

|  |
| --- |
| Présenté le |
| Non enregistrable |

|  |
| --- |
|  |

|  |
| --- |
| **Cour d’appel**  **Bruxelles**    **Arrêt définitif**  2ème chambre  affaires civiles |

|  |
| --- |
| Numéro du répertoire  **2017 /** |
| Date du prononcé  **29 juin 2017** |
| Numéro du rôle  **2017/KR/17** |

|  |  |
| --- | --- |
| 🞏 | Non communicable au receveur |

**Expédition**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Délivrée à  le  €  CIV | Délivrée à  le  €  CIV | Délivrée à  le  €  CIV |

**EN CAUSE DE**

**L’ASBL Centre culturel de la Communauté française « Le Botanique »,** inscrite à la BCE n° 0425.406.861, dont le siège est établi rue Royale, 236 à 1210 Bruxelles,

**La NV Antwerps Sportpaleis**, inscrite à la BCE n° 0461.051.688, dont le siège social est établi Schijnpoortweg 119 à 2170 Merksem,

Appelantes

Représentées par Me Nathalie Fortemps loco Me Jean Bourtembourg, avocat dont le cabinet est établi rue de Suisse 24 à 1060 Bruxelles,

**CONTRE**

**La Ville de Bruxelles**, représentée par son Collège des Bourgmestre et Echevins dont les bureaux sont établie en l’Hôtel de Ville, Grand Place à 1000 Bruxelles.

Intimée

Représentée par Me Anne Feyt loco Marc Uyttendaele, avocat dont le cabinet est situé rue de la Source 68 à 1060 Bruxelles,

**ET**

**L’ASBL Parc des expositions de Bruxelles, en abrégé « Brussels Expo »**, inscrite à la BCE sous le n°406.655.573, dont le siège est établi à 1020 Bruxelles, Place de Belgique, 1.

Intimée

Représentée par Me France Vlassembrouck, avocate dont le cabinet est établi Neerveldstraat, n° 101-103, 1200 Bruxelles.

\*\*\*\*\*

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

* l’ordonnance dont appel, prononcée contradictoirement le 20 mars 2017 par le juge désigné pour remplacer le président du tribunal de première instance francophone de Bruxelles, siégeant en référé, dont les parties déclarent qu’elle n’a pas été signifiée ;
* la requête d’appel motivée déposée au greffe de la cour le 31 mars 2017 par l'ASBL Centre culturel de la Communauté française « Le Botanique » (ci-après dénommée Le Botanique) ;
* l’ordonnance de la cour du 6 avril 2017, rendue en application de l’article 109 bis du Code judiciaire attribuant la cause à une chambre à trois conseillers ;
* les conclusions déposées au greffe de la cour le 28 avril 2017 pour la Ville de Bruxelles et le 26 mai 2017 pour l’ASBL Parc des Expositions de Bruxelles (ci-après dénommée Brussels Expo) ;
* la note de plaidoiries déposée à l’audience de plaidoirie du 16 juin 2017 pour Brussels Expo ;
* les dossiers de pièces de chacune des parties.

1. **Exposé des faits**

1.

Le 22 juin 1999, une convention de concession a été conclue entre la Ville de Bruxelles et Le Botanique.

Par cette convention, la Ville de Bruxelles a concédé au Botanique le droit exclusif d'exploiter le 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, sous la dénomination « Cirque Royal - Koninklijke Circus ».

La redevance annuelle forfaitaire était de 61.973 €, indexables.

2.

Pour la gestion de l’activité du Cirque Royal, Le Botanique a constitué l’ASBL «Association de gestion du Cirque Royal ».

3.

La convention de concession précise en son article 3 que la concession prend cours le 1er juillet 1999 pour une durée de 27 ans, soit jusqu'au 30 juin 2026.

Chaque partie peut y mettre fin anticipativement, à chaque échéance de neuf ans, moyennant l'envoi, par pli recommandé à l'autre partie, d'un préavis d’un an, cette faculté de résiliation n'ouvrant aucun droit à indemnité en faveur de l'autre partie.

4.

Le 2 juillet 2015, un article de presse est paru dans *La Capitale*, annonçant que la Ville de Bruxelles avait décidé de ne pas renouveler le contrat conclu avec Le Botanique pour le Cirque Royal, et que la Ville voulait y faire de gros travaux de rénovation avant d'en confier la gestion à Brussels Expo[[1]](#footnote-1), qui disposerait ainsi de trois salles de dimensions différentes, avec le Palais 12 et la Salle de la Madeleine.

5.

Par l'intermédiaire de ses conseils, Le Botanique a sollicité, par courrier du 10 juillet 2015, une copie des différentes décisions.

6.

La Ville de Bruxelles a communiqué le 1er septembre 2015 au Botanique, par l’intermédiaire de son conseil, la délibération de son Collège des Bourgmestre et Echevins du 6 novembre 2014, ainsi que celle du 20 août 2015 retirant partiellement la première.

Il en ressort que le Collège des bourgmestre et échevins a pris, le 6 novembre 2014, la résolution suivante :

« (…) *Cirque Royal - Résiliation de la convention de concession- Nouvelle exploitation*

*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.*

*De 1 à 2. Pris pour information, 3. Autorisé, 4. Accord de principe* ».

Cette résolution a été prise par les membres présents, dont le Bourgmestre Monsieur Mayeur, Monsieur Close, Monsieur Coomans de Brachène, et Madame Persoons.

Le rapport de la réunion du Collège des bourgmestre et échevins précise notamment qu’en sa séance du 25 septembre 2014, Brussels Expo a présenté son projet dit « Madeleine/Théâtre américain/Cirque » dans lequel il se propose comme candidat-repreneur de l’exploitation du Cirque Royal dès la fin de la convention de concession.

7.

Le Botanique a introduit un recours en annulation au Conseil d'Etat à l'encontre du quatrième objet de cette délibération du Collège communal (G/A 217.360/XV-2916).

8.

Par une délibération du 20 août 2015, communiquée le 31 août 2015 au Botanique, le Collège communal de la Ville de Bruxelles a décidé de retirer la délibération du 6 novembre 2014 autorisant la Régie foncière à mettre fin à la convention en cours avec Le Botanique, « *au motif que le principe de 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 seul à pouvoir décider de la résolution de celle-ci* ».

9.

Le 14 janvier 2016, le Collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Bruxelles a par ailleurs décidé de retirer le point 4 de sa délibération du 6 novembre 2014 concernant l'approbation de la conclusion d'une convention avec Brussels Expo et ce, « *en raison de la nécessité de recommencer la procédure relative à la conclusion d'une convention de concession ayant pour objet l'exploitation du Cirque Royal afin de la purger de toute irrégularité ».*

Cette décision n'a été notifiée à Brussels Expo par la Ville de Bruxelles que le 16 juin 2016.

10.

Entretemps, par un arrêté pris le 7 septembre 2015, le Conseil communal réuni en comité secret a décidé, sur proposition du Collège des bourgmestre et échevins, d’autoriser la Régie foncière à mettre fin à la concession en cours avec Le Botanique.

Cet arrêté est motivé comme suit :

« *Le Conseil communal,*

*Réuni en comité secret en application de l'article 94 alinéa 1er de la nouvelle loi communale ;*

*Considérant 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 1er juillet 1999 pour une durée de 27 ans résiliable tous les 9 ans moyennant préavis d'un ans; la redevance annuelle de base est de 61.973 Euros (2.500.000BEF) payable par mensualité de 5.164 Euros (208.333BEF), 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 « LE 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 des 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 Bourgmestre et Echevins :*

*ARRETE :*

*Article unique : Autoriser la Régie foncière de 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 indispensable à l'exploitation du Cirque Royal qui sont imposés par le nouveau permis d'environnement et que le concessionnaire actuel refuse de prendre en charge* ».

Cette décision a été prise en comité secret, mais selon l’arrêté, en présence de tous les membres du Conseil communal.

11.

Le Botanique avait eu vent de cette réunion et déclare avoir adressé le jour même un courrier au Collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Bruxelles. Elle y rappelait que la Ville 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 exigeaient, avant de décider d’une résiliation de la convention, qu’une discussion soit menée entre les parties au sujet de ces travaux. Elle y indiquait que la résiliation de la convention ne pouvait être examinée en urgence et à huis clos et elle demandait que son courrier soit porté à la connaissance des membres du Conseil communal.

12.

Un recours en annulation au Conseil d'Etat a été introduit par Le Botaniquecontre la décision précitée du 7 septembre 2015 (G/A217.365/XV-2917). Le recours est toujours pendant.

13.

Le 27 juin 2016, le Conseil communal a décidé, par 35 voix contre 6 et 3 abstentions :

1. d'autoriser 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 1er juillet 2017 ;
2. d'approuver l'appel à candidatures fixant les conditions de la concession ;
3. de fixer la redevance à un montant de 90.000 € par an ;
4. de procéder à la publication de l'avis de concession au Bulletin des adjudications et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne ;
5. d’imputer la recette sur l’article 703-01 des budgets de l’exercice 2017 et exercices suivants.

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 1er 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 10.00 une offre de concession ;*

*Considérant que Ia 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* ».

Aucune restriction n’est indiquée quant à la participation de tous les membres présents du Conseil à cette décision du 27 juin.

14.

Ayant constaté que le lancement d'une procédure de désignation d'un nouveau concessionnaire pour l'exploitation du Cirque Royal figurait à l'ordre du jour de la réunion du Conseil communal du 27 juin 2016, Le Botanique a sollicité, le 29 juin 2016, la communication de la délibération prise par le Conseil communal, ainsi que du rapport de l'éventuelle décision du Collège auquel il serait fait référence et de l'appel aux candidatures.

Un rappel de la demande a été adressé aux services de la Ville de Bruxelles le 20 juillet 2016.

Le 20 juillet 2016, une copie de l'extrait de la délibération du Conseil communal du 27 juin 2016 et des conditions de la concession a été adressée au Botanique par la Régie foncière par courrier, annonçant également la communication de l'avis de marché dès qu'il serait publié.

15.

L’avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 20 juillet 2016 et ensuite au Supplément du 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 critères d’attribution ont été définis afin de permettre de déterminer l'offre de concession économiquement la plus avantageuse:

*1 - « 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.*

*2 - 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 apprécié 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.*

*3 - 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* ».

16.

Le Botanique et la NV Antwerps Sportpaleis ont décidé de s'associer et ont déposé le 29 août 2016 une offre pour la concession.

Le même jour, Brussels Expo a également déposé une offre.

17.

Réuni le 10 novembre 2016 en comité secret, le Collège a approuvé le rapport d’examen des offres « *en annexe au rapport du département, faisant partie intégrante de la délibération* », considéré 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 décidé de proposer au Conseil communal de lui attribuer la concession.

Monsieur le Bourgmestre Mayeur, Madame Persoons, Monsieur Coomans de Brachène, membres de Brussels Expo, et Monsieur Close, membre mais aussi Président du conseil d’administration de Brussels Expo, n’ont participé ni à la réunion ni à la décision.

18.

Le 21 novembre 2016 le Conseil communal, réuni en Comité secret, a décidé d'attribuer la concession de services de l'exploitation du Cirque Royal à Brussels Expo à partir du 1er juillet 2017, pour une période de 27 ans.

Cette décision est motivée comme suit :

*« 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 de questions de personnes ;*

*Considérant qu'effectivement dans ce dossier d'attribution, il s'agit d'une question de personnes susceptible 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 Echevins fait sien 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 leur 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 ».*

Monsieur Close, bien que présent, n’a pas participé à cette décision, adoptée par 23 voix contre 15. En revanche, ont notamment participé à cette décision Madame Persoons et Monsieur Ceux (Monsieur Mayeur et Monsieur Coomans de Brachène n’étaient pas présents).

19.

La convention de concession a été signée le jour même, soit le 21 novembre 2016, entre la Ville de Bruxelles et Brussels Expo.

Les appelantes exposent avoir eu connaissance de cette décision par la presse.

20.

Dès le 22 novembre 2016, les appelantes ont introduit une demande en suspension de cette décision devant le Conseil d’Etat, selon la procédure d'extrême urgence, demande assortie d'une demande de mesures provisoires consistant à ce qu'il soit fait interdiction à la Ville de Bruxelles de conclure le contrat de concession avec Brussels Expo.

Par un arrêt du 25 novembre 2016 (n° 236.553), le Conseil d'Etat a déclaré qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur la demande de mesures provisoires et a rejeté la demande de suspension à défaut pour les parties requérantes de justifier d'une extrême urgence (la convention ayant été conclue).

Pour le surplus, le Conseil d’Etat a ordonné que les pièces 16 et 19 du dossier de pièces confidentiel, soit les offres, l’analyse comparative des offres et la convention, demeurent, à ce stade, confidentielles.

21.

Le 6 décembre 2016, les appelantes ont introduit devant le Conseil d’Etat un recours en annulation et une demande de suspension de la décision communale du 21 novembre 2016.

Le 21 mars 2017, le Conseil d’Etat a rejeté la requête en suspension pour défaut d’urgence (C.E., n° 237.728 du 21 mars 2017). Il a estimé que, dans l’état actuel de la législation, la demande de suspension relevait du droit commun du référé administratif, réglé par l’article 17 § 1er des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat et que l’éventuelle suspension de la décision d’attribution demeurerait sans effet sur le contrat conclu. Pour le surplus, le Conseil d’Etat s’est dit sans compétence pour se prononcer sur des droits et obligations découlant de la passation de ce contrat.

La demande d’annulation est toujours pendante.

**II La procédure**

22.

Par citation du 7 décembre 2016 devant la chambre des référés du tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Le Botanique et la NV Antwerps Sportpaleis ont demandé au premier juge, sous le bénéfice de l’urgence:

* d’interdire à la Ville de Bruxelles et à Brussels Expo de poursuivre l’exécution de la convention de concession conclue le 21 novembre 2016 pour la concession du Cirque royal et, partant, de ne poser aucun acte, matériel ou juridique, lié à cette convention et aux droits et obligations qu’elle comporte, et ce jusqu’à ce que le tribunal de première instance se soit définitivement prononcé par un jugement sur la demande d’absence d’effets de la convention de concession litigieuse ;
* d’interdire à la Ville de Bruxelles et à Brussels Expo de poser quelque acte qui soit qui permettrait de conclure le cas échéant un nouveau contrat de concession de services consistant en l’exploitation du Cirque Royal sur la base de la décision du Conseil communal de la Ville de Bruxelles du 21 novembre 2016 et ce jusqu’à ce que le Conseil d’Etat se soit prononcé sur la requête en annulation.

23.

Les appelantes ont également introduit une action au fond par citation signifiée aux parties intimées le 16 décembre 2016. Elles demandent au tribunal de déclarer le contrat de concession « *comme dépourvu d’effets, en prononcer en conséquence l’annulation et ordonner aux parties citées de procéder aux restitutions de ce qu’elles ont chacune reçu en exécution de la convention* ».

L’affaire a été introduite le 10 janvier 2017 et sera en principe plaidée, après mise en état, le 13 avril 2018.

24.

Par ordonnance du 20 mars 2017, le premier juge a dit l’action recevable mais non fondée.

Il a condamné Le Botanique et la NV Antwerps Sportpaleis aux dépens, l’indemnité de procédure étant liquidée à 1.440 €.

25.

Relevant appel, Le Botanique et la NV Antwerps Sportpaleis réitèrent devant la cour leurs demandes originaires, tout en en précisant le premier point : elles demandent à la cour d’interdire à la Ville de Bruxelles et à Brussels Expo de poursuivre l’exécution de la convention de concession et de poser quelque acte que ce soit lié à cette convention et aux droits et obligations qu’elle comporte, jusqu’à ce que le tribunal de première instance francophone de Bruxelles se soit définitivement prononcé par un jugement sur la demande d’absence d’effets ***et d’annulation***(cette précision étant ajoutée dans la requête d’appel) de la convention de concession litigieuse.

La Ville de Bruxelles et Brussels Expo concluent chacune à l’irrecevabilité de l’appel et, à titre subsidiaire, à son non fondement.

Elles postulent la condamnation des appelantes aux dépens.

Brussels Expo demande en outre à la cour de déclarer son offre, la convention de concession du 21 novembre 2016 et les calendriers des dates (options comprises) pour les salles Cirque royal, la Madeleine et le palais 12, confidentielles.

26.

A l’audience de plaidoiries du 16 juin 2017, le conseil de Brussels Expo a déposé, en réponse à une question posée par la cour, une note de plaidoirie dont le conseil des parties appelantes a demandé l’écartement.

En vertu de l’article 740 du Code judiciaire, tous mémoires, notes ou pièces non communiqués au plus tard en même temps que les conclusions ou, dans le cas de l'article 735, avant la clôture des débats, sont écartés d'office des débats.

Cette note, communiquée à la veille de l’audience, à 18h00, constituait un commentaire de la jurisprudence communiquée le mercredi 14 juin par le conseil du Botanique et du Sportpaleis en réponse à la question posée oralement par la Cour, lors d’une audience précédente, au sujet de l’effet horizontal d’une directive européenne.

Elle anticipe l’argumentation qui allait être développée oralement à l’audience du 16 juin par Brussels Expo en réponse, à la fois, à la question posée par la cour et à l’enseignement déduit de la jurisprudence communiquée par les appelantes suite à la question posée.

En l’espèce, la cour n’est pas tenue de répondre à la note de plaidoirie déposée, celle-ci étant un document non signé qui n’a pas valeur de conclusions.

Même si elle répond à une question posée par la cour, le dépôt de cette note n’a pas été annoncé par le conseil de Brussels Expo et elle a été communiquée fort tardivement, en sorte qu’il n’est pas garanti que le conseil des appelantes ait pu en prendre connaissance avant l’audience du 16 juin.

Dans ce contexte, sa prise en considération est, d’une part, de nature à porter atteinte aux droits de la défense des parties appelantes dès lors qu’elle pourrait influencer la décision de la cour de manière plus significative que des arguments exposés uniquement verbalement. D’autre part, les parties appelantes n’avaient d’autre choix que de renoncer à répondre par écrit à cette note, la nécessité d’obtenir une décision rapidement les contraignant à ne pas demander la mise en continuation de la cause.

27.

Pour assurer le respect des droits de la défense et l’égalité des armes entre les parties, il y a dès lors lieu de faire droit à la demande d’écartement de cette note de plaidoirie.

**III Discussion et décision de la cour**

Quant aux fondements juridiques des demandes

28.

Les intimées contestent en premier lieu tout fondement à la demande en référé des appelantes au motif qu’elles ont saisi le juge du fond d’une demande en déclaration d’absence d’effets de la concession litigieuse, recours qui, selon elles, n’existe pas dans notre droit positif.

29.

Les appelantes demandent, en substance, à la cour d’interdire à la Ville de Bruxelles et à Brussels Expo de poursuivre l’exécution de la convention de concession conclue entre elles le 21 novembre 2016 et de leur interdire de poser des actes qui leur permettraient de conclure un nouveau contrat de concession portant sur l’exploitation du Cirque Royal.

Elles fondent leur demande, d’une part, sur le droit européen : elles revendiquent l’application à la convention de concession litigieuse de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 qui établit les règles applicables aux procédures de passation de contrats de concession par les pouvoirs adjudicateurs lorsque la valeur estimée atteint les seuils prévus, ainsi que l’application des dispositions en matière de recours prévues par la directive 89/665/CE du 21 novembre 1989 et rendues applicables aux concessions par la directive 2014/23/UE.

Les parties intimées contestent toutefois qu’un effet direct s’attache à ces dispositions, à l’époque non encore transposées en droit belge.

Les appelantes invoquent, d’autre part, le droit commun belge, et fondent leur demande également sur l’article 56 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, les principes généraux d’égalité, de publicité, de mise en concurrence et d’impartialité, et poursuivent devant le juge du fond la nullité de la convention de concession en raison de la violation de dispositions d’ordre public (voir infra sur ce point, contesté par les intimées).

Pour apprécier s’il y a éventuellement lieu, en référé, de suspendre l’exécution du contrat de concession litigieux, il convient de déterminer dans quelle mesure la demande de déclaration d’absence d’effets et d’annulation dont est saisi le juge du fond est susceptible de se voir accueillie, en l’état du droit applicable au présent litige.

Quant à la possibilité pour les appelantes de se prévaloir de directives européennes dont les lois de transposition en droit belge n’étaient pas en vigueur au moment de l’octroi de la concession litigieuse

30.

Les parties intimées contestent l’effet direct des directives invoquées par les appelantes.

Il convient cependant de rappeler que la question de l’effet direct d’une directive ne se pose que si aucune interprétation du droit national, pris dans son intégralité, conforme aux dispositions de cette directive ne s’avère possible (C.J.U.E., arrêt *Dominguez* du 24 janvier 2012, C-282/10, points 23 et 32). Il ne suffit pas dès lors de constater que des dispositions de droit européen sont dépourvues d’effet direct pour écarter les moyens pris de leur violation ; il faut s’assurer que celles-ci ne sont pas de nature à influencer l’interprétation du droit belge.

31.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l’Union européenne, il incombe aux juges nationaux, en vertu de la primauté du droit communautaire, d’interpréter le droit interne dans toute la mesure du possible d’une manière qui permette d’en assurer la conformité au droit de l’Union (C.J.U.E., arrêt *Szatmari Malom* du 15 mai 2014, aff. C-135/13, point 70). Cette obligation impose notamment de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d’une directive (C.J.U.E., arrêt *Dansk Industri* du 19 avril 2016, C-441/14, §33 et la jurisp. citée).

Le principe d’interprétation conforme connaît cependant certaines limites, notamment le respect des principes généraux du droit (comme la sécurité juridique) et l’interdiction de retenir une interprétation contra legem (*Ibid*., §32 et la jurisp. citée).

32.

La Cour de cassation a confirmé que « *l’obligation des Etats membres de l’Union européenne, découlant d’une directive, d’atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir, en vertu de l’article 5 du traité instituant la Communauté européenne, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l’exécution de cette obligation, s’imposent à toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles ; dès lors, en appliquant le droit national, la juridiction nationale est tenue de l’interpréter à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer à l’article 189, alinéa 3, du traité* » (Cass., 9 janvier 2003, *Pas*., I, p. 76 ; Cass., 28 septembre 2001, *Pas*., I, p. 1534; Cass., 2 décembre 1996, *R.C.J.B*., 1998, 187 et la note de J. Verhoeven, « L’application ou la prise en considération des directives communautaires en droit belge »).

En ce qui concerne les directives, l’obligation d’interpréter le droit interne à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause, n’existe qu’à partir de l’expiration de son délai de transposition (C.J.U.E., arrêt *Adeneler* du 4 juillet 2006, aff. C-212/04, point 115).

33.

Les appelantes soutiennent qu’une application conforme des dispositions de droit national au droit communautaire commande qu’elles puissent obtenir devant le juge du fond l’absence d’effet et/ou l’annulation du contrat de concession conclu en violation des règles d’ordre public que constituent les principes d’égalité, de concurrence, de transparence et d’impartialité inscrits tant aux articles 10 et 11 de la Constitution, qu’à l’article 56 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne mais aussi aux articles 3, 30 et 35 de la Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l’attribution de contrats de concession.

34.

La cour reviendra ci-après (dans le chapitre consacré à la recevabilité de l’action) sur l’objet exact de la demande dont les appelantes ont saisi le juge du fond. Il y a d’ores et déjà lieu d’examiner à ce stade si, en application du principe d’interprétation conforme du droit interne aux directives dont se prévalent les appelantes :

* le juge des référés a le pouvoir de suspendre l’exécution du contrat de concession litigieux dans l’attente d’une décision du juge du fond ;
* le juge du fond a le pouvoir de déclarer sans effet et/ou d’annuler le contrat de concession litigieux.

Examen des dispositions de droit de l’Union invoquées : la directive 2014/23/UE sur l’attribution de contrats de concession et la directive 89/665/CE en matière de recours

35.

La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l’attribution de contrats de concession a rendu applicables aux concessions les dispositions en matière de recours prévues par la directive 89/665/CE du 21 novembre 1989.

La directive 2014/23/UE devait être transposée pour le 18 avril 2016 (voy. art. 51 de la directive). Elle ne l’a toutefois été que postérieurement, et par des lois qui ne sont pas encore à ce jour en vigueur à défaut d’arrêtés d’exécution : la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession (*M.B*. 14 juillet 2016) et la loi du 16 février 2017 modifiant 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 (*M.B*. 17 mars 2017).

36*.*

L’article 2 de la directive 89/665/CEE prévoit que :

« *1. Les Etats membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l’article 1er prévoient les pouvoirs permettant :*

*a) 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 ;*

*b) d’annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l’appel à la concurrence, dans les cahiers de charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ;*

(…)

*2. Les pouvoirs visés au § 1 et aux articles 2quinquies et 2sexies peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d’aspects différents des procédures de recours.*

(…) ».

37.

L’article 2bis de la directive 89/665/CE tel que modifié par la directive 2014/23/UE, prévoit que :

« *1.* *Les Etats membres veillent à ce que les personnes visées à l’article 1er, § 3, disposent de délais permettant des recours efficaces contre les décisions d’attribution de marché prises par les pouvoirs adjudicateurs en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimales énoncées au §2 du présent article et à l’article 2quater*.

*2. La conclusion du contrat qui suit la décision d’attribution d’un contrat relevant du champ d’application de la directive 2014/24/UE ou de la directive 2014/23/UE ne peut avoir lieu avant l’expiration d’un délai d’au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d’attribution du contrat a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d’autres moyens de communication sont utilisés, avant l’expiration d’un délai d’au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d’attribution du contrat est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d’au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de a décision d’attribution du contrat.*

*Les soumissionnaires sont réputés concernés s’ils n’ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l’objet d’un recours.*

*Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur n’a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d’attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.*

*La décision d’attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concernés, accompagnée :*

*- d’un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l’article 55, § 2, de la directive 2014/24/UE, sous réserve de l’article 55, § 3, de ladite directive, ou à l’article 40, § 1, de la directive 2014/23/UE, sous réserve de l’article 40, § 2, de ladite directive, et*

*- d’une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable, en vertu des dispositions nationales transposant le présent paragraphe*».

38.

L’article 2quinquies de la directive 89/665/CE tel que modifié par la directive 2014/23/UE, prévoit que :

« *1. Les Etats membres veillent à ce qu’un marché soit déclaré dépourvu d’effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l’absence d’effets dudit marché résulte d’une décision d’une telle instance dans chacun des cas suivants :*

*a) si le pouvoir adjudicateur a attribué un contrat sans voir préalablement publié un avis de contrat au Journal officiel de l’Union européenne, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2010/24/UE ou de la directive 2014/23/UE ;*

*b) en cas de violation de l’article 1er, § 5, de l’article 2, § 3, ou de l’article 2bis, § 2, de la présente directive, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d’engager un recours précontractuel lorsqu’une telle violation est accompagnée d’une violation de la directive 2014/24/UE ou la directive 2014/23/UE, si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d’obtenir le marché ;*

(…)

*2. Les conséquences du constat de l’absence d’effets d’un marché sont déterminées par le droit national.*

*Le droit national peut prévoir l’annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l’annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, les Etats membres prévoient l’application d’autres sanctions au sens de l’article 2sexies, § 2.*

*3. Les Etats membres peuvent prévoir que l’instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d’effets, même s’il a été passé illégalement pour des motifs visés au §1, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d’intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, les Etats membres prévoient des sanctions au sens de l’article 2sexies, §2, qui s’appliquent à titre de substitution.*

(…) ».

Application du droit interne dans un sens conforme aux dispositions de droit européen

39.

Les appelantes demandent à la cour d’interpréter et d’appliquer en l’espèce l’article 584 du Code judiciaire dans un sens conforme aux exigences du droit de l’Union, et spécialement de l’article 2 de la directive 89/665/CE (dont la portée a été étendue aux concessions de services publics par la directive 2014/23/UE).

De la même manière, le juge du fond, saisi d’une demande de déclaration d’absence d’effets du contrat de concession, suivie d’annulation de celui-ci, est tenu d’appliquer le droit positif belge dans un sens conforme aux directives régissant les contrats de concession.

Ces directives devaient être transposées dans un délai expirant le 16 avril 2016 et l’octroi de la concession litigieuse, le 21 novembre 2016, est postérieur à l’expiration de ce délai, ce qui oblige en effet les juridictions à examiner le présent litige à la lumière du droit interne interprété de façon conforme au texte et à la finalité des directives en cause.

Celles-ci imposent, afin que soit assuré leur effet utile, que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs puissent faire l’objet de recours efficaces et aussi rapides que possibles, afin 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* (…) *en cause ou l’exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur*» (article 2, §1er, a) de la directive 89/665/CE).

En l’espèce, l’article 584 du Code judiciaire peut parfaitement être interprété comme permettant au juge belge de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but sinon de corriger la violation alléguée de la directive, à tout le moins d’empêcher qu’il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, en ce compris en ordonnant la suspension de l’exécution d’une décision prise par le pouvoir adjudicateur et/ou la convention conclue par celui-ci.

Une telle interprétation, qui permet d’assurer la conformité du droit belge avec la disposition précitée de la directive 89/665/CE telle que modifiée par la directive 2014/23/UE n’est pas contraire aux principes généraux du droit ni contra legem.

40.

En outre, une application conforme des dispositions de droit national au droit de l’Union et plus spécifiquement aux exigences de l’article 2, §1er, 2 b) de la directive 89/665/CE (les mesures prises aux fins de recours doivent permettre « *d’annuler ou de faire annuler les décisions illégales* ») mais également des articles 3 (« *principes d’égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence* »), 30 (« *principes généraux* » pour l’attribution des concessions) et 35 (« *lutte contre la corruption et prévention des conflits d’intérêts* ») de la directive 2014/23/UE, impose également que les appelantes puissent obtenir devant le juge du fond que le contrat de concession conclu en violation de ces règles puisse être privé d’effet, voire annulé, dans la mesure prévue par cette directive.

En droit belge, l’annulation d’un contrat ne peut en principe être demandée par un tiers que si cette convention a été conclue en violation d’une règle d’ordre public.

L’absence d’effets au sens de la directive 89/665/CE doit donc être examiné au regard des règles de droit national. A cet égard, la cour relève, pour autant que de besoin, qu’à supposer que l’annulation d’un contrat de concession de service public soit envisageable en droit positif belge en raison de la violation par celui-ci de dispositions relevant de l’ordre public, la déclaration d’absence d’effets dudit contrat, mesure d’une intensité moindre que l’annulation, doit, en principe, pouvoir également être prononcée. Il convient en effet de rappeler que ni l’article 6 du Code civil ni les dispositions du même code relatives à l’objet d’une convention comme condition de sa validité ne consacrent de nullité textuelle et qu’il appartient donc au juge de tenir compte du contexte légal et virtuel dans lequel la sanction doit opérer.

Le premier juge a rappelé, à juste titre, que les dispositions relatives aux modes de passation des marchés publics sont d’ordre public, à tout le moins en ce qu’elles concernent le principe fondamental de l’obligation de mise en concurrence, qui poursuit un but d’intérêt général et que le contrat conclu en violation de cette obligation est affecté d’une cause de nullité absolue qui peut être soulevée d’office par le juge (en ce sens, Bruxelles, 28 décembre 2013, *J.T.*, 2014/6, p.96 ; Fr. Belleflamme, « L’annulation de la décision d’attribution d’un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*, 2011, p. 269 et références citées).

Il en va de même du principe de l’égalité de traitement des concurrents (en ce sens, Y. Hannequart et A. Delvaux, « L’attribution d’un marché public et les recours judiciaires autres que l’action en dommages-intérêts », *Entr. et dr.*, 1998, p. 332, spéc. n°41 et références citées), qui constitue une concrétisation des principes d’égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Il en va, enfin, de même des règles qui veillent à garantir l’impartialité des pouvoirs publics qui passent un marché public dès lors qu’il s’agit d’un principe fondamental dans un système démocratique et, en tout état de cause, d’une condition nécessaire au respect du principe d’égalité de traitement et de mise en concurrence des concurrents.

Ces principes sont transposables à la matière des concessions de service public, qui relèvent de l’intérêt général, ce que confirme le fait que le législateur européen a assorti la procédure d’octroi de ces concessions des mêmes garanties que celles qui s’appliquent en matière de passation des marchés publics.

Il en résulte que le droit belge, interprété conformément aux dispositions précitées de la directive 89/665/CE telle que modifiée par la directive 2014/23/UE, peut aboutir à la privation d’effets du contrat et, en tout état de cause, à son annulation par le juge du fond si ce contrat viole des dispositions relevant de l’ordre public et justifie également l’action devant le juge des référés, destinée à donner un effet utile au recours dont dispose le concessionnaire illégalement évincé.

Cette interprétation ne viole pas les principes généraux du droit et n’est pas contra legem.

Il n’est dès lors pas nécessaire de vérifier l’effet direct des dispositions en cause de la directive 2014/23/UE pour faire droit, en référé, à la demande des parties appelantes.

Comme l’a fait le premier juge, il convient dès lors que la cour examine la recevabilité de l’action, l’urgence de la demande et l’apparence des droits allégués.

Examen de la demande en tant que fondée sur les règles de droit interne

*Base légale de la demande et intérêt à agir*

41.

L’action est recevable, suivant l’article 17 du Code judiciaire, si le demandeur a intérêt et qualité. L’intérêt consiste en tout avantage matériel ou moral, effectif mais non théorique, que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme (Cass., 4 décembre 1989, *Pas*., 1990, I, p. 414). Il correspond à l’objet de la demande et s’apprécie in abstracto.

42.

Les appelantes ont saisi le juge des référés sur pied de l’article 584 du Code judiciaire en vue d’obtenir, dans l’urgence et au provisoire, la suspension de l’exécution de la convention de concession litigieuse. Elles poursuivent également devant le juge du fond l’absence d’effets et la nullité de cette convention.

Elles ne postulent pas que le contrat de concession se poursuive au-delà de la période de préavis, qui prendra fin le 30 juin 2017, mais exposent qu’elles entendent se réserver une chance de se voir attribuer le nouveau contrat de concession.

Elles ne contestent par ailleurs pas que l’éventuel arrêt d’annulation de la décision d’attribution qui serait prononcé par le Conseil d’Etat n’aurait pas d’incidence sur l’acte détachable que constitue le contrat de concession.

Le premier juge a retenu que la demande de nullité est faite « *en présence de violations de dispositions d’ordre public*», ce que conteste la Ville de Bruxelles, qui soutient que cette demande ne peut être comprise que comme une conséquence du constat que la convention de concession devrait être déclarée dépourvue d’effets.

Certes, la demande au fond des appelantes est formulée comme suit dans la citation introductive d’instance: elles demandent au tribunal de déclarer le contrat de concession « *comme dépourvu d’effets, en prononcer en conséquence l’annulation et ordonner aux parties citées de procéder aux restitutions de ce qu’elles ont chacune reçu en exécution de la convention* ».

La cour rappelle toutefois que le juge est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il a « *l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions* » (Cass., 4 mars 2013, *Pas*., I, n°526). Il est « *tenu d’examiner la nature juridique des faits et actes invoqués par les parties et, quelle que soit la qualification juridique que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d’office aux motifs qu’elles ont invoqués à la condition qu’il n’élève aucune contestation dont les parties ont exclu l’existence en conclusions, qu’il se fonde uniquement sur des éléments régulièrement soumis à son appréciation, qu’il ne modifie pas l’objet de la demande et qu’il ne viole pas les droits de défense des parties* » (Cass., 23 janvier 2014, *Pas*., 2014, I, pp. 211-213).

Les appelantes pourront par ailleurs préciser, voire étendre leur demande à l’occasion du dépôt de leurs conclusions au fond, dans le respect de l’article 807 du Code judiciaire.

Le juge du fond pourra donc, le cas échéant, statuer sur la nullité de la convention de concession, sans pour autant devoir examiner cette demande en tant que conséquence d’une déclaration d’absence d’effets. La cour renvoie, pour le surplus, aux développements qui précèdent relatifs à l’interprétation du droit belge conforme au droit de l’Union (§40).

Par ailleurs, les moyens de nullité invoqués relevant de l’ordre public, les appelantes, bien que tiers au contrat de concession dont la régularité est critiquée, sont des tiers intéressés recevables à invoquer la nullité de celui-ci.

Il s’en déduit que les appelantes ont intérêt à l’action en référé qui tend, notamment, à interdire à la Ville de Bruxelles et à Brussels Expo de poursuivre l’exécution de la convention de concession.

L’ordonnance entreprise sera confirmée sur ce point.

*Quant aux conditions du référé : l’urgence et le provisoire*

43.

Le tribunal des référés est compétent pour statuer au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence.

L'urgence est une condition de la compétence du juge des référés mais également une condition de fond. L'urgence étant invoquée dans l'acte introductif d'instance, le tribunal est compétent.

Quant au fond, il y a urgence au sens de l’article 584 du Code judiciaire dès que la crainte d’un préjudice d’une certaine gravité, voire d’inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable (Cass., 23 septembre 2011, *Pas*., 2011, I, p. 2031) et, de manière générale, lorsque la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu (Ch. Van Reepinghen, « Rapport sur la réforme judiciaire », *Mon. Belge*, 1964, p. 218).

Tel est le cas en l'espèce.

Les mesures sollicitées ont pour but de préserver le droit des appelantes au respect des règles fondamentales d’égalité, de concurrence, de transparence et d’impartialité, dont elles soutiennent qu’elles ont été méconnues par la Ville de Bruxelles. Dans l’attente de la décision à rendre par le juge du fond, les mesures demandées tendent à leur permettre de retrouver la chance de se voir confier par la Ville de Bruxelles la concession du Cirque Royal. Elles exposent qu’elles craignent de subir un préjudice grave, consistant dans le risque de perdre définitivement toute opportunité de se voir attribuer le marché et de conclure la convention de concession, si le contrat de concession conclu sort ses effets et est exécuté par les parties intimées.

L’urgence se justifie également en raison de l’échéance du 1er juillet 2017, sachant – comme l’a souligné le premier juge – que compte tenu notamment de la longueur des plaidoiries, une décision sur le fond ne pourrait pas être obtenue dans ce délai, et que la demande des appelantes tend à éviter que soit créée une situation de fait qui les exclurait de toute possibilité d’exploitation au-delà du 30 juin 2017.

Ce ne sont donc pas, comme le soutiennent les parties intimées, les conséquences de la décision de résiliation de la convention en concession en cours qui causent aux appelantes les inconvénients sérieux de nature à fonder les mesures urgentes qu’elles sollicitent, mais la perte d’une chance de se voir confier la concession du Cirque Royal eu égard à l’attribution de la nouvelle concession dans les conditions qu’elles dénoncent.

L’urgence persiste dès lors en degré d’appel.

44.

Les intimées soutiennent que les mesures, telles que sollicitées par les appelantes, touchent au fond du litige et ne constituent pas des mesures conservatoires au sens de l’article 584 du Code judiciaire.

La condition du provisoire ne s’oppose pas à ce qu’il soit fait droit aux demandes telles que formulées, car elles n’interdisent pas au juge du fond, éventuellement saisi, de se départir de l’analyse de la cour sur les droits des parties et elles ne constituent pas une atteinte irrémédiable et irréparable aux droits éventuels des intimées.

En référé, en effet, Le Botanique ne demande pas l’annulation de la convention de concession conclue le 21 novembre 2016 mais uniquement qu’il soit fait interdiction à la Ville de Bruxelles et à Brussels Expo de poursuivre son exécution ou de conclure un nouveau contrat de concession dans l’attente d’une décision au fond sur la demande d’absence d’effets et de nullité de la convention de concession litigieuse.

45.

L’ordonnance entreprise sera confirmée sur ces points.

L’opportunité d’ordonner une mesure provisoire implique une appréciation prima facie des droits invoqués, qui sera faite ci-après.

*Quant aux apparences de droit*

46.

Dans sa délibération du 27 juin 2016, le Conseil communal a décidé que la concession par le biais de laquelle serait octroyée l’exploitation du Cirque Royal ne constituait pas un marché public de services entrant dans le champ d’application de la législation relative aux marchés publics et a décidé que l’octroi de la concession « *fera l'objet d'une mise en concurrence informelle dans le cadre d'une procédure souple »* et que «*Ia procédure de concession se déroulera, selon des règles souples et simples respectueuses du principe d'égalité, en une seule phase ».*

Outre la violation de la directive 2014/24/UE, que les appelantes estiment applicable à la procédure litigieuse, celles-ci invoquent la violation de l’article 56 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, des principes d’égalité, de mise en concurrence et d’impartialité et des articles 10 et 11 de la Constitution.

Les appelantes soutiennent que la mise en concurrence à laquelle la Ville de Bruxelles a procédé en vue de l’attribution de la concession est entachée d’irrégularités et viole les principes rappelés ci-dessus. En présence des violations de l’ordre public qu’elles dénoncent, les appelantes soutiennent que la nullité du contrat devra être prononcée au fond, et ce avec effet rétroactif.

Elles rappellent à cet égard que l’article 159 de la Constitution impose au juge de « *n'appliquer les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois* ».

47.

Les appelantes invoquent à cet égard trois moyens, fondés, en substance, sur l’existence d’un conflit d’intérêts dans le chef des mandataires du conseil communal de la Ville de Bruxelles (1er moyen), sur la méthode d’évaluation des offres et la pondération des critères d’appréciation ( 2ème moyen) et sur un défaut de motivation et une erreur d’appréciation de la part du pouvoir adjudicateur (3ème moyen).

48.

Le premier juge a décidé que ces moyens n’étaient pas fondés et en a débouté les actuelles appelantes.

*Examen du premier moyen (existence d’un conflit d’intérêt)*

49.

Le premier moyen est pris, en sa première branche, du défaut de motivation, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, des principes généraux de publicité et de mise en concurrence et d'impartialité, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, spécialement de ses articles 3, 30 et 35, et, en sa deuxième branche, de la violation de l'article 92 de la Nouvelle loi communale (les appelantes ont toutefois renoncé à développer cette deuxième branche fondée sur la violation de la loi communale – voy. requête d’appel, p. 38), et de l'excès de pouvoir.

50.

Le conseil d’administration de Brussels Expo est composé de 3 membres nommés par son assemblée générale sur une liste de candidats présentés par le Collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Bruxelles ou par le conseil d’administrations de la F.I.B. (Foire Internationale de Bruxelles).

Monsieur Close, échevin de la Ville de Bruxelles, est administrateur de l’ASBL et président du conseil d’administration depuis 2014.

Outre Monsieur Close, le Bourgmestre de la Ville de Bruxelles (Monsieur Mayeur) et trois autres conseillers communaux de la Ville de Bruxelles (en leur qualité de membres du Conseil d’administration de l’ASBL FIB) sont - ou étaient - membres de Brussels Expo : Monsieur Ceux, Madame Persoons et Monsieur Coomans de Brachène.

Madame Persoons, Monsieur Coomans de Brachène et Monsieur Close sont – ou étaient - par ailleurs membres du Collège Echevinal.

Les appelantes soutiennent qu’il y a eu violation des principes de mise en concurrence et d'impartialité lors de l’attribution à Brussels Expo du contrat de concession signé le 21 novembre 2016, dès lors que ces mandataires communaux ont participé à l’adoption des décisions ayant conduit à l’attribution de la concession litigieuse à Brussels Expo.

51.

Quant à ce moyen, le tribunal des référés a :

* estimé que, « *Prima facie, l'impartialité du pouvoir adjudicateur, en l'espèce, un pouvoir public, peut être mise en doute si des membres de ce pouvoir adjudicateur sont susceptibles d'influencer l'issue de la procédure litigieuse, par exemple par le choix des critères d'attribution ou dans l'analyse des offres. Alors, l'impartialité du pouvoir adjudicateur n'est plus garantie. Comme l'enseigne la Cour de Justice dans son arrêt du 12 mars 2015, il ne peut être exigé du soumissionnaire évincé la preuve de la partialité concrète du pouvoir adjudicateur car en général, un candidat n'est pas en mesure d'avoir accès à de telles informations (considérant 43). Mais l'instance de recours doit avoir égard aux mesures prises par le pouvoir adjudicateur pour pallier le risque d'un conflit d'intérêt* » ;
* constaté que « *la structure de l’ASBL Parc des Expositions permet prima facie de considérer que les mandataires communaux ont un intérêt moral à préférer celle-ci aux autres soumissionnaires* » mais que « *le tribunal constate cependant, prima facie, que la Ville de Bruxelles a pris les mesures nécessaires pour éviter qu’une préférence soit donnée à un candidat en raison de considérations étrangères au marché* ».

Il a, par conséquent, conclu que le premier moyen n’était pas fondé.

52.

Les principes d’égalité de traitement, de non-discrimination, de mise en concurrence, de transparence et d’impartialité consacrés par les dispositions constitutionnelles et européennes et les principes généraux susvisés, s’opposent à ce qu’une personne, qui exerce des responsabilités au sein d’une entité qui remet offre, participe à la procédure d’octroi de concession de services publics dans des conditions lui permettant d’influer sur l’issue de la procédure ou de susciter des doutes légitimes quant à une telle influence.

L’article 3 de la directive 2014/23/UE, intitulé *« principes d’égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence* », énonce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices doivent traiter les opérateurs économiques sur pied d’égalité et sans discrimination et doivent agir de manière transparente et proportionnelle. La procédure d’attribution ne peut être conçue avec l’intention, notamment, de favoriser indûment certains opérateurs économiques ou certains travaux, fournitures ou services.

L’article 30.2 de la même directive prévoit que la procédure d’attribution de concession doit respecter ces principes.

L’article 35 de la directive 2014/23/UE, intitulé « *Lutte contre la corruption et prévention des conflits d'intérêts*», stipule que:

*« Les États membres exigent des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qu'ils prennent les mesures appropriées permettant de lutter contre la fraude, le favoritisme et la corruption et de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace les conflits d'intérêts survenant lors du déroulement des procédures d'attribution de concession, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer la transparence de la procédure d'attribution et l'égalité de traitement de tous les candidats et soumissionnaires.*

*La notion de conflit d'intérêts vise au moins les situations dans lesquelles des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice qui participent au déroulement de la procédure d'attribution de concession ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité et leur indépendance dans le cadre de la procédure d'attribution de concession.*

*En ce qui concerne les conflits d'intérêts, les mesures adoptées ne vont pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour prévenir un conflit d'intérêts potentiel ou éliminer le conflit d'intérêts détecté*» (voir également l’article 26 de la loi du 17 juin 2016 sur les contrats de concession, non encore en vigueur).

La Cour de justice considère que l’impartialité peut être établie sur la base d’une situation objective afin de prévenir tout risque que le pouvoir adjudicateur public se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause susceptibles, de ce seul fait, de donner préférence à un soumissionnaire. Le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l’existence d’éventuels conflits d’intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de détecter les conflits d’intérêts et d’y remédier. Selon la Cour, il serait incompatible avec ce rôle actif de faire peser sur un requérant la charge de prouver, dans le cadre de la procédure de recours, la partialité concrète d’autant qu’en règle un soumissionnaire n’est pas en mesure d’avoir accès à des informations et des éléments de preuve lui permettant de faire une telle démonstration de partialité (voy. C.J.U.E., arrêt *eVigilo Ltd* du 12 mars 2015, C-538/13, points 41 à 44 de l’arrêt).

Le principe d’impartialité « *interdit qu'une personne soit à la fois juge et partie, soit qu'elle ait joué dans la même affaire un rôle d'accusation ou d'instruction, soit qu'elle ait un intérêt personnel, soit qu'elle ait fait preuve de parti pris*» (C.E., Vanneste, n° 234.056 du 8 mars 2016). De plus, ce principe requiert que l’autorité soit effectivement impartiale (impartialité subjective) mais également que celle-ci offre les apparences de l’impartialité (impartialité objective) (C.E., Kevin, n° 234.279 du 25 mars 2016). Une apparence de partialité suffit donc à faire naître une suspicion et à violer ce principe. (C.E., La Commune de Lontzen, n° 227.339 du 9 mai 2014).

Par ailleurs, « *l’autorité administrative doit agir de manière impartiale, tant d’un point de vue objectif, c’est-à-dire structurel, que d’un point de vue subjectif, c’est-à-dire en relation avec ses manifestations d’opinions ou ses comportements. Découlant des exigences d’une juridiction impartiale, ce principe général s’applique à l’action de l’autorité administrative (que ce soit en matière de décision ou d’avis et non seulement dans son activité disciplinaire) est d’ordre public et a valeur législative. Il puise ses racines profondes dans le droit à un traitement équitable d’une demande ou d’une contestation adressée à l’autorité administrative ou au Juge, réputés l’un comme l’autre investis de missions d’intérêt général et consiste en l’illustration, dans un domaine cependant plus large, de deux adages hissés au rang du principe général : « Nemo judex in causa sua » et « Justice should not only be done, but should also be seen to be done* » » (J. Salmon, J. Jaumotte et E. Thibaut, *Le Conseil d’Etat de Belgique*, Vol. I, Bruxelles, Bruylant 2012, p.846, n° 385).

S’agissant d’un organe collégial, la mise en cause de l’impartialité ne peut être retenue que si, d’une part, des faits précis peuvent être allégués, légalement constatés, de nature à faire planer un doute raisonnable quant à l’impartialité d’un ou de plusieurs membres du Collège, et d’autre part, s’il ressort des circonstances de la cause que la partialité de ce ou ces membres a pu influencer l’ensemble du Collège (voy. J. Salmon, J. Jaumotte et E. Thibaut, *op. cit*., spéc. p. 852, n°385 ; C.E., n°235.527 du 19 juillet 2016, Degraux).

53.

Or, il ressort des éléments soumis à la cour et des pièces produites par les parties que :

* le 25 septembre 2014, Brussels Expo a présenté au Collège des bourgmestre et échevins son projet dit « Madeleine/Théâtre américain/Cirque » et s’est proposée comme candidat-repreneur de l’exploitation du Cirque Royal ;
* dès le 6 novembre 2014, le Collège des bourgmestre et échevins avait décidé de ne pas renouveler le contrat de concession conclu avec Le Botanique pour le Cirque Royal et d'en confier la gestion à Brussels Expo (la circonstance que cette décision ait par la suite été retirée ne fait pas disparaître cet élément de fait) ; cette résolution a été prise en présence du Bourgmestre Monsieur Mayeur, de Monsieur Close, de Monsieur Coomans de Brachène et de Madame Persoons ;
* le 7 septembre 2015, le Conseil communal réuni en comité secret a décidé, sur proposition du Collège des bourgmestre et échevins, d’autoriser la Régie foncière à mettre fin à la concession en cours avec Le Botanique ; cette décision a été prise en présence de tous les membres du Conseil communal, en ce compris Monsieur Mayeur, Monsieur Close, Monsieur Coomans de Brachène et Madame Persoons, qui sont également membres de Brussels Expo ;
* le 27 juin 2016, le Conseil communal a notamment décidé d'autoriser la Ville à lancer la procédure de désignation d'un nouveau concessionnaire 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 ; aucune restriction n’est indiquée quant à la participation de tous les membres du Conseil à la décision ;
* le 10 novembre 2016, en comité secret, le Collège a approuvé le rapport d’examen des offres et décidé qu’il y avait lieu d’attribuer la concession à Brussels Expo ; à cette occasion, les membres et le Président du conseil d’administration de Brussels Expo (respectivement Monsieur Mayeur, Monsieur Geoffrey Coomans de Brachène et Madame Persoons d’une part et Monsieur Close d’autre part), n’ont participé ni la réunion ni à la décision ;
* le 21 novembre 2016, le Conseil communal, réuni en comité secret, a décidé d'attribuer la concession de services de l'exploitation du Cirque Royal à Brussels Expo ; Monsieur Close n’a pas participé à cette décision, mais Madame Persoons et Monsieur Ceux y ont participé.

Il est par conséquent établi que :

* la décision de principe du 6 novembre 2014 (bien que retirée par la suite) de mettre fin au contrat de concession pour en confier la gestion à Brussels Expo a été prise par le Collège, par et en présence de 4 membres de cette ASBL (Monsieur Mayeur, Monsieur Close, Madame Persoons et Monsieur Geoffrey Coomans de Brachène), dont le président du conseil d’administration de celle-ci, Monsieur Close ;
* la décision du Conseil communal du 7 septembre 2015 de mettre fin à la concession en cours avec Le Botanique a également été prise en présence de ces personnes, respectivement membres et président de Brussels Expo, alors que celle-ci s’était proposée, devant eux, lors de la réunion du Collège du 25 septembre 2014, comme candidat-repreneur de l’exploitation du Cirque Royal ;
* le 27 juin 2016, le Conseil communal a décidé que l'octroi de la concession d'exploitation du Cirque royal fera l'objet d'une mise en concurrence informelle et a défini les conditions d’octroi de la concession en présence de ces mêmes personnes et de Monsieur Ceux, respectivement membres et président de Brussels Expo ;
* la décision d’attribution de la concession à Brussels Expo a été prise le 21 novembre 2016 par le Conseil communal, sans que Monsieur Close n’y participe, mais avec et en présence de Madame Persoons et de Monsieur Ceux.

Seule la décision d’approbation du rapport d’examen des offres et de proposer au Conseil communal d’attribuer la concession à Brussels Expo a été prise, le 10 novembre 2016, par le Collège sans que les membres et le président du conseil d’administration de Brussels Expo, également membres de ce Collège, n’y participent. La décision finale d’attribution, qui appartenait au Conseil communal, a été prise le 21 novembre 2016 avec et en présence de Madame Persoons et de Monsieur Ceux.

Il se déduit de l’analyse des faits précis qui précède qu’il y a, prima facie, eu violation des principes de mise en concurrence et d'impartialité lors de l’attribution à Brussels Expo du contrat de concession signé le 21 novembre 2016.

La cour ne peut suivre le premier juge lorsqu’il estime que la Ville de Bruxelles avait pris les mesures nécessaires pour prévenir et remédier à un conflit d’intérêts.

La présence, non contestée, aux décisions reprises ci-dessus, de membres de Brussels Expo, voire dans la plupart des cas également du président du conseil d’administration de cette ASBL, est en effet de nature à faire planer un doute raisonnable quant à l’impartialité d’un ou de plusieurs membres du Collège. Ceux-ci ont pu avoir un intérêt, à tout le moins moral, à ce que Brussels Expo soit favorisée, même s’ils n’ont vraisemblablement pas d’intérêt personnel et direct à ce que celle-ci soit préférée. Or, selon le vade-mecum cité par la Ville de Bruxelles, l’intérêt « personnel et direct », au sens de l’article 92 de la Nouvelle loi communale, qui interdit à tout membre du Conseil communal d’être présent à la délibération lors du traitement de certaines questions peut être soit un intérêt matériel, soit un intérêt moral (ses conclusions, page 33).

Il ressort à cet égard des pièces produites par les appelantes qu’à l’occasion des discussions qui ont eu lieu lors de la séance du Conseil communal des 27 juin 2016 et 21 novembre 2016, plusieurs conseillers communaux ont posé des questions sur le choix des critères et sur des garanties que ceux-ci ne soient pas de nature à favoriser Brussels Expo qui avait déjà été retenue par le Collège, vu l’accord de principe donné suite à la réunion du 25 septembre 2014 (voy. le compte-rendu de la réunion du 27 juin 2016, spécialement p. 28). La question a spécialement été posée de savoir  si « *la procédure de sélection du candidat ne devrait-elle pas prévoir des modalités visant à garantir le respect du principe d’impartialité* ? » (question de Madame la conseillère Naggy, page 28 du procès-verbal). Quant à la réunion du 21 novembre 2016, il ressort de son compte-rendu que plusieurs conseillers communaux ont « *regretté que les médias aient eu la primeur d’une décision prise par le Collège avant même qu’elle ait été adoptée par le Conseil communal*» et que des questions ont été posées pour savoir si le Collège avait fait appel à un jury indépendant, une conseillère communale ayant notamment insisté sur le caractère indispensable de recourir à un jury extérieur pour objectiver la décision dès lors qu’il ressortait de l’explication relative au point 21 de la même réunion du Conseil communal que Monsieur l’Echevin Close avait « *confirmé le statut de bras armé et l’intime proximité de Brussels Expo avec la Ville* » (voy. le compte-rendu de la réunion, p. 34, 39 et 40).

La présence de membres de Brussels Expo lors de la détermination des critères d’attribution de la concession a par ailleurs rendu possible la connaissance de ces critères par l’ASBL avant la publication de l’avis de marché. Même si la délibération du Conseil communal du 27 juin 2016 était publique, le comportement du pouvoir adjudicateur a, dès lors, prima facie, facilité l’accès par Brussels Expo à ces informations susceptibles de l’avantager et a ainsi compromis le jeu de la saine concurrence. Si, comme le soutient la Ville de Bruxelles, les offres n’étaient pas encore déposées et donc les candidats encore inconnus, elle ne pouvait ignorer que Brussels Expo, qui avait clairement manifesté son intérêt pour la reprise de la concession, serait vraisemblablement candidate.

Il ressort en outre des circonstances de la cause que la présence à ces réunions de personnes mandataires bruxelloises liées à Brussels Expo (dont en particulier le président du conseil d’administration de celle-ci) et la possible partialité de ces membres ont pu influencer la décision de l’ensemble du Conseil communal et/ou du Collège. Contrairement à ce qu’allègue Brussels Expo, la circonstance que ces élus sont issus de différentes familles politiques n’est pas de nature à écarter tout soupçon de partialité mais, au contraire, a pu encore renforcer l’influence qu’ils ont pu avoir sur l’ensemble des membres votants.

Les circonstances que l’analyse comparative des offres a été réalisée par l’administration de la Régie foncière et que le dossier a été introduit par l’échevin Monsieur Ouriaghli, ne sont pas de nature à éviter les conflits d’intérêts rendus possibles par la présence de membres de Brussels Expo aux différentes étapes de la prise de décision rappelées ci-dessus.

Prima facie, par la manière dont, et eu égard aux conditions dans lesquelles, la convention de concession a été conclue, celle-ci porte atteinte aux principes d’égalité de traitement, de non-discrimination, de mise en concurrence et d’impartialité, que peuvent revendiquer les appelantes.

*En ce qui concerne les autres moyens de droit interne*

54.

Compte tenu de ce qui précède et de la violation des principes d’égalité, de non-discrimination, de mise en concurrence et d’impartialité constatée, il n’y a pas lieu d’examiner surabondamment les autres moyens, ou les autres branches du premier moyen.

Quant à l’atteinte aux chances des appelantes d’obtenir le marché de concession

55.

Les violations dénoncées par les moyens retenus ci-avant ont compromis les chances des appelantes d'obtenir le marché de concession litigieux.

Les irrégularités commises ont en effet privé les parties appelantes des garanties inhérentes à la procédure d’attribution de la concession respectueuse des principes d’égalité et de non-discrimination, de transparence et d’impartialité et de concurrence, mais ont également pu avoir une influence sur le sens de la décision d’attribution prise et de la convention conclue.

Les irrégularités constatées remettent en cause la légalité de la procédure d’attribution et la régularité de l’appréciation faite par la Ville de Bruxelles des offres. L’« écart de cotation » séparant les deux offres est sans incidence à cet égard.

Quant aux mesures à ordonner et quant à la demande de mise en balance des intérêts en présence

56.

Il se déduit de l’analyse ci-dessus que de suffisantes apparences de droit justifient les mesures demandées d’interdiction aux parties intimées de poursuivre l’exécution de la convention de concession conclue le 21 novembre 2016 jusqu’à ce que le juge du fond se soit prononcé sur la demande d’absence d’effets et d’annulation de la convention, et de poser des actes qui leur permettraient de conclure un nouveau contrat de concession portant sur l’exploitation du Cirque royal sur la base de la décision du Conseil communal de la Ville de Bruxelles du 21 novembre 2016, jusqu’à ce que le Conseil d’Etat se soit prononcé sur la requête en annulation.

57.

Brussels Expo ne peut être suivie lorsqu’elle soutient que le fait que le Conseil d’Etat ait, dans son arrêt du 25 novembre 2016, refusé de suspendre la décision du Conseil communal du 21 novembre 2016 la désignant comme nouveau concessionnaire, empêcherait la cour de faire droit à la deuxième partie de la demande, tendant à interdire aux parties de conclure un nouveau contrat de concession d’exploitation du Cirque royal sur la base de cette décision. Elle ajoute que cette mesure porterait atteinte au pouvoir discrétionnaire d’appréciation de la Ville de Bruxelles.

Le Conseil d’Etat a, en effet, uniquement décidé, dans cet arrêt, que « *dans l’état actuel du droit interne, il y a, en conséquence, lieu d’examiner la recevabilité et le bien-fondé de la présente requête au regard du droit commun de la procédure de suspension devant le Conseil d’Etat* » et qu’en l’espèce, alors que « *de nombreux aspects du risque de préjudice vanté par les requérantes dans leur requête peuvent, le cas échéant, être de nature à justifier l’urgence qui serait incompatible avec le traitement de l’affaire en annulation* », « *l’extrême urgence alléguée par les requérantes à l’appui de leur requête ne peut être considérée comme établie à suffisance de droit* ». Il a conclu qu’il n’apercevait pas « *en quoi le recours à la procédure normale de suspension ne constituerait pas, dans le cas d’espèce, un recours juridictionnel effectif* » (point VII.2 de l’arrêt n°263.553 du 25 novembre 2016).

Par ailleurs, il n’est pas porté atteinte au pouvoir discrétionnaire de la Ville de Bruxelles lorsque le juge judiciaire lui interdit de donner effet à une décision précise dont il constate, prima facie, l’illégalité, soit comme en l’espèce en lui interdisant de conclure un nouveau contrat de concession sur la base de celle-ci, et ce dans l’attente de la décision du Conseil d’Etat sur la requête en annulation.

L’exécution de la décision litigieuse du 21 novembre 2016 ne connaît en effet pas d’autre issue que la conclusion du contrat de concession avec Brussels Expos en sorte qu’il n’existe, à cet égard, aucun pouvoir discrétionnaire de la Ville de Bruxelles auquel l’interdiction sollicitée pourrait porter atteinte.

58.

Les intimées demandent à la cour de mettre en balance les intérêts en présence, soit les inconvénients de la suspension pour l’autorité publique et les avantages qu’en retireraient les appelantes évincées.

59.

C’est à juste titre que les appelantes soulignent les éventuelles difficultés que poserait l’accueil de leurs demandes – dont notamment le vide juridique préjudiciable à l’exploitation du Cirque Royal - sont dues au propre fait de la Ville de Bruxelles.

Outre les irrégularités qui entachent la procédure et la décision d’attribution de la concession litigieuse, le comportement de la Ville est largement à l’origine de ces difficultés et du préjudice qu’elles occasionneraient.

Si la Ville de Bruxelles avait initialement mis fin à la convention de concession la liant au Botanique par une première décision du Collège du 6 novembre 2014 et de son Conseil communal du 7 septembre 2015, elle a finalement attendu le 27 juin 2016 pour lancer une procédure d’attribution de la concession de service. Les parties intimées se sont ensuite empressées de signer la convention de concession à l’issue de la réunion du Conseil communal du 21 novembre 2016, sans respecter le moindre délai. Ce faisant, elles ont contraint les appelantes, mises faces à un fait accompli, à agir non seulement au Conseil d’Etat en suspension et en annulation de la décision du Conseil communal décidant de l’attribution, mais aussi en annulation et suspension de l’exécution du contrat de concession conclu. Les intimées ont ainsi pris le risque de voir la convention suspendue ou annulée.

Elles ne sont dès lors pas légitimes à se prévaloir devant la Cour des conséquences négatives de leur propre comportement.

Il y a par conséquent lieu de faire droit aux mesures demandées sous le bénéfice de l’urgence et à titre provisoire.

Quant à la confidentialité de certaines pièces du dossier de la Ville de Bruxelles et de Brussels Expo

60.

La Ville de Bruxelles a déposé à titre confidentiel les offres de même que le rapport d'analyse comparative des offres et la convention de concession signée (pièces n°16 à 19 de son dossier). Elle considère qu’il ne serait pas cohérent de lever la confidentialité de ces pièces alors que le Conseil communal du 21 novembre 2016 s’est réuni et a délibéré sur l’attribution de la concession litigieuse en comité secret.

Brussels Expo a déposé à titre de pièces confidentielles son offre, la convention qu’elle a conclue avec la Ville de Bruxelles et le calendrier des dates pour les salles Cirque Royal, la Madeleine et le Palais 12. Elle a demandé que ces pièces restent confidentielles en application de l’article 26 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 son arrêt du 25 novembre 2016, le Conseil d’Etat a décidé de maintenir provisoirement la confidentialité de ces pièces, « *dès lors que leur divulgation n’est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du lige* ».

Les appelantes demandent à la cour de vérifier les affirmations des parties intimées fondées sur ces pièces confidentielles ainsi que de lever cette confidentialité.

61.

La solution du litige n’impose pas, à ce stade, l’examen du contenu des offres et du rapport d’analyse des offres, ni même de la convention de concession conclue.

Dans l’hypothèse où ces éléments seraient nécessaires à la défense des droits des appelantes devant le juge du fond, il leur sera loisible de lui soumettre la question de la confidentialité des pièces déposées, par exemple, dans le cadre d’une requête sur pied de l’article 19 alinéa 3 du Code judiciaire.

Il n’y a dès lors pas lieu, à ce stade, de lever la confidentialité des pièces déposées.

Quant aux dépens

62.

La cour réserve les dépens et joint ceux-ci au litige pendant devant le juge du fond pour qu’il y soit statué comme de droit.

**PAR CES MOTIFS,**

**LA COUR, statuant contradictoirement,**

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Ecarte des débats la note de plaidoirie déposée par le conseil de Brussels Expo à l’audience du 16 juin 2017;

Dit l’appel recevable et fondé comme suit;

Réforme l’ordonnance attaquée sauf en ce qu’elle a déclaré l’action recevable;

Statuant à nouveau sur la demande originaire,

La déclare recevable et fondée dans la mesure qui suit,

Interdit aux intimées de poursuivre l’exécution de la convention de concession qu’elles ont conclue le 21 novembre 2016 pour la concession du Cirque Royal, et partant de poser aucun acte, matériel ou juridique, lié à cette convention et aux droits et obligations qu’elle comporte, et ce jusqu’à ce que le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles se soit définitivement prononcé par un jugement sur la demande d’absence d’effets et d’annulation de la convention de concession litigieuse introduite par les appelantes ;

Interdit aux intimées de poser quelque acte qui soit qui permettrait de conclure le cas échéant un nouveau contrat de concession de services consistant en l’exploitation du Cirque Royal sur la base de la décision du Conseil communal de la Ville de Bruxelles du 21 novembre 2016 et ce jusqu’à ce que le Conseil d’Etat se soit prononcé sur la requête en annulation que les parties appelantes ont introduite contre cette délibération du 21 novembre 2016 ;

Réserve les dépens et les joint au fond pour qu’il y soit statué comme de droit par le juge du fond.

Ainsi jugé et prononcé à l’audience civile publique de la 2ème chambre de la cour d’appel de Bruxelles, le **29 JUIN 2017**

Où siégeaient et étaient présents :

R. Coirbay, président f.f.,

A.-S. Favart, conseiller,

J. Van Meerbeeck, magistrat délégué,

J. Van den Bossche, greffier.

J. Van den Bossche J. Van Meerbeeck

A.-S. Favart R. Coirbay

1. Aussi dénommée “PEB” dans certains pièces. [↑](#footnote-ref-1)