

Numéro du rôle : 5150
Arrêt n° 68/2012 du 31 mai 2012

A R R E T

---

*En cause* : le recours en annulation de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 25 novembre 2010 réglant l'exploitation d'un service public de location automatisée de vélos, introduit par la SA « Clear Channel Belgium ».

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Moerman, E. Derycke et P. Nihoul, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président R. Henneuse,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\* \*

## I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 27 mai 2011 et parvenue au greffe le 30 mai 2011, la SA « Clear Channel Belgium », dont le siège social est établi à 1050 Bruxelles, boulevard de la Plaine 5, a introduit un recours en annulation de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 25 novembre 2010 réglant l'exploitation d'un service public de location automatisée de vélos (publiée au *Moniteur belge* du 7 décembre 2010).

Des mémoires ont été introduits par :

- la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité », dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, Allée Verte 50;
- le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale.

La partie requérante a introduit un mémoire en réponse et la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité » et le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ont également introduit des mémoires en réplique.

A l'audience publique du 8 mai 2012 :

- ont comparu :
  - . Me P. de Bandt, avocat au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante;
  - . Me B. Cambier et Me A. Paternostre, avocats au barreau de Bruxelles, pour la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité »;
  - . Me V. Schalenbourg *loco* Me S. Van Geeteruyen, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale;
- les juges-rapporteurs P. Nihoul et E. De Groot ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. En droit

- A -

### *Quant à la recevabilité du recours*

A.1.1. La SA « Clear Channel Belgium », partie requérante, expose qu'elle est active dans le secteur de la publicité, essentiellement dans le domaine de l'affichage publicitaire extérieur, et qu'elle exerce notamment une activité de fourniture, de placement et d'exploitation de mobilier urbain liée à l'exploitation de supports publicitaires placés sur ce mobilier. Elle ajoute que le groupe auquel elle appartient est également actif sur le marché de la fourniture et de la gestion de réseaux de vélos en libre-service. Elle fait valoir qu'elle est la principale concurrente de la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité », à qui l'exploitation du service de location des vélos à Bruxelles a été attribuée. Elle considère qu'elle a un intérêt direct et personnel à poursuivre l'annulation de l'ordonnance du 25 novembre 2010 réglant l'exploitation d'un service public de location automatisée de vélos, qui affecte défavorablement sa situation tant sur le marché de la fourniture et de la gestion de réseaux de vélos en libre-service que sur celui de la publicité extérieure.

A.1.2. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale conteste l'intérêt de la partie requérante. Il fait valoir qu'elle n'est affectée ni directement ni indirectement par l'ordonnance attaquée, car les effets défavorables dont elle se prévaut découlent uniquement de la décision du 13 novembre 2008 du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ayant attribué la concession de service public à un de ses concurrents.

Selon le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, l'ordonnance attaquée ne régleme pas « le secteur de la publicité sur lequel est active la [partie] requérante », de sorte que le but de l'ordonnance attaquée et l'objet social de la partie requérante ne présentent aucun lien. Par ailleurs, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale fait valoir que même si la requérante venait à obtenir l'annulation de l'ordonnance attaquée, sa propre situation s'en trouverait inchangée parce que la décision du 13 novembre 2008 du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ne peut plus être attaquée.

A.1.3. La SA « J.C. Decaux Belgium Publicité », partie intervenante, relève que dès lors que l'ordonnance attaquée prévoit que la concession peut être attribuée à une entreprise privée, elle n'empêche pas que la partie requérante se porte candidate à son obtention et que sa situation n'est dès lors pas affectée directement et défavorablement. Elle observe également que la partie requérante a elle-même, au sein d'un groupement, remis une offre dans laquelle le système de location de vélos était financé par l'exploitation de panneaux publicitaires et que, après avoir perdu un recours en suspension d'extrême urgence dirigé contre l'attribution de la concession à la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité », elle s'est abstenue d'introduire un recours en annulation contre cette décision. La partie intervenante ajoute que le fait que l'activité concédée n'était pas encore un service public lors de l'attribution du contrat et que l'objet de la concession a été institué *a posteriori* en service public est sans incidence sur la situation de la partie requérante.

A.1.4. Dans son mémoire en réponse, la partie requérante fait valoir que son objet social est directement concerné par l'ordonnance attaquée et que, dès lors que l'objectif de celle-ci est de régulariser la situation illégale dans laquelle se trouve un de ses concurrents, elle est directement et défavorablement affectée.

Se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 6 mai 2010, C-145/08 et C-149/08, *Club Hotel Loutraki e.a.*), la partie requérante estime qu'elle a toujours la possibilité de contester la régularité de la décision d'attribution de la concession devant la Cour constitutionnelle ou dans le cadre d'une action en réparation à intervenir devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Elle considère dès lors que le fait qu'elle n'a pas introduit de recours en annulation de la concession devant le Conseil d'Etat est sans incidence sur son intérêt au présent recours.

A.1.5. Dans son mémoire en réplique, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale souligne que l'action en réparation devant les cours et tribunaux à laquelle la requérante fait référence est hypothétique et ne suffit pas à prouver son intérêt au présent recours.

A.1.6. La SA « J.C. Decaux Belgium Publicité » réplique que l'ordonnance attaquée n'est en rien à l'origine du préjudice dont se prévaut la partie requérante et qu'elle ne constitue pas un obstacle à ce que celle-ci intente une action en réparation devant les cours et tribunaux si elle devait estimer que l'octroi de la concession à son concurrent découle d'une décision irrégulière.

*Quant au fond*

*En ce qui concerne le premier moyen*

A.2. La partie requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison, d'une part, avec l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après, la loi sur les marchés publics) et les articles 1er, paragraphe 2, a) et d), et 1er, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE et, d'autre part, avec l'article 6, § 1er, VI, alinéa 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, ainsi que, plus subsidiairement, le principe de sécurité juridique.

Ce premier moyen fait grief à l'ordonnance attaquée de qualifier de concession de service public la concession de l'exploitation du service automatisé de location de vélos qu'elle entend valider alors qu'il s'agit, selon la partie requérante, d'un marché public de services.

A.3.1. Dans la première branche de ce premier moyen, la partie requérante, citant l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'Etat au sujet de l'avant-projet d'ordonnance, estime que la réglementation relative aux marchés publics est violée.

La partie requérante met en exergue que la question de savoir si une convention constitue un marché public ou une concession de service public ne dépend pas de la qualification que lui donne son auteur, mais de critères prévus par la directive 2004/18/CE, plus particulièrement en son article 1er, paragraphe 2, a) et d), et paragraphe 4, et par l'article 5 de la loi sur les marchés publics. En vertu de l'article 17 de la directive 2004/18/CE, la concession de service public n'est pas soumise aux règles de passation des marchés publics, qui sont d'ordre public.

A.3.2. La partie requérante expose que deux éléments caractérisent une concession de services : d'une part, la rémunération consiste en principe dans le droit d'exploiter économiquement le service visé, ce qui donne généralement lieu au paiement d'une redevance par les usagers de ce service et, d'autre part, la concession implique le transfert du risque opérationnel résultant de l'exploitation du service en question dans le chef du concessionnaire.

Elle considère qu'à défaut de s'être assuré que ces conditions sont satisfaites dans le cadre du service public envisagé, le législateur régional bruxellois a manqué à ses obligations de motivation et de diligence et au principe de sécurité juridique et a conféré à la concession en cause une qualification ne correspondant pas à la réalité.

A.3.3. La partie requérante soutient que l'article 2 de l'ordonnance attaquée méconnaît les caractéristiques d'une concession de service public, principalement à cause du mode de rémunération retenu. L'ordonnance attaquée se limite à exiger que le système automatisé de location de vélos soit « au moins partiellement » financé par une contribution payée par les utilisateurs de ce service alors que, pour que le système puisse être qualifié de concession, le financement devrait résulter principalement de l'exploitation du service concédé, c'est-à-dire être imputé en premier lieu aux utilisateurs du service concerné.

Selon la partie requérante, la mise à disposition de vélos doit être considérée comme une prestation de services à titre onéreux, l'essentiel du financement provenant des recettes publicitaires des dispositifs installés dans le cadre de la concession en cause. Même si la contrepartie ne se fait pas en argent, la partie requérante souligne que la rémunération se fait en nature par l'octroi au concessionnaire du droit exclusif d'installer des dispositifs publicitaires et de les exploiter sur l'ensemble du territoire de la Région de Bruxelles-Capitale alors qu'il s'agit d'une activité distincte et sans rapport avec le service public concédé. De plus, la Région permet dans ce cadre au cocontractant d'occuper son domaine public à titre gratuit et elle s'engage à neutraliser les charges

communales en principe applicables tant du fait de l'exploitation du service public concédé qu'en raison de l'activité publicitaire.

A.3.4. En outre, la partie requérante constate que le concessionnaire ne supporte aucun risque significatif du fait de l'exploitation du service public, étant donné qu'il est assuré de bénéficier des recettes générées par les dispositifs publicitaires, qui ne dépendent pas du bon fonctionnement du service public concédé.

A.3.5. La partie requérante conclut que la convention en cause est un marché public de services, que la réglementation relative aux marchés publics, qui est d'ordre public, aurait dû être respectée et que l'octroi de la concession est entaché d'une irrégularité que l'ordonnance attaquée ne peut couvrir. Faisant référence à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et au texte de la directive 2004/18/CE, la partie requérante fait valoir que le non-respect de la réglementation relative aux marchés publics emporte la violation des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution.

A.4.1. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale estime que les quatre conditions fixées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour pouvoir qualifier la concession de concession de service public sont réunies : le destinataire réel du service public n'est pas le pouvoir adjudicateur mais bien le citoyen au bénéfice duquel le service est presté, le concessionnaire remplace le pouvoir adjudicateur afin d'effectuer un service particulier à l'égard du grand public, en l'occurrence la mise à disposition d'un moyen de transport, la rémunération au profit du concessionnaire n'est pas payée par le pouvoir adjudicateur mais par l'utilisateur du service et le concessionnaire supporte le risque économique lié à la prestation et à la gestion de l'exploitation du système automatisé de location de vélos.

A.4.2. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale précise que, dans le climat économique actuel en général et au niveau du marché publicitaire en particulier, le risque supporté par le concessionnaire est réel et peut par exemple se situer sur le plan des recettes issues de la publicité. Il en conclut que la loi sur les marchés publics et la directive 2004/18/CE ne trouvent pas à s'appliquer à la concession en cause.

A.5.1. La SA « J.C. Decaux Belgium Publicité » fait d'abord valoir que le moyen, en ses deux branches, est irrecevable dès lors que la partie requérante n'expose pas en quoi ni entre qui l'ordonnance du 25 novembre 2010 crée une différence de traitement discriminatoire.

A.5.2. En ordre subsidiaire, la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité » rappelle, quant à la première branche du premier moyen, que la distinction entre marché public et concession de service public doit exclusivement être opérée à l'aune des critères établis par le droit européen, principalement en déterminant qui supporte le risque d'exploitation du contrat. En l'espèce, elle affirme percevoir l'ensemble de sa rémunération auprès de tiers, sans bénéficier d'aucun revenu garanti, et donc supporter seule tout le risque d'exploitation du contrat.

A.5.3. La partie intervenante ajoute que la concession en cause répond aux lois du service public, en particulier à la loi du changement et aux impératifs de continuité du service et d'égalité des usagers, ce qui caractérise la concession de service public.

A.6.1. Quant à la recevabilité du premier moyen, la partie requérante répond que compte tenu des dispositions invoquées, il n'est pas requis que soit davantage précisé en quoi une différence de traitement serait créée entre deux catégories de personnes distinctes, ces catégories étant évidentes.

A.6.2. Quant au fond, la partie requérante fait valoir que la notion de concession de service public doit être interprétée restrictivement car il s'agit d'une exception au régime général des marchés publics. Elle répète qu'en l'espèce, on est en présence d'un marché public de services qui ne pouvait être qualifié de concession de service public sans violer les dispositions qu'elle invoque. Elle ajoute que l'ordonnance attaquée contient une habilitation trop vague et imprécise en faveur du pouvoir exécutif, ce qui viole le principe de sécurité juridique et que dans la mesure où elle a pour objet de consolider une opération préexistante, elle ne peut imposer la

qualification de concession de service public à l'octroi d'un marché dont le législateur régional devait savoir qu'il présente en réalité toutes les caractéristiques d'un marché public.

A.6.3. Quant au caractère onéreux du contrat de marché public, la partie requérante fait valoir que la contrepartie du pouvoir adjudicateur peut consister en un financement direct ou indirect. En l'espèce, elle considère que l'intervention des usagers du système de location automatisée de vélos prévue au titre de financement du service public concédé est largement inférieure aux recettes publicitaires des dispositifs installés dans le cadre de la concession. Elle en conclut qu'il y a bien une rémunération indirecte du concessionnaire par le pouvoir adjudicateur, qui renonce à la source de revenus générés par la publicité.

A.6.4. Quant à l'absence de risque significatif dans le chef du concessionnaire, la partie requérante fait valoir que l'exploitation des dispositifs publicitaires garantit au concessionnaire des recettes importantes qui ne dépendent pas du bon fonctionnement du service public concédé et que, à supposer que le service de location de vélos soit un échec, le concessionnaire dispose de suffisamment de rentrées pour couvrir son coût. Elle ajoute que même si un risque existait, il concernerait l'exploitation des dispositifs publicitaires qui sont sans rapport avec le service concédé. La partie requérante reconnaît que la Cour de justice de l'Union européenne admet qu'un transfert de risque très limité suffit à remplir la condition en cause, mais elle souligne qu'il faut dans ce cas que la rémunération du prestataire provienne exclusivement de tiers, en l'occurrence des usagers du service et non du pouvoir adjudicateur lui-même.

A.7. Dans son mémoire en réplique, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale répond que la concession de service public ne se conçoit pas comme une exception prévue par les directives européennes en matière de marchés publics. Elle ajoute que le financement au moins partiel par les utilisateurs du système est en concordance avec les caractéristiques d'une concession de service public, mais pas avec celles des marchés publics, où les services demandés par le pouvoir adjudicateur sont rémunérés par ce dernier seulement.

A.8. Dans son mémoire en réplique, la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité » répète que l'enjeu véritable du recours concerne la régularité de la convention conclue en novembre 2008 et non la constitutionnalité de l'ordonnance.

La partie intervenante réfute les arguments de la partie requérante en considérant, d'une part, que la concession de service public qui lui a été attribuée par la Région ne peut être qualifiée de contrat à titre onéreux et, d'autre part, que le risque d'exploitation des services concédés n'incombe pas au pouvoir concédant.

A.9. Dans la seconde branche du premier moyen, la partie requérante fait valoir que le législateur régional bruxellois, en qualifiant de concession de service public le marché en cause alors que celui-ci présente toutes les caractéristiques d'un marché public, a en réalité dérogé aux critères imposés en la matière par le droit européen et transposés en droit belge par la loi sur les marchés publics, ce qu'il ne peut faire sans violer la compétence exclusive de l'autorité fédérale pour fixer les règles générales en matière de marchés publics consacrée par l'article 6, § 1er, VI, alinéa 4, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980. Elle précise que si les régions peuvent compléter les principes de la loi du 24 décembre 1993 afin de mener des politiques adaptées à leurs besoins, c'est à la condition qu'elles n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité fédérale.

A.10. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale estime que le législateur régional n'a pas agi à l'encontre du cadre normatif ni national ni européen, de sorte qu'il n'a aucunement empiété sur les compétences fédérales en la matière.

A.11. Selon la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité », le législateur régional bruxellois n'a pas empiété sur les compétences de l'Etat fédéral puisque la matière des transports a été régionalisée. Par ailleurs, l'ordonnance attaquée n'a ni pour but ni pour effet de modifier la législation relative aux marchés publics ou la définition des marchés de services, mais ne concerne qu'un contrat dont l'objet est spécifique.

A.12. Dans son mémoire en réponse, la partie requérante fait valoir que si la théorie des pouvoirs implicites pouvait être invoquée dans le présent cas, il faudrait néanmoins conclure qu'un règlement différencié ayant trait à la matière des marchés publics est inadmissible.

A.13. En ordre subsidiaire, la partie requérante demande à la Cour d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel sur la notion de concession de service public au sens de l'article 1er, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

A.14. Selon le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, la question préjudicielle ne présente aucune utilité, la Cour de justice de l'Union européenne y ayant déjà répondu dans un arrêt antérieur (CJCE, 21 juillet 2005, C-231/03, *Coname*).

*En ce qui concerne le deuxième moyen*

A.15. La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lui-même en combinaison avec les articles 49 et 102 du même Traité.

La partie requérante estime que le législateur régional bruxellois a, sans nécessité objective et de manière disproportionnée, habilité rétroactivement le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à octroyer un droit exclusif pour une activité, l'exploitation de dispositifs publicitaires, ne présentant aucun lien avec la mission de service public concédée, ce qui entraîne une inégalité entre le concessionnaire et ses concurrents sur le marché de la publicité extérieure.

A.16.1. Dans la première branche de ce deuxième moyen, la partie requérante expose que le droit exclusif d'exploiter les dispositifs publicitaires afférents à la concession octroyé au concessionnaire exclut la possibilité pour tout opérateur actif sur le marché de la publicité extérieure d'offrir à ses clients les espaces publicitaires concernés, dont la valeur commerciale est exceptionnelle. L'octroi de ce droit exclusif emporte donc, selon la partie requérante, une restriction au sens de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et n'est pas admissible.

A.16.2. La partie requérante fait valoir que « les droits exclusifs octroyés [...] sur l'exploitation des dispositifs publicitaires afférents à la concession » ne reposent sur aucune nécessité objective ni sur un motif impérieux d'intérêt général. Elle souligne que si l'activité d'installation et d'exploitation d'un système automatisé de location de vélos est érigée en service public, celle qui consiste en l'installation et l'exploitation de dispositifs publicitaires constitue une activité purement commerciale, de sorte que les deux activités sont clairement distinctes. Elle considère que rien ne justifie que ces deux activités distinctes soient couvertes par une même concession et que l'objectif d'intérêt général sous-tendant la création et l'exploitation du service public ne peut être invoqué à l'appui de l'octroi de droits exclusifs pour l'exploitation de dispositifs publicitaires.

A.16.3. La partie requérante estime que même si l'habilitation législative donnée au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale pour octroyer des droits exclusifs quant à l'exploitation des dispositifs publicitaires était nécessaire au financement du service public, en l'espèce, l'habilitation et le droit exclusif vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

A.16.4. La partie requérante souligne l'absence de contrôle effectif et efficace de l'impact de la concession sur le marché de la publicité extérieure. Pour que les mesures prises n'aient pas d'effets défavorables pour les activités économiques que le Gouvernement entend réguler, le contrôle aurait dû porter tant sur la durée du droit exclusif que sur le nombre de dispositifs publicitaires ainsi que sur leurs emplacements. La partie requérante estime qu'en ayant négligé les mesures de contrôle, le législateur régional bruxellois a renforcé les effets discriminatoires et néfastes du droit exclusif d'exploitation de dispositifs publicitaires pour la liberté d'établissement et la concurrence et a, par conséquent, violé les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 106, paragraphe 1, et avec l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

A.16.5. Dans la seconde branche de ce deuxième moyen, la partie requérante fait valoir que l'ordonnance attaquée habilite rétroactivement le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à céder un droit exclusif

ayant trait à l'exploitation de la publicité extérieure sur des dispositifs publicitaires de très grande valeur. Elle estime que l'octroi de ce droit exclusif non indispensable à l'exploitation du service public concédé entraîne des distorsions de concurrence inadmissibles dès lors que le concessionnaire est placé dans une situation où il peut être tenté d'abuser des droits qui lui ont été conférés pour évincer ses concurrents sur le marché de la publicité extérieure. Elle considère qu'un tel système est manifestement contraire à l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lu en combinaison avec l'article 102 du même Traité.

A.16.6. En ordre subsidiaire et en cas de doute quant à l'interprétation des dispositions concernées, la partie requérante invite la Cour à poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

A.17. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale se réfère à la communication interprétative du 29 avril 2000 de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire, qui développe certaines conditions auxquelles doivent répondre les attributions de concession de service public pour être conforme aux traités européens. Il constate que l'ordonnance attaquée répond au critère d'égalité de traitement et respecte également le principe de transparence, le principe de proportionnalité et le principe de la protection des droits des particuliers. Il en conclut que l'ordonnance attaquée respecte autant les dispositions de droit européen que la jurisprudence européenne et qu'il n'y a donc pas lieu de poser la « question préjudicielle en interprétation » formulée à titre subsidiaire.

A.18.1. La SA « J.C. Decaux Belgium Publicité » estime en ordre principal que le moyen est irrecevable dans la mesure où la partie requérante n'indique pas quelles sont les catégories de personnes dont la situation doit être comparée ni pourquoi leur situation serait discriminatoire.

A.18.2. En ordre subsidiaire, la partie intervenante fait valoir que l'ordonnance elle-même n'accorde aucun droit exclusif au concessionnaire pour l'exploitation de dispositifs publicitaires, de sorte que la critique de la partie requérante ne concerne pas l'ordonnance attaquée. Elle relève que le mode de financement procède d'un choix de pure opportunité politique posé par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale. En outre, la concession en cause n'accorde un droit exclusif que dans la mesure où il est nécessaire au financement partiel du contrat et l'octroi d'une telle exclusivité répond aux exigences du droit communautaire.

A.19.1. La partie requérante répond d'abord que pour des motifs identiques à ceux qu'elle a développés au sujet du premier moyen, le deuxième moyen est aussi recevable.

A.19.2. Elle fait ensuite valoir que le simple fait que le financement par la publicité ne soit pas mentionné expressément dans l'ordonnance attaquée ne saurait occulter que le volet publicitaire de la concession est visé par celle-ci. Elle ajoute que le législateur régional bruxellois a manifestement voulu régulariser la circonstance que l'essentiel du financement provient en réalité d'une activité sans le moindre rapport avec le service public concerné.

Par ailleurs, la partie requérante revient sur le caractère vague et imprécis de l'habilitation au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale. L'acte officiel autorisant qu'une mission d'intérêt général soit confiée à une entreprise doit contenir certaines mentions, en vertu de l'article 106, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Une base préalable claire et transparente pour le calcul futur de la compensation est requise, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

A.20.1. Dans son mémoire en réplique, la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité », partie intervenante, affirme que l'ordonnance attaquée n'entrave en rien la libre prestation des services ou la liberté d'établissement des ressortissants et/ou entreprises des différents Etats membres puisqu'elle est limitée à la Région de Bruxelles-Capitale et que rien n'empêche la présence en Belgique d'autres acteurs sur le marché de la publicité et/ou des vélos en libre-service.

Se fondant sur l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la partie intervenante constate que les autorités étatiques peuvent octroyer l'exclusivité de la gestion et/ou de l'exploitation d'un service d'intérêt général à une entreprise pour autant que cela ne porte pas atteinte aux règles des Traités, sans précision quant au financement des services d'intérêts généraux. La partie intervenante souligne que les Etats

membres disposent d'une grande marge de manœuvre à cet égard, tant qu'ils respectent les règles du Traité. En l'espèce, le financement d'un service public par de la publicité n'est pas interdit et est d'ailleurs utilisé dans d'autres services publics.

A.20.2. La partie intervenante ajoute que l'ordonnance est assez précise, contrairement à ce qu'affirme la partie requérante. Seul le mandat, acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un service d'intérêt économique général, doit contenir plus de précisions, ce qui est le cas en l'espèce.

A.20.3. En ce qui concerne le respect de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la partie intervenante estime qu'aucun abus de position dominante ne peut être décelé. Le fait que le concessionnaire s'est vu conférer, outre le droit exclusif d'exploiter un système de vélos en libre-service, le droit d'exploiter un nombre déterminé de faces publicitaires est justifié par une nécessité objective au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, à savoir la nécessité d'assurer le financement du service public concerné.

*En ce qui concerne le troisième moyen*

A.21.1. La partie requérante prend un troisième moyen, à titre subsidiaire, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec le principe de non-rétroactivité des lois, le droit à des garanties juridictionnelles égales pour tous et à un procès équitable, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs et, plus subsidiairement, le principe de la sécurité juridique.

A.21.2. Selon la partie requérante, le législateur régional bruxellois a, en conférant un effet rétroactif à l'ordonnance attaquée, modifié une situation juridique au sujet de laquelle un litige était pendant devant le Conseil d'Etat, en vue d'influencer l'issue de ce litige dans un sens déterminé.

La partie requérante souligne qu'un recours en annulation introduit par les communes de Schaerbeek et d'Etterbeek à l'encontre de la décision d'octroi de la concession est toujours pendant devant le Conseil d'Etat. Dans le cadre de ce recours, un moyen tiré de l'absence de fondement légal de la concession est à l'examen.

Selon la partie requérante, il ressort des travaux préparatoires de l'ordonnance attaquée que le législateur régional bruxellois a entendu pallier cette irrégularité, en érigeant en service public l'organisation d'un système de location automatisée de vélos et en autorisant le Gouvernement à en concéder l'exploitation, le tout *a posteriori* et à titre rétroactif. La partie requérante fait valoir que le législateur régional bruxellois a donc agi dans le but d'influencer un recours pendant.

A.21.3. Selon la partie requérante, à titre plus subsidiaire, l'acte d'habilitation est également trop vague et ne précise pas suffisamment les obligations de service public afférentes au service érigé en service public ni l'ensemble de ses modalités d'organisation et de fonctionnement, alors qu'il s'agit d'un nouveau service public, ce qui nécessite une habilitation préalable du législateur régional.

A.22. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale signale que le troisième moyen de la partie requérante doit être limité à l'article 3 de l'ordonnance attaquée. Il fait valoir ensuite que ce moyen est irrecevable, car la partie requérante ne possède aucun intérêt légitime à l'invoquer. La rétroactivité de l'ordonnance attaquée vise à la faire rétroagir à une date antérieure à la publication de l'avis de marché par lequel la Région de Bruxelles-Capitale avait lancé un appel à manifestation d'intérêt, appel auquel, du reste, la partie requérante elle-même avait répondu.

Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale rappelle que la décision d'attribution de la concession, datée du 13 novembre 2008, n'a pas fait l'objet de la part de la requérante d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, mais seulement d'un recours en suspension en extrême urgence et n'est actuellement plus attaquant par la requérante.

A.23.1. La SA « J.C. Decaux Belgium Publicité » estime que le moyen est irrecevable dès lors que la partie requérante omet d'indiquer quelles sont les catégories de personnes dont la situation doit être comparée ou pourquoi leur situation est discriminatoire.

A.23.2. Selon la partie intervenante, la partie requérante n'a également pas intérêt au moyen, car elle n'est pas partie au recours en annulation visé dans la requête, s'est abstenue d'introduire elle-même un recours en annulation et s'est également abstenue d'intervenir dans le recours introduit par les communes de Schaerbeek et d'Etterbeek.

A.23.3. A titre subsidiaire, la partie intervenante souligne que l'entrée en vigueur rétroactive de l'ordonnance attaquée ne porte pas atteinte à la prévisibilité des lois dans le chef des communes et que, même si cette entrée en vigueur avait pour objectif de couvrir un vice dont serait entachée la concession, il n'en résulterait pas une atteinte au principe de la non-rétroactivité des lois. L'ordonnance ne contient par ailleurs pas de délégation trop large en faveur du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, d'autant plus qu'elle fixe les principes qui doivent être respectés par la concession.

A.24. Quant à la recevabilité du moyen, la partie requérante répond en se référant aux arguments qu'elle a formulés à l'occasion de l'examen de la recevabilité du premier moyen. Elle ajoute que, selon la jurisprudence de la Cour, dès lors que le recours en annulation est recevable, les requérants ne doivent pas justifier d'un intérêt au moyen.

A.25. Dans son mémoire en réplique, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale expose que la Cour admet que la seule existence d'un recours devant le Conseil d'Etat n'empêche pas que les irrégularités dont pourrait être entaché l'acte attaqué puissent être redressées avant même qu'il ne soit statué sur ledit recours. Il ajoute que le pouvoir législatif peut intervenir à tout moment, même *a posteriori*, pour autoriser une concession de service public.

A.26. Dans son mémoire en réplique, la SA « J.C. Decaux Belgium Publicité » estime que même si l'ordonnance attaquée est intervenue pour mettre fin à l'irrégularité de la décision du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 novembre 2008, une telle habilitation rétroactive est régulière car rien ne s'oppose à ce que la consécration d'une activité concédée par le biais d'une concession de service public intervienne après l'attribution de la concession.

- B -

### *Quant à l'ordonnance attaquée*

B.1.1. La partie requérante demande l'annulation de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 25 novembre 2010 réglant l'exploitation d'un service public de location automatisée de vélos, qui dispose :

« Article 1er. La présente ordonnance règle une matière visée à l'article 39 de la Constitution.

Art. 2. Il est institué un service public concernant l'organisation d'un système automatisé de location de vélos pour le transport de personnes sur tout le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale est autorisé à attribuer à une ou plusieurs personnes juridiques, privées ou publiques, l'exploitation à titre

temporaire d'un service automatisé de location de vélos, sous forme d'une concession d'utilité publique.

Le Gouvernement engage le titulaire de la concession prévue au premier alinéa, dénommé ci-après le concessionnaire, en tenant compte des règles de libre concurrence.

Entre le Gouvernement et le concessionnaire, un contrat est conclu dans lequel figurent les modalités et les conditions qui président à l'exploitation dudit service public tel que décrit au premier alinéa. La convention est conclue pour une durée limitée à maximum 20 ans. Elle impose au concessionnaire, au minimum, l'obligation de mettre en œuvre un pareil service tel que prévu au premier alinéa, le cas échéant après une phase de mise en route, en garantissant une ouverture 7 jours par semaine et 24 heures par jour sur l'intégralité du territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. Enfin, il est nécessaire que le financement de ce service public provienne au moins partiellement d'une contribution payée par les utilisateurs de ce service.

Le Gouvernement évalue annuellement la mise en œuvre du contrat. Il communique son rapport d'évaluation au Parlement au plus tard le 31 mars de chaque année.

Art. 3. Les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur le 1er janvier 2008 ».

B.1.2. Cette ordonnance « vise à créer un service public chargé de l'organisation d'un système de location de vélos automatisé réservé aux personnes désirant se déplacer sur tout le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale ». Le législateur ordonnancier bruxellois a estimé qu'« étant donné le savoir-faire spécifique nécessaire au développement et à l'exploitation d'un tel service public et compte tenu des difficultés à instaurer un système de transport à moindre coût pour la société, le Gouvernement [devait] être habilité à confier temporairement l'exploitation de ce service public à un ou plusieurs particuliers (personnes physiques ou morales de droit privé, appelées concessionnaire(s)) sous la forme d'une concession de service public » (*Doc. parl.*, Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, 2009-2010, A-96/1, p. 2).

B.1.3. Antérieurement à l'adoption de cette ordonnance, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale avait procédé à la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* d'un appel à manifestation d'intérêt en vue de la conclusion d'un contrat de concession portant sur l'exploitation d'un service public de location automatisée de vélos. Le Gouvernement a reçu trois candidatures, dont deux ont été jugées recevables, l'une émanant d'un consortium dans lequel figurait la partie requérante et l'autre de la partie intervenante devant la Cour. Après avoir examiné les offres des candidats et avoir mené des négociations,

le Gouvernement a décidé le 13 novembre 2008 d'attribuer la concession à la partie intervenante dans la présente procédure (*Doc. parl.*, Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, 2009-2010, A-96/2, p. 2). Le consortium auquel appartenait la partie requérante a introduit un recours en suspension d'extrême urgence au Conseil d'Etat contre cette décision, recours qui a été jugé irrecevable.

B.1.4. Par ailleurs, la décision du 13 novembre 2008 a fait l'objet d'une requête en annulation au Conseil d'Etat, introduite par deux communes. Un des moyens soulevés dans ce cadre est tiré du défaut de base légale pour la conclusion du contrat de concession de service public.

B.1.5. C'est « précisément dans le but de préserver et de développer davantage ce système de location de vélos » que le législateur ordonnancier bruxellois a adopté l'ordonnance attaquée (*ibid.*, p. 2).

#### *Quant à la recevabilité*

B.2.1. La partie requérante est une société commerciale active dans le secteur de la publicité, essentiellement dans le domaine de l'affichage publicitaire extérieur. Elle appartient à un groupe international actif sur le marché de la fourniture et de la gestion de réseaux de vélos en libre-service.

B.2.2. Dans la mesure où elle fait valoir que l'ordonnance attaquée a pour objet ou pour effet de procurer rétroactivement une base légale à la concession d'un service public pour laquelle elle s'était, au sein d'un consortium, montrée intéressée et qui est revenue à une société qui est sa concurrente, la partie requérante dispose d'un intérêt suffisant à en poursuivre l'annulation.

La Cour n'a pas à préjuger, contrairement à ce que soutiennent le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et la partie intervenante, de l'issue des procédures que la partie

requérante pourrait entreprendre dans l'hypothèse où l'ordonnance attaquée serait annulée par la Cour.

B.2.3. Le recours est recevable.

*Quant au fond*

*En ce qui concerne le premier moyen*

B.3.1. Le premier moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec, en sa première branche, l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et l'article 1er, paragraphe 2, a) et d), et paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et, en sa seconde branche, l'article 6, § 1er, VI, alinéa 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et le principe de la sécurité juridique.

B.3.2. La partie requérante fait grief à l'ordonnance attaquée de qualifier de concession de service public un marché antérieurement octroyé par le Gouvernement bruxellois qui présente, d'après elle, toutes les caractéristiques d'un marché public de services, de sorte que seraient violées, d'une part, la réglementation relative aux marchés publics et, d'autre part, les dispositions attribuant à l'autorité fédérale la compétence pour fixer les règles générales en matière de marchés publics.

Le moyen repose sur le postulat selon lequel le législateur ordonnancier bruxellois, en qualifiant de « concession de service public » le contrat qu'il autorise rétroactivement le Gouvernement à conclure, aurait couvert les vices d'un contrat conclu antérieurement qui serait en réalité un marché public de services passé en violation des règles impératives en la matière.

B.4. La réglementation européenne relative aux marchés publics ne s'applique pas aux concessions de services publics (article 17 de la directive 2004/18/CE précitée). Ainsi que l'a relevé la section de législation du Conseil d'Etat dans l'avis qu'elle a donné au sujet de l'avant-projet d'ordonnance :

« La question de savoir si, en droit communautaire, la convention que l'avant-projet vise à habiliter le Gouvernement à conclure constitue un marché public de service ou une concession de service public ne dépend cependant pas de la qualification que lui donne l'auteur de l'avant-projet mais bien des critères utilisés en droit communautaire et, au premier chef, du mode de rémunération du prestataire de service et de sa prise en charge du risque financier lié à l'exploitation du service qui lui est confié » (*Doc. parl.*, Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, 2009-2010, A-96/1, p. 7).

B.5.1. L'article 2, alinéa 3, de l'ordonnance attaquée prévoit à cet égard qu'« il est nécessaire que le financement de ce service public provienne au moins partiellement d'une contribution payée par les utilisateurs de ce service ».

Cette disposition ne garantit pas, par elle-même, que le contrat que le Gouvernement est habilité à passer en application de l'ordonnance présente toutes les caractéristiques d'une concession de service public.

La circonstance que l'ordonnance attaquée contient peu d'éléments qui permettent, au regard de la réglementation européenne en matière de marchés publics, de qualifier le contrat concerné de concession de service public n'a pas pour effet que le législateur ordonnancier bruxellois aurait autorisé le Gouvernement à passer un marché public de services en violation de cette réglementation. Au contraire, en qualifiant le contrat de « concession de service public », le législateur ordonnancier bruxellois impose que soient respectées les conditions constitutives de ce contrat.

B.5.2. Par ailleurs, l'on ne saurait déduire du fait que le contrat portant sur l'exploitation du système automatisé de location de vélos avait déjà été conclu lors de l'adoption de l'ordonnance attaquée que le législateur ordonnancier bruxellois se serait approprié les vices éventuels affectant ce contrat ou qu'il aurait rendu impossible tout contrôle juridictionnel sur le contrat lui-même. En effet, sous réserve du moyen qui est pris du défaut de base légale au

moment de la décision d'attribution du contrat, qui est examiné ci-après, l'ordonnance attaquée ne fait pas obstacle à ce que le juge compétent examine les griefs concernant la qualification qu'il convient de donner au contrat concerné et, le cas échéant, à ce qu'il tire les conséquences d'une violation de la réglementation s'imposant en matière de marchés publics de services.

B.6. Le premier moyen n'est pas fondé.

*En ce qui concerne le deuxième moyen*

B.7.1. Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lu lui-même en combinaison avec les articles 49 et 102 du même Traité.

B.7.2. La partie requérante fait grief à l'ordonnance attaquée d'habiliter rétroactivement le Gouvernement à octroyer un droit exclusif au concessionnaire pour une activité, à savoir l'exploitation de dispositifs publicitaires permettant le financement du système automatisé de location de vélos, qui ne présente aucun lien avec la mission de service public concédée. Le législateur ordonnancier aurait en conséquence rompu l'égalité entre le concessionnaire et ses concurrents du secteur de la publicité.

B.8.1. Contrairement à ce qu'affirme la partie requérante, l'ordonnance attaquée n'habilite pas le Gouvernement à conférer un droit exclusif d'installer et d'exploiter des dispositifs publicitaires sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. En se limitant à prévoir que le financement du service public de location automatisée de vélos qu'elle crée doit provenir au moins partiellement d'une contribution payée par les utilisateurs, l'ordonnance ne règle pas la partie du financement du service qui n'est pas assurée par les contributions des utilisateurs.

B.8.2. Il en découle que, dans l'hypothèse où les dispositions visées au moyen seraient violées, cette violation ne proviendrait pas de l'ordonnance du 25 novembre 2010 mais bien, le cas échéant, des termes du contrat entre le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et le concessionnaire du service public de location automatisée de vélos.

B.8.3. L'on ne saurait déduire du silence de l'ordonnance attaquée quant au mode de financement de la partie du coût du service public qui n'est pas prise en charge par les utilisateurs que le législateur ordonnancier aurait autorisé le Gouvernement à violer la réglementation européenne en matière de concurrence. Il revient au juge compétent pour connaître d'éventuels recours concernant la validité du contrat de concession de service public d'examiner si celui-ci est contraire à cette réglementation.

B.9. Le deuxième moyen n'est pas fondé.

*En ce qui concerne le troisième moyen*

B.10.1. Le troisième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec le principe de non-rétroactivité des lois, avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'avec le principe de la séparation des pouvoirs et le principe de la sécurité juridique.

B.10.2. La partie requérante fait grief à l'ordonnance attaquée de porter atteinte avec effet rétroactif à un litige pendant devant le Conseil d'Etat en vue d'influencer ce litige dans un sens déterminé. Elle lui reproche également de comporter une habilitation au Gouvernement trop vague et imprécise en ce qui concerne les modalités d'organisation et de fonctionnement du service érigé en service public.

B.11.1. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et la partie intervenante soulèvent une exception d'irrecevabilité de ce moyen. Ils considèrent que la partie requérante n'a aucun intérêt légitime à l'invoquer.

B.11.2. Etant donné que la partie requérante a justifié de l'intérêt requis pour demander l'annulation de l'ordonnance attaquée, elle ne doit pas justifier en plus d'un intérêt à ce moyen.

B.12. En ce qu'elle entre en vigueur le 1er janvier 2008, l'ordonnance attaquée a pour effet d'empêcher le Conseil d'Etat de se prononcer, au cours de l'examen du recours pendant dirigé contre la décision du 13 novembre 2008 d'attribution de la concession litigieuse, sur un moyen tiré de l'absence d'habilitation légale au moment où le Gouvernement bruxellois a adopté cette décision. En revanche, l'ordonnance attaquée n'a pas pour effet de porter atteinte à la compétence du Conseil d'Etat pour examiner les autres griefs qui pourraient être formulés à l'encontre de cette décision.

B.13. La non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique. Cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que le justiciable puisse prévoir, dans une mesure raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte est accompli. La rétroactivité peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général.

S'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour but que l'issue de l'une ou l'autre procédure juridictionnelle soit influencée dans un sens déterminé ou que les juridictions soient empêchées de se prononcer sur une question de droit bien précise, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient l'intervention du législateur qui porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous.

B.14.1. Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires cités en B.1, le législateur ordonnanciel bruxellois a estimé qu'il était nécessaire de préserver et de consolider

l'exploitation de la location automatisée de vélos qu'il jugeait indispensable à la mise en œuvre de sa politique de mobilité dans la Région. La validité de l'attribution de la concession étant mise en cause en raison du défaut de fondement légal à la concession de service public, un motif impérieux d'intérêt général, à savoir la nécessité de remédier à l'insécurité juridique ainsi créée, justifie l'intervention rétroactive du législateur ordonnancier.

B.14.2. L'absence de fondement légal de la décision du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 novembre 2008, apparue à l'occasion d'un recours en annulation formé devant le Conseil d'Etat, ne peut en effet avoir pour conséquence que le législateur ordonnancier bruxellois se trouve dans l'impossibilité de remédier à l'insécurité juridique née de cette absence.

Par ailleurs, malgré son caractère rétroactif, l'ordonnance attaquée n'est pas source d'insécurité juridique pour ses destinataires. La seule existence d'un recours devant le Conseil d'Etat ne saurait empêcher le législateur de remédier aux inconstitutionnalités qu'il constaterait avant même qu'il soit statué sur ce recours.

B.15. Enfin, quant au caractère prétendument trop vague ou imprécis de l'habilitation conférée au Gouvernement par le législateur ordonnancier, aucune disposition n'impose au législateur de régler de manière précise les modalités d'organisation et de fonctionnement de ce service lorsqu'il autorise le pouvoir exécutif à en concéder l'exploitation.

B.16. Le troisième moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs,

la Cour

rejette le recours.

Ainsi prononcé en langue française, en langue néerlandaise et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 31 mai 2012.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse