

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 71.754 du 11 février 1998

A.42.585/VI-11.250.

- En cause :
1. **la Société anonyme TRAVAUX,**
boulevard A. Reyers 110
1040 Bruxelles,
 2. **la Société anonyme ENTREPRISES
GENERALES FERNAND GILLION & FILS,**
rue Saint-Denis 132
1190 Bruxelles,
 3. **la Société de droit allemand
PHILIPP HOLZMANN AG,**
Siegburgerstrasse 183-187
D. 5000 Cologne (Allemagne),
 4. **la Société anonyme ASWEDO,**
Parc industriel n° 26
9031 Drongen,
 5. **la Société anonyme BETONAC,**
Hasseltsesteenweg 172
3800 Saint-Trond,
 6. **la Société anonyme WEGEDO,**
rue Jean Stas 41
1060 Bruxelles,

contre :

**la Société anonyme BRUSSELS AIRPORT
TERMINAL COMPANY, en abrégé B.A.T.C.,**
ayant élu domicile chez
Mes Jacques PUTZEYS et
Xavier LEURQUIN, avocats,
rue Saint-Bernard 98
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 11 juin 1990 par la S.A. TRAVAUX, la S.A. ENTREPRISES GENERALES FERNAND GILLION & FILS, la société de droit allemand PHILIPP HOLZMANN AG, la S.A. ASWEBO, la S.A. BETONAC et la S.A. WEGEBO qui demandent l'annulation de "la décision prise par le conseil d'administration de la partie adverse, le 9 avril 1990, d'attribuer à l'association momentanée constituée des sociétés S.B.B.M. SIX CONSTRUCT - Maurice DELENS - VAN HOUT - VAN RIEL - VAN DEN BERG VERBEECK - WUST, le marché faisant l'objet du cahier des charges de l'entreprise "Lot 10 - gros oeuvre - terminal - Y - finger - gare de trains plus esplanade - entrepreneur pilote";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. FORTPIED, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 30 septembre 1992 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 23 mars 1993, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 30 avril 1993, date à laquelle elle a été remise sine die;

Vu l'ordonnance du 22 octobre 1993, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 24 novembre 1993;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me E. GILLET, loco Me P. LAMBERT, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Mes M. SENELLE et M. SALMON, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. FORTPIED, premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête se présentent comme suit :

1. La S.A. B.A.T.C. a décidé de faire appel à la concurrence selon la procédure de l'appel d'offres restreint et ceci en tant que société de droit privé en dehors du cadre de la réglementation belge sur les marchés publics de travaux.

2. Le délai ultime pour déposer les offres était le 16 février 1990, date à laquelle les requérantes ont remis leur offre. Dix associations momentanées, parmi lesquelles les requérantes, ont soumissionné.

3. Après sélection, cinq soumissions qui paraissaient les plus intéressantes ont été retenues.

4. Le 21 mars 1990, lors d'une réunion, le coordinateur du projet a porté à la connaissance des soumissionnaires, parmi lesquelles les requérantes, des modifications importantes apportées au projet envisagé (remplacement de la forme prévue en Y d'une partie des bâtiments, par une forme en lignes parallèles) et, par conséquent, au cahier des charges.

5. Les requérantes ont adressé, par lettres des 23 et 26 mars 1990, à la S.A. B.A.T.C. une soumission modifiée.

6. La partie adverse a ensuite convié les représentants de l'association momentanée formée par les requérantes à une réunion qui devait se tenir le 18 avril 1990. Cette réunion fut annulée, à l'initiative de la partie adverse, par une lettre du 12 avril 1990.

La partie adverse elle-même explique que, "lors d'une réunion tenue en date du 26 mars 1990 entre le coordinateur du projet et la S.A. B.A.T.C., il est apparu que le groupe DELENS-SBBM avait déposé l'offre la plus intéressante".

7. Le conseil d'administration de la partie adverse a marqué, en date du 9 avril 1990, son accord sur la proposition ainsi faite.

La décision d'attribuer le marché fut notifiée le 24 avril 1990 au tiers adjudicataire.

C'est cette décision qui fait l'objet du présent recours.

8. En date du 27 avril 1990, la S.A. B.A.T.C. a informé les autres soumissionnaires, parmi lesquelles les requérantes, que leur offre n'avait pas été retenue;

Considérant que "la partie adverse fait valoir deux exceptions, à savoir l'incompétence du Conseil d'Etat et l'inapplicabilité de la loi du 14 juillet 1976"; qu'elle soutient qu'elle est une personne morale de droit privé et que, dès lors, elle ne peut être considérée comme une autorité administrative lorsqu'elle attribue des marchés de travaux; que, examinant les critères dégagés par la jurisprudence concernant la notion d'autorité

administrative (constitution par ou en vertu de la loi, mission d'intérêt général, contrôle par les pouvoirs publics, exercice d'une parcelle de la puissance publique), elle conclut qu'il résulte de la "convergence" de ces critères qu'elle n'est pas une autorité administrative au sens des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; qu'elle souligne encore que la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne lui est pas applicable, dès lors qu'elle n'est pas une personne morale de droit public sensu stricto et que le Roi n'a pas arrêté la liste des autres personnes morales auxquelles ladite loi du 14 juillet 1976 aurait été rendue applicable;

Considérant que, dans leur mémoire en réplique, les requérantes soulignent que "la nature privée ou publique d'une personne morale peut évoluer avec le temps"; qu'elles font valoir qu'un faisceau d'indices oblige à considérer qu'en décidant l'acte attaqué, la partie adverse a agi en tant qu'autorité administrative; qu'elles indiquent que la construction, l'aménagement, l'entretien et l'exploitation des aéroports et de leurs dépendances ont toujours fait partie du service public confié à la Régie des Voies aériennes; qu'elles précisent encore que "la partie adverse n'est qu'une exécutante de plans préconçus par l'autorité publique", qu'"elle ne dispose d'aucune autonomie" et qu'"elle poursuit l'oeuvre commencée par la Régie des Voies aériennes, et aux conditions fixées par celle-ci"; qu'elles ajoutent que le fait que du personnel statutaire puisse être mis à la disposition de la partie adverse, et celui que l'acquisition de nouveaux biens nécessaires à l'activité de la partie adverse puisse se faire au besoin par la voie de l'expropriation pour cause d'utilité publique dénotent l'exercice par la partie adverse d'une parcelle de la puissance publique, de même que la compétence de percevoir des redevances; qu'elles discernent dans les incompatibilités prévues par l'article 11bis des statuts de la partie

adverse l'indice d'un contrôle par les pouvoirs publics, de même que dans la responsabilité de la gestion du personnel et dans les hypothèses et modalités de rachat par l'Etat de la participation des investisseurs privés dans le capital de la partie adverse; qu'elles en concluent que "la partie adverse est une personne de droit public au sens de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, puisqu'elle est une société "créée par les gouvernants, placée sous leur haute direction, soumise à un régime juridique spécial, qui a pour but de répondre à l'obligation que les gouvernants estiment avoir de donner satisfaction à des besoins collectifs du public";

Considérant certes que, s'il faut déterminer la nature de la partie adverse au regard de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et de l'article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, il convient d'avoir égard notamment à l'ensemble de ces critères, dont aucun ne paraît suffisamment déterminant à lui seul;

Considérant, en outre, qu'il n'est pas douteux que la création de la S.A. B.A.T.C. a répondu à un souci, non seulement d'économie budgétaire, mais aussi d'une plus grande efficacité économique de la gestion de la Régie des Voies aériennes; que cette efficacité fut recherchée dans une plus grande liberté et dans une souplesse de manoeuvre se traduisant dans des méthodes de gestion moins contraignantes et plus rapides que celles imposées aux autorités administratives, en sorte que la partie adverse est une société de nature mixte, cette mixité apparaissant dans chacun des critères proposés par les parties;

Considérant cependant que, ainsi que le relève la requérante, dans son mémoire en réplique, la nature privée ou publique d'une personne morale peut évoluer avec le temps à la suite de modifications touchant à ces

critères : structure du capital, répartition des attributions au sein du conseil d'administration, financement des activités et contrôle qui en découle, etc.;

Considérant qu'il paraît dès lors illusoire de prétendre cataloguer une fois pour toutes la S.A. B.A.T.C. dans l'une ou l'autre de ces catégories; que la question posée par le recours, en fin de compte, n'est pas tant de décider d'un tel classement, que de savoir si la partie adverse, lorsqu'elle a pris la décision attaquée, a agi comme "autorité administrative" au sens large, ou comme personne de droit privé;

Considérant qu'à cet égard, il convient d'examiner si l'acte attaqué concourt précisément à la mission d'intérêt général, sensu stricto, que la Régie des Voies aériennes a confiée à la partie adverse, ou bien s'il tend à réaliser, soit le but de lucre qui lui a également été assigné, soit une tâche banale de gestion inhérente à tout organisme, qu'il soit public ou privé;

Considérant que le statut de la Régie des Voies aériennes, publié en annexe à l'arrêté royal du 5 octobre 1970 portant refonte du statut de la Régie des Voies aériennes, prévoit, en son article 1^{er}, que celle-ci est chargée, "dans l'intérêt général et avec application des méthodes industrielles et commerciales, de construire, d'aménager, d'entretenir et d'exploiter les aéroports et leurs dépendances, ainsi que d'assurer la sécurité de la navigation aérienne";

Considérant que les missions d'intérêt général incluses dans cette charge consistent, d'une part, dans la sécurité de la navigation aérienne, et d'autre part, dans la sécurité des opérations d'embarquement et de débarquement des passagers, cette dernière mission se réalisant notamment par certains aspects de la construction, de l'aménagement et de la maintenance des aéroports;

Considérant que la décision attaquée a pour objet la conclusion d'un contrat portant sur la construction d'une partie du gros oeuvre de l'extension de l'aéroport de Bruxelles-National; qu'une telle construction ressortit directement à la mission d'intérêt général confiée à la Régie des Voies aériennes et cédée par cette dernière à la partie adverse, ainsi qu'à la mission d'assurer la sécurité des opérations d'embarquement et de débarquement des passagers; que, partant, en prenant la décision attaquée, la partie adverse a agi comme une "autorité administrative" au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, et comme une "personne de droit public" au sens de l'article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1976; que les exceptions d'incompétence ne peuvent être accueillies;

Considérant que les requérantes prennent un moyen notamment de ce que "l'acte attaqué ne contient aucune motivation";

Considérant que la partie adverse, ni dans son mémoire en réponse, ni dans son dernier mémoire introduit le 22 décembre 1992, n'a estimé utile de se défendre sur les moyens d'annulation pris par les requérantes; que, toutefois, elle suggère "qu'au cas où, par impossible, ces deux exceptions viendraient à être rejetées, un arrêt de réouverture des débats devrait intervenir pour lui permettre, ainsi d'ailleurs qu'aux requérantes et l'Auditorat, de faire valoir ses arguments sur les trois moyens d'annulation qui sont contestés et non fondés";

Considérant que les requérantes, dans leur mémoire en réplique, "(s'en sont tenues) aux questions abordées par la partie adverse dans son mémoire en réponse, se référant pour le surplus aux moyens tels qu'ils sont exposés dans la requête en annulation";

Considérant que, dans son rapport du 10 août 1992, l'auditeur rapporteur a examiné ce moyen et l'a estimé fondé;

Considérant, dès lors, qu'à tout le moins à l'égard de ce moyen, la cause a été instruite normalement et qu'il n'y a pas lieu à réouverture des débats, la partie adverse ayant eu tout loisir d'exposer ses arguments quant aux moyens;

Considérant que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de la partie adverse du 9 avril 1990 porte, en ce qui concerne la proposition pour le choix de l'entrepreneur, ce qui suit :

" Comme il a été proposé dans le document de travail que les membres ont reçu précédemment, il est décidé de confier les travaux à SBBM comme entrepreneur pilote. Ces ouvrages comprennent la stabilité du terminal, le finger et la gare SNCB et l'égouttage. La façade sera adjugée plus tard, après un nouvel appel d'offres";

Considérant qu'une telle décision ne permet pas de connaître les raisons qui ont déterminé le choix de l'attributaire; que le moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise le 9 avril 1990 par le conseil d'administration de la S.A. B.A.T.C. attribuant à l'association momentanée constituée des sociétés S.B.B.M. SIX CONSTRUCT, Maurice DELENS, VAN HOUT, VAN RIEL, VAN DEN BERG VERBEECK, WUST, le marché faisant l'objet du cahier des charges de l'entreprise "Lot 10 - gros oeuvre - terminal - Y - finger - gare de trains plus esplanade - entrepreneur pilote".

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 24.000 francs
sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique
de la VI^e chambre, le onze février 1900 nonante-huit par :

MM. HANOTIAU, président de chambre,
 LEROY, conseiller d'Etat,
 HANSE, conseiller d'Etat,
M^{me} MALCORPS, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

M.-Chr. MALCORPS.

M. HANOTIAU.