

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.859 du 25 mai 2016
G./A.208.732/VI-19.966

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

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

contre :

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

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

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

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

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Un arrêt n° 228.797 du 17 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.

Me Xavier CLOSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Stéphanie GOLINVAUX, *loco* Me Pierre FRUHLING, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis 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° 228.797, prononcé le 17 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° 228.797, prononcé le 17 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

Revenant notamment sur les liens contractuels entre la partie adverse, la Région wallonne et la SOWAER, tels que les décrit notamment le rapport complémentaire de l'auditeur rapporteur, la requérante relève que "la création et le maintien de ces diverses relations contractuelles sans que soit envisagée une mise en concurrence démontrent que ces intervenants considèrent - à tort ou à raison - que les liens particuliers qui les unissent justifient l'absence d'application de la législation sur les marchés publics et/ou des principes de concurrence et de transparence issus du droit primaire européen". Elle rappelle également que "lorsqu'il s'est agi de défendre devant la Commission européenne la régularité des subventions versées à la compagnie aérienne Ryanair, la Région wallonne a invoqué l'argument selon lequel B.S.C.A. et elle-même devaient être considérées «comme une seule et même entité aux fins de l'application du principe de l'investisseur privé en économie de marché»", pour en retenir que les constats alors posés par le Tribunal de Première instance de l'Union européenne rejoignent ceux de l'auditeur rapporteur à propos des liens

organiques existants entre B.S.C.A. et la Région wallonne. Elle conclut son dernier mémoire dans les termes suivants:

- " 5. Le rapport de Madame l'Auditeur confirme donc les importants liens organiques existant entre les pouvoirs publics, en particulier la Région wallonne, et B.S.C.A. Il confirme également que B.S.C.A. a été créée par des pouvoirs publics pour poursuivre un objectif d'intérêt général, et que l'exploitation de l'aéroport de Charleroi a été confié à cette société parce qu'elle est directement sous le contrôle de la Région.
Est également confirmée l'existence, dans le chef de B.S.C.A., de certaines prérogatives liées à l'exercice de la puissance publique, même si ces prérogatives ne sont pas en lien avec l'acte attaqué.
6. La requérante se réfère dès lors au raisonnement contenu dans son dernier mémoire du 30 décembre 2013 pour solliciter de Votre Conseil qu'il interroge la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, qui ne permet pas de considérer que B.S.C.A. est une autorité administrative".

B. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse fait état des différents arguments qui l'incitent à soutenir qu'il n'y a pas lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle dont la perspective est envisagée par l'arrêt n° 228.797, prononcé le 17 octobre 2014, 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 les dispositions invoquées ne violent manifestement pas les articles 10 et 11 de la Constitution. Elle soutient également qu'en tant qu'elle porte sur les garanties dont bénéficient les administrés selon qu'ils s'adressent à une autorité administrative ou pas, la question n'a pas à être posée par le Conseil d'Etat, dès lors qu'il n'est pas le juge compétent pour connaître du présent litige.

IV. 3. Décision du Conseil d'Etat

L'arrêt n° 228.797, prononcé le 17 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, ce que ne conteste d'ailleurs pas vraiment la requérante, laquelle – tant dans son dernier mémoire après réouverture des débats, qu'en termes de plaidoiries – insiste surtout sur la question de la constitutionnalité de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, en tant que cette disposition ne permettrait pas de considérer que la partie adverse est une autorité administrative.

Précisément, 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:

- " L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat est-il contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec le principe du droit à un recours effectif consacré notamment par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme :
- en ce qu'il ne permet pas de qualifier d'«autorité administrative» une personne morale ayant la forme d'une personne morale de droit privé, alors même que cette personne est créée et contrôlée par les pouvoirs publics, qu'elle est chargée d'un service public confié sans mise en concurrence par l'autorité à l'origine de sa création, service qu'elle rend sous un contrôle de tutelle spécifique de cette même autorité, et qu'elle dispose par ailleurs de prérogatives de puissance publique qui lui sont directement confiées par un texte légal, avec pour conséquence, notamment :
- que les justiciables préjudiciés par un acte administratif émanant d'une telle personne morale ne disposent [pas] de la possibilité d'introduire un recours en annulation de cet acte;

- que ces justiciables ne peuvent demander un contrôle de légalité de cet acte au regard des principes généraux du droit administratif notamment les principes d'égalité et de non-discrimination et le principe de transparence, en ce qu'ils sont déduits des articles 10 et 11 de la Constitution, mais également le principe général selon lequel les actes administratifs des autorités administratives doivent reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles;
- que l'obligation de motiver les actes administratifs en la forme ne s'applique en principe pas à une telle personne (article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1991), alors que les justiciables préjudiciés par l'acte administratif d'une «autorité administrative» au sens de l'article 14 des LCCE disposent d'un recours en annulation de cet acte, peuvent invoquer à l'encontre de cette autorité l'ensemble des principes généraux et dispositions légales applicables aux autorités administratives, notamment en matière de motivation formelle des décisions".

Il y a lieu, avant tout, de relever qu'en tant qu'elle prend appui sur l'hypothèse d'une personne morale disposant "par ailleurs, de prérogatives de puissance publique qui lui sont directement confiées par un texte légal", la question suggérée par la requérante se laisse nécessairement entendre – sauf à la priver de sens – comme supposant que l'adoption de l'acte susceptible, ou non, de faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat est étrangère à l'exercice des prérogatives de puissance publique dont cette personne disposerait. Nonobstant le fait que, dans un autre contexte, il a été reconnu que la partie adverse disposait de "prérogatives régaliennes", les débats tenus en la présente cause n'ont permis ni d'identifier les prérogatives de puissance publique dont disposerait la partie adverse, ni, *a fortiori*, de déterminer si l'adoption de l'acte attaqué ressortissait, ou non, à l'exercice de ces prérogatives. Reposant sur une hypothèse qui n'a pu être vérifiée en fait, la question préjudicielle que la requérante demande de poser ne pourrait, en tout état de cause, être soumise à la Cour constitutionnelle dans les termes en lesquels elle la formule.

Par ailleurs, 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.

Il n'y a pas davantage lieu de poser la question préjudicielle suggérée, en tant qu'elle porte sur la différence de traitement en ce qui concerne, d'une part, la possibilité de demander un contrôle de légalité de l'acte incriminé au regard des principes généraux du droit administratif et, d'autre part, la dispense d'obligation de motivation formelle dont – à l'estime de la requérante – bénéficierait la personne morale répondant aux caractéristiques visées par cette même requérante. La nécessité de poser une telle question, qui met en cause le droit matériel applicable à l'acte attaqué, ne peut être appréciée que par le juge compétent pour connaître du recours formé contre cet acte. Dès lors que le Conseil d'Etat ne se déclare pas compétent pour connaître de ce recours, il ne lui appartient pas de donner suite à la question préjudicielle, en tant qu'elle porte sur ces objets.

V. CONFIDENTIALITE

Par un courrier du 31 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.