvoirs publics, principalement la Région wallonne, et est essentiellement administrée par ceux-ci". Elle reproduit ensuite l'article 4^{ter} du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne et en déduit que "le concessionnaire se voit donc bien confier [...] un pouvoir d'imperium [les tâches de sûreté et de sécurité au sein de l'aéroport] qui dépasse largement la simple fixation de redevances" et que la Région wallonne exerce "un pouvoir de tutelle spécifique sur le «concessionnaire»".

La requérante constate ensuite que la désignation du concessionnaire est "intervenue en dehors de toute mise en concurrence", ce qui n'est toléré que dans l'hypothèse des marchés "in house" et indique que, "lorsqu'il s'est agi de défendre devant la Commission européenne la régularité des subventions versées à B.S.C.A., la Région wallonne a invoqué l'idée que B.S.C.A. et elle-même devaient être considérées «comme une seule et même entité aux fins de l'application du principe de l'investisseur privé en économie de marché»". Elle indique que "les subventions en question ont en définitive été jugées acceptables par le Tribunal de première instance de l'Union européenne car la Région et B.S.C.A. ne formaient, économiquement, qu'une seule et même entité". La requérante constate que, malgré ces éléments qui démontrent que les liens entre B.S.C.A. et la Région "sont plus qu'étroits. Ils sont intimes", la Cour de cassation a cassé l'arrêt n° 220.231. Elle admet qu' "il faut en conclure que l'article 14 exclut donc bien la partie adverse de son champ d'application", mais elle estime que "cette situation pose question sur le plan de l'égalité de traitement".

La requérante demande donc que soit posée à la Cour constitutionnelle, une question préjudicielle, qui pourrait être formulée comme suit :

" L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat est-il contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec le principe du droit à un recours effectif consacré notamment par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme :

- en ce qu'il ne permet pas de qualifier d' «autorité administrative» une personne morale ayant la forme d'une personne morale de droit privé, alors même que cette personne est créée et contrôlée par les pouvoirs publics, qu'elle est chargée d'un service public confié sans mise en concurrence par l'autorité à l'origine de sa création, service qu'elle rend sous un contrôle de tutelle spécifique de cette même autorité, et qu'elle dispose par ailleurs de prérogatives de puissance publique qui lui sont directement confiées par un texte légal,
- avec pour conséquence que les justiciables préjudiciés par un acte administratif émanant d'une telle personne morale ne disposent pas de la possibilité d'introduire un recours en annulation de cet acte,
- alors que les justiciables préjudiciés par l'acte administratif d'une autorité administrative au sens de l'article 14 des LCCE disposent d'un tel recours".

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante fait valoir que la notion d' "autorité administrative", au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, a une incidence non-seulement sur la compétence du Conseil d'Etat pour connaître d'un recours en annulation, mais également sur le droit applicable au contrôle des actes administratifs de la personne morale concernée. Ainsi une personne qui échappe à la qualification d'autorité administrative échappe-t-elle aussi à l'application des principes généraux du droit administratif et de certaines dispositions légales. Partant de ce constat, elle demande que soit posée à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

- " L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat est-il contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec le principe du droit à un recours effectif consacré notamment par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme :
- en ce qu'il ne permet pas de qualifier d'«autorité administrative» une personne morale ayant la forme d'une personne morale de droit privé, alors même que cette personne est créée et contrôlée par les pouvoirs publics, qu'elle est chargée d'un service public confié sans mise en concurrence par l'autorité à l'origine de sa création service qu'elle rend sous un contrôle de tutelle spécifique de cette même autorité, et qu'elle dispose par ailleurs de prérogatives de puissance publique qui lui sont directement confiées par un texte légal,
 - avec pour conséquence, notamment :
 - que les justiciables préjudiciés par un acte administratif émanant d'une telle personne morale ne disposent de la possibilité d'introduire un recours en annulation de cet acte;
 - que ces justiciables ne peuvent demander un contrôle de légalité de cet acte au regard des principes généraux du droit administratif, notamment les principes d'égalité et de non-discrimination et le principe de transparence, en ce qu'ils sont déduits des articles 10 et 11 de la Constitution, mais également le principe général selon lequel les actes administratifs des autorités administratives doivent reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissible;

- que l'obligation de motiver les actes administratifs en la forme ne s'applique en principe pas à une telle personne (article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1991);
- alors que les justiciables préjudiciés par l'acte administratif d'une «autorité administrative» au sens de l'article 14 des LCCE disposent d'un recours en annulation de cet acte, peuvent invoquer à l'encontre de cette autorité l'ensemble des principes généraux et dispositions légales applicables aux autorités administratives, notamment en matière de motivation formelle des décisions".

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse expose les différents arguments qui, à son estime, font obstacle à ce que la question préjudicielle suggérée par la requérante, dans son dernier mémoire, soit posée à la Cour constitutionnelle.

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 dix-sept octobre deux mille quatorze par :

M ^{mes}	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
	Diane DÉOM,	Conseiller d'Etat,
M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.