

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 237.728 du 21 mars 2017

A.220.762/VI-20.909

En cause : **1. l'association sans but lucratif Centre culturel de la
Communauté française "LE BOTANIQUE",
2. la société anonyme ANTWERPS SPORTPALEIS,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Jean BOURTEMBOURG et
Nathalie FORTEMPS, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

la ville de Bruxelles,

ayant élu domicile chez
M^e Marc UYTENDAELE, avocat,
rue de la source 68
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

l'association sans but lucratif BRUSSELS EXPO,

ayant élu domicile chez
M^e France VLASSEMBROUCK, avocat,
neerveldstraat 101-103
1200 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 décembre 2016, l'association sans but lucratif Centre culturel de la Communauté française "LE BOTANIQUE" et la société anonyme ANTWERPS SPORTPALEIS demandent, d'une part, la suspension de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la décision du Conseil communal de la Ville de Bruxelles du 21 novembre 2016 approuvant le rapport d'examen des offres, faisant sienne la proposition d'attribution reprise dans ce rapport pour la concession d'exploitation du Cirque Royal, attribuant la concession à l'A.S.B.L. BRUSSELS EXPO dont le siège social est établi Place de Belgique à 1020 Bruxelles et approuvant la convention de concession en annexe".

II. Procédure

Un arrêt n° 236.553 du 25 novembre 2016 a accueilli, dans la procédure en référé d'extrême urgence, la requête en intervention introduite par l'association sans but lucratif BRUSSELS EXPO et a rejeté la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué introduite selon la procédure d'extrême urgence. Il a été notifié aux parties.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La partie intervenante a déposé un mémoire dans lequel elle expose ses observations.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. Eric THIBAUT, Premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

Par une ordonnance du 20 février 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 mars 2017 à 10 heures.

Le rapport et l'ordonnance ont été notifiés aux parties.

M. Serge BODART, Conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Nathalie FORTEMPS, avocat, comparaisant pour les parties requérantes, M^e Bertrand HAYMANS, *loco* M^e Marc UYTENDAELE, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e France VLASSEMBROUCK, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Eric THIBAUT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme au présent arrêt.

Il est fait application des 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.

III. Faits

Les faits de la cause ont été présentés comme suit dans l'arrêt n° 236.553 du 25 novembre 2016 :

- " 1. Le 22 juin 1999, a été conclue une convention de concession entre la ville de Bruxelles et la première requérante, relative au Cirque Royal, soit l'ensemble immobilier établi rue de l'Enseignement, 77 à 83, et ses annexes de la rue de la Presse, 17 et 25, et Galerie du Parlement, 22. Par cette convention, la ville de Bruxelles a concédé à la première requérante le droit exclusif d'exploiter le Cirque Royal, sous la dénomination "Cirque Royal - Koninklijke Circus". Le bien a été donné en concession pour l'organisation d'activités ou de manifestations culturelles et artistiques de nature diverses, destinées à satisfaire un public large et éclectique. La première requérante a été autorisée à organiser directement ces activités ou à le faire par des tiers agréés par elle, via des contrats d'occupation temporaire ou des contrats de concession temporaire avec des tiers.

Selon l'article 1^{er} de la convention, une priorité doit être donnée en matière de location de salles ou de demandes d'occupation émanant du Théâtre royal de la Monnaie. La requérante doit par ailleurs veiller à organiser des activités ou des manifestations généralement ouvertes au grand public.

En application de l'article 3 de la convention, celle-ci prend cours le 1^{er} juillet 1999 pour une durée de 27 ans, soit jusqu'au 30 juin 2026. Chaque partie peut cependant y mettre fin anticipativement, à chaque échéance de neuf ans, moyennant l'envoi par pli recommandé, à l'autre partie, d'un préavis de 1 an, cette faculté de résiliation n'ouvrant aucun droit à indemnité en faveur de l'autre partie.

2. Le 6 novembre 2014, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse adopte la décision suivante :

«1. Prendre pour information que le Parc des Expositions de Bruxelles propose de reprendre l'exploitation du Cirque Royal dès la fin de la présente convention sans augmentation de la redevance.

2. Prendre pour information que la convention de concession prend fin de plein droit en date du 30/06/2026, mais que chaque partie peut y mettre fin anticipativement à chaque échéance de 9 ans et que la prochaine échéance de résiliation est le 30/06/2017, moyennant un préavis de un an à donner avant le 30/06/2016.

3. Autoriser la Régie foncière de mettre fin à la convention de concession en cours avec Le Botanique pour le 30/06/2017, moyennant l'envoi par pli recommandé d'un préavis de 1 an, en vue de conclure un nouveau contrat avec un nouvel exploitant.

4. Approuver le principe de conclure à partir du 01/07/2017, une nouvelle convention d'exploitation avec le PEB pour le Cirque Royal et ceci dès la fin de la présente convention d'exploitation, sous les mêmes conditions d'exploitation et moyennant paiement d'une redevance de base indexable correspondante au montant de la redevance indexée payée par Le Botanique à la date d'échéance de la convention de concession en cours».

La première partie requérante a introduit un recours en annulation au Conseil d'Etat à l'encontre du quatrième objet de cette délibération du collège des bourgmestre et échevins (G./A.217.360/XV-2916). Ce recours est actuellement toujours pendant.

3. Par une délibération du 20 août 2015, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse décide de «retirer la délibération du collège du 06/11/2014 autorisant la régie foncière à mettre fin à la convention de concession en cours avec l'ASBL "Le Botanique" au motif que le principe du parallélisme des formes

implique que si le conseil communal est seul à pouvoir décider du principe de l'octroi d'une concession, il est également le seul à pouvoir décider de la résolution de celle-ci».

4. Le 7 septembre 2015, la première requérante apprend qu'a été inscrite à l'ordre du jour du conseil communal de la partie adverse du 7 septembre 2015, en urgence et en comité secret, une résolution visant à autoriser la Régie foncière à mettre fin à la convention de concession en cours (moyennant préavis d'un an) en vue d'inclure les travaux de mise en conformité indispensables à l'exploitation du Cirque Royal dans un nouveau contrat avec un nouvel exploitant.

Le même jour, elle adresse à la partie adverse, par l'intermédiaire de ses conseils, un courrier dans lequel elle rappelle, qu'en méconnaissance de la convention, la partie adverse avait refusé de réaliser les travaux qu'impliquait le nouveau permis d'environnement délivré et, qu'en tout état de cause, la convention et le respect du principe de l'exécution de bonne foi impliquent, avant de décider d'une résiliation de la convention, qu'une discussion soit menée entre les parties au sujet de ces travaux. La première requérante indique également qu'elle est disposée à cet égard d'envisager de réaliser, à ses frais, ces travaux de mise en conformité permettant la poursuite de la convention jusqu'à son terme et la continuité de la gestion actuelle qui a fait la renommée du Cirque Royal. Il est enfin indiqué dans le courrier qu'il est en tout état de cause prématuré pour le conseil communal de décider de cette résiliation, le point ne pouvant pas être examiné en urgence et à huis clos. Il est par ailleurs demandé que ce courrier soit porté à la connaissance des membres du conseil communal.

5. Le 7 septembre 2015, le conseil communal de la partie adverse adopte la décision suivante :

«Le Conseil communal,
Réuni en comité secret en application de l'article 94, alinéa 1^{er}, de la nouvelle loi communale;
Considération que le Conseil communal, en séance du 19 avril 1999, a autorisé la Ville à signer avec l'ASBL Centre culturel de la Communauté française "LE BOTANIQUE" une convention de concession ayant pour objet l'exploitation du Cirque royal prenant cours le 1^{er} juillet 1999 pour une durée de 27 ans résiliable tous les 9 ans moyennant préavis d'un an; la redevance annuelle de base est de 61.973 euros (2.500.000 BEF) payable par mensualité de 5.164 euros (208.333 BEF), actuellement la redevance mensuelle indexée s'élève à 7.168,45 euros;
Considérant que la prochaine échéance de résiliation est le 30 juin 2017 (moyennant préavis à donner avant le 30 juin 2016);
Considérant que le permis d'environnement était valable jusqu'au 23 août 2014. L'ASBL BOTANIQUE a obtenu un nouveau permis d'environnement en date du 10 juillet 2014 mais ce permis impose d'importants travaux en ce qui concerne la protection contre l'incendie et la mise en conformité des installations électriques et du local chaudière;
Considérant que le concessionnaire actuel ne souhaite pas prendre en charge l'essentiel de ces travaux;
Considérant la faible redevance, il n'est pas envisageable pour la Ville de prendre en charge ces frais;
Considérant que ces travaux doivent nécessairement être réalisés en fonction, non seulement de l'exploitation actuelle, mais aussi compte tenu de l'optimisation dans le temps de l'exploitation de la salle de spectacle;
Considérant que cet investissement devrait être réalisé par l'exploitant en regard des perspectives de développement et de son business plan;
Considérant qu'il s'avère pertinent de mettre fin à la concession et de conclure une nouvelle concession dans laquelle la charge des travaux imposés par le nouveau permis d'environnement devra être prévue dans le business plan du concessionnaire;
Sur proposition du Collège des Bourgmestres et échevins :

ARRETE :

Article unique : Autoriser la Régie foncière à mettre fin à la convention de concession en cours avec le Botanique ayant pour objet l'exploitation du Cirque royal pour le 30 juin 2017, moyennant l'envoi par pli recommandé d'un préavis de 1 an, en vue d'inclure dans un nouveau contrat avec un nouvel exploitant, les travaux de mise en conformité indispensables pour l'exploitation du Cirque Royal qui sont imposés par le nouveau permis d'environnement et que le concessionnaire actuel refuse de prendre en charge».

Un recours en annulation a été introduit par la première requérante contre cette décision (G/A 217.365/XV-2917), lequel est actuellement toujours pendant devant le Conseil d'Etat.

La décision de résiliation de la convention a également été notifiée à la première requérante. Les parties ont confirmé à l'audience qu'aucun autre recours juridictionnel n'a été introduit à ce jour à la suite de cette notification.

6. Le 14 janvier 2016, le conseil communal de la partie adverse décide à nouveau de retirer le point 4 de la décision du collège des bourgmestre et échevins du 6 novembre 2014.

7. Le 27 juin 2016, le conseil communal de la partie adverse décide d'autoriser sa Régie foncière à lancer la procédure de désignation d'un nouveau concessionnaire pour l'exploitation du Cirque Royal pour une période de 27 ans à compter du 1^{er} juillet 2017, d'approuver l'appel à candidatures fixant les conditions de la concession et de procéder à la publication de l'avis de concession au Bulletin des adjudications et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne. Cette délibération est motivée comme suit :

«Considérant qu'il a été mis fin à la convention de concession avec l'A.S.B.L. Le Botanique concernant l'exploitation de la salle de spectacles du Cirque Royal; Qu'il y a dès lors lieu de désigner un nouvel exploitant pour le Cirque Royal à partir du 1^{er} juillet 2017;

Considérant que l'exploitation du Cirque Royal sera octroyée par le biais d'une concession de services; que pareille concession ne constitue pas un marché public de services entrant dans le champ d'application de la législation relative aux marchés publics;

Que, partant, l'octroi de la concession d'exploitation du Cirque Royal fera l'objet d'une mise en concurrence informelle dans le cadre d'une procédure souple décrite ci-après;

Considérant que la durée de la concession de services sera de 27 années; que cette durée se justifie pour les motifs suivants :

- Que, tout d'abord, la mise en place d'un programme culturel nouveau et cohérent nécessite du temps;
- Qu'ensuite, l'organisation des spectacles s'effectue sur une longue durée; qu'en effet, plusieurs mois peuvent s'écouler entre la prise de contact avec les artistes et le moment où ils se produisent sur scène;
- Qu'en outre, la programmation des spectacles doit prendre en compte la disponibilité de la salle et les contraintes d'agenda des artistes, ce qui implique que les programmes de chaque saison sont définis longtemps à l'avance;

Considérant que les candidats ne seront pas mis en concurrence sur le montant de la redevance due en contrepartie du droit d'exploiter le Cirque royal; qu'en effet, la Ville entend privilégier la qualité de l'offre de concession; que, dans ce cadre, le montant de la redevance est fixé au préalable; que la redevance due sera d'un montant indexé de 90.000 euros par an;

Considérant que les candidats sont invités à déposer pour le 29 août 2016 à 10.00h une offre de concession;

Considérant que la procédure de concession se déroulera, selon des règles souples

et simples respectueuses du principe d'égalité, en une seule phase;
Considérant que l'offre de concession devra contenir tous les éléments permettant à la Ville de vérifier le respect des critères de capacité, d'une part, et de déterminer l'offre de concession la plus avantageuse qualitativement au regard de trois critères énoncés ci-après, d'autre part;

Considérant que seules les offres de concession introduites par des candidats qui rencontreront les seuils minimums des trois critères de capacité suivants seront prises en considération pour déterminer l'offre de concession la plus avantageuse qualitativement :

- le candidat doit être l'exploitant actuel (ou avoir été l'exploitant dans les 3 dernières années) d'au moins une salle de spectacles d'au moins 1.500 places;
- le candidat doit avoir réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles un chiffre d'affaires global annuel de minimum 2.500.000 euros;
- le candidat doit disposer d'une assurance RC exploitation couvrant un montant minimum de 500.000 euros par sinistre;

Considérant que l'offre de concession la plus avantageuse qualitativement sera déterminée sur la base des critères suivants :

- le projet de redynamisation du Cirque Royal sera évalué sur 60 points;
- l'ambition de l'exploitant pour faire du Cirque Royal une destination touristique et d'affaires à part entière sera évaluée sur 20 points;
- la qualité du modèle économique et la manière de réaffecter les résultats générés seront évaluées sur 20 points;

Sur proposition du Collège des Bourgmestre et Echevins

ARRETE:

Article 1.

Autoriser la Ville, représentée par sa Régie foncière, à lancer une procédure de désignation d'un concessionnaire de services pour l'exploitation du Cirque Royal pendant une période de 27 ans à compter du 1^{er} juillet 2017;

Article 2.

Approuver les conditions de la concession reprises en annexe à insérer dans l'avis de concession.

Article 3.

De fixer la redevance à un montant indexé de 90.000 euros par an.

Article 4.

Procéder à la publication de l'avis de concession au Bulletin des adjudications et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

Article 5

Imputer la recette sur l'article 703-01 des budgets de l'exercice 2017 et exercices suivants».

8. L'avis de concession de services pour l'exploitation du Cirque Royal est publié le 20 juillet 2016 au Bulletin des adjudications et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

Sous l'intitulé «Concession de services pour l'exploitation du Cirque Royal», catégorie de services n° 26 (services récréatifs, culturels et sportifs) et code Nuts BE1, les éléments et conditions insérés dans l'avis de concession sont ainsi libellés :

«Les critères permettant de déterminer l'offre de concession la plus avantageuse qualitativement sont:

- projet de redynamisation de la salle (60 points) : la Ville de Bruxelles recherche un exploitant qui garantira une exploitation optimale et une notoriété importante du Cirque Royal. La programmation proposée devra permettre de

renforcer la position de la Ville de Bruxelles comme capitale musicale et ainsi permettre de la rendre plus attractive par rapport à ses concurrentes. Seront appréciées les références, la qualité et la cohérence du projet à travers notamment la qualité des spectacles, de l'accueil, de la sécurisation des lieux, de la propreté des lieux etc. Le candidat devra joindre à son offre de concession une note de maximum 15 pages A4 (en times new roman, police 11) démontrant les références, la qualité et la cohérence du projet proposé;

- l'ambition de l'exploitant pour faire du Cirque Royal une destination touristique et d'affaires à part entière (20 points) : la Ville de Bruxelles souhaite faire du Cirque Royal non seulement un lieu culturel d'importance mais également une destination touristique et d'affaires à part entière à Bruxelles. Sera appréciée la manière par laquelle le candidat exploitera le Cirque Royal afin d'en faire une destination touristique et d'affaires. La Ville de Bruxelles souhaite également promouvoir la vie sociale, culturelle et artistique à Bruxelles. Sera appréciée la manière par laquelle le candidat fera la promotion de la vie sociale, culturelle et artistique à Bruxelles en impliquant les partenaires bruxellois dans des projets créatifs et originaux qui favorisent l'entrée des jeunes - étudiants ou non - dans le secteur professionnel du spectacle. Le candidat devra joindre à son offre de concession une note de maximum 5 pages A4 (en times new roman, police 11) démontrant son ambition à cet égard pour le Cirque Royal;
- qualité du modèle économique et réaffectation des résultats générés (20 points) : seront appréciées la qualité du modèle économique proposé et les propositions du candidat en matière de réaffectation, dans l'exploitation du Cirque Royal, de tout ou partie des résultats générés afin d'y développer les activités pendant toute la durée de la concession. Le candidat devra joindre à son offre de concession une note de maximum 15 pages (en times new roman, police 11) reprenant son modèle économique et ses propositions en matière de réaffectation des résultats générés».

9. Deux offres sont déposées dans le délai imparti, à savoir l'offre conjointe des deux requérantes et l'offre de la partie intervenante.

10. Le 26 septembre 2016, les parties requérantes interrogent la partie adverse sur le "timing" qu'elle entend suivre et spécialement quant à la date à laquelle les organes communaux compétents pourraient examiner les offres reçues.

Le 12 octobre 2016, le Directeur général de la Régie foncière de la partie adverse répond que les offres sont en cours d'analyse et qu'une décision devrait pouvoir être prise dans les semaines qui suivent.

11. Le 10 novembre 2016, le collège des bourgmestre et échevins :

- prend connaissance que deux candidats ont introduit un dossier dans le cadre de l'avis de concession;
- approuve l'analyse des candidatures qui conclut que les deux candidats remplissent valablement les conditions de participation;
- approuve le rapport d'examen des offres en annexe au rapport du département, faisant partie intégrante de la délibération;
- et fait sienne la proposition, telle que précisée dans le rapport d'analyse des offres pour la concession d'exploitation du Cirque Royal, d'attribuer la concession à l'A.S.B.L. BRUSSELS EXPO.

Les requérantes font état de ce que le communiqué de presse suivant a, à ce sujet, été publié par la partie adverse :

«Le Collège proposera au Conseil communal d'attribuer la concession de services de l'exploitation de la salle de spectacles Cirque Royal à l'asbl Brussels Expo, sur base de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'examen formel et matériel des offres et de la comparaison de celles-ci.

Suite à la publication de l'avis de concession au Journal officiel de l'Union

européenne le 20 juillet 2016, la Ville de Bruxelles avait reçu deux offres. Selon l'analyse du Collège, qui sera soumise à l'approbation du Conseil communal, la comparaison des offres met en lumière une série de points définis dans les conditions d'attribution sur lesquels l'offre de Brussels Expo est préférée. Elle est détaillée comme suit:

1. Projet de dynamisation de la salle

La programmation proposée doit permettre de renforcer la position de la Ville de Bruxelles comme capitale musicale et ainsi permettre de la rendre plus attractive par rapport à ses concurrentes.

BRUSSELS EXPO a ainsi proposé une offre qui s'ouvre à des contenus alternatifs (théâtre, danse, cirque, arts urbains, cinéma, ...) et qui intègre le service culturel de la Ville de Bruxelles par le biais de réunions semestrielles. L'offre a pour objectif de renforcer la Ville dans son rôle de capitale culturelle grâce à un réseau de salles complémentaires et une création artistique intégrée.

2. Ambition de l'exploitant pour faire du Cirque Royal une destination touristique et d'affaires à part entière

La Ville de Bruxelles souhaite faire du Cirque Royal non seulement un lieu culturel d'importance mais également une destination touristique et d'affaires à part entière à Bruxelles. BRUSSELS EXPO a su convaincre de par sa grande expérience dans le secteur Meeting-Incentive-Convention- Event en Belgique.

3. Qualité du modèle économique et réaffectation des résultats générés

Ont été appréciées la qualité du modèle économique proposé et les propositions du candidat en matière de réaffectation, dans l'exploitation du Cirque Royal, de tout ou partie des résultats générés afin d'y développer les activités pendant toute la durée de la concession.

BRUSSELS EXPO présente en effet un plan financier détaillé, des solutions tarifaires étudiées et un avantage en termes d'investissements sur le long terme, en réaffectant 100 % de la marge d'exploitation générée par le Cirque Royal aux travaux d'entretien et d'amélioration de la qualité des équipements et infrastructures.

Le Collège a en conséquence décidé de soumettre au Conseil un projet de concession reprenant les axes proposés par la proposition de BRUSSELS EXPO».

12. Le 21 novembre 2016, le conseil communal de la partie adverse décide d'attribuer, à partir du 1^{er} juillet 2017 et pour une période de 27 ans, la concession de services de l'exploitation du Cirque Royal à la partie intervenante. Cette décision est motivée comme suit:

«Le Conseil communal, réuni en comité secret;

Vu la décision du 7 septembre 2015 du Conseil communal de mettre fin à la convention de concession avec l'A.S.B.L. Le Botanique concernant l'exploitation de la salle de spectacles du Cirque Royal;

Considérant qu'il a été mis fin à la concession avec l'A.S.B.L. Le Botanique conformément aux dispositions de résiliation prévues à la convention;

Considérant dès lors qu'un nouvel exploitant pour le Cirque Royal doit être désigné;

Considérant que l'exploitation du Cirque Royal sera octroyée par le biais d'une concession de services; que pareille concession ne constitue pas un marché public de services entrant dans le champ d'application de la législation relative aux marchés publics; que partant, l'octroi de la concession d'exploitation du Cirque Royal fera l'objet d'une mise en concurrence informelle dans le cadre d'une procédure souple;

Vu la décision du 27 juin 2016 du Conseil communal autorisant la Ville, représentée par sa Régie foncière, à lancer la procédure de désignation d'un nouveau concessionnaire pour l'exploitation du Cirque Royal pour une période de 27 ans à compter du 01/07/2017;

Vu la décision du 27 juin 2016 du Conseil communal approuvant l'appel à candidatures fixant la procédure de désignation et les conditions de la concession;
Vu la décision du 27 juin 2016 du Conseil communal de procéder à la publication de l'avis de concession au Bulletin des adjudications et au Supplément au Journal officiel de l'Union Européenne;

Vu l'avis de concession publié en date du 20/07/2016;

Vu la date limite de réception des offres, à savoir le 29/08/2016 à 15h;

Vu les deux dossiers d'offre introduits:

- le dossier d'offre de Brussels Expo;
- le dossier d'offre conjoint de l'asbl Le Botanique et la SA Antwerps Sportpaleis;

Considérant qu'il y a lieu de présenter le dossier d'attribution en huis-clos (comité secret) en vertu des dérogations au principe de publicité des séances communales admises dans des cas déterminés par les articles 93 et 94 de La nouvelle Loi communale, à savoir dans l'intérêt de l'ordre public et en raison des inconvénients graves qui résulteraient de la publicité et lorsqu'il s'agit d'une question de personnes;

Considérant qu'effectivement dans ce dossier d'attribution, il s'agit d'une question de personnes susceptibles d'aborder des éléments relevant de la "vie privée" des soumissionnaires et soumis au secret des affaires.

Considérant que les deux offres sont conformes aux conditions de participation reprises à l'avis de concession et plus précisément les capacités économiques et financières ainsi que les capacités techniques;

Vu l'analyse des offres que le Collège des Bourgmestre et échevins fait sienne et qui fait partie intégrante de ce rapport;

Considérant que sur base de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'examen formel et matériel des offres et de la comparaison de celles-ci, l'offre la plus intéressante, compte tenu des critères d'évaluation, est celle remise par Brussels Expo et qu'il y a dès lors lieu de lui attribuer la concession;

Considérant qu'il y a lieu d'approuver la convention de concession entre la Ville de Bruxelles et le candidat exploitant du Cirque Royal tel que repris en annexe au rapport du Département;

Sur proposition du Collège des Bourgmestre et Echevins,
Arrête :

Article 1.

Prendre connaissance que deux candidats ont introduit un dossier dans le cadre de l'appel (avis de concession) relatif à l'exploitation du cirque Royal, à savoir LE BOTANIQUE et SPORTPALEIS ainsi que BRUSSELS EXPO.

Article 2.

Approuver l'analyse des candidatures qui conclut que les deux candidats remplissent valablement les conditions de participation, ceux-ci disposant de la capacité économique et financière, de la capacité technique requise et ayant valablement indiqué les noms et qualifications professionnelles des membres du personnel chargés de la prestation.

Article 3.

Approuver le rapport d'examen des offres en annexe, faisant partie intégrante de la délibération en annexe.

Article 4.

Faire sienne la proposition d'attribution telle que précisée dans le rapport d'analyse des offres pour la concession d'exploitation du cirque royal et attribuer la concession à BRUSSELS EXPO, dont le siège social est établi place de Belgique à 1020 Bruxelles.

Article 5.

Approuver la convention de concession en annexe».
Il s'agit de l'acte visé dans la demande.

13. Comme l'ont confirmé les parties adverse et intervenante à l'audience et ainsi qu'il ressort du dossier administratif, la convention de concession avec la partie intervenante a été signée le 21 novembre 2016, soit le même jour que la décision prise en ce sens par la partie adverse".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 24 novembre 2016, l'association sans but lucratif BRUSSELS EXPO, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire de la concession litigieuse, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête dans la procédure en suspension.

V. Urgence

V.1. Thèses des parties requérantes

Les parties requérantes font valoir que "comme l'a retenu l'arrêt n° 236.553 du 25 novembre 2016, ce sont les règles de droit commun de la procédure en suspension organisée par l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qui trouvent à s'appliquer".

Elles soutiennent qu'en l'espèce, "l'exécution de l'acte attaqué est bien de nature à [leur] causer un préjudice d'une certaine gravité [...] ce qui justifie l'urgence à statuer". Elles font ainsi valoir que "l'attribution de la concession à un tiers les prive [...] de la possibilité de pouvoir exploiter le Cirque Royal et d'y réaliser leur projet culturel" et ajoutent qu'il "s'agit là d'une opportunité unique vu le nombre limité des salles de spectacles sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale et le fait qu'il n'y aura ni à court, ni à moyen terme aucune possibilité d'y exploiter une salle d'une telle importance (2000 places) et d'une telle notoriété". Elles estiment que leurs préjudices "sont bien d'une gravité suffisante pour qu'on ne puisse les laisser se produire en attendant l'issue de la procédure au fond".

Les requérantes concèdent que la suspension de l'acte attaqué n'emporterait pas, par elle-même, l'absence d'effet du contrat conclu, mais exposent que "l'article 2^{quinquies} de la directive 89/665/CE, d'application directe en raison du dépassement du délai de transposition de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014, [leur] permet [...] d'obtenir que la convention de concession soit déclarée sans effets". Elles considèrent que dès lors que le marché de concession litigieux dépasse le seuil d'application de la directive 2014/23/UE, précitée, la partie adverse devait "respecter un délai d'attente, fixé de 10 ou 15 jours au moins en vertu de l'article 2^{bis} de la

directive 89/665/CE, entre l'envoi de sa décision et la conclusion du contrat aux parties requérantes". Elles relèvent également que "la partie adverse n'a pas non plus communiqué la décision d'attribution comportant un exposé synthétique des motifs pertinents à l'issue de la réunion du Conseil communal du 21 novembre 2016, aucune notification n'étant d'ailleurs intervenue à ce jour". Elles en concluent que "dans les conditions de l'article 2^{quinquies} de la directive 89/665/CE le marché doit donc être déclaré dépourvu d'effets", ce qui "relève de la compétence des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire". Elles indiquent, à cet égard, avoir saisi le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles d'une telle demande.

Elles estiment qu'il "ne saurait en conséquence leur être opposé, pour dénier l'urgence, que la suspension de l'acte attaqué ne saurait leur permettre de se voir attribuer la concession du Cirque Royal et de voir la Ville de Bruxelles conclure avec elles le contrat de concession". Elles font valoir, en premier lieu, qu'"une suspension de l'acte attaqué serait bien de nature à parer au préjudice redouté par [elles] dès lors qu'il pourrait inciter la Ville de Bruxelles à réévaluer la situation tenant compte de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à un arrêt ordonnant la suspension". Ce possible réexamen par la Ville de Bruxelles leur apparaît "d'autant plus possible que le contrat de concession vient à peine d'être signé et que, tenant compte au surplus de l'action en déclaration d'absence d'effets intentée par les requérantes, la partie adverse pourrait aussi décider ne pas poursuivre l'exécution du contrat".

Elles ajoutent qu'"indépendamment de l'application ou non de la sanction de l'absence d'effets en vertu de l'article 2^{quinquies} de la directive 2014/23/UE , [...] l'autorité publique peut solliciter l'annulation d'une convention conclue en méconnaissance des dispositions d'ordre public, les principes d'égalité et de non discrimination, l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la directive 2014/23/UE étant bien d'ordre public".

Elles indiquent encore qu'elles "n'ignorent pas qu'en cas de suspension de l'acte attaqué, la Ville de Bruxelles serait parfaitement libre d'attendre l'issue de la procédure en annulation pour reprendre ou non une nouvelle décision", mais qu'"on peut toutefois légitimement penser qu'à la lumière de l'arrêt de suspension qui serait prononcé et tenant compte de sa volonté d'assurer une «redynamisation de la salle», la Ville de Bruxelles réévalue la situation et prend des nouvelles dispositions pour permettre l'exploitation dès le 1^{er} juillet 2017".

Les requérantes expliquent que, par la suspension de l'acte attaqué, elles espèrent "retrouver la chance de pouvoir être désignées comme les concessionnaires et assurer la gestion du Cirque Royal dès le 1^{er} juillet 2017". Or, une telle échéance "implique [que] le futur concessionnaire prenne des mesures anticipatives notamment

pour assurer la programmation des spectacles au Cirque Royal, engager du personnel, conclure les contrats avec les fournisseurs, ...". Selon elles, la suspension de la décision litigieuse serait aussi de nature à leur éviter de subir "les conséquences du «poids des faits accomplis» s'agissant de l'exécution de l'acte attaqué, mais aussi de la convention de concession". Une telle suspension empêcherait, en outre, les parties adverse et intervenante de "venir exciper de l'exécution de la convention pour venir prétendre qu'au vu d'une mise en balance des intérêts en présence, le Tribunal devrait rejeter la demande des parties requérantes visant à voir déclarer le contrat dépourvu d'effets".

Les requérantes mettent également en avant la durée totale des procédures, qui "pourrait prendre plusieurs années" et qui les empêcherait de "retrouver la possibilité d'être désignées comme concessionnaires alors que le Cirque Royal aurait trouvé une autre destination (d'affaires, événementiel, ...) et être moins attractif que les autres salles concurrentes pour les artistes et les types de spectacles qui actuellement s'y déroulent". Elles ajoutent qu'il ne peut pas non plus être exclu que "des travaux de transformation dans la salle soient réalisés durant ces procédures, ou programmés durant celles-ci et puis entamés, qui en modifieraient tout ou partie de sa destination actuelle, voire qui empêcheraient son exploitation par [elles]".

Enfin, elles considèrent que l'acte attaqué porte atteinte à leur réputation, "s'agissant d'un «marché de référence» et ce d'autant que la Ville de Bruxelles a donné une large publicité dès la proposition ce 10 novembre 2016 de son Collège communal à la désignation de BRUSSELS EXPO". Cette atteinte à leur réputation serait "à mettre également en lien avec les critères d'attribution consistant en un projet de redynamisation de la salle et d'une ambition de faire du Cirque Royal une destination d'affaires et touristique et enfin un modèle économique et de réaffectation des résultats générés, et la résiliation anticipée par la Ville de Bruxelles de la convention qui la liait avec l'A.S.B.L. LE BOTANIQUE". Elles en concluent que l'exécution immédiate de l'acte attaqué ternit gravement leur réputation "auprès du public, des organisateurs de spectacles, des professionnels du spectacle, des artistes".

V.2. Appréciation

Il n'est pas contesté que la décision attaquée porte sur l'octroi d'une concession et non d'un marché public. En l'état actuel de la législation, elle n'entre, dès lors, pas dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Par ailleurs, le titre IV de la directive 2014/23/UE du Parlement européen

et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, titre modifiant les directives 89/665/CEE du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux et 92/13/CEE du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, n'a pas, à ce jour, fait l'objet d'une transposition en droit belge, ni par une loi modifiant la loi du 17 juin 2013 précitée ni par une autre loi autonome ne s'appliquant qu'aux concessions.

Les parties requérantes soutiennent, cependant, que nonobstant ce défaut de transposition, les articles 2, paragraphes 1^{er} et 2, 2*bis* et 2*quinqüies* de la directive 89/665/CEE, modifiée par la directive 2014/23/UE précitée, trouvent à s'appliquer en l'espèce. Elles ne peuvent toutefois, pas être suivies sur ce point. En effet, s'il est exact que ces dispositions imposent aux États membres de prendre des mesures en vue, notamment, de permettre à l'instance de recours de "prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur" ou encore de déclarer le marché dépourvu d'effets, il n'en demeure pas moins qu'elles ne présentent pas un degré de précision suffisant, notamment quant à la détermination de l'instance de recours permanente et quant aux modalités de procédure applicables, pour les rendre directement applicable en droit interne.

Il s'ensuit que, dans l'état actuel de la législation, la présente contestation relève du droit commun du référé administratif. A cet égard, l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, se lit comme suit :

- " Art. 17. § 1^{er}. La section du contentieux administratif est seule compétente pour ordonner par arrêt, les parties entendues ou dûment appelées, la suspension de l'exécution d'un acte ou d'un règlement susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, §§ 1^{er} et 3, et pour ordonner toutes les mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire.
Cette suspension ou ces mesures provisoires peuvent être ordonnées à tout moment :
1° s'il existe une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation;
2° et si au moins un moyen sérieux susceptible *prima facie* de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement est invoqué".

Le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, du même article prévoit que "la requête en suspension ou en mesures provisoires contient un exposé des faits qui, selon son auteur, justifient l'urgence invoquée à l'appui de cette requête".

En l'espèce, la convention litigieuse a été conclue. Or, à défaut de disposition législative le prévoyant, l'éventuelle suspension de la décision d'attribution demeurerait sans effet sur le contrat conclu. La suspension de l'exécution d'un acte de l'autorité administrative n'a d'effet qu'*ex nunc*, c'est-à-dire qu'à partir de la notification de l'arrêt ordonnant la suspension de l'exécution de l'acte. Elle serait donc, en toute hypothèse, impuissante à prévenir les conséquences d'un fait déjà survenu, en l'occurrence la conclusion de la convention de concession.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat est sans compétence pour se prononcer sur des droits et obligations découlant de la passation de ce contrat.

Par ailleurs, en ce que les requérantes invoquent l'éventuel effet incitatif d'un arrêt de suspension, un tel effet, outre qu'il relève de l'hypothèse, serait, en soi, sans incidence sur la validité de la convention passée entre la partie adverse et la partie intervenante. Il pourrait donc, tout au plus, inciter la partie adverse à demander au juge du contrat de l'autoriser à ne plus exécuter cette convention ou à demander à la partie intervenante une résolution ou une résiliation amiable. De telles supputations ne peuvent suffire à établir l'existence d'une urgence à statuer au sens de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'Etat précitées.

On n'aperçoit pas non plus en quoi, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la suspension de l'exécution de la décision attaquée leur offrirait une nouvelle chance de se voir désignées comme adjudicataires, dès lors que cette suspension laisserait subsister la convention de concession et que l'existence de celle-ci s'oppose à ce qu'une nouvelle procédure de concession soit ouverte.

Les requérantes soutiennent, par ailleurs, que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué serait de nature à leur éviter d'être placées devant des "faits accomplis" susceptibles de nuire à leurs intérêts. Il est exact de ce point de vue qu'une éventuelle suspension n'opérerait qu'à partir de son prononcé sans produire d'effet rétroactif et sans pouvoir "refaire" des faits qui se sont déjà produits. La suspension ne peut toutefois être ordonnée que s'il est établi qu'il existe une urgence à statuer afin de d'empêcher de tels faits de s'accomplir.

A cet égard, l'impact qu'une éventuelle suspension de l'exécution de la décision attaquée aurait sur la possibilité pour les parties à la convention de demander au juge compétent de procéder à une balance des intérêts, en faveur du maintien de la

convention, relève de la pure conjecture et ne peut suffire à établir l'existence d'une urgence à statuer au sens de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'Etat précitées.

La durée des procédures n'est pas non plus un élément permettant, en soi, de conclure à l'existence d'une telle urgence.

Quant à la possibilité que des travaux de transformation soient réalisés, elle constitue également une simple éventualité. Outre que l'invocation d'une telle éventualité ne suffit pas, en soi, à établir l'existence d'une urgence à statuer, elle est inhérente à la passation même de la convention litigieuse, sur laquelle une suspension de l'exécution de la décision attaquée serait sans effet, ainsi que cela a été exposé plus haut.

Enfin, l'acte attaqué ne comporte aucune appréciation désobligeante pour les requérantes. Par ailleurs, le risque de ne pas être choisi par le pouvoir adjudicateur est inhérent à toute procédure de mise en concurrence. La réalisation de ce risque ne suffit ni à considérer qu'il est, par là-même, porté atteinte à la réputation du candidat malheureux, ni, *a fortiori*, qu'il y aurait une urgence à statuer incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation pour prévenir cette atteinte.

Il s'ensuit que les requérantes n'établissent pas qu'il existe une urgence à statuer incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation.

En conséquence, la demande de suspension de l'acte attaqué ne peut être accueillie, une des deux conditions prévues par l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, précité, n'étant pas remplie.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les offres remises en cours de procédure ainsi que le rapport d'analyse comparative des offres et la convention de concession signée avec l'A.S.B.L. BRUSSELS EXPO (pièces 16 à 19 du dossier administratif).

Les parties requérantes font valoir que rien ne justifie cette confidentialité. Elles expliquent qu'elles n'aperçoivent pas quelles informations dites sensibles, ou encore quel secret des affaires pourraient contenir ces pièces d'autant plus que l'A.S.B.L. BRUSSELS EXPO a fait une conférence de presse présentant son projet à des journalistes en cinquante points. Les parties requérantes sollicitent, en conséquence, que cette confidentialité soit levée et estiment qu'il ne saurait, en tout

cas, y avoir la moindre confidentialité que ce soit vis-à-vis des parties requérantes s'agissant du rapport d'analyse des offres qui concerne leur offre.

La partie intervenante demande, quant à elle, que soient tenues pour confidentielles les pièces 1 et 2 de son dossier de pièces confidentiel, à savoir son offre et la convention précitée.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par l'association sans but lucratif BRUSSELS EXPO est accueillie dans la procédure en suspension.

Article 2.

La demande de suspension est rejetée.

Article 3.

Les pièces 16 à 19 du dossier administratif et les pièces 1 et 2 du dossier de pièces confidentiel de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le vingt et un mars deux mille dix-sept par :

MM. Serge BODART, conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.