

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 43.660/4
DU 24 OCTOBRE 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre du Logement, des Transports et du Développement territorial de la Région wallonne, le 5 octobre 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "modifiant le décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

1.1. L'avant-projet de décret examiné vise à insérer dans le décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, un article 4*bis* ⁽¹⁾, visant à ajouter des tâches de sécurité et de sûreté à celles actuellement confiées aux sociétés concessionnaires des aéroports de Charleroi et de Liège.

L'article 4*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, dispose :

"§ 2. Les missions de service public que constituent les tâches de sûreté et de sécurité au sein de l'aéroport sont confiées aux sociétés auxquelles l'exploitation des aéroports a été concédée, selon les modalités fixées dans la convention de concession et dans le cahier des charges y afférent, sans préjudice du 3^{ème} alinéa du présent paragraphe et des paragraphes 3 et 5."

Pour ce qui concerne plus particulièrement les tâches relevant du domaine de la sûreté aérienne, l'article 4*bis*, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, prévoit toutefois :

"§ 3. Pour chaque aéroport, une société anonyme de droit public est créée, dont le capital est détenu à 49 % par la société à laquelle l'exploitation de l'aéroport a été confiée et à 51 % par la Région wallonne. La société exploitante délègue les missions de sûreté à cette société anonyme de droit public, dénommée Brussels South Charleroi Airport-Security pour l'aéroport de Charleroi-Bruxelles Sud et Liège Airport-Security pour l'aéroport de Liège-Bierset."

Il est paradoxal de prévoir tout à la fois le transfert des tâches de sûreté à la société concessionnaire de chacun des deux aéroports concernés, et de contraindre, dans le même temps, cette dernière à "déléguer" ces missions non pas, comme l'annonce

⁽¹⁾ Le décret du 23 juin 1994 précité comprend déjà un article 4*bis*, inséré par l'article 38 du décret-programme du 3 février 2005 de relance économique et de simplification administrative. L'article 2 de l'avant-projet examiné sera corrigé sur ce point.

l'exposé des motifs, à une société filiale, mais à une personne morale de droit public créée par la Région elle-même, et dans laquelle la société concessionnaire est obligée de prendre une participation minoritaire (49 % du capital, contre 51 % à la Région).

Les obligations que l'article 4bis, § 3, alinéa 2, en projet, impose ainsi aux sociétés concessionnaires des deux aéroports concernés, ôtent en effet, pour ce qui concerne les tâches de sûreté aérienne, toute consistance à la concession de services publics dont le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, du même article, pose le principe.

L'obligation faite aux sociétés concessionnaires des deux aéroports concernés, de participer, à hauteur de 49 %, au capital de la personne morale de droit public que la Région entend créer pour assurer les tâches de sûreté aéroportuaire, porte, en outre, gravement atteinte à la liberté d'association garantie par l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 27 de la Constitution, sans que l'on aperçoive de justification suffisante à cette atteinte.

1.2. Il va de soi que si la Région décide de confier aux sociétés concessionnaires des deux aéroports concernés des tâches tant de sécurité que de sûreté aériennes, par le biais d'une modification des actuelles conventions de cession et des cahiers des charges y afférant, elle conserve le pouvoir de contrôler la bonne exécution de ces nouvelles tâches au regard des documents contractuels précités.

Cette première option ne nécessite, en outre, pas de modifier le décret du 23 juin 1994 précité, dont l'article 2 dispose déjà :

"Art. 2. Le Gouvernement peut, aux clauses et conditions à déterminer par lui, concéder, en tout ou en partie, l'équipement, l'entretien et l'exploitation d'un ou de plusieurs aéroports ou aérodromes, ainsi que l'établissement et l'exploitation de services au profit des usagers."

L'ajout de nouvelles tâches à celles actuellement concédées aux deux sociétés gestionnaires des aéroports concernés ne nécessite donc pas de modification législative.

1.3. La seconde option est, si l'auteur de l'avant-projet considère que les tâches relevant de la sûreté aérienne doivent continuer à être gérées par l'autorité publique, de créer à cette fin une (ou deux) personnes morales de droit public spécialisée(s), conformément à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Si cette voie devait être poursuivie, il serait inutile de concéder les tâches de sûreté, pour ensuite obliger le concessionnaire à les déléguer à une personne morale dépendant de la Région. Le concessionnaire ne devrait, en outre, pas être contraint de participer au capital de cette dernière, sauf justification particulière.

1.4. La disposition à l'examen doit, par conséquent, être revue en profondeur afin d'y opérer un choix clair entre les deux options actuellement poursuivies de manière simultanée et confuse et il conviendra, dans l'exposé des motifs, de justifier avec davantage de précision toute atteinte éventuelle portée à la liberté d'association.

2. La mise en oeuvre des deux options définies dans l'observation précédente (concession de services publics ou création d'une personne morale de droit public) n'entre pas dans le champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics de services.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet doit cependant être attirée sur le fait que l'octroi d'une concession de services publics reste soumis au droit communautaire primaire. Comme l'a en effet rappelé la Commission européenne, dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire ⁽²⁾ :

"[...] qu'il soit contractuel ou unilatéral, tout acte étatique [...] fixant les conditions auxquelles une prestation d'activités économiques est subordonnée, est à apprécier au regard des règles et des principes du traité et tout spécialement de celles des articles 43 à 55 (ex-articles 52 à 66) [...]."

La création de personnes morales de droit public afin de prendre en charge les tâches de sûreté aérienne sur les aéroports concernés devrait également obéir aux mêmes "règles et principes du traité", sauf si elle peut être considérée comme relevant

⁽²⁾ JO C 121 du 29 avril 2000, p. 5, point 2.4, alinéa 2.

d'une "forme de délégation intraorganique qui ne sort pas de la sphère du pouvoir adjudicateur" ⁽³⁾.

3. L'article 4bis, § 5, en projet, dispose :

"§ 5. Le personnel de Brussels South Airport-Security et Liège Airport-Security est engagé sous contrat de travail."

S'agissant de personnes morales de droit public dépendant de la Région wallonne ces deux sociétés en projet entrent dans le champ d'application de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent (ci-après : l'A.R.P.G.).

L'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'A.R.P.G. consacre le principe du recrutement statutaire. La suite de cette disposition y prévoit cependant certaines exceptions. L'article 2, § 2, de l'A.R.P.G. dispose notamment :

"§ 2. Le décret visé à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles peut déterminer que pour les activités d'une personne morale de droit public qui entrent en concurrence avec d'autres opérateurs publics ou privés, il sera satisfait pour l'exercice de ces activités aux besoins en personnel par des personnes engagées par contrat de travail."

Lorsque la personne morale de droit public entre en concurrence avec d'autres opérateurs publics ou privés pour l'essentiel de sa mission, ce décret peut déterminer qu'il est satisfait aux besoins en personnel par des personnes engagées par contrat de travail."

Se fondant sur cette dernière disposition, l'exposé des motifs de l'avant-projet apporte la justification suivante au recours à l'engagement contractuel pour l'ensemble des membres du personnel des deux sociétés anonymes de droit public en projet :

⁽³⁾ Idem, alinéa 6. Pour un examen de la jurisprudence récente de la Cour sur la notion de "relations *in house*" et son application aux concessions de services publics, voir : DURVIAUX, A.-L., "Les relations *in house* : un pas de plus dans une direction délicate", A.P.T., 2-3/2006, pp. 95 et sv., spéc. n° 8, p. 113.

"Les filiales «sûreté» engageront du personnel contractuel. La nécessité de recourir au contrat de travail est justifiée par les considérations suivantes. Certes, les tâches de sûreté au sein des aéroports ne sont pas comme telles exercées en concurrence. Toutefois, la mise en oeuvre du modèle d'unicité de gestion implique l'intégration des tâches de sûreté dans l'ensemble des services proposés par les sociétés exploitantes. Or, l'on sait que les aéroports wallons doivent faire face à la concurrence d'autres aéroports, régionaux ou nationaux, dans lesquels tant les tâches de sécurité que les tâches liées à la sûreté sont exercées par du personnel contractuel.

À cet égard, et sans préjudice de ce qui est précisé ci-dessous, les sociétés de gestion, ainsi que leurs filiales - fussent-elles des S.A. de droit public - se trouveraient dans une position désavantageuses par rapport à leurs concurrentes si elles étaient tenues de recourir à l'emploi statutaire.

Eu égard au service global qu'il convient de fournir aux clients des aéroports, cette option se justifie d'autant que les sociétés anonymes en question sont des filiales de sociétés de droit privé qui ne recourent pas à l'engagement statutaire (sociétés auxquelles l'exploitation a été concédée)."

Une telle justification témoigne de la confusion opérée entre les notions de concession de services publics et de création d'une personne morale de droit public spécialisée, déjà examinée dans l'observation 1 ci-avant.

Les sociétés anonymes de droit public en projet ne peuvent, en effet, pas être considérées comme des filiales des sociétés gestionnaires des aéroports, mais bien comme des personnes morales de droit public créées par décret, dans lesquelles les concessionnaires des aéroports n'auraient qu'une participation minoritaire.

Dès lors que les personnes morales de droit public sont créées par décret et se voient directement attribuer sans mise en concurrence préalable l'accomplissement des tâches relatives à la sûreté aérienne, l'exception au principe du recrutement statuaire prévue à l'article 2, § 2, de l'A.R.P.G. ne peut sur cette seule base leur être appliquée.

Les justifications avancées à cet égard dans l'exposé des motifs ne suffisent pas non plus à justifier le recours à cette exception dès lors qu'elles ne concernent pas directement la situation concurrentielle des personnes morales de droit public concernées dans l'exercice des tâches qui leur seront attribuées.

4. Le paragraphe 4 est relatif à la composition du Conseil d'administration des deux sociétés de droit public qui seront chargées des missions de sûreté.

.../...

L'alinéa 3 du même paragraphe est rédigé comme suit :

"Les administrateurs de [Brussels South Airport-Security] et [Liège Airport Security] ne sont pas soumis au décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public."

La disposition en tant qu'elle vise les deux administrateurs mentionnés au paragraphe 4, alinéa 1^{er}, 2/, qui sont nommés par le Gouvernement wallon, sur proposition du ministre ayant les aéroports dans ses attributions, doit pouvoir être justifiée au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

À cet égard, les motifs invoqués dans l'exposé des motifs ne suffisent pas par leur généralité et leur imprécision ⁽⁴⁾ à justifier qu'une situation différente doit être réservée aux administrateurs concernés par rapport aux règles applicables aux administrateurs publics des autres personnes morales visées à l'article 3.

⁽⁴⁾ Tels que rédigés, ces motifs pouvaient déjà s'appliquer aux administrateurs publics de la plupart des personnes morales visées à l'article 3, § 1^{er}, du décret du 23 juin 1994 précité.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE