

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.858 du 25 mai 2016
G./A.207.634/VI-19.860

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

ayant élu domicile chez
Me Christophe THIEBAUT, avocat,
Boulevard de la Woluwe, n° 62,
1200 Bruxelles,

contre :

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

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

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

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

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 228.761 du 15 octobre 2014 a rouvert les débats.

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

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

Une ordonnance du 22 mars 2016, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 20 avril 2016.

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

Mes Christophe THIEBAUT et Jérôme DENAYER, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et Me Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

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

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

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du présent recours sont exposés par l'arrêt n° 228.761, prononcé le 15 octobre 2014.

IV. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

IV. 1. Rapport complémentaire

Après avoir rappelé l'état de la procédure et mentionné les démarches qu'elle a entreprises à l'égard de la partie adverse dans le cadre de la réouverture des débats, ainsi que les suites qui y ont été réservées, l'auditeur rapporteur fait état des enseignements que livre cette instruction complémentaire au regard de l'interrogation qui ressort de l'arrêt n° 228.761, prononcé le 15 octobre 2014, et qui porte sur une évaluation de la proximité de la partie adverse à l'égard d'autorités qui l'ont créée ou la contrôlent. Dans un premier temps, elle retrace l'évolution du cadre juridique de l'exploitation de l'aéroport de Charleroi, depuis la création de la société anonyme B.S.C.A., en 1991. A la faveur d'une approche essentiellement chronologique, cette première partie décrit l'évolution tant de la structure et de l'actionnariat de la partie adverse, que des relations fonctionnelles (et, donc, pas seulement organiques) que celle-ci a entretenues avec la Région wallonne et un acteur que celle-ci a créé, pour la mise en œuvre de sa politique aéroportuaire, la SOWAER. Sont également évoquées

les relations avec la société de droit public B.S.C.A. Security. Il ressort, par ailleurs, de cette première partie que, dans le cadre d'une procédure (étrangère à la présente cause) initiée par la Commission européenne, celle-ci a relevé que des prérogatives régaliennes avaient été confiées à la partie adverse. La deuxième partie de ce rapport complémentaire consiste en des descriptions schématiques des liens existants, au jour de l'adoption de l'acte attaqué, entre la partie adverse, la Région wallonne, des autorités administratives et d'autres entités. Les liens ainsi décrits sont financiers (actionnariat de la partie adverse), organiques (composition des organes de la partie adverse) et contractuels (aperçu des différents contrats de (sous-)concessions domaniales ou de services conclus entre les différents acteurs). Cet aperçu permet à l'auditeur rapporteur de conclure qu'une grande proximité de la société anonyme B.S.C.A. avec la Région wallonne et d'autres personnes morales de droit public contrôlées par la Région est manifeste; que le contrôle financier indirect et le contrôle organique direct de la Région wallonne sont établis, mais qu'il peut toutefois difficilement être affirmé que la société anonyme B.S.C.A. ne constitue "que le prolongement" de la Région wallonne ou d'une autre autorité administrative. Enfin, l'auditeur rapporteur recommande le maintien de la confidentialité demandée par la partie adverse pour les pièces qu'elle a communiquées dans le cadre de la réouverture des débats, en vue de l'instruction complémentaire.

IV. 2. Thèses des parties

A. Dernier mémoire de la requérante

A titre principal, la requérante soutient, en étayant sa thèse, que des éléments qui ressortent du rapport de l'auditeur rapporteur, l'on devrait déduire que la société anonyme B.S.C.A. est, au regard des critères établis par le Conseil d'Etat, une "autorité administrative" au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973. Ayant égard à la jurisprudence de la Cour de cassation, et plus particulièrement à l'exigence de voir l'institution prendre des "décisions obligatoires à l'égard des tiers", elle rappelle, à la suite du rapport complémentaire de l'auditeur, que les documents contractuels relatifs à la concession de services accordée à la S.A. B.S.C.A. font apparaître que "la Région lui aurait confié des «prérogatives régaliennes», justifiant des compensations financières, qui ne se limitent donc pas au pouvoir d'établir et de percevoir des redevances à charge des usagers", estimant que ceci tend déjà à démontrer que le pouvoir de la société anonyme B.S.C.A. de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers ne se limite pas à la seule fixation de redevances. Elle ajoute, à ce propos, que l'acte attaqué s'inscrit dans un processus qui tend à imposer une décision obligatoire à des tiers, dès lors que, fût-ce de manière indirecte, la procédure à laquelle participe l'acte attaqué

tend à s'opposer à ce que les exploitants de taxis, bénéficiaires d'une autorisation communale, puissent encore occuper les emplacements situés sur la voie d'accès au terminal, et ce alors même qu'il s'agit d'une voie publique. A titre subsidiaire, la requérante soutient et s'attache à démontrer que – contrairement à ce que conclut l'auditeur rapporteur – la partie adverse s'inscrit bien dans le prolongement de la Région wallonne. Au terme de cette démonstration, elle soutient que le Conseil d'Etat devrait se déclarer compétent pour connaître d'un recours contre l'acte attaqué sous peine de méconnaître les principes d'égalité et de non-discrimination, et, faute de quoi, cela signifierait que la requérante, alors même que la société anonyme B.S.C.A. n'apparaît que comme le "prolongement" d'une autorité administrative, devrait démontrer que l'acte dont elle poursuit l'annulation est obligatoire pour des tiers, alors que si cet acte avait été directement pris par l'autorité "prolongée" ou par une autre autorité administrative, elle n'aurait pas été tenue de faire une telle démonstration. La requérante considère enfin que, si tant est qu'il devait être considéré que la discrimination trouve sa source dans l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, il y aurait lieu de poser la question préjudicielle qu'elle formule dans le dispositif de son dernier mémoire.

B. Dernier mémoire de la partie adverse

A titre principal, la partie adverse se prévaut du caractère prépondérant qu'il y a lieu de reconnaître au critère relatif au pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. Elle se réfère à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 juin 2013 et fait, par ailleurs, valoir que, par rapport à l'objet véritable de la demande formulée par la requérante, c'est le juge judiciaire qui est compétent pour connaître de la présente cause, mentionnant à ce propos les décisions qui ont été rendues par les juridictions judiciaires dans le cadre du contentieux qui oppose la requérante à la partie adverse. A titre subsidiaire, elle estime qu'il s'impose de fortement nuancer les liens qui peuvent exister entre la partie adverse et la Région wallonne ou d'autres personnes morales de droit public et conclut, à la suite de l'auditeur rapporteur, au fait que la partie adverse ne pourrait être considérée comme le prolongement de la Région wallonne ou d'une autre autorité administrative. Elle considère, enfin, qu'il n'y a pas lieu d'interroger la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel, faisant notamment valoir – au vu de l'arrêt n° 131/2012 du 30 octobre 2012 – que la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique, et que la solution alors retenue est transposable en l'espèce.

IV. 3. Décision du Conseil d'Etat

L'arrêt n° 228.761, prononcé le 15 octobre 2014, ordonne la réouverture des débats sur la base des motifs suivants:

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

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

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

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

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

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

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

Telle qu'elle est identifiée, la différence de traitement dont il s'imposerait, le cas échéant, de contrôler la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec d'autres dispositions, suppose que soit vérifiée une

proximité suffisante de la partie adverse à l'égard d'autorités qui l'ont créée ou la contrôlent. Cette vérification requiert que soient accomplis des devoirs complémentaires.

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

Si l'instruction complémentaire a utilement fait apparaître les liens organiques, financiers et contractuels étroits, qui unissent la partie adverse à la Région wallonne et à d'autres autorités administratives, elle ne permet pas d'aboutir à la constatation que cette partie adverse ne serait que le "prolongement" de ces autorités. Il s'impose, en particulier, d'avoir égard aux règles de délibération du conseil d'administration, en tant qu'elles reflètent l'influence que peuvent avoir, sur le fonctionnement de la partie adverse, les administrateurs nommés sur proposition des actionnaires de la catégorie C, catégorie instituée à l'occasion de l'ouverture du capital à la société anonyme BELGIAN AIRPORTS. Il apparaît ainsi que, nonobstant l'infériorité numérique sensible de ces administrateurs par rapport à ceux qui sont nommés sur proposition des actionnaires de la catégorie A (catégorie à laquelle s'identifient les autorités administratives concernées), les décisions relatives à certains aspects essentiels de l'activité statutaire et du fonctionnement de la partie adverse ne peuvent être adoptées que moyennant l'accord de l'ensemble des "administrateurs C". Ce qui fait ainsi figure de "droit de veto" dont bénéficient les "administrateurs C" impose de constater la limite assignée à la maîtrise de la partie adverse par les autorités administratives, excluant que celle-là apparaisse comme étant le "prolongement" de celles-ci.

Dès lors que le prolongement supputé par l'arrêt précité ne peut être vérifié en fait, il n'apparaît pas indiqué de s'écarter de ce qu'a décidé la Cour de cassation, à propos de la qualité de la partie adverse, dans l'arrêt qu'elle a prononcé le 13 juin 2013. Sans doute, cet arrêt n'exclut-il pas que, dans d'autres circonstances que celles qui en étaient à l'origine, la partie adverse puisse être qualifiée d'"autorité administrative" au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973. Aucun élément résultant de l'examen de la présente cause ne permet toutefois d'adopter une solution différente. A cet égard, c'est vainement que la requérante entend reconnaître à la partie adverse un "pouvoir d'adopter des décisions contraignantes à l'égard des tiers", pouvoir résultant du fait qu'en concédant à un opérateur économique le droit d'occupation d'emplacements de stationnement, elle priverait tous les autres opérateurs intéressés du bénéfice d'une telle occupation. A supposer qu'un tel effet puisse être reconnu à la décision qui attribue la sous-concession litigieuse, il s'impose de relever que l'acte attaqué n'a pas pour objet d'attribuer à un opérateur déterminé la sous-concession, mais bien de lancer l'appel

d'offres en vue de cet octroi, d'arrêter le mode de passation de cette opération et d'en fixer le cahier spécial des charges.

Par ailleurs, la requérante demande, dans son dernier mémoire déposé après le rapport complémentaire de l'auditeur rapporteur, que soit posée à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle qu'elle formule dans les termes suivants:

" Interprété comme imposant à la personne qui entend contester devant le Conseil d'Etat la procédure d'attribution d'une concession de service public mise en oeuvre par une personne de droit privé qui a été créée et est contrôlée par une autorité administrative qui lui a attribué des missions de service public - la première n'apparaissant que comme le «prolongement» de la seconde -, d'établir que l'acte qu'elle entend contester est un acte obligatoire à l'égard des tiers alors que celle qui entend contester la procédure d'attribution d'une même concession mise en oeuvre par une personne morale relevant d'un régime de droit public n'est pas tenue de faire une telle démonstration, l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution ?".

Il ressort des développements qui précèdent que la partie adverse n'apparaît, en tout état de cause, pas comme le "prolongement" d'autorités administratives, de sorte que l'hypothèse sur laquelle est fondée la question préjudicielle ainsi formulée, n'est pas vérifiée en fait.

Pour le surplus, l'arrêt n° 131/2012, prononcé par la Cour constitutionnelle le 30 octobre 2012, décide que n'est pas discriminatoire la différence de traitement – au regard de la possibilité de poursuivre devant le Conseil d'Etat l'annulation de la décision d'attribution d'un marché public – entre le candidat à l'obtention d'un marché passé par un pouvoir adjudicateur auquel ne peut être reconnue la qualité d'"autorité administrative", au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, et le candidat à un marché passé par un pouvoir adjudicateur auquel est reconnue cette qualité d'"autorité administrative". Sans doute, en l'état du droit applicable à l'espèce alors traitée, le premier n'avait-il pas, à la différence du second, la possibilité d'introduire, devant le Conseil d'Etat, un recours en annulation de la décision d'attribution du marché. Néanmoins, il pouvait saisir les cours et tribunaux afin de faire protéger ses droits subjectifs éventuellement mis en cause par cette décision et disposait ainsi de la possibilité de faire contrôler la légalité de la décision d'attribution par un juge disposant d'une compétence de pleine juridiction.

La solution de cet arrêt est transposable à la différence de traitement que révèle l'examen du présent recours, la circonstance que ne soit pas en cause la situation de candidats à l'obtention d'un marché public, mais bien celle de candidats à

l'attribution d'une (sous-)concession domaniale ou de services étant indifférente au regard de cette différence de traitement.

Dans ces circonstances où la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique, il n'y a pas lieu de l'interroger à titre préjudiciel.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître du présent recours, lequel doit – en conséquence – être rejeté.

V. CONFIDENTIALITE

Par des courriers des 5 février et 16 juillet 2015, le conseil de la partie adverse a demandé que soit maintenue la confidentialité intégrale de chacune des pièces transmises, dans le cadre de la réouverture des débats, à la demande de l'auditeur rapporteur. Cette demande est motivée.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'Etat et que les pièces concernées sont renvoyées à la partie adverse, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-cinq mai deux mille seize par :

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.