

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XIV^e CHAMBRE

A R R Ê T

N° 233.355 du 23 décembre 2015

A. 208.760/XIV-36.073

En cause : la S.A. KINEPOLIS MEGA
assistée et représentée par
Me Els Empereur, avocat,
ayant son cabinet à 2018 Anvers,
Brusselstraat 59/5,
où il est fait élection de domicile
également assistée et représentée par
Me Annelies Verlinden, avocat,
ayant son cabinet à 1050 Bruxelles,
avenue Louise 106,

contre :

la SOCIÉTÉ FLAMANDE DES TRANSPORTS DE LIJN
assistée et représentée par
Me Dirk Lindemans, avocat,
ayant son cabinet à 1000 Bruxelles,
Boulevard de l'Empereur 3,
où il est fait élection de domicile.

I. Objet du recours

1. Le recours, introduit le 6 mai 2013, a pour objet l'annulation des décisions suivantes :

- la décision du conseil d'administration de la Société flamande des transports De Lijn du 18 juin 2012 « de donner à bail emphytéotique les biens immobiliers faisant actuellement l'objet d'une convention d'occupation du 8 janvier 2003 conclue entre la partie requérante et la partie défenderesse »;
- la décision de date inconnue de la partie défenderesse « liée à la première décision attaquée, mettant un terme, à compter du 1^{er} janvier 2014, à la convention

d'occupation du 8 janvier 2003 conclue entre la partie requérante et la partie défenderesse, afin que la convention d'emphytéose puisse entrer en vigueur et produire ses effets ».

II. Déroulement de la procédure

2. L'arrêt n° 225.385 du 7 novembre 2013 rejette la demande de suspension de l'exécution des décisions attaquées.

La partie requérante a introduit une demande de poursuite de la procédure.

La partie défenderesse a déposé un mémoire en réponse et la partie requérante a déposé un mémoire en réplique.

M. Alexander Van Steenberge, auditeur, a fait rapport.

La partie défenderesse a introduit une demande de poursuite de la procédure et déposé un dernier mémoire. La partie requérante a déposé un dernier mémoire.

Les parties ont été convoquées à l'audience, qui s'est tenue le 3 juin 2015.

Mme Kaat Leus, conseiller d'État, a fait rapport.

Me Annelies Verlinden et Me Matthias Stinissen, avocats, *loco* Me Els Empereur, avocat, qui comparaissent pour la partie requérante, et Me Dirk Lindemans, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse, ont été entendus.

M. Alexander Van Steenberge, auditeur, a donné un avis conforme au présent arrêt.

Les 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, ont été appliquées.

III. Les faits

3.1. Le 8 janvier 2003, la partie requérante et la partie défenderesse concluent une convention d'occupation par laquelle un droit d'usage est accordé à la partie requérante pour un terrain appartenant à la partie défenderesse, ce terrain étant utilisé comme parking pour les visiteurs du cinéma Kinopolis d'Anvers.

L'article 3 de la convention précitée stipule que le droit d'usage est accordé à partir 1^{er} janvier 2002 pour une durée de 12 mois et s'éteint à l'expiration de cette période d'un an. « En l'absence de résiliation notifiée par lettre recommandée, la convention est tacitement prolongée chaque fois d'un an ». Les parties peuvent résilier la convention par recommandé au plus tard six mois « avant l'échéance prévue de la convention ».

L'article 11 de la convention concernée confère à la partie requérante un droit de préemption pour la durée de cette convention. La partie défenderesse s'engage ainsi, si elle désire vendre le bien immobilier précité à un tiers, à informer la partie requérante, par courrier recommandé, du prix proposé et des conditions. Si la partie requérante souhaite acquérir le bien à ce prix et à ces conditions, elle doit en avertir la partie défenderesse de la même manière dans les trente jours.

3.2. En sa séance du 18 juillet 2012 (voir encore ci-dessous), le conseil d'administration de la partie défenderesse décide de consentir à Heeren Group un bail emphytéotique de 99 ans pour les terrains faisant l'objet d'un droit

d'usage, à condition que l'exploitation de la partie défenderesse ne s'en trouve pas directement ou indirectement entravée.

3.3. Le 8 janvier 2003, a été passé un acte de vente notarié par lequel la partie requérante a vendu à la partie défenderesse une bande de terrain située près de la Noorderlaan, cadastrée Groenendaallaan 394, de 1.006,5 m². Les accords susvisés, intervenus dans le cadre de la convention d'occupation du 8 janvier 2003 mentionnée au point 3.1., concernaient également cette bande de terrain. Les 'Conditions particulières' stipulent qu'il sera accordé en tout temps à la partie requérante un droit de libre passage sur le terrain concerné, afin que l'accessibilité du complexe cinématographique Metropolis ne soit pas entravée (ce qui est nécessaire pour garantir la sécurité) et que la partie requérante convie d'un droit de préférence pour l'achat du bien en cas de vente de celui-ci par la partie défenderesse. En ce qui concerne les modalités de ce droit de préférence, il est renvoyé aux articles 47 et suivants de la loi sur le bail à ferme.

3.3. Dans un courriel du 16 février 2010, la responsable des questions immobilières de la partie défenderesse écrit, faisant référence à une demande d'achat de la partie requérante, qu'il est possible d'entamer une discussion à ce sujet. Elle indique en outre que préalablement à toute procédure d'achat et de vente, la partie défenderesse doit suivre une procédure administrative.

3.4. Il ressort d'un article paru dans *De Standaard* du 3 février 2012 ainsi que d'une information publiée dans *Het Nieuwsblad* du 9 février 2012 que dans le cadre de mesures d'économie, la partie défenderesse met en vente son parking situé près du cinéma et que « la rumeur court » selon laquelle la partie requérante souhaiterait racheter le parking. Selon l'article du 3 février 2012, le porte-parole de la partie défenderesse déclare que plusieurs pistes sont examinées en vue de la cession du parking : « La vente est envisageable, mais le terrain peut également être donné en concession ».

3.5. Selon la partie défenderesse, différents candidats se sont fait connaître dont la S.A. Ikea Belgium, Interparking et Heeren Group. Selon la partie défenderesse, ils n'ont pas tous déposé une offre, en raison du droit de préemption de la partie requérante. Les candidats « réellement intéressés », d'après la partie défenderesse, ont été invités à remettre leur offre et proposition pour la fin juin 2012, au plus tard.

Le 29 juin 2012, la S.P.R.L. Heeren Group a déposé une offre réelle.

3.6. Dans un courrier du 3 juillet 2012 adressé à la partie défenderesse, la partie requérante écrit, faisant référence à une réunion du 22 juin 2012 intervenue entre la partie requérante et la partie défenderesse à propos de l'entretien du site et durant laquelle la partie défenderesse a mentionné son intention de vendre « à court terme » (la décision du conseil d'administration de la partie défenderesse d'accorder un droit d'emphytéose à Heeren Group date du 18 juillet 2012), que lors de cette réunion, la partie défenderesse a indiqué que les offres étaient attendues pour la première moitié du mois de juillet et qu'une vente devrait être conclue pour la fin de cette année. La partie requérante s'étonne d'apprendre d'une manière aussi fortuite cette intention de vendre et signale qu'elle souhaite être mise au courant du déroulement de la procédure de vente et qu'elle voudrait notamment savoir de quels terrains il s'agit précisément et quelle sera la situation des voies et de l'arrêt de tram existants. Elle souligne que Kinopolis dispose depuis des années d'un droit d'usage sur les terrains ainsi que d'un droit de préemption.

3.7. La partie défenderesse réagit dans une lettre du 9 juillet 2012 :

« Nous nous référons à votre courrier recommandé du 3 juillet 2012 et nous nous étonnons de son contenu.

La réunion fixée au 22 juin 2012 avait exclusivement pour objet la valorisation du terrain que la S.A. Kinopolis Mega occupe dans le cadre de la convention du 8 janvier 2003.

La problématique de l'entretien a par le passé toujours été abordée directement par Monsieur [R.] avec les responsables de De Lijn Anvers. L'entretien du site

relève exclusivement de la compétence de De Lijn Anvers. Monsieur [R.] a d'ailleurs toujours été renvoyé vers De Lijn Anvers à cet effet.

Nous vous renvoyons à l'entretien qui a eu lieu le 3 mai 2010 avec Monsieur [R.] dans les bureaux de la Lijnhuis à Malines au cours duquel l'intéressé a fait savoir que la S.A. Kinopolis Mega était intéressée par le rachat du site dont elle a l'usage et plus précisément par le chemin de desserte. Il a alors été clairement expliqué que le conseil d'administration avait décidé de vendre et qu'il fallait soumettre un rapport d'expertise à ce même conseil. La valeur déterminée dans ce rapport ne correspond cependant pas au prix demandé. Une confirmation officielle de la demande de rachat ainsi qu'une offre devaient émaner de la S.A. Kinopolis Mega. Jusqu'à présent, aucune des deux n'a été reçue.

À la suite d'un article paru le 3 février 2010 dans *De Standaard* aux termes duquel De Lijn vendrait le parking de Metropolis et d'un article similaire paru le 9 février 2012 dans *Het Nieuwblad*, nos services ont rencontré des candidats intéressés qui étaient en mesure de soumettre un projet immobilier élaboré, dont il ressortait clairement qu'il s'agirait d'une réalisation sur la propriété commune de la S.A. Kinopolis Mega et de De Lijn. Les candidats intéressés ont indiqué qu'ils étaient déjà en négociation avec vos représentants depuis un certain temps. Lors de l'entretien du 22 juin 2012, Monsieur [R.] a confirmé qu'il avait lu l'information publiée dans la presse.

Dans le cadre de la politique d'économies imposée, il est en effet urgent que le site faisant l'objet de la convention d'occupation du 8 juin 2003 soit valorisé.

Dans cette optique, nos services ont contacté eux-mêmes Monsieur [R.] en vue d'une rencontre qui devait se dérouler le 22 juin 2012. Au cours de l'entretien en question, toutes les modalités ont été à nouveau exposées et il a été précisé que la prochaine séance du conseil d'administration aurait lieu le 18 juillet 2012 et que les propositions étaient attendues au plus tard pour le vendredi 29 juin 2012.

Un calcul effectué sur place par Monsieur [R.] a indiqué que le bien avait une valeur de 1.100.000 euros pour la S.A. Kinopolis.

Il découle évidemment de ce qui précède que le contenu de votre lettre recommandée du 3 juillet 2012 nous étonne vivement ».

3.8. Dans une lettre du 16 juillet 2012, la partie requérante fait part de son inquiétude quant à l'avenir des terrains concernés et souligne leur importance stratégique en ce qui la concerne, raison pour laquelle il avait été convenu d'un droit de préemption à l'époque. Elle affirme qu'« au sujet de la vente annoncée en 2010 », il n'était pas question de projet concret la concernant parce qu'« avant que la partie requérante ait pu poursuivre l'examen du dossier, il lui fut communiqué par la partie défenderesse qu'il avait été décidé de ne pas vendre les terrains pour l'instant ». Dans ce courrier, elle écrit encore :

« Ainsi qu'il a déjà été indiqué à Madame [K.] et à Monsieur [V.L.] le 22 juin, il était malheureusement impossible pour Kinopolis – qui est une société cotée en Bourse – d'établir une proposition, de la faire approuver par notre conseil d'administration et de vous la transmettre dans un délai aussi bref et en disposant

d'informations limitées. Après analyse du prix et des conditions que vous avez obtenus d'un tiers, nous exercerons donc le cas échéant notre droit de préemption. Nous vous confirmons que nous nous exécuterons avec la plus grande célérité et en tout cas dans les délais prévus ».

3.9. En séance du 18 juillet 2012, le conseil d'administration de la partie défenderesse décide d'octroyer à Heeren Group un bail emphytéotique de 99 ans pour les terrains faisant l'objet d'une convention d'occupation moyennant le paiement d'un canon unique de 6 000 000,00 euros et, pendant 99 ans, d'un canon annuel indexé à raison de 1 767,68 euros. L'emphytéose est consentie sous un certain nombre de conditions et de restrictions, dont celle prévoyant que l'exploitation de la partie défenderesse ne peut en aucune façon s'en trouver compromise de manière directe ou indirecte et que soit établie pour toutes les zones servant actuellement à l'exploitation de De Lijn une servitude perpétuelle au profit de De Lijn, et ce à titre gratuit.

Il s'agit de la première décision attaquée.

3.10. Le contrat de bail emphytéotique passé entre la partie défenderesse et Monsieur H. le 26 octobre 2012 stipule que l'emphytéose est consentie et acceptée pour une durée de nonante-neuf ans prenant cours au 1^{er} janvier 2014 jusqu'au 1^{er} janvier 2113. Sous l'article 6.5 figure également la clause suivante :

« Convention S.A. Kinopolis Mega

Le huit janvier deux mille trois, De Lijn a conclu une convention avec la S.A. Kinopolis Mega dans le but de régler l'usage du bien donné en emphytéose par la présente convention. La convention précitée a pris cours le premier janvier deux mille deux et peut être résiliée annuellement. Une copie de la convention précitée est jointe à la présente convention afin d'en faire incontestablement partie.

De Lijn confirme qu'elle procédera dans les délais à une résiliation valable en droit afin que cette convention avec la S.A. Kinopolis Mega prenne fin le premier janvier deux mille quatorze, de manière à permettre à l'emphytéose de prendre cours à cette date. Copie de la lettre de résiliation de la convention sera jointe à l'acte authentique établissant l'emphytéose.

Les sommes qui seront dues par la S.A. Kinopolis Mega pour l'utilisation du parking jusqu'au 1^{er} janvier 2014 bénéficieront à De Lijn ».

3.11. Par une lettre du 7 mars 2013 de la partie défenderesse, la partie requérante est informée de la décision du 18 juin 2012 de donner en emphytéose les biens faisant l'objet de la convention du 8 janvier 2003 conclue entre la partie requérante et la partie défenderesse.

3.12. Par une lettre de la même date, la partie requérante est informée de ce qu'il sera mis un terme à la convention d'occupation à partir du 1^{er} janvier 2014.

Il s'agit de la deuxième décision attaquée.

3.13. Par ordonnance du 17 juin 2013, le président du tribunal de première instance d'Anvers, siégeant en référé, rejette la demande de la partie requérante de suspendre l'exécution de la convention d'emphytéose et de continuer à exécuter la convention d'occupation du 8 janvier 2003. La demande reconventionnelle de la partie défenderesse visant à interdire à la partie requérante de faire encore un quelconque usage du parking sur lequel porte la convention d'occupation est accueillie, du moins jusqu'au moment où la partie requérante disposera d'une autorisation écologique exécutoire.

3.14. Dans son arrêt du 4 décembre 2013, la Cour d'appel d'Anvers déclare le recours admissible, mais non fondé et confirme l'ordonnance du 17 juin 2013, à l'exception des dépens.

IV. Régularité de la procédure

4. À l'audience, les parties présentent le jugement du tribunal de première instance d'Anvers du 14 avril 2015. Après que le tribunal a écarté l'application de la décision du conseil d'administration de De Lijn du 18 juillet 2012 « consentant un droit d'emphytéose à la S.P.R.L. Heeren Group pour une durée de 99 ans sur la parcelle sise à Anvers, Noorderlaan 75, cadastrée 7^e division, section G, n° 1569 b 2 *partim* pour une superficie de 24.064 mètres

carrés » (il s'agit de la deuxième décision présentement attaquée) en application de l'article 159 de la Constitution, il condamne De Lijn à verser à la S.A. Kinopolis Mega une indemnité de 1 euro à titre provisionnel parce qu'en ce qui concerne la partie défenderesse, « une faute a été établie, à savoir la violation des règles nationales (Const.) et européennes (TFUE) précitées ». Le tribunal estime que la partie défenderesse a privé la partie requérante de « la possibilité de concourir sur un pied d'égalité pour obtenir le bail emphytéotique envisagé et ainsi pouvoir conserver le parking ».

Il rejette par contre la demande de la partie requérante d'annuler le bail emphytéotique du 27 décembre 2012 et l'acte authentique d'emphytéose du 6 février 2014. Le tribunal juge, d'une part, qu'il n'a pas été établi qu'il a été passé outre aux obligations d'égalité et de transparence (soit une cause illicite) et, d'autre part, qu'une violation par De Lijn du droit de préemption de la partie requérante n'a pas davantage été établie, étant donné que ce droit accordé se limitait à la vente, par la partie défenderesse, du terrain, à savoir un acte de transfert de propriété, alors que le bail emphytéotique ne peut être assimilé à un tel acte.

5. Les parties déclarent à l'audience que le jugement n'a pas encore été notifié, que le délai de recours n'a pas encore pris cours et, dès lors, que la décision de justice susvisée n'est pas définitive.

VI. Juridiction du Conseil d'État

L'arrêt n° 225.385 du Conseil d'État du 7 novembre 2013

6. En application de la théorie de l'acte détachable, le Conseil d'État estime dans son arrêt intermédiaire n° 225.385 du 7 novembre 2013 qu'il a juridiction en ce qui concerne la première décision attaquée au motif que la décision du conseil d'administration de De Lijn du 18 juin 2012 de donner les biens immobiliers à bail emphytéotique peut être considérée *prima facie* comme un acte

juridique unilatéral détachable au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Le même arrêt considère, au sujet de la décision visant à mettre un terme à la convention d'occupation du 8 janvier 2003 à partir du 1^{er} janvier 2014, c'est-à-dire la deuxième décision attaquée, que celle-ci ne peut être considérée, à première vue, comme un acte détachable contestable. La décision de mettre un terme à la convention d'occupation concerne l'exécution de l'article 3 de cette convention, qui en détermine le début et la durée et accorde aux deux parties le droit d'y mettre fin unilatéralement. Dans cet arrêt intermédiaire, le Conseil d'État estime dès lors que la demande de suspension n'est pas recevable en ce qui concerne la deuxième décision attaquée.

Point de vue des parties

7. Dans sa requête en annulation, la partie requérante expose que son litige avec la partie défenderesse fait également l'objet de procédures en référé qu'elle mène devant les tribunaux civils, mais que celles-ci ont une finalité et un objet différents. Elle demande au Conseil d'État de se prononcer sur l'irrégularité d'un acte administratif, comme « la décision de consentir un droit d'emphytéose et la décision qui y est liée de mettre un terme à la convention d'occupation, qui constitue un acte administratif détachable (contentieux objectif) ». L'annulation de ces décisions ferait « disparaître le fondement juridique de la convention d'emphytéose et du courrier y associé, mettant un terme à la convention d'occupation ». Il est par contre demandé au juge civil de suspendre, dans l'attente des arrêts du Conseil d'État, les effets de l'exécution des décisions attaquées, à savoir la conclusion effective d'une convention d'emphytéose ou, si elle est déjà conclue, l'exécution de la convention d'emphytéose déjà conclue ainsi que la perte de l'usage du parking et de la voirie. Elle agit de la sorte, d'une part, parce que les tribunaux civils sont exclusivement compétents pour se pencher sur la suspension et l'annulation de la convention d'emphytéose même ainsi que sur la demande de poursuite de la convention d'occupation et, d'autre part, parce que le Conseil

d'État, conformément aux articles 144 et 145 de la Constitution, est sans juridiction en la matière, mais l'est par contre pour se prononcer sur les décisions administratives détachables qui sont à l'origine de ces conventions.

Dans son dernier mémoire, la partie requérante affirme qu'elle peut se rallier à l'arrêt n° 225.385 du 7 novembre 2013 dans la mesure où la décision de la partie défenderesse de donner le terrain à bail emphytéotique doit être considérée comme un acte unilatéral détachable pour lequel le Conseil d'État dispose de la juridiction requise. Elle souligne qu'elle ne demande en aucun cas au Conseil d'État de se prononcer sur ses prétentions contractuelles. Dans son premier moyen, elle démontre que la partie défenderesse n'a pas organisé de procédure transparente en vue de l'octroi d'un droit d'emphytéose sur les terrains faisant l'objet de la convention d'occupation du 8 janvier 2003. La circonstance qu'il est fait sporadiquement référence dans ce cadre à la convention d'occupation et au droit de préemption n'y change rien (et est logique, compte tenu de la corrélation entre les décisions attaquées). Le deuxième moyen ne concerne pas non plus la violation d'obligations contractuelles. Dans son deuxième moyen, elle entend uniquement prouver que la partie défenderesse, en tant qu'autorité administrative, a manqué de rigueur et a violé un certain nombre de principes généraux du droit. Le fait que ce manque de rigueur soit entre autres directement lié à une composante contractuelle ne peut induire l'incompétence du Conseil d'État.

En ce qui concerne la deuxième décision attaquée, elle maintient toutefois que le Conseil d'État dispose aussi de la juridiction requise. Elle affirme que la décision de mettre un terme à la convention d'occupation du 8 janvier 2003 peut également être détachée de manière satisfaisante de la convention d'occupation même. En effet, sans la décision de mettre fin à la convention d'occupation, la décision de donner les biens concernés à bail emphytéotique à Heeren Group n'aurait pu exister. La décision de mettre un terme à la convention d'occupation ne s'inscrit donc pas dans le cadre de l'exécution (ou de la cessation) d'une convention, mais vise uniquement à permettre l'octroi d'un droit d'emphytéose à Heeren Group. La décision de mettre un terme à la convention

d'occupation est en effet exclusivement dictée par la décision irrégulière d'octroyer un droit d'emphytéose. La partie requérante n'invite pas le Conseil d'État à statuer sur la poursuite de l'exécution de la convention d'occupation, mais bien à se prononcer sur la validité de la décision de mettre un terme à la convention d'occupation du 8 janvier 2003.

8. Dans son mémoire en réponse, la partie défenderesse conteste la juridiction du Conseil d'État en raison de la corrélation déjà très marquée entre les actes attaqués et les prétentions contractuelles découlant des conventions. Elle fait valoir que la partie requérante établit une distinction tout à fait artificielle entre, d'une part, le litige contractuel relatif à la poursuite de l'exécution de la convention d'occupation du 8 janvier 2003 (à renouveler annuellement) et, d'autre part, la décision du conseil d'administration de la partie défenderesse de mettre les terrains à disposition par la voie d'une convention d'emphytéose. En outre, elle soutient que les prétentions que fait valoir la partie requérante se rapportent en soi à sa position (contractuelle) de partie à la convention d'occupation et au droit de préemption y stipulé. La distinction qu'elle opère est artificielle et en tout état de cause inopérante pour attribuer à un juge le litige actuel entre la partie requérante et la partie défenderesse. La partie défenderesse soutient que le Conseil d'État a déjà estimé à cet égard qu'il était sans juridiction en cas d'interdépendance trop marquée, assortie de prétentions contractuelles. La corrélation entre les deux décisions administratives est bien trop étroite pour apprécier différemment la possibilité de les attaquer devant le Conseil d'État. Elle ajoute que dans son arrêt du 4 décembre 2013, la Cour d'appel d'Anvers a également constaté ce lien indissociable entre les deux décisions en précisant qu'« il n'apparaît pas non plus qu'en prenant la décision d'accorder un droit d'emphytéose sur les terrains concernés ainsi que la décision qui y est indissociablement liée de mettre un terme à la convention d'occupation, De Lijn a contourné le droit de préemption de Kinopolis ». La partie défenderesse conclut que cette thèse s'applique assurément dans la mesure où le deuxième moyen se fonde pour l'essentiel sur la violation de droits contractuels et que le premier moyen s'inspire à tout le moins de prétentions de nature contractuelle. Enfin, elle invite le Conseil d'État, si celui-ci devait se

positionner comme il l'a fait dans son arrêt n° 225.385 du 7 novembre 2013 en ce qui concerne sa juridiction, à rejeter au moins le deuxième moyen parce que la violation de droits contractuels y est invoquée. Certes, ce moyen invoque également la violation d'une série de principes, mais cela ne change rien au fait qu'il est ainsi demandé au Conseil de se prononcer sur des droits civils.

Dans son dernier mémoire assorti d'une demande de poursuite de la procédure, la partie défenderesse reproduit en substance ses arguments précédents. Elle maintient que, pour les motifs mentionnés précédemment, le Conseil d'état est sans juridiction pour connaître de la demande d'annulation de la première décision.

Appréciation

Généralités

9. Si l'acte dont l'annulation est demandée porte sur la détermination de droits civils, le règlement de ces litiges relève, conformément à l'article 144 de la Constitution, de la compétence exclusive des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Si la décision attaquée s'inscrit dans le cadre de la relation contractuelle qui est née de la conclusion d'une convention entre la partie requérante et la partie défenderesse, le Conseil d'État est dépourvu de juridiction pour connaître d'un recours en annulation. Le Conseil d'État n'est compétent ni pour interpréter des dispositions contractuelles, ni pour en apprécier la validité ou la violation.

Il convient de nuancer l'incompétence susvisée sur la base de la théorie de l'acte détachable. Cette théorie concerne les actes unilatéraux qui sont préalables ou consécutifs à une convention et qui peuvent être détachés de cette convention. Le fait que le dossier comprenne un élément contractuel n'implique pas que la compétence *ratione materiae* du Conseil d'État relativement à ces actes est exclue.

La théorie de l'acte détachable concerne surtout les actes relatifs à l'établissement d'une convention. Lorsque la convention est conclue, les litiges portant sur son exécution, son interprétation, sa résiliation ou sa résolution doivent être tranchés par le juge judiciaire.

Application à la première décision attaquée

10. La décision du conseil d'administration de De Lijn du 18 juillet 2012 « d'octroyer à Heeren Group un droit d'emphytéose de 99 ans [...] pour les biens situés à Anvers - 7e DIV – Section G – *partim* de la parcelle portant le numéro 1569 b2 pour une superficie d'environ 24.064 mètres carrés, sise Noorderlaan 75, et ce contre un canon unique de 6 000 000,00 d'euros et, pendant 99 ans, un canon annuel à raison de 1 767, 68 euros indexés », à savoir la première décision attaquée, peut être considérée comme un acte unilatéral détachable au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. S'il est correct que ces biens font l'objet de la convention d'occupation du 8 janvier 2003 entre la partie requérante et la partie défenderesse, cela n'affecte en rien le fait que la partie requérante demande l'annulation de la première décision attaquée (qui peut être détachée de la convention d'emphytéose) parce qu'elle estime que cette décision est illégale pour excès de pouvoir, à savoir, en ce qui concerne le premier moyen, pour violation des principes généraux d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, inscrits aux articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : le TFUE) et aux articles 10 et 11 de la Constitution.

L'objet direct et réel du recours vise l'annulation de la décision d'attribution mettant des biens à disposition, en l'occurrence par voie d'emphytéose, par la conclusion d'une convention d'emphytéose dans le cadre de laquelle la partie défenderesse dispose d'un pouvoir discrétionnaire, et ne vise donc pas l'annulation d'un acte administratif par lequel l'autorité administrative refuse d'exécuter une obligation répondant à un droit subjectif de la partie requérante,

comme l'exercice d'un droit de préemption convenu contractuellement. Le Conseil d'État ne se prononce pas davantage à cet égard sur l'existence (le maintien) ni sur la validité juridique de la convention d'emphytéose subséquente ou de l'acte authentique passé sur lesquelles le tribunal de première instance d'Anvers a d'ailleurs statué, étant entendu que cette décision juridictionnelle n'est pas encore définitive.

11. Le Conseil d'État dispose dès lors de la juridiction requise pour apprécier le recours en annulation de la première décision attaquée, en tout cas pour ce qui est du premier moyen invoqué.

En ce qui concerne le deuxième moyen, il n'y a pas lieu d'aborder l'argumentation de la partie défenderesse dès lors que, comme il apparaîtra ci-après, l'appréciation du premier moyen conduit à la solution du litige soumis au Conseil d'État dans le cadre de sa juridiction.

Application à la deuxième décision attaquée

12. La décision de la partie défenderesse de mettre fin à la convention d'occupation du 8 janvier 2003 à partir du 1^{er} janvier 2014 ne peut être considérée comme un acte détachable contestable. En effet, la décision de résilier la convention d'occupation ne peut être détachée de (l'exécution de) l'article 3 de cette convention, qui en fixe le début et la durée. Cet article accorde aux deux parties le droit de résilier unilatéralement la convention et détermine ce droit de résiliation de manière circonstanciée et précise. L'article 3 en question de la convention s'énonce comme suit :

« [...] »

Le droit d'usage est octroyé à partir du 1^{er} janvier 2002 pour une durée de 12 mois et expire à l'issue de cette période d'un an, pour autant que Kinopolis Mega envoie à De Lijn un préavis par lettre recommandée au plus tard 6 mois avant la fin de cette période.

À défaut de préavis par lettre recommandée, la convention sera chaque fois reconduite tacitement pour un an.

Durant ces périodes d'un an, les deux parties pourront à tout moment mettre fin à

la convention moyennant l'envoi d'une lettre recommandée à l'autre partie, au plus tard 6 mois avant la fin prévue de la convention. Le cas échéant, les deux parties ne seront redevables d'aucune indemnité, à quelque titre que ce soit, à l'autre partie.

[...]

Les deux parties conviennent expressément que la présente convention ne constitue ni un bail, ni un bail commercial, ni une autorisation d'occupation et ne fait naître aucune servitude, mais constitue uniquement un droit d'usage sur le bien précité, et ce à titre précaire.

[...] ».

En outre, la décision de résilier la convention d'occupation du 8 janvier 2003 résulte de la convention de passation d'un acte d'emphytéose entre la partie défenderesse et Monsieur M.H. Cette décision a par conséquent un fondement contractuel. L'article 6.5. de cette convention s'énonce comme suit :

« Convention S.A. Kinopolis Mega

Le huit janvier deux mille trois, De Lijn a conclu une convention avec la S.A. Kinopolis Mega dans le but de régler l'occupation du bien donné en emphytéose par la présente convention. La convention précitée a pris cours le premier janvier deux mille deux et peut être résiliée annuellement. Une copie de la convention visée est jointe à la présente convention afin d'en faire incontestablement partie.

De Lijn confirme qu'elle procédera dans les délais à un préavis valable afin que cette convention avec la S.A. Kinopolis Mega prenne fin le premier janvier deux mille quatorze, de manière à permettre à l'emphytéose de prendre effet à cette date. Copie de la lettre portant résiliation de la convention sera jointe à l'acte authentique constitutif de l'emphytéose.

Les sommes qui seront dues par la S.A. Kinopolis Mega pour l'occupation du parking jusqu'au 1^{er} janvier 2014 bénéficieront à De Lijn ».

La circonstance que le préavis relatif à la convention d'occupation n'aurait pas été donné, si aucune décision concernant l'octroi d'une emphytéose n'avait été prise, ne peut conduire le Conseil d'État à encore statuer sur la légalité ou l'illégalité de la résiliation telle qu'elle a été réglée dans la convention d'occupation proprement dite.

13. L'exception relative à l'absence de juridiction en ce qui concerne la deuxième décision attaquée est fondée.

Le recours en annulation ne sera examiné ci-après qu'en ce qu'il porte sur la première décision attaquée, dénommée ci-après « la décision attaquée ».

VII. Recevabilité du recours

Quant à l'intérêt direct et actuel de la partie requérante

14. À l'audience, la partie défenderesse pose la question de savoir si, eu égard au jugement du tribunal de première instance d'Anvers qui est intervenu le 14 avril 2015 et qui n'a été produit par les parties qu'à l'audience, la partie requérante justifie encore bien de l'intérêt requis en droit. Elle relève qu'il revient à la partie requérante d'indiquer comment une annulation éventuelle, par le Conseil d'État, de la décision attaquée peut contribuer au rétablissement complet de la légalité qu'elle vise. La partie défenderesse souligne que si le tribunal a écarté l'application de la décision attaquée pour cause de « violation de l'obligation d'égalité et de transparence » et a ensuite condamné De Lijn, sur la base de l'article 1382 du code civil, à payer à la S.A. Kinopolis Mega une indemnité de 1 euro provisionnel, il a rejeté la demande de la partie requérante visant à annuler la convention d'emphytéose du 27 décembre 2012 et l'acte authentique d'emphytéose du 6 février 2014, rendant ainsi cette convention « inattaquable », selon elle. La partie défenderesse est d'avis que la requérante ne tirerait aucun avantage de l'éventuelle annulation, par le Conseil d'État, de la décision attaquée.

Enfin, la partie défenderesse observe encore à l'audience, en se référant à la jurisprudence du Conseil d'État, que la partie requérante ne justifie pas à suffisance d'un intérêt dès lors que, bien qu'elle affirme vouloir proposer une offre plus élevée, elle ne s'est pas manifestée en faisant réellement une offre plus élevée, de sorte qu'il est plus que douteux qu'elle veuille réellement acquérir la parcelle concernée ou qu'elle souhaite continuer à en disposer.

Appréciation

15. Selon l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, un recours en annulation visé à l'article 14, § 1^{er}, des ces lois, peut être porté devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt.

Un requérant dispose de cet intérêt requis en droit si deux conditions sont remplies : l'acte administratif attaqué doit lui causer un préjudice personnel, direct, certain, actuel et lésant un intérêt légitime et l'annulation de cet acte qui interviendra éventuellement doit lui procurer un avantage direct et personnel, si minime soit-il.

Il appartient au Conseil d'État d'apprécier si un requérant qui le saisit justifie d'un intérêt à son recours. Le Conseil d'État doit toutefois veiller à ce que la condition de l'intérêt ne soit pas appliquée d'une manière exagérément restrictive ou formaliste (C.C., 30 septembre 2010, n° 109/2010, point B.4.3).

16. Il convient de constater au préalable que la jurisprudence à laquelle la partie défenderesse fait référence doit être replacée dans un contexte factuel fondamentalement différent de l'affaire à l'examen. Cette affaire concernait un requérant qui n'entendait pas du tout acquérir des terrains mais visait la décision de l'administration de les vendre : le requérant n'a jamais fait savoir qu'il visait lui-même pareille acquisition ou réalisation (d'un projet immobilier). Le préjudice que le requérant invoquait dans cette affaire pour étayer son intérêt découlait de l'octroi ou non des autorisations nécessaires au projet litigieux en vue de la préservation de son cadre de vie. Le préjudice invoqué par ce requérant à l'appui de son intérêt ne résultait donc pas directement de la décision alors attaquée de vendre le bien, qui existait d'ailleurs par elle-même et ne pouvait pas être considérée comme une décision préalable. La situation est différente en l'espèce parce que, d'une part, la partie requérante se prévaut d'un intérêt directement lié à la décision attaquée et parce que, d'autre part, dans les faits, elle s'est bel et bien manifestée, à plusieurs reprises, en vue de conserver le terrain (son occupation) ou de l'acquérir.

L'affirmation de la partie défenderesse selon laquelle la partie requérante se serait mise elle-même hors jeu étonne. En effet, ce n'est pas ce qui ressort du dossier administratif. Au contraire, les pièces produites montrent que la partie requérante s'est manifestée à plusieurs reprises. En outre, dans la mesure où il lui est reproché de ne pas avoir fait d'offre sérieuse puisqu'elle avait fait savoir, de manière informelle et encore uniquement sur la base des éléments connus de la partie requérante (à savoir son droit d'usage et le droit de préemption qui a été convenu contractuellement avec elle), qu'elle avait estimé le prix de vente à 1.100.000 euros, il faut observer que l'exception se confond avec l'appréciation du bien-fondé ou non du premier moyen.

17. La partie défenderesse ne peut être suivie en ce qu'elle affirme qu'une annulation de la décision attaquée ne procurera plus d'avantage à la partie requérante. En effet, force est de constater tout d'abord que le jugement du tribunal de première instance à Anvers est encore susceptible de recours et, partant, qu'il n'est pas définitif, de sorte que l'on ne peut, fût-ce pour cette raison, déduire de conséquences définitives en ce qui concerne l'intérêt actuel de la partie requérante à l'annulation de l'acte administratif unilatéral qu'elle attaque.

Dans la mesure où la situation sur le terrain a évolué depuis le début de la présente procédure et dans la mesure où la partie défenderesse a conclu une convention d'emphytéose et où un acte authentique a ensuite été passé, le Conseil d'État observe que tout cela résulte de l'acte unilatéral actuellement attaqué et qui fait l'objet du présent recours. Dans l'hypothèse où cette décision est illégale parce qu'aucun appel au marché n'a été organisé, les conséquences de cette illégalité peuvent, de l'avis du Conseil d'État, difficilement être opposées à la partie requérante pour lui dénier son intérêt actuel.

De même, la partie défenderesse perd de vue que ce n'est pas la convention d'emphytéose (ou l'acte authentique qui a suivi) qui fait l'objet du présent recours – ce qui d'ailleurs échapperait à la juridiction du Conseil d'État –

mais bien, dans le cadre du contentieux objectif, l'acte administratif détachable préalable du conseil d'administration de la partie défenderesse visant à marquer son accord pour l'octroi d'un droit d'emphytéose à Heeren Group et la décision, prise par la partie défenderesse encore avant, de faire l'économie d'un appel approprié au marché, ce qui se confond à nouveau avec l'appréciation du bien-fondé ou non du premier moyen. La circonstance que des conventions ont été établies entre-temps et que celles-ci ont déjà été mises en œuvre – avec toutes les conséquences de fait que cela entraîne – est sans pertinence pour apprécier l'intérêt de la S.A. Kinopolis Mega à attaquer un tel acte détachable.

18. Même si l'affirmation de la partie défenderesse, à savoir que l'objectif premier de la partie requérante ne pourrait dès lors plus être atteint, se vérifiait, la partie requérante n'en perdrait pas pour autant tout intérêt direct à son recours. En effet, il découle de la jurisprudence du Conseil d'État qu'elle tire en principe un intérêt moral caractérisé du fait qu'elle a été écartée sans appel au marché, intérêt qui est et reste servi par l'annulation demandée.

19. L'exception est rejetée.

Quant à l'intérêt légitime de la partie requérante

20. Dans son mémoire en réponse, la partie défenderesse soulève encore que l'exploitation de la partie requérante ne fait l'objet d'aucune autorisation écologique et qu'elle n'a pas d'intérêt légitime à la demande qu'elle a introduite. L'autorisation écologique était valable jusqu'au 28 avril 2013 inclus. La partie requérante a bien introduit une nouvelle demande, mais trop tard en vertu de la réglementation applicable. La partie défenderesse relève qu'« une nouvelle demande d'autorisation doit être introduite [...] entre le 12^e et le 18^e mois précédant l'expiration de l'autorisation en cours (article 16, § 3, du décret relatif à l'autorisation écologique et article 39 du VLAREM I) ». En l'espèce, cela signifiait donc : entre le 29 octobre 2011 et le 29 avril 2012. Les deux dispositions sont très claires : ce n'est que si la demande a été introduite au plus tard 12 mois avant

l'expiration de l'autorisation écologique, qui s'applique à l'exploitation, que l'activité peut être poursuivie après l'expiration de l'autorisation visée dans l'attente d'une décision sur la nouvelle demande d'autorisation. L'article 5 du VLAREM I consacre le principe suivant lequel aucun établissement soumis à autorisation ne peut être exploité sans autorisation écologique. Ce n'est que si une nouvelle demande d'autorisation a été introduite dans les délais – et cette exception doit être interprétée de manière limitative –, qu'un établissement peut continuer à être exploité après l'expiration de l'autorisation écologique dans l'attente de la décision sur la nouvelle demande. La partie requérante a introduit deux demandes : une le 24 mai 2012 et, après avoir retiré cette première demande, une deuxième le 8 avril 2013. Les deux demandes ont été introduites trop tard par la partie requérante.

La partie défenderesse soulève encore que la demande de la partie requérante vise à garantir la viabilité de son exploitation à Anvers. La demande a donc en réalité pour objet d'obtenir l'aide du juge en vue de poursuivre une exploitation illégale. Dans l'affaire à l'examen, s'agissant du volet civil en référé, cette thèse a également été confirmée par le président du tribunal de première instance d'Anvers dans son ordonnance du 17 juin 2013 et par la cour d'appel d'Anvers dans son arrêt du 4 décembre 2013. En effet, la date de référence de (la légitimité de) l'intérêt est le jour de l'introduction de l'affaire. Cette règle vaut tant pour les procédures devant le juge civil que pour les procédures devant le Conseil d'État. Le fait que le caractère illégitime de cet intérêt aurait disparu au cours de la procédure demeure, selon la partie défenderesse, sans effet sur la non-recevabilité du recours initial.

Le Conseil d'État ne distingue pas d'autre argument de fond à cet égard dans le dernier mémoire de la partie défenderesse.

Appréciation

21. La limitation de l'accès au juge à ceux qui justifient de l'intérêt requis en droit ne constitue pas une caractéristique spécifique à la procédure devant le Conseil d'État. Ainsi, le justiciable doit aussi justifier de l'intérêt requis en droit devant les juridictions du pouvoir judiciaire. Toutefois, on ne peut en conclure que les jurisprudences en matière d'intérêt du Conseil d'État et des cours et tribunaux ordinaires sont interchangeable *mutatis mutandis*.

Tout d'abord, l'autonomie de la procédure administrative devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État veut que cette dernière est soumise à d'autres règles de procédure. En outre, les litiges qui sont portés devant le pouvoir judiciaire concernent des litiges subjectifs. Dans le cadre de son pouvoir d'annulation, le Conseil d'État connaît de litiges objectifs dans lesquels il doit examiner la légalité d'un acte administratif. La jurisprudence des cours et tribunaux ordinaires à laquelle la partie défenderesse fait référence ne peut par conséquent être appliquée telle quelle à la présente affaire.

Même si la situation illégale de la partie requérante était démontrée, l'intérêt proprement dit de cette partie n'en serait pas pour autant irrégulier en toutes circonstances.

22. La partie requérante, qui se trouve (dans la présente affaire) temporairement dans une situation illégale, conteste, en tant que tiers intéressé, une décision relative à un tiers. Le simple fait que la partie requérante ne possède (temporairement) pas d'autorisation n'implique pas qu'elle doive admettre chaque décision à l'égard de laquelle elle justifie d'un intérêt personnel, direct et certain. L'intérêt poursuivi en l'espèce par la partie requérante est un intérêt commercial dans le cadre duquel elle invoque également un intérêt moral caractérisé parce qu'elle a été écartée irrégulièrement dès lors qu'elle n'a pas été traitée de la même manière que le tiers auquel l'emphytéose a été octroyée, ce qui l'a privée de la

possibilité de conserver ou d'acquérir le terrain concerné; son intention n'est nullement de maintenir ou de perpétuer une situation illégale.

Surabondamment, il s'avère que la partie requérante dispose, depuis, de l'autorisation écologique requise pour l'exploitation du complexe cinématographique. Le collège des bourgmestre et échevins lui a octroyé une autorisation écologique qui prend cours le 14 juin 2013 et expire le 14 juin 2023. Il est vrai qu'en raison de l'évolution sur le terrain constatée depuis lors, la partie requérante n'en a plus la jouissance dès lors que le terrain concerné ne peut plus être utilisé actuellement, mais cette situation, comme il a été exposé ci-dessus, peut difficilement lui être opposée pour la priver de son intérêt.

Le fait de ne pas disposer temporairement de l'autorisation écologique ne prive pas la partie requérante de son intérêt légitime à s'opposer à la décision attaquée de la partie défenderesse de conclure une convention d'emphytéose avec Heeren Group.

23. L'exception est rejetée.

Quant à la qualité de l'auteur de la décision attaquée : l'autorité administrative

24. La partie défenderesse fait valoir dans son mémoire en réponse que, lors de l'octroi de droits réels sur les terrains visés, elle n'a pas agi en tant qu'autorité administrative, dès lors que l'objet de cette transaction ne concernait pas des biens qui servaient exclusivement pour les tâches et missions de son service public. Il s'agit d'un acte purement commercial. C'était d'ailleurs également l'avis « provisoire » de la cour d'appel d'Anvers dans son arrêt du 4 décembre 2013 : « En effet, DE LIJN semble en l'espèce plutôt invoquer à première vue le principe de droit commun de la liberté contractuelle et le principe de la libre disposition de sa propriété ».

Appréciation

25. À cet égard, la partie défenderesse a pu lire dans le rapport de l'auditorat que ce dernier conclut au rejet de l'exception invoquée au motif qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État qu'« il ne découle pas du fait que la décision attaquée porte sur un acte purement commercial que la qualité d'autorité administrative peut être refusée à la partie défenderesse ».

26. Après avoir pris connaissance du rapport de l'auditorat, la partie défenderesse se borne à soutenir qu'elle « maintient néanmoins cette exception dès lors que la cour d'appel d'Anvers a elle aussi déclaré, dans son arrêt du 4 novembre 2013, que la réalisation des terrains faisant l'objet de la convention d'occupation ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une intervention unilatérale de l'autorité mais devait, au contraire, être considérée comme l'exercice de la liberté contractuelle de droit commun et du principe de la libre disposition de sa propriété ».

27. Le Conseil d'État n'aperçoit toutefois pas de motif lui permettant d'adopter un point de vue autre que celui défendu par l'auditorat. Le fait que la partie défenderesse, qui est une autorité administrative organique, a recours à la technique de droit privé de la convention ne lui enlève pas la qualité d'autorité administrative. En l'espèce, le Conseil d'État doit d'ailleurs apprécier la légalité de la décision unilatérale de l'autorité administrative – à savoir la partie défenderesse – de conclure une convention d'emphytéose avec la S.P.R.L. Heeren Group, laquelle décision a précédé la conclusion de la convention et peut être détachée de celle-ci.

28. L'exception est rejetée.

VIII. Examen du premier moyen

Point de vue des parties

29. La partie requérante invoque la violation « des principes généraux d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, de l'article 49 – à savoir du droit d'établissement – du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE), ainsi que de l'article 56 - à savoir du droit à la libre prestation des services - de ce même traité, et des articles 10 et 11 de la Constitution ».

Elle expose que la décision attaquée entend consentir ou a consenti un droit réel, en particulier un droit d'emphytéose, sans organiser un appel au marché transparent à cet égard, dans le respect des principes généraux d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. Elle affirme que le principe d'égalité implique que les éventuelles personnes intéressées par une procédure de consultation en vue de l'attribution d'un droit réel par une institution de droit public ne peuvent être favorisées ou lésées : tous les personnes (éventuellement) intéressées doivent obtenir les mêmes chances en vue de l'attribution d'un droit réel. Le principe de transparence découle du principe de l'égalité de traitement. Il vise à donner à tous les candidats les mêmes chances quant à l'accès à la procédure de consultation relative à un droit d'emphytéose et à l'introduction de leur proposition ou, le cas échéant, de leur offre. Se référant à la jurisprudence de la Cour de justice (C.J. , Succi di Frutta du 29 avril 2004, C-496/99, point 111), la partie requérante expose que préalablement à l'appel au marché, toutes les exigences et tous les critères pertinents doivent être portés à la connaissance des participants. En outre, dans le cadre du principe de transparence il convient de donner une publicité adéquate à la procédure d'appel relative à l'attribution d'un droit d'emphytéose.

Elle se réfère à cet égard également à la circulaire BB 2010/02 « relative à l'aliénation de biens immobiliers par les provinces, les communes, les

CPAS et les administrations des cultes reconnus », par laquelle « le ministre de l'époque » a voulu confirmer la jurisprudence. Cette circulaire fait référence au « principe général selon lequel pour toute aliénation de biens immobiliers, la vente publique doit constituer la règle générale et la vente de gré à gré l'exception ». Selon la circulaire précitée, une vente de gré à gré ne peut être admise que si l'administration peut attester à suffisance, par une motivation spéciale, que la procédure de gré à gré est justifiée pour des motifs d'intérêt général. Par ailleurs, la partie requérante relève encore la « communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives 'marchés publics' ». Il y est confirmé que dans le cadre de marchés ne relevant pas du champ d'application de la loi sur les marchés publics, les règles et les principes du droit communautaire – dont les articles 49 et 56 du TFUE – doivent également être respectés. Le fait que dans cette procédure, seules des entreprises et autorités belges sont parties prenantes, ne constitue pas un obstacle à l'application directe du Traité UE. En effet, l'obligation de transparence découle directement, selon la Cour de justice, des articles 49 et 56 TFUE, qui ont des effets directs dans l'ordre juridique interne des États membres et qui priment dès lors toute disposition contraire du droit national. Les effets directs impliquent qu'une entreprise établie en Belgique peut se prévaloir directement de ces articles devant un juge belge pour préserver ses droits. En outre, les articles 49 et 56 du TFUE s'appliquent pour autant que l'attribution de l'emphytéose ait un caractère transfrontalier, ce qui est également le cas en l'occurrence. Le fait qu'en l'espèce la partie requérante est une entreprise belge et que la convention d'emphytéose est conclue par une autorité belge avec une tierce entreprise belge, n'a en soi aucun rapport avec l'appréciation relative à la présence d'un élément transfrontalier. Il suffit à cet égard que des entreprises d'autres États membres soient susceptibles d'être affectées. Il suffit qu'une entreprise, établie dans un autre État membre que la Belgique, soit susceptible d'être intéressée par l'attribution de la convention d'emphytéose. Dans la présente affaire, force est de constater que l'attribution envisagée du droit d'emphytéose a une importance économique non négligeable, les terrains concernés par la convention d'emphytéose étant situés à moins de 20 km de la

frontière avec les Pays-Bas; en outre, on peut relever l'implantation cruciale de ces terrains à Anvers et le fait que ces derniers se prêtent idéalement au développement d'activités de détail. Une entreprise belge comme la partie requérante peut également se prévaloir de ces principes, eu égard, d'une part, au caractère transfrontalier de l'attribution du droit d'emphytéose et, d'autre part, des effets directs des dispositions du traité citées.

Concrètement, la partie défenderesse, compte tenu de ce qui précède, devait donner à l'attribution du droit d'emphytéose une publicité adéquate, afin que tous les candidats potentiellement intéressés puissent en être informés. La publicité doit s'accompagner d'une brève description des informations essentielles de l'attribution du droit réel ainsi que de toutes les informations dont une partie intéressée a besoin pour décider si elle manifeste son intérêt. Ainsi qu'il ressort de la communication interprétative précitée de la Commission, la diffusion d'une publicité suffisamment accessible s'impose avant l'attribution du marché. En outre, plus l'intérêt du marché est grand pour les soumissionnaires potentiels d'autres États membres, plus la couverture doit être large. La Commission énonce comme supports adéquats et généralement utilisés : l'Internet, les journaux officiels nationaux, les bulletins nationaux spécialisés dans la publication d'avis de marchés publics, les publications locales, le Journal officiel de l'Union européenne, etc. Outre une publicité adéquate, cela signifie que la procédure d'attribution du droit d'emphytéose doit se concrétiser en conformité avec les règles et principes du TFUE, et ce afin de garantir à tous les candidats intéressés des conditions de concurrence équitables et identiques. Il convient d'élaborer des lignes directrices succinctes exposant les paramètres de l'attribution du droit d'emphytéose. De même, tous les intéressés doivent se voir attribuer un délai identique pour l'introduction de l'offre.

Toutefois, la partie défenderesse ayant attribué directement et de gré à gré le droit d'emphytéose à une tierce partie, Heeren Group, sans prévoir à cet égard une publicité adéquate et sans organiser de procédure de consultation transparente, elle a privé des candidats provenant tant de la Belgique, comme la

partie requérante, que d'autres États membres de la possibilité de faire une offre pour le droit d'emphytéose à attribuer. Etant donné qu'une entreprise établie dans un autre État membre que celui de la partie défenderesse est également susceptible d'être intéressée par pareille transaction, l'attribution de ce droit réel, sans aucune transparence, constitue une inégalité de traitement au préjudice d'entités issues d'autres États membres, ainsi que pour les entités intéressées établies en Belgique, comme la partie requérante. Il en est d'autant plus ainsi que la transaction a une valeur économique élevée. Il n'y a pas eu la moindre publication au bulletin des adjudications ou au Journal officiel de l'Union européenne. L'attribution n'a pas non plus été publiée sur Internet ou dans la littérature spécialisée. Il a été question dans la presse de la valorisation des terrains, mais il y était mentionné qu'il s'agissait d'une vente et non de l'attribution d'un droit d'emphytéose. En outre, lors d'une réunion qui s'est tenue le 22 juin 2012, la partie défenderesse n'a pas fait état de l'attribution d'un droit d'emphytéose, mais bien d'une vente. Un document relatif à une consultation fait également défaut. Le fait que la partie requérante n'était pas au courant de l'attribution du droit d'emphytéose est d'autant plus marquant que cette partie est non seulement propriétaire de la parcelle voisine, mais également qu'elle a conclu avec la partie défenderesse une convention d'occupation pour les terrains concernés et qu'elle jouit d'un droit de préemption.

La partie requérante déclare encore « surabondamment » que la partie défenderesse ne peut produire la preuve du respect des quatre conditions cumulatives restrictives, résultant de la jurisprudence de la Cour de Justice, pour justifier une exception à l'obligation d'organiser un appel au marché transparent. Les restrictions au principe de la liberté d'établissement et à la libre prestation des services doivent être justifiées par des motifs impératifs d'intérêt général, les limitations doivent être propres à garantir la réalisation des objectifs poursuivis, elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et elles doivent en tout état de cause être appliquées de manière non discriminatoire. La partie défenderesse ne pourra pas non plus démontrer qu'une circonstance dite objective puisse justifier une telle inégalité de traitement.

30. Dans son mémoire en réponse, la partie défenderesse rétorque que le moyen manque en fait. En effet, « les faits » font apparaître que la partie défenderesse a bel et bien mené des négociations avec différents candidats, en ce compris la partie requérante, à propos de l'acquisition de droits réels sur les terrains visés. Un « appel au marché » auquel étaient conviés tous les candidats qui avaient manifesté leur intérêt, à la suite, notamment, de la parution de différents articles de journaux relatifs à la vente envisagée, a donc bel et bien eu lieu. Elle affirme qu'il ressort de l'exposé des faits que la partie requérante a eu la possibilité de faire une offre concrète en vue d'acquérir des droits réels sur les terrains. Toutefois, cette dernière a tout d'abord omis de formuler une proposition concrète. De surcroît, il s'avère que, outre la partie requérante et Heeren Group, d'autres candidats potentiels se sont présentés, lesquels ont également été invités à faire une offre pour la fin juin 2012 au plus tard.

Par ailleurs, la partie défenderesse soutient que la partie requérante n'a pas d'intérêt au moyen. Elle a eu la possibilité de faire une offre concrète dans le but d'acquérir des droits réels sur ces terrains. Elle a tout d'abord omis de le faire et a par la suite proposé un prix qui ne représentait qu'une fraction de la valeur du bien sur le marché. La partie défenderesse renvoie à cet égard à la jurisprudence pour conclure que la partie requérante n'a pas d'intérêt au moyen, dès lors que la situation ne lui a causé aucun préjudice. Elle expose encore que la partie requérante reconnaît dans sa requête qu'elle a effectivement négocié la vente des terrains avec la partie défenderesse. Elle affirme toutefois que la partie défenderesse ne lui a jamais proposé de prendre les terrains en emphytéose. Or, rien n'empêchait la partie requérante de formuler elle-même une proposition en ce sens. Au moment où des négociations étaient menées avec Heeren Group en vue de la conclusion d'une convention d'emphytéose, la partie requérante s'était elle-même déjà mise hors jeu.

En ce qui concerne la violation du principe de transparence et d'égalité, la partie défenderesse soutient que le moyen n'est pas fondé. Il ressort de l'exposé des faits que plusieurs candidats intéressés ont été consultés, notamment à

la suite de la parution de plusieurs articles dans la presse. La partie requérante a également été invitée à formuler une proposition concrète. À défaut, notamment, d'une proposition adéquate de la part de cette dernière, les négociations ont été poursuivies avec le seul Heeren Group. Une transparence suffisante a bel et bien été accordée à la cession envisagée. Le fait que des entreprises ayant, au fil des années et à la suite, notamment, de communiqués de presse réitérés, manifesté un intérêt pour les terrains, aient été invitées à faire une proposition ou une offre, est en effet suffisant. Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose une forme plus large de consultation.

La partie défenderesse soutient que la partie requérante se fonde sur une interprétation beaucoup trop large de l'obligation de transparence. En ce qui concerne l'arrêt rendu (en référé) par le Conseil d'État à propos de la vente publique de biens immeubles par une administration locale, auquel la partie requérante se réfère, la partie défenderesse observe que le Conseil d'État « est revenu sur sa position adoptée dans le cadre d'un contentieux de l'annulation ». Selon elle, la partie requérante donne également une portée trop large à la « communication interprétative de la Commission sur la législation communautaire qui s'applique à la passation de marchés qui ne relèvent pas ou que partiellement des directives relatives aux marchés publics ». Cette communication concerne en effet les marchés publics qui échappent aux directives en matière de marchés publics et il n'apparaît pas que les cessions de droits réels sont également visées. Eu égard à leur nature particulière, ce type de transactions n'a « *a priori* pas d'intérêt transfrontalier » pouvant justifier l'application de telles règles. Les dispositions conventionnelles ne sont en outre applicables qu'en présence d'un intérêt transfrontalier. Il appartient dès lors à la partie requérante de démontrer la présence d'un tel intérêt. La supposition de la partie requérante n'est en l'occurrence pas plus amplement étayée et reste donc purement hypothétique. En outre, la communication interprétative de la Commission européenne n'est pas juridiquement contraignante et la Cour de Justice n'a pas non plus confirmé la portée du principe de transparence qui y est exposé. Comme l'avocat général Sharpstone (conclusions précédant CJUE, Commission c/ Finlande du 26 avril

2007, C-195/04), la partie défenderesse estime qu'il y a lieu de considérer (1) que le principe de subsidiarité s'oppose à ce que des matières qui ne sont pas expressément réglées par la législation européenne soient malgré tout, par une voie détournée, soumises à des règles détaillées (de publication et de communication) et (2) que ce type de dispositif, qui n'est pas prévu par un texte législatif contraignant approuvé par les organes compétents à cet effet, constitue une source importante d'insécurité juridique. Tant qu'il n'y a pas de réglementation précise offrant un degré suffisant de sécurité juridique, et certainement tant que la Cour de Justice « ne s'est pas spécifiquement prononcée sur l'application du droit européen en cas de cession de droits réels sur des biens immeubles, il ne semble pas indiqué que le juge belge joue un 'rôle précurseur' en la matière ».

Selon la partie défenderesse, les articles 49 et 56 du TFUE n'ont pas davantage été violés. Dans sa requête, la partie requérante ne précise pas concrètement en quoi les articles 49 et 56 du TFUE l'ont été. À ce jour, la Cour de Justice n'a en effet jamais déclaré que ces dispositions formulées en termes généraux devraient faire l'objet d'une interprétation à ce point étendue que toute cession de droits réels, si tant est qu'elle concerne une transaction « ayant un intérêt transfrontalier », devrait être associée dans un État membre à une procédure telle que celle décrite par la partie requérante. Les arrêts de la Cour de Justice *Coname* (CJUE, 21 juillet 2005, C-231/03) et *Sporting Exchange* (CJUE, 3 juin 2010, C-203/018), auxquels la partie requérante fait référence, concernent spécifiquement l'attribution d'une concession de service public. Au regard de la nature fondamentalement différente des transactions, appliquer cette jurisprudence par analogie à toute cession de droits réels serait non seulement juridiquement complexe, mais aurait également des conséquences très lourdes pour la pratique quotidienne. En outre, l'appréciation doit être faite au cas par cas au regard du principe de proportionnalité. Les procédures décrites par la partie requérante, qu'une autorité devrait suivre pour céder un droit réel, ne paraissent nullement s'accorder avec cette exigence de proportionnalité. Dans un arrêt (CJUE, *S.A. Belgacom* du 14 novembre 2013, C-221/12), la Cour de Justice a répondu par l'affirmative à la question de savoir si les articles 49 ou 56 TFUE doivent être

interprétés en ce sens qu'une entreprise établie en Belgique peut invoquer devant le juge belge les règles fondamentales du droit de l'Union, notamment l'obligation de transparence qui découle des articles susmentionnés, concernant une convention qui ne relève pas du champ d'application de l'une des directives relatives aux marchés publics, par laquelle une autorité belge transfère des droits à une autre entreprise belge sans qu'aucun appel au marché n'ait été organisé. Il ressort cependant clairement des considérants de la réponse qu'il n'en est ainsi « que dans la mesure où une concession de services présente un intérêt transfrontalier certain ».

31. Dans son dernier mémoire, la partie défenderesse maintient son point de vue selon lequel la partie requérante n'a pas d'intérêt au premier moyen. En substance, elle est d'avis qu'une annulation fondée sur ce dernier ne peut procurer d'avantage à la partie requérante, dès lors que celle-ci ne s'est jamais montrée disposée à reprendre les terrains (sous quelque forme que ce soit, vente, emphytéose, ...), pour un montant qui s'approchait ne fût-ce que quelque peu des montants que « ces autres personnes intéressées, notamment Heeren Group, étaient effectivement disposées à payer ». Elle n'a pas d'intérêt à faire valoir qu'elle n'a pas été invitée à participer à une procédure de consultation « dès lors qu'une telle procédure aurait donné le même résultat avec la partie requérante ». Elle estime que « s'il ressortait des motifs de l'arrêt d'annulation que le conseil d'administration [de la partie défenderesse] doit prendre une nouvelle décision au sujet de la mise à disposition des terrains, ceux-ci ne seraient pas pour autant attribués à la partie requérante, dès lors qu'elle n'est pas disposée à payer le montant que les autres candidats, notamment le Heeren Groupe, sont effectivement prêts à déboursier ». La partie requérante ne sera donc jamais la bénéficiaire de la décision qui devra encore éventuellement intervenir. Pour ces mêmes motifs, la partie défenderesse estime que la partie requérante n'a pas non plus subi ni ne subit de préjudice du fait de l'irrégularité développée dans le premier moyen. Le fait que la partie requérante est titulaire d'un droit de préemption n'y change rien.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe de transparence et d'égalité, ainsi que des articles 49 et 56 du TFUE, la partie défenderesse précise qu'il n'y a pas lieu de requalifier la convention relative à une cession de droits réels en un marché de travaux, dès lors qu'aucune obligation active de bâtir n'a effectivement été imposée à l'emphytéote. Elle expose dès lors que « les règles en matière de marché public ne sont par conséquent pas applicables ».

Dans son dernier mémoire, elle expose ensuite que « la circonstance que la première décision attaquée ne relève pas du champ d'application de la réglementation des marchés publics ne signifie pas qu'une obligation de transparence n'existe pas, dès lors qu'une telle obligation peut également être distinguée dans les articles 49 et 56 du TFUE »; mais qu'elle « signifie par contre que l'obligation de transparence qui s'applique à la première décision attaquée ne peut pas être regardée aussi strictement que celle garantie par la réglementation sur les marchés publics ». Elle y ajoute que la Cour de Justice, « n'impose en effet à de telles conventions, pour autant qu'elles présentent un intérêt transfrontalier, qu'un 'degré suffisant de publicité', et non une obligation d'organiser une procédure d'adjudication. La transparence doit fondamentalement garantir que la procédure d'attribution se déroule objectivement et d'une manière indépendante et qu'elle soit accessible ». L'autorité ne doit cependant pas calquer les règles des directives en matière de marchés publics. Dès lors que la jurisprudence de la Cour de Justice et du Conseil d'État ne permettent pas de déduire sans équivoque ce qu'il y a lieu d'entendre par un degré suffisant de publicité, la partie défenderesse est d'avis que « la portée de l'obligation de transparence pour les conventions qui échappent à la réglementation des marchés publics est régie par le principe de proportionnalité ».

Dans son dernier mémoire, la partie défenderesse souligne qu'à défaut de règles concrètes, chaque autorité détermine raisonnablement le degré de publicité, la méconnaissance du caractère raisonnable pouvant seule donner lieu à une sanction. Concrètement, la partie défenderesse se reporte à « l'exposé des faits,

figurant dans la note d'observations et dans le mémoire en réponse » dont il ressort qu'elle a effectivement « mené des négociations concernant l'acquisition de droits réels sur les terrains visés avec plusieurs candidats intéressés, dont la partie requérante ». Elle expose que « l'intention de De Lijn de réaliser les terrains - en pensant d'abord à une vente, mais en définitive, à la demande de Heeren Group, il a été opté pour un droit d'emphytéose - a fait l'objet de plusieurs communiqués dans la presse. Elle fait à nouveau référence aux négociations menées avec la partie requérante le 3 mai 2010, l'absence de toute offre (concrète), cependant annoncée, de la partie requérante, de la demande faite aux candidats intéressés, dont la partie requérante, de formuler une offre ou une proposition avant fin juin 2012. Elle souligne qu'une « prise de contact » avec les candidats dont l'autorité peut raisonnablement supposer qu'ils seraient intéressés est suffisant. Elle expose encore que la nature de la cession (vente ou emphytéose) ne constitue pas une modalité essentielle de la convention à obtenir. La seule chose qui importait à la partie défenderesse - outre la valorisation de son bien immobilier - était de garantir l'usage de toutes les zones (souterraines et en surface) nécessaires à l'exploitation de la partie défenderesse, par la voie de l'établissement, à son bénéfice, d'une servitude de longue durée.

En outre, elle estime que le principe de proportionnalité requiert que pour qu'il soit satisfait à l'obligation de transparence, il s'impose d'avoir également égard à l'action ou à l'inaction du candidat concerné, en l'occurrence, la partie requérante, qui n'a pas fait d'offre concrète - pas même à la valeur du marché - et qui, comptant sur son droit de préemption contractuellement stipulé - qui ne peut être confondu avec une promesse de vente -, estimait ne pas devoir prendre d'initiative et pouvoir attendre.

Se référant à un arrêt de la Cour de Justice du 11 septembre 2014 dans l'affaire C-19/13, la partie défenderesse estime qu'une annulation de la décision attaquée affecterait l'équilibre entre la sécurité juridique et la protection juridique au bénéfice de ce dernier aspect et, qu'au regard du principe de proportionnalité, une telle sanction serait manifestement déraisonnable. Eu égard

aux faits, notamment à l'inertie de la partie requérante, la partie défenderesse pouvait considérer qu'elle agissait de bonne foi.

Enfin, dans son dernier mémoire, la partie défenderesse demande au Conseil d'État de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice, s'il devait juger qu'en ce qui concerne les conventions purement privées également, il ne suffit pas, au regard de l'obligation de transparence, de prendre uniquement contact avec des candidats dont on peut raisonnablement penser qu'ils seront intéressés et qu'à cet égard il ne peut pas non plus être tenu compte du comportement des candidats concernés. Elle suggère de formuler cette question préjudicielle ainsi qu'il suit :

« Dans les articles 49 et 56 du TFUE, l'obligation d'égalité et de transparence doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle impose aux conventions qui établissent un droit réel sur les biens qui sont la propriété d'une autorité administrative les mêmes obligations de publicité que celles que les articles 2 de la directive 2014/18/CE et 10 de la directive 2004/17/CE imposent aux marchés qui doivent être qualifiés de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, respectivement de marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ? ».

Appréciation

En ce qui concerne la recevabilité du premier moyen

32. La partie défenderesse ne peut être suivie. Rien n'indique en effet ce qui lui permet de « constater » d'une manière à ce point péremptoire que la partie requérante se serait elle-même mise hors jeu.

Il ressort tout d'abord du dossier administratif qu'en 2010 déjà, la partie requérante signale au cours d'une réunion qu'elle est intéressée par la parcelle concernée sur laquelle elle avait alors un droit d'usage. Il en ressort également que c'est la partie défenderesse elle-même qui, faisant suite à cette demande, attire l'attention de la partie requérante par un courrier électronique du 16 février 2010, sur le fait que pour tout achat et vente, il faut suivre une procédure

administrative, la décision définitive étant prise par le conseil d'administration de la partie défenderesse. Cependant, hormis deux avis vagues parus « dans la presse » début 2012 et un échange de courriers électroniques internes tout aussi vagues, le dossier administratif ne comporte aucune trace d'une quelconque publicité mise en œuvre par la partie défenderesse et décidée par son organe compétent, ni d'un quelconque « contact » officiel qu'elle aurait pris avec les candidats intéressés. Il est également impossible de déterminer dans quel contexte et sur le fondement de quels éléments et conditions connus (ou non) (un délégué de) la partie requérante « a fait savoir », au cours d'une réunion du 22 juin 2012 et d'une manière informelle, verbalement, comme le déclare la partie défenderesse dans son dernier mémoire, « que le bien n'avait pour elle qu'une valeur de 1.100.000 euros »; *a fortiori* qu'elle aurait eu connaissance du fait que la partie défenderesse envisageait également une autre forme de cession de terrain, comme un droit d'emphytéose. Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que le 3 juillet 2012, la partie requérante, faisant référence à cette réunion du 22 juin 2012, demande à être tenue informée du déroulement de la procédure de vente en rappelant qu'elle est titulaire d'un droit d'usage et d'un droit de préemption sur la parcelle concernée.

Le grief de la partie requérante consiste précisément en ce qu'elle n'a pas eu la possibilité d'examiner l'opportunité de faire une offre éventuelle en connaissance de cause. Une éventuelle annulation sur le fondement du premier moyen lui permet de percevoir le bénéfice qu'elle vise, à savoir une possibilité sérieuse de formuler, dans le respect de la transparence qu'elle réclame et en connaissance de cause, une offre conforme au marché en ce qui concerne la parcelle concernée. La circonstance que, consécutivement à une éventuelle annulation de la décision attaquée, la partie requérante bénéficie de cette possibilité suffit à admettre son intérêt au moyen.

Quant au bien-fondé du premier moyen

33. Les parties ne contestent plus que la décision attaquée concerne la concession d'un droit réel, plus spécifiquement d'une emphytéose. En tout cas, la partie requérante ne rend pas plausible le fait que la décision attaquée ne concerne

pas la concession d'une emphytéose pas plus qu'elle ne démontre que la décision attaquée porte sur l'attribution d'un marché ou sur la conclusion d'une convention à laquelle s'applique la réglementation des marchés publics.

Considérant que la décision attaquée vise la concession d'un droit réel, en l'occurrence, d'une emphytéose à laquelle ne s'applique pas la réglementation sur les marchés publics, la question demeure de savoir si un appel transparent au marché devait être organisé et s'il l'a été dans le respect des « principes généraux de l'égalité de traitement, de la non-discrimination et de la transparence », des articles 49 et 56 du TFUE ainsi que des articles 10 et 11 de la Constitution.

34. Force est de constater au préalable que lors de la conclusion de conventions aussi, comme dans le cas d'un échange de terres, l'autorité doit respecter le principe d'égalité et notamment l'égalité entre les cocontractants éventuels. En vertu du principe de transparence, une publicité effective sera en principe requise, étant entendu qu'il est envisageable que dans certains cas bien définis, il soit dérogé à cette consultation générale et transparente et à l'égalité de la concurrence entre candidats potentiels à condition qu'il existe un motif suffisant à cet effet.

35. La question se pose de savoir – et cette interrogation emporte en l'occurrence l'application du principe de transparence tel qu'il découle des articles 49 et 56 du TFUE – s'il y a plus particulièrement lieu d'en déduire que la partie défenderesse a une obligation de publicité préalable avant de pouvoir concéder une emphytéose sur le terrain concerné.

À cet égard, on ne saurait faire fi de l'argumentation de la partie requérante qui soutient qu'en l'occurrence, la concession envisagée de l'emphytéose a effectivement un intérêt économique considérable et que d'autres entreprises qui ne sont pas établies en Belgique, pourraient bien être intéressées par

la concession de l'emphytéose, ce qui l'incite à conclure, dans ce cas précis, au « caractère transfrontalier » de la concession de l'emphytéose. Pour la partie requérante, ce caractère transfrontalier a pour conséquence que les autorités publiques qui procèdent à de telles concessions présentant un caractère transfrontalier, doivent respecter les règles fondamentales du droit de l'Union en général, à savoir les articles 49 et 56 du TFUE et en particulier le principe d'égalité de traitement et l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité de même que les obligations de transparence qui en découlent.

Concernant l'application des articles 49 et 56 du TFUE aux conventions ne relevant pas de l'application de la réglementation en matière de marchés publics

36. Dans son arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 dans l'affaire C-324/98, la Cour de Justice avait déjà estimé que les autorités publiques qui concluent des contrats de concession de services *ne relevant pas* du champ d'application d'une des directives par lesquelles le législateur de l'Union a réglé la matière des marchés publics, sont tenues de respecter les règles fondamentales du TFUE en général, notamment son article 49, et le principe d'égalité de traitement ainsi que l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité en particulier de même que l'obligation de transparence en découlant.

Dans son arrêt *Belgacom NV* du 14 novembre 2013 dans l'affaire C-221/12, la Cour dit pour droit que les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'un opérateur économique d'un État membre peut invoquer devant les juridictions de cet État membre la violation de l'obligation de transparence découlant de ces articles qui aurait été commise à l'occasion de la conclusion d'une convention par laquelle une ou plusieurs entités publiques dudit État membre ont soit attribué à un opérateur économique du même État membre une concession de services présentant un intérêt transfrontalier certain, soit accordé à un opérateur économique le droit exclusif d'exercer une activité économique présentant un tel intérêt.

Quant à l'application des articles 49 et 56 TFUE aux conventions relatives à la cession de terrains ou à la concession de droits (réels) exclusifs sur des biens immobiliers

37. En ce qui concerne spécifiquement la simple cession de terrains ou la concession de droits réels sur des biens immobiliers appartenant à des autorités publiques (c'est-à-dire sans une quelconque attribution de marchés) comme dans le cas de la conclusion d'un bail, d'un contrat de vente ou de la concession d'une emphytéose, il convient en outre de prendre en considération l'arrêt *Steinhauser* de la Cour de justice du 18 juin 1985 dans l'affaire C-197/84. Dans cet arrêt, la Cour de justice a dit pour droit, dans le cadre d'un cas de discrimination directe fondée sur la nationalité, que l'article 52 du Traité C.E. (l'actuel article 49 TFUE) s'oppose à ce que, lors de l'attribution par voie d'adjudication d'un local faisant partie du domaine public d'une commune (il s'agissait dans ce cas d'une location), l'admission des candidats aux conditions d'adjudication est subordonnée à la condition de nationalité. Dans ce même arrêt, la Cour a encore considéré que la liberté d'établissement garantie par l'article 49 TFUE ne concerne pas exclusivement l'accès aux activités autres que celles qui sont salariées mais également « leur exercice conçu au sens large ». Dans cet arrêt, la Cour considère expressément (point 16) que la location d'un local à usage professionnel est utile à l'exercice de l'activité professionnelle et rentre donc dans le champ d'application de l'article 52 du traité CE (actuel article 49 TFUE).

Dans ce même arrêt, faisant référence au programme général du 18 décembre 1961 pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, la Cour de Justice relève encore que doivent être abrogées les dispositions et pratiques qui, à l'égard de ressortissants d'autres États membres, excluent, limitent ou subordonnent à des conditions la faculté d'exercer les droits normalement afférents à une activité non salariée. Figure notamment, parmi ces droits, « la faculté a) de passer des contrats d'entreprise et de location tels que louages de services et baux commerciaux ou ruraux, ainsi que de jouir de tous les droits découlant de ces contrats, b) de présenter des offres ou de participer comme

cocontractant ou sous-traitant aux marchés de l'État ou d'autres personnes morales de droit public, c) de bénéficier de concessions ou d'autorisations octroyées par l'État ou par d'autres personnes morales de droit public, d) d'acquérir, d'exploiter ou d'aliéner des droits et biens meubles ou immeubles » (voir CJUE, Steinhauser du 18 juin 1985, C-197/84, point 15).

La Cour de justice a ultérieurement encore confirmé expressément que l'accès à la cession de terrains relève de la liberté d'établissement. Dans son arrêt *Commission c. République hellénique* du 30 mai 1989 dans l'affaire C-305/87, la Cour considère que « [p]lus particulièrement, le droit d'acquérir, d'exploiter et d'aliéner des biens immobiliers sur le territoire d'un autre État membre constitue le complément nécessaire de la liberté d'établissement, ainsi qu'il ressort de l'article 54, paragraphe 3, sous e), du traité [C.E.E.] (actuel article 50, paragraphe 2, point e, TFUE) et du programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, du 18 décembre 1961 » (CJUE, *Commission / Grèce* du 30 mai 1989, C-305/87, point 22).

Pour ce qui est de la libre prestation de services, la Cour de justice considère encore dans ce même arrêt que « (d)e même, quant à la libre prestation de services, l'accès à la propriété et à l'usage de biens immobiliers est garanti par l'article 59 du traité CEE (actuel article 56 TFUE), dans la mesure où cet accès est utile pour permettre l'exercice effectif de cette liberté » (CJUE, *Commission c/ Grèce* du 30 mai 1989, C-305/87, point 24).

Enfin, il ressort également d'un arrêt de la Cour de justice du 8 mai 2013 dans les affaires (jointes) C-197/11 et C-203/11 que l'accès aux biens immobiliers est une condition pour pouvoir exercer les libertés fondamentales du traité sur le libre établissement et la libre prestation de services (CJUE, *Libert et c. et All Projects & Developments NV e.a.* du 8 mai 2013, (affaires jointes) C-197/11 et C-203/11, points 37 et s.).

38. Même si l'arrêt Steinhauser du 18 juin 1985 précité concerne un cas de discrimination *directe* (exclusion en raison de la nationalité), on ne saurait raisonnablement douter du fait que la Cour de justice estime la discrimination *indirecte* tout aussi inadmissible. En effet, dans son arrêt Coname du 21 juillet 2005 dans l'affaire C-231-03 (points 18 et 21) concernant l'attribution d'une concession de services, la Cour de justice considère en effet qu'un manque de transparence entraîne une discrimination indirecte. La transparence requiert, estime la Cour, que les entreprises situées dans un autre État membre, aient accès à l'ensemble des informations pertinentes relatives à cette concession avant son attribution, de sorte qu'elles auraient pu, si tel avait été leur souhait, manifester leur intérêt. En conséquence, le fait de ne pas procéder à la publicité préalable est contraire aux articles 49 et 56 TFUE sauf justification objective.

39. En l'espèce, lorsque l'autorité envisage de conclure une convention de nature immobilière avec un opérateur économique, elle confère à ce candidat opérateur le droit exclusif de réaliser une activité économique sur ce terrain. Il n'est d'ailleurs pas contesté que le terrain est situé dans une zone autorisant toute activité économique.

Dès lors qu'il est apparu de ce qui précède que le droit d'acquérir, d'exploiter ou d'aliéner des biens immobiliers sur le territoire d'un autre État membre relève de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, il y a lieu de conclure que lorsque l'autorité, en cas d'intérêt transfrontalier, ne respecte pas la transparence requise lors de la cession d'un bien immobilier (par la vente ou la concession d'un droit d'emphytéose), elle prend une mesure qui se révèle discriminatoire à l'égard de cocontractants potentiels d'autres États membres, ce qui constitue une violation des articles 49 et 56 TFUE.

Quant à l'intérêt transfrontalier de la convention à conclure

40. Les articles 49 et 56 du TFUE ne s'appliquent que lorsqu'il est question d'une situation présentant un lien avec les échanges entre États membres,

autrement dit d'une dimension européenne. Lors de la conclusion d'une convention accordant un marché ou des droits exclusifs, l'intérêt transfrontalier certain peut découler de l'importance économique de la convention projetée, de la localisation des travaux à un endroit qui serait propice à attirer l'intérêt d'opérateurs étrangers ou de ses caractéristiques techniques (CJUE, SECAP SpA et Santorso Soc. Coop. Arl, du 15 mai 2008, (affaires jointes) C-147/06 et C-148/06, point 24; CJUE, ASM Brescia, du 17 juillet 2008, C-347/06, point 62 et CJUE, Belgacom NV du 14 novembre 2013, C-221/12, point 29).

La Cour de justice précise qu'un intérêt transfrontalier certain existe sans qu'il soit requis qu'un opérateur économique ait effectivement manifesté son intérêt. Il en est spécialement ainsi lorsque, comme en l'espèce, le litige porte sur l'absence de transparence ayant entouré la convention en cause. En effet, dans un tel cas, les opérateurs économiques établis dans d'autres États membres n'ont pas de réelle possibilité de manifester leur intérêt à obtenir cette concession (voir, en ce sens, les arrêts précités CJUE, Coname du 21 juillet 2005, C-231/03, points 18 et 21, de même que Parking Brixen, du 13 octobre 2005, C-458/03, point 55 et CJUE, Belgacom NV du 14 novembre 2013, C-221/12, point 31).

41. Lorsqu'il est établi qu'une convention déterminée présente un intérêt transfrontalier certain, l'obligation de transparence qui s'impose à l'autorité octroyant la concession ou le droit exclusif bénéficie en outre à *tout* soumissionnaire potentiel, fût-il établi dans le même État membre que cette autorité (voir en ce sens CJUE, Wall du 13 avril 2010, C-91/08, point 36, de même que CJUE, Belgacom NV du 14 novembre 2013, C-221/12, point 32).

Dans l'arrêt C-221/12 du 14 novembre 2013 précité (relatif à une concession de services), la Cour observe pour être exhaustive que le droit de l'Union imposerait les mêmes exigences à l'autorité concernée si la convention en cause n'obligeait pas le cessionnaire bénéficiaire à exercer l'activité cédée de sorte que cette convention comporterait alors une autorisation d'exercer une activité

économique. En effet, une telle autorisation ne se distingue pas d'une concession de services en ce qui concerne l'obligation de respecter les règles fondamentales du traité et les principes qui en découlent dès lors que l'exercice de cette activité est de nature à intéresser potentiellement des opérateurs économiques établis dans d'autres États membres (CJUE, Belgacom NV du 14 novembre 2013, C-221/12, point 33).

42. En l'espèce, les terrains concernés par la décision attaquée se situent dans la zone portuaire d'Anvers, une zone d'activité regroupant essentiellement de nombreux acteurs internationaux, provenant notamment des autres États membres. Deuxièmement, la zone portuaire – et par conséquent aussi les terrains concernés – se situe à proximité de la frontière avec les Pays-Bas, ce qui implique que des entreprises néerlandaises peuvent toujours avoir intérêt à remporter ce contrat. Troisièmement, il ressort en outre de la valeur de la convention concédant une emphytéose de 99 ans sur les terrains concernés que celle-ci a été consentie moyennant un canon unique de 6.000.000,00 euros et un canon annuel de 1.767,68 euros indexés pendant 99 ans. Ce montant est supérieur aux seuils européens en matière de marchés publics de fournitures et de services et pour les marchés de travaux qui n'ont d'ailleurs, en l'occurrence, qu'une valeur indicative.

Force est dès lors de conclure raisonnablement – et la partie défenderesse ne le conteste pas non plus – que la décision d'attribution attaquée concerne une convention présentant un intérêt transfrontalier certain.

Quant au contenu de l'obligation de transparence qui découle des articles 49 et 56 TFUE dans le cas de conventions présentant un intérêt transfrontalier

43. Dans son dernier mémoire, la partie défenderesse ne conteste pas (ou plus) l'applicabilité des articles 49 et 56 du TFUE et de l'obligation de transparence qui en découle à la procédure d'attribution ayant conduit à la décision

attaquée. Par contre, elle conteste bien le fait qu'elle n'aurait pas respecté les obligations requises en matière de transparence et pose à cet égard la question de ce qu'implique, en l'occurrence, le « degré de publicité adéquat » requis par la Cour de justice, à défaut de règles concrètes de passation en ce qui concerne la mise sur le marché d'un droit d'emphytéose à concéder.

44. L'obligation de transparence incombant à l'autorité investie du pouvoir d'attribution, vise à ce que tous les candidats potentiellement intéressés soient informés au préalable et à ce qu'ils puissent se porter candidats. Ils doivent avoir la possibilité réelle de montrer leur intérêt. Ce faisant, le principe de transparence permet, d'une part, de prévenir la violation des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination et, d'autre part, de vérifier l'impartialité de la procédure d'attribution suivie. Cette obligation de transparence implique que soit garanti à tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offre (CJUE, Coditel Brabant SA du 13 novembre 2008, C-324/07, point 25).

Le degré de publicité adéquat implique à l'évidence bel et bien que d'autres parties potentielles provenant d'autres États membres soient dans la possibilité d'en prendre raisonnablement connaissance de manière effective et de décider, après mûre réflexion, de manifester ou non leur intérêt en fonction de cette publicité. Ainsi que la précision a déjà été apportée ci-dessus, dès qu'il est établi qu'une convention déterminée présente un intérêt transfrontalier certain, l'obligation de transparence s'applique en outre à l'égard de *tout* soumissionnaire potentiel, même si celui-ci est établi dans le même État membre que l'autorité publique délégatrice.

Du reste, en vertu du principe constitutionnel d'égalité (interne), le principe de transparence, inclus dans le principe d'égalité (voir *supra* point 33), s'applique tout autant aux autres parties potentielles issues du même État membre.

45. Il appartient en premier lieu à l'autorité publique délégatrice d'apprécier si l'appel à concurrence est conforme à la spécificité de la convention concernée, laquelle appréciation peut être vérifiée par les instances judiciaires compétentes (CJUE, *Parking Brixen* du 13 octobre 2005, C-458/03, point 49). Il ressort toutefois de ce même arrêt de la Cour de justice (point 50) que l'absence totale d'appel à concurrence n'est en tout cas pas conforme aux exigences des articles 49 et 56 du TFUE et qu'elle est contraire au principe général de transparence ainsi qu'à l'obligation de garantir un degré de publicité adéquat (voir également CJUE, *Commission c./ Italie* du 13 septembre 2007, C-260/04, point 25).

Quant à l'application du principe de transparence découlant des articles 49 et 56 dans la présente cause

46. Force est de constater qu'en l'espèce, nonobstant l'intérêt transfrontalier certain de la convention envisagée qui doit être précédée d'un degré adéquat de publicité, il n'y a en tout cas nulle trace dans le dossier administratif d'une quelconque publicité à l'initiative de la partie défenderesse au sujet de son intention de céder des terrains par la vente ou l'emphytéose et, partant, de la convention envisagée elle-même, ni des exigences pertinentes, des critères et des modalités essentielles du contrat à remporter, garantissant l'égalité des chances à tous les candidats potentiels (par exemple également aux candidats néerlandais) en vue de l'acquisition de ce contrat.

Il ressort du dossier administratif que des « communiqués de presse » sont parus dans le *Standaard* et le *Nieuwsblad* mais ces communiqués ne sauraient être considérés comme un « appel à concurrence » préalable lancé à l'initiative de (l'organe compétent de) la partie défenderesse relativement à une décision qu'elle a prise de céder ces terrains, aux conditions auxquelles elle souhaite y procéder et aux critères et exigences à respecter.

Dans son exposé des faits, la partie défenderesse fait valoir que quelques intéressés se sont manifestés mais le dossier est dépourvu de documents à l'appui de cette assertion. On ne sait absolument pas quelles publications ont incité ces personnes intéressées à se manifester auprès de la partie défenderesse ni si ce procédé a permis d'atteindre tous les candidats potentiels; encore moins sait-on si tous les candidats potentiels avaient eu connaissance des éléments nécessaires pour présenter une proposition mûrement réfléchie, comme les conditions, les modalités ou les exigences imposées à la convention projetée ou encore le délai imparti pour les offres. Il ne peut exister de doute raisonnable quant au fait qu'une telle pratique ne peut en tout cas être tenue comme présentant un « degré de publicité adéquat » permettant de vérifier, à l'aune de l'égalité de traitement et de l'impartialité, la procédure administrative d'attribution suivie. D'ailleurs, c'est à tort que ces communiqués de presse font état de la vente des aires de stationnement à Metropolis, ce qui s'avère erroné dès lors qu'il ne s'agit pas d'une vente mais d'un droit d'emphytéose et que la partie requérante n'est du reste pas le bénéficiaire.

Surabondamment, l'ignorance de la partie requérante à propos d'une modalité essentielle du contrat à remporter (emphytéose et non vente), l'illusion créée à tort par la partie défenderesse auprès de la partie requérante qui croyait qu'il serait question d'une vente et les attentes de la partie requérante qui estimait qu'elle pouvait se fonder sur le droit de préemption stipulé contractuellement, de même que le délai limité pour faire une offre, sont autant de différences importantes avec l'affaire ayant conduit à l'arrêt n° 212.929 du Conseil d'État du 5 mai 2011 à laquelle se réfère la partie défenderesse. Dans cette affaire, la partie requérante de l'époque pouvait en effet faire une offre en pleine connaissance de cause quant au contrat à remporter et elle n'avait par conséquent subi aucun préjudice du fait de l'appel restreint au marché. La partie défenderesse est mal placée pour soutenir, comme elle le fait dans son dernier mémoire, qu'on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir associé la partie requérante à la procédure d'appel au marché antérieurement à sa séance du 22 juin 2012, séance où elle a elle-même fait savoir à la partie requérante qui avait manifesté son intérêt en 2010,

qu'une procédure administrative devait être suivie pour toute procédure d'acquisition et de vente par la partie défenderesse.

L'absence totale d'appel préalable à la concurrence émanant de la partie défenderesse pour la concession d'une convention présentant un intérêt transfrontalier certain n'est quoi qu'il en soit pas conforme aux exigences des articles 49 et 56 du TFUE, aux principes de l'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence et ne satisfait en particulier pas à l'obligation de garantir un degré de publicité adéquat (CJUE, *Parking Brixen* du 13 octobre 2005, C-458/03, point 50; CJUE, *Commission c./ Italie* du 13 septembre 2007, C-260/04, point 25).

Dans ces conditions, il n'y a aucune raison, ni aucune nécessité d'examiner au regard du principe de proportionnalité le procédé suivi par la partie défenderesse, ni de soumettre à la Cour de justice la question préjudicielle que formule - dans son dernier mémoire, d'ailleurs – la partie défenderesse.

47. Dans un souci d'exhaustivité, même si la Cour de justice admet que l'autorité peut, le cas échéant, déroger, pour une convention présentant un intérêt manifestement transfrontalier, à l'obligation de transparence qui lui incombe et qu'elle peut, de ce fait, faire fi de l'appel à concurrence dès lors que cette mesure peut être justifiée « par des raisons impérieuses d'intérêt général » (CJUE, *Belgacom NV* du 14 novembre 2013, C-221/12, point 38), force est, dans ce cas, de constater que l'existence de telles raisons n'est pas invoquée par la partie défenderesse et qu'elle est encore moins démontrée.

48. Enfin, la partie défenderesse ne saurait être suivie lorsqu'elle fait valoir dans son dernier mémoire, en se référant à un arrêt *Ministero dell'Interno* de la Cour de justice du 11 septembre 2014 dans l'affaire C-19/13, qu'une annulation de la décision attaquée affecterait l'équilibre entre la sécurité juridique et la protection juridique au bénéfice de ce dernier aspect et qu'au regard du principe de proportionnalité, une telle sanction serait manifestement déraisonnable.

En l'occurrence, la référence que fait la partie défenderesse à l'arrêt manque de pertinence. Tout d'abord, la procédure au fond portait sur l'irrégularité d'une décision d'attribution (que le juge a annulée) relative à la conclusion d'une convention pour la gestion et le développement des services de télécommunication à laquelle s'applique la réglementation en matière de marchés publics, y compris les directives européennes sur la protection juridique en vigueur en la matière, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En outre, cet arrêt n'abordait absolument pas la question de savoir si cette décision d'attribution pouvait effectivement être annulée ou si cette annulation était en conflit avec le principe de sécurité juridique mais bien celle de savoir quels étaient les effets juridiques de l'annulation sur la convention déjà conclue, plus spécifiquement si le juge pouvait ou non conclure à la déclaration d'absence d'effets. Cette question n'est de nouveau pas à l'ordre du jour dans le présent recours, ne serait-ce que parce que la déclaration d'absence d'effets du bail emphytéotique ne relève pas de la juridiction du Conseil d'État mais bien de celle du juge de l'ordre judiciaire à qui il appartient de se prononcer sur cet aspect.

49. Le premier moyen est fondé.

DÉCISION

1. Le Conseil d'État annule la décision du Conseil d'administration de la Société flamande des transports De Lijn du 18 juillet 2012 « de donner à bail emphytéotique les biens immobiliers faisant actuellement l'objet d'une convention d'occupation du 8 janvier 2003 conclue entre la partie requérante et la partie défenderesse ».

2. Le Conseil d'État rejette le recours pour le surplus.

3. Les dépens de la demande de suspension et du recours en annulation, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie défenderesse.

Le présent arrêt a été prononcé à Bruxelles, en audience publique du vingt-trois décembre deux mille quinze, par le Conseil d'État, XIVe chambre, composée de :

Geert Debersaques,	président de chambre,
Carlo Adams,	conseiller d'État,
Kaat Leus,	conseiller d'État,
assistés de	
Johan Pas,	greffier.

Le greffier

Le président

Johan Pas

Geert Debersaques

TRADUCTION ETABLIE CONFORMEMENT A L'ARTICLE 63,
ALINEA 1^{er}, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNEES LE 12 JANVIER 1973.