

A R R E T

n° 173.079 du 3 juillet 2007

G./A.99.645/VI-15.826

En cause : **la société anonyme CODITEL BRABANT,**

ayant élu domicile chez
Me François TULKENS, avocat,
chaussée de la Hulpe, n° 177/6,
1170 Bruxelles,

contre :

1. la Commune d'Uccle,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles,

**2. la société coopérative SOCIETE
INTERCOMMUNALE POUR LA DIFFUSION
DE LA TELEVISION, en abrégé BRUTELE,**

ayant élu domicile chez
Me Yvan TOURNAY, avocat,
boulevard du Souverain, n° 144/33,
1160 Bruxelles,

**3. la Région de Bruxelles-Capitale,
représentée par son Gouvernement,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe MESOT, avocat,
avenue Louise, n° 453/8,
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 22 janvier 2001 par la société anonyme CODITEL BRABANT qui demande l'annulation de :

- " - la décision prise par le Conseil communal de la commune d'Uccle le 23 novembre 2000 contenant renonciation à la mise en vente du réseau communal de télédistribution;
- la décision prise par le Conseil communal de la commune d'Uccle le 23 novembre 2000 contenant affiliation de la commune à l'intercommunale BRUTELE;
- la décision prise le 7 décembre 2000 par l'assemblée générale extraordinaire de la société coopérative «Société intercommunale pour la diffusion de la télévision», en abrégé BRUTELE, par laquelle il a été constaté «qu'aucun membre n'a marqué son opposition à un retrait éventuel d'Uccle et que dès lors il est satisfait à la condition suspensive de la délibération du Conseil communal d'Uccle»;
- la décision prise le 19 décembre 2000 par le Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale, par laquelle il est indiqué à la commune d'Uccle que son affiliation conditionnelle à l'intercommunale BRUTELE «ne soulève pas d'objection»";

Vu l'arrêt n° 131.456 du 17 mai 2004 rouvrant les débats;

Vu le rapport complémentaire de M. AMELYNCK, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 14 juin 2004 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

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

Vu l'ordonnance du 27 septembre 2004, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 13 octobre 2004;

Entendu, en son rapport, M. ANDERSEN, Président du Conseil d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Vincent OST, loco Me François TULKENS, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaisant pour la première partie adverse, Me Yvan TOURNAY, avocat, comparaisant pour la deuxième partie adverse et Me Damien HOLZAPFEL, loco Me Philippe MESOT, avocat, comparaisant pour la troisième partie adverse;

Entendu, en son avis, M. AMELYNCK, Auditeur;

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

I. LES FAITS.

Considérant que les faits utiles à la solution du litige se présentent comme suit :

1. Le 16 janvier 1969, la partie requérante, la S.A. CODITEL BRABANT, et la partie adverse, la commune d'Uccle, ont conclu une convention "relative aux conditions d'utilisation du domaine communal pour l'installation et l'exploitation d'un réseau de télédistribution sur le territoire de la commune d'UCCLE". En vertu de son article 8, cette convention était "valable jusqu'à la fin de la dix-huitième année civile qui suit la date de la délivrance de l'autorisation ministérielle prévue par l'arrêté royal du 24 décembre 1966" mais pouvait être "prorogée de neuf en neuf ans, sauf dénonciation par la commune avant le premier semestre de la dernière année ou par la société avant le début du second semestre de la dernière année". La convention a été approuvée par le conseil communal d'Uccle le 3 février 1969.

2. Des avenants à cette convention ont été passés en 1975 (avenant n° 1), 1983 (avenant n° 2) et 1987 (avenant n° 3). Le troisième avenant organisait la poursuite de la relation contractuelle jusqu'à la fin de l'année 1999. Son article 4 était rédigé en ces termes:

" Le contrat prend fin de plein droit à la date du 31 décembre 1999, sauf décision prise par le conseil communal de le proroger pour une durée de 9 ans.

La commune pourra, si elle le désire, racheter à la société le réseau de télédistribution qui ne serait pas encore propriété de la commune au 31 décembre 1999, situé sur le territoire d'Uccle.

Le montant représentera sa valeur technique réelle, abstraction faite de toute valeur commerciale. Cette valeur ne pourra être supérieure à la valeur comptable résiduaire (valeur des investissements diminués des amortissements) et, en cas de contestation quant à sa détermination, cette valeur sera fixée par un expert désigné, à la requête de la partie la plus diligente, par le Président du Tribunal de première instance de Bruxelles, chacune des parties s'engageant à respecter la valeur désignée par l'expert qui, dans son évaluation, devra tenir compte des principes repris ci-dessus".

Aucune décision de prorogation de la convention n'a été prise par le conseil communal entre 1987 et 1999.

3. Le 31 mai 1999, la partie requérante a écrit, en réponse à une demande de la commune d'Uccle, que la valeur résiduelle du réseau communal serait "au 31 décembre 1999 de l'ordre de 49.800.000, -francs, en tenant compte d'une estimation des investissements qui auront été faits au cours de l'année 1999".

Le 28 octobre 1999, le conseil communal d'Uccle a décidé de racheter le réseau de télédistribution à la partie requérante au prix de 49.800.000,-francs hors T.V.A., soit 60.258.000,- francs T.V.A. comprise, montant à ajuster pour tenir compte des investissements et amortissements réalisés en 1999.

4. Egaleme nt le 28 octobre 1999, le conseil communal d'Uccle a décidé:

- " - d'approuver le principe de conclure une convention avec un futur concessionnaire en vue de l'exploitation et de l'amélioration du réseau communal de télédistribution pour la période du 1^{er} juillet 2000 au 30 juin 2009;
- d'approuver le cahier spécial des charges relatif à cette concession;
- d'autoriser le collège des bourgmestre et échevins à procéder à une large consultation et à recueillir les candidatures qui feront suite à l'appel lancé notamment par le biais du journal officiel des Communautés européennes".

5. Toujours le 28 octobre 1999, le conseil communal d'Uccle a approuvé un projet d'avenant à la convention du 16 janvier 1969, en vue d'assurer la continuité du service public de la télédistribution jusqu'à la désignation du futur concessionnaire; ce projet fixait le terme de la prorogation au 30 juin 2000. Après une négociation entre la partie requérante et la commune d'Uccle, un avenant n° 4 à la convention de 1969 a été conclu, organisant l'exploitation continue du réseau communal de télédistribution durant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2001. Cet avenant a finalement été approuvé par le conseil communal le 25 mai 2000.

6. Le 20 décembre 1999, la partie requérante s'est portée candidate à l'attribution de la concession d'exploitation du réseau de télédistribution de la commune d'Uccle, suivant le cahier spécial des charges approuvé par le conseil communal le 28 octobre 1999.

7. La propriété du réseau de télédistribution a été transférée à la commune d'Uccle le 1^{er} janvier 2000; le prix en a été payé à la partie requérante en été 2000, après

que son montant exact (47.777.625,-francs hors T.V.A.) ait été déterminé de commun accord des parties.

8. Le 17 avril 2000, la commune d'Uccle a écrit à la partie requérante pour demander si celle-ci désirerait éventuellement acquérir le réseau de télédistribution et, dans l'affirmative, à quel prix. Par une lettre du 19 avril 2000, la partie requérante a demandé à la commune d'Uccle si la proposition de rachat du réseau constituait un critère d'appréciation des offres déposées dans le cadre de la procédure d'attribution par appel d'offres de la concession d'exploitation du réseau, si cette proposition se substituait à la procédure d'appel d'offres en cours et si elle avait été adressée aux autres candidats à l'appel d'offres. Le 28 avril 2000, la commune d'Uccle a répondu qu'elle s'était adressée aux quatre sociétés ayant déposé leur candidature à l'appel d'offres, que la proposition de rachat du réseau ne se substituait pas à l'appel d'offres et ne constituait pas non plus un élément d'appréciation des offres déposées et enfin que "le collège ayant reçu une proposition d'achat (conditionnelle, jusqu'à présent) a cependant estimé que cette hypothèse ne pouvait être exclue a priori et pouvait constituer un des éléments de réflexion en cours sur l'avenir du réseau; aussi avant de proposer une décision d'octroi de concession d'exploitation (ou non) au conseil a-t-il été décidé, dans un souci d'information complète, et d'équité entre les candidats, de consulter chacun d'eux".

9. Par une lettre du 2 mai 2000, la partie requérante a formulé une "offre ferme d'achat du réseau de télédistribution au prix de 1.525.000.000,-francs (un milliard cinq cent vingt-cinq millions de francs) payable à la signature de l'acte", cette offre valant jusqu'au 31 août 2000.

10. Le 25 mai 2000, le conseil communal d'Uccle a décidé de renoncer à attribuer la concession de l'exploitation du réseau communal de télédistribution et de "s'orienter vers la vente du réseau" étant donné que "de tels montants ne seraient évidemment pas atteints en cas de concession" et "vu les possibilités énormes qu'ouvre pour la commune une recette exceptionnelle de cet ordre de grandeur".

Un cahier spécial des charges relatif à la vente du réseau de télédistribution de la commune d'Uccle a été établi.

Une lettre de la commune d'Uccle du 12 septembre 2000 a informé la partie requérante de la décision du conseil communal "de renoncer à la mise en concession du réseau" et de le vendre; cette lettre précisait qu'un avis d'appel d'offres serait publié

au Bulletin des adjudications le 15 septembre 2000 et que l'ouverture des offres aurait lieu le 16 octobre 2000.

Un avis d'appel aux candidats-acquéreurs du réseau de télédistribution d'Uccle a été publié au Bulletin des adjudications du 15 septembre 2000.

Le 13 octobre 2000, la partie requérante a déposé une offre d'achat d'un montant de 750.000.000,-francs (sept cent cinquante millions de francs belges).

Le 23 novembre 2000, le conseil communal d'Uccle a décidé de renoncer à la mise en vente du réseau communal de télédistribution.

Il s'agit du premier acte attaqué, qui comporte la motivation qui suit:

" Le Conseil,

Revu ses délibérations du 28 octobre 1999 décidant de racheter le réseau de télédistribution à sa valeur comptable résiduelle, et de lancer un appel en vue de concéder l'exploitation du réseau;

Revu sa délibération du 25 mai 2000, devenue exécutoire (lettre de la tutelle du 21 août 2000), renonçant à la concession et chargeant le Collège de lancer un large appel aux candidatures en vue de la vente du réseau;

Considérant qu'un appel a été lancé à cette fin au bulletin des adjudications et au journal des Communautés Européennes;

Considérant que l'ouverture des offres a eu lieu le lundi 16 octobre 2000;

Considérant que cinq offres ont été reçues;

Considérant que l'offre formulée par U.P.C. est à rejeter pour non conformité car elle prévoit le paiement du prix étalé dans le temps (15 % le jour de la signature de l'acte et le reste en paiement différé, en argent ou en actions UPC), alors que le cahier des charges prévoit le paiement en une fois;

Considérant par ailleurs que le paiement en actions ne pourrait être admis, une commune ne pouvant légalement devenir actionnaire d'une société anonyme;

Considérant enfin que cette offre, non seulement non conforme, comporte également une réserve (alors que le cahier des charges exigeait des offres fermes), car elle est conditionnée par l'approbation de la transaction par le Supervisory Board du groupe UPC;

Considérant que l'offre déposée par DEFICOM GROUP et une société en formation, BEST OF CABLE doit également être écartée pour non conformité, en ce sens que la société BEST OF CABLE étant en voie de constitution, se trouve dans l'impossibilité de fournir tous les renseignements utiles;

Considérant que la Commune est donc dans l'impossibilité d'apprécier la solvabilité de l'interlocuteur et ce d'autant plus que l'offre mentionne expressément que dès sa constitution, BEST OF CABLE reprendra l'ensemble des droits et obligations de DEFICOM GROUP;

Considérant qu'un autre problème surgit dès lors que DEFICOM GROUP propose de réétudier son offre ultérieurement, ce qui ne permet pas une comparaison des mérites de son offre avec ceux des autres concurrents;

Considérant que l'offre déposée par TELENET doit être écartée car elle a été déposée tardivement, et ne contient aucun prix ferme et définitif;

Considérant que l'offre déposée par CODITEL Brabant répond positivement aux exigences du cahier spécial des charges et est donc recevable;

Considérant qu'une cinquième offre émanant de la S.C. BRUTELE ne peut être prise en considération dans le cadre de la procédure de vente du réseau puisqu'il ne s'agit pas d'une offre d'achat;

Considérant les prix offerts variant entre 750 millions et 1 milliard de BEF et que la seule offre conforme et recevable émanant de la S.A. CODITEL est la plus basse, soit 750 millions BEF;

Considérant que, en tout état de cause, les prix offerts à la commune sont bien inférieurs à ceux avancés comme possibles, ou confirmés il y a 6 mois (1,5 milliard de BEF) et que c'est sans conteste la conjoncture qui explique cette différence, ces derniers mois ayant vu les cours de bourse de certains acteurs majeurs dans le domaine des valeurs technologiques plonger vers un minimum historique, ce qui rend les conditions actuelles extrêmement défavorables;

Considérant que dans ces conditions la vente du réseau ne constituerait pas un acte de bonne gestion, soucieuse des deniers communaux;

Sur proposition du Collège, Décide par 30 voix pour et 3 abstentions (M. Solau, Mmes Fraiteur et De Wulf-Roux):

- de renoncer à la mise en vente du réseau communal de télédistribution."

11. Egalement le 23 novembre 2000, le conseil communal d'Uccle a décidé d'affilier la commune à l'intercommunale S.C. BRUTELE tout en conditionnant cette affiliation à "une résolution à prendre par l'assemblée générale de BRUTELE par laquelle tous les membres associés décident dès à présent de ne pas s'opposer au retrait ultérieur éventuel de la commune".

Il s'agit du deuxième acte attaqué qui se présente comme il suit:

" Le Conseil,

Considérant que diverses pistes ont été explorées pour l'exploitation du réseau de télédistribution acheté par la commune et devenu sa propriété (mise en concession, vente...);

Considérant qu'en mai 2000, il a été renoncé à la mise en concession;

Considérant que par délibération de ce jour, il a été décidé de renoncer à la vente, dans la conjoncture économique actuelle et vu les prix offerts largement inférieurs aux résultats escomptés;

Considérant que l'intercommunale BRUTELE S.C. a formulé une proposition d'affiliation de la commune, avec apport en actif de son réseau;

Considérant que cette formule présente plusieurs avantages:

- 1) sur le long terme, les revenus annuels cumulés sont supérieurs à un prix d'achat économiquement justifié;
- 2) la commune peut elle-même influencer ces revenus annuels en déterminant les services à offrir et les tarifs;
- 3) le cas échéant, la possibilité de vendre à un tiers reste possible (et la valeur du réseau ucclois (31.000 abonnés) serait renforcée par son appartenance à un réseau de 105.000 abonnés à Bruxelles).

Considérant que BRUTELE propose à la Commune d'Uccle, si elle s'affilie, de constituer à elle seule un sous-secteur d'exploitation disposant de l'autonomie de décision;

Considérant que cette autonomie concerne notamment :

- le choix des programmes distribués;
- les tarifs d'abonnement et de raccordement;
- la politique d'investissements et de travaux;
- les ristournes ou avantages à accorder à certaines catégories de personnes;
- la nature et les modalités d'autres services à rendre via le réseau, et la possibilité de confier à l'intercommunale des réalisations d'intérêt communal qui cadrent avec son objet défini aux statuts comme par exemple, réalisation d'un Intranet communal, d'un site WEB, et la formation du personnel à cet effet.

Considérant que dans ce cadre:

- BRUTELE établirait un compte de résultats et un bilan des activités sur le réseau ucclois;
- Uccle disposerait d'un administrateur au Conseil d'Administration de BRUTELE et de 3 administrateurs dans le conseil du secteur d'exploitation bruxellois, d'un mandat de commissaire aux comptes et d'un expert communal.

Considérant que BRUTELE s'engage à couvrir la totalité du réseau ucclois et à augmenter la capacité du réseau pour y développer, dans un délai d'un an maximum, si la commune le souhaite, tous les services suivants :

- extension de l'offre T.V. : programmes supplémentaires et «le bouquet»;
- programmes pay per view;
- accès internet;
- téléphonie vocale;
- vidéo surveillance;
- transmission de données à grande vitesse.

Considérant que la redevance annuelle offerte est constituée comme suit :

- a) redevance fixe égale à 10% des recettes d'abonnement de base à la télédistribution (sur base de 31.000 abonnés et 3.400 BEF d'abonnement annuel (hors TVA & droits d'auteurs) : 10.540.000 BEF/an.
- b) paiement de 5% du chiffre d'affaires de Canal + et du Bouquet;
- c) paiement de l'intégralité des bénéfices réalisés sur tous les services fournis.

Considérant que des calculs prévisionnels peuvent laisser entrevoir des redevances annuelles de minimum 25 à 30 millions de BEF pour les premières années, qui monteront au fur et à mesure du succès des services offerts, pour atteindre une centaine de millions de BEF par an.

Considérant en outre que pour s'affilier à l'intercommunale, la Commune doit souscrire à une part sociale de 200.000 BEF par 1.000 habitants en 1965, soit pour Uccle, à 15.200.000 BEF dont 3.800.000 BEF doivent être libérés (et portent intérêt à 10% l'an);

Considérant en conséquence que l'affiliation à l'intercommunale BRUTELE peut présenter pour Uccle de nombreux avantages : autonomie de décision, recettes importantes, propriété du réseau sauvegardée.

Considérant enfin qu'il ressort d'explications obtenues auprès de l'Intercommunale BRUTELE, qu'en cas de décision prise en novembre 2000, la reprise d'exploitation du réseau pourrait avoir lieu le 01 janvier 2001, ce qui éviterait à la Commune de devoir conclure encore un avenant prolongeant l'exploitation du réseau par la S.A. CODITEL prévue jusqu'au 31 décembre 2000.

Considérant cependant qu'il se pourrait qu'un changement de conjoncture intervienne, qui fasse surgir une offre d'achat plus alléchante ou que la Commune se trouve un jour dans une situation financière qui l'incite à vendre rapidement son réseau.

Considérant que dans cette hypothèse, la Commune aurait intérêt à sortir de l'intercommunale, plus facilement et plus vite que ne le précisent les conditions statutaires de retrait d'une commune associée (art. 55 des statuts).

Sur proposition du Collège,

DECIDE par 30 voix pour et 3 abstentions (M. Solau, Mmes Fraiteur et De Wulf-Roux) :

- 1) d'affilier la commune d'Uccle à l'Intercommunale BRUTELE S.C.;
- 2) de souscrire à cette fin 76 parts sociales, en vertu des statuts de l'Intercommunale, (une part sociale de 200.000 BEF par tranche de mille habitants en 1965 - chiffres de population au 31.12.1965 : 75.915 habitants), soit $76 \times 200.000, - \text{BEF} = 15.200.000 \text{ BEF}$.
- 3) d'en libérer la quotité prévue (25%), soit 3.800.000,-BEF, et de procéder pour ce faire à une modification budgétaire, prévoyant la création au budget extraordinaire 2000 d'un article 770/812/51 d'un montant de 3.800.000,-BEF.
- 4) de financer la dépense par le fonds de réserve.
- 5) de conditionner cette affiliation à une résolution à prendre par l'Assemblée Générale de BRUTELE, par laquelle tous les membres associés décident dès à présent de ne pas s'opposer au retrait ultérieur éventuel de la Commune d'Uccle."

Le 30 novembre 2000, la partie requérante a adressé une réclamation motivée au Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, lui demandant d'annuler la délibération du conseil communal d'Uccle du 23 novembre décidant l'affiliation de la commune à l'intercommunale BRUTELE.

12. Le 7 décembre 2000, l'assemblée générale extraordinaire de la S.C. BRUTELE a admis l'affiliation de la commune d'Uccle (avec souscription de septante-six parts sociales de deux cent mille francs chacune) tout en constatant que "ni avant la séance ni au cours de celle-ci, aucun membre n'a marqué son opposition à un retrait éventuel de Uccle et que dès lors il est satisfait à la condition suspensive de la délibération du conseil communal d'Uccle."

Il s'agit du troisième objet du recours.

13. Le 19 décembre 2000, le Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale a signalé au collège des bourgmestre et échevins d'Uccle que la délibération relative à une "affiliation conditionnelle à l'intercommunale BRUTELE" ne soulevait pas d'objection de sa part. Le 2 janvier 2001, le Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale a signalé à la partie requérante qu'il n'avait émis aucune objection quant à l'affiliation de la commune d'Uccle à l'intercommunale BRUTELE.

La signification par le Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale de ce qu'il n'émet pas d'objection quant à l'affiliation de la commune d'Uccle à l'intercommunale BRUTELE, constitue le quatrième acte attaqué.

II. EN DROIT.

A. QUANT A LA RECEVABILITE.

Considérant que le recours a été valablement introduit par la société requérante;

Considérant, quant aux deux premiers actes attaqués, que la société requérante a intérêt à poursuivre l'annulation de la décision du 23 novembre 2000 du conseil communal d'Uccle de renoncer à la mise en vente du réseau communal de télédistribution et de la décision de même date du même conseil communal d'affilier la commune à l'intercommunale S.C. BRUTELE tout en conditionnant cette affiliation à une résolution à prendre par l'assemblée générale de la S.C. BRUTELE, par laquelle tous les membres associés décident dès à présent de ne pas s'opposer au retrait ultérieur éventuel de la commune; qu'en effet, la société requérante était la seule à avoir remis une offre conforme et recevable dans le cadre de l'appel d'offres lancé par la commune d'Uccle en vue de la vente de son réseau; qu'en renonçant à cette vente, la commune l'a privée de l'espoir qu'elle pouvait avoir d'acheter le réseau de la commune; que la mise à néant de ces deux décisions ferait, en tout cas théoriquement, renaître cet espoir; qu'en s'abstenant d'attaquer la deuxième décision qui constitue un acte détachable du contrat de société et qui, à ce titre, est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, la société requérante se serait, elle-même, privée irrémédiablement de cet espoir et aurait perdu son intérêt à poursuivre l'annulation du premier acte attaqué;

Considérant que la société requérante a pu régulièrement attaquer par une seule et même requête ces deux actes en raison du lien étroit qui les unit; que la décision de la commune d'Uccle de s'affilier à la S.C BRUTELE a en effet été rendue possible par la renonciation de la commune à vendre son réseau de télédistribution et inversement, l'affiliation de la commune à la S.C BRUTELE a été la conséquence de la proposition formulée par cette dernière dans le cadre de l'appel aux acheteurs lancé par la commune en vue de la vente de son réseau; que de plus, les deux premiers moyens sont dirigés à la fois contre le premier et le deuxième actes attaqués; qu'en cas de requêtes distinctes, il aurait été de bonne justice de les joindre pour cause de connexité afin qu'il soit statué sur elles par un seul et même arrêt;

Considérant que le troisième acte attaqué constitue un avenant au contrat de société, matérialisé par les statuts de l'intercommunale, avenant passé par acte

notarié par lequel tous les membres de l'assemblée générale de la S.C. intercommunale BRUTELE marquent leur accord sur l'affiliation conditionnelle de la commune d'Uccle en manière telle que le Conseil d'Etat ne pourrait annuler tout ou partie du troisième acte attaqué sans anéantir simultanément le consentement des parties au contrat; qu'un tel acte n'est pas détachable du contrat et n'est pas susceptible d'être déféré à la censure du Conseil d'Etat;

Considérant que le quatrième acte attaqué n'est pas davantage susceptible d'être entrepris au contentieux de l'excès de pouvoir dès lors que la décision de l'autorité de faire usage de son pouvoir de tutelle générale d'annulation correspond dans son chef à l'exercice d'une simple faculté et que, par suite, l'abstention ou le refus d'exercer cette faculté ne modifie pas l'ordonnancement juridique et ne saurait causer grief;

Considérant qu'il suit de ce qui précède que le recours est recevable en ses deux premiers objets uniquement et qu'il n'y a dès lors lieu d'en examiner les moyens qu'en ce qui les concerne;

B. QUAND AU FOND.

Considérant que la société requérante prend un premier moyen de la violation "des principes de non-discrimination et de mise en concurrence dans la conclusion et l'exécution des contrats de l'administration";

Considérant que ramenées à l'essentiel, les diverses branches du moyen telles qu'elles ont été exposées dans la requête et explicitées dans les écrits de procédure ultérieurs et à l'audience du 13 octobre 2004, reviennent à faire grief à la commune d'Uccle de s'être affiliée à la S.C. BRUTELE en lui confiant la gestion de son réseau de télédistribution sans procéder à la comparaison des avantages de cette formule par rapport à celle économiquement semblable de la concession de son réseau de télédistribution; qu'en procédant de la sorte, la commune d'Uccle aurait violé les principes visés au moyen tels qu'ils sont consacrés par le droit national et par le droit communautaire;

Considérant que l'affiliation de la commune d'Uccle, telle qu'elle a été décidée le 23 novembre 2000, ne constitue pas un marché public de services mais bien une concession de service public au sens du droit communautaire; qu'en effet malgré les termes ambigus utilisés, la commune d'Uccle reste propriétaire de son réseau (voir

rapport du conseil d'administration de BRUTELE à l'assemblée générale extraordinaire du 7 décembre 2000) et se limite à en confier la gestion à la S.C. intercommunale BRUTELE à laquelle elle s'affilie, et elle perçoit de celle-ci des redevances annuelles qui sont constituées d'un pourcentage des recettes d'abonnement de la télédistribution et du chiffre d'affaires de la télévision à péage ainsi que de l'intégralité des bénéfices réalisés sur tous les autres services fournis; que si les directives communautaires "marchés publics" ne lui sont pas applicables, par contre le sont les règles fondamentales du droit communautaire primaire en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté; que cette obligation qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (C.J.C.E. arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH*, C - 324/98, Rec. 2000-12 (A)-10745 et sv.);

Considérant qu'il appartient au juge national, en l'occurrence le Conseil d'Etat éclairé par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, de contrôler si ces règles et principes ont été respectés dans la présente espèce;

Considérant que si le pouvoir adjudicateur a pu, sans méconnaître ces règles et principes, renoncer, par sa décision du 23 novembre 2000, à vendre son réseau de télédistribution à la société requérante au motif que l'offre d'achat de celle-ci était très en retrait par rapport à son offre précédente du 2 mai 2000 -750 millions BEF contre 1,5 milliard - et a dès lors pu décider, le 23 novembre 2000 également, de se tourner vers une autre formule économiquement plus avantageuse pour elle que la vente, ce que corroborent les chiffres avancés par la S.C. BRUTELE dans son dernier mémoire complémentaire après réouverture des débats et non contestés par la société requérante à l'audience du 13 octobre 2004, il ne pouvait, par contre, sans appel à la concurrence ni examen comparatif des offres en présence, retenir directement et immédiatement la formule de l'affiliation à la S.C. BRUTELE alors que telle qu'elle a été conçue et réalisée, l'opération s'apparente à une concession de service et en constitue même une au sens du droit communautaire; que concrètement la commune aurait dû pour satisfaire aux exigences du droit communautaire, faire appel à la concurrence en vue d'examiner si la concession de son service de télédistribution à la société requérante ou à d'autres opérateurs économiques ne constituait pas une alternative plus avantageuse que celle finalement retenue;

Considérant qu'il est vainement argué de ce que la commune aurait, en quelque sorte anticipativement, satisfait à cette exigence en ce qu'elle a précédemment envisagé de concéder son service de télédistribution et a lancé un appel d'offres à cet effet, mais y a renoncé, le 25 mai 2000, en raison de l'offre ferme de 1,5 milliard BEF qui lui a été faite par la société requérante dans une lettre du 2 mai 2000; que tout aussi vainement il est objecté que cette renonciation est devenue définitive faute par la société requérante d'en avoir demandé l'annulation dans le délai de recours contentieux; qu'en effet s'il est vrai que la décision du 25 mai 2000 est devenue définitive - la circonstance que la société requérante n'avait pas à l'époque intérêt à en poursuivre l'annulation et que cet intérêt ne serait apparu que plus tard au moment où la commune d'Uccle a renoncé à vendre son réseau de télédistribution et s'est affiliée à la S.C. BRUTELE n'a pas eu pour effet de prolonger le délai de recours contentieux et de faire échapper la société requérante à la forclusion-, ce caractère "définitif" ne dispensait pas la commune de son obligation au regard du droit communautaire de lancer un nouvel appel à la concurrence en vue d'examiner si la concession de son service de télédistribution à la société requérante ou à un autre concessionnaire ne constituait pas pour elle une alternative plus intéressante; qu'entretemps, en effet, le contexte économique qui avait conduit la commune d'Uccle à abandonner la formule de la concession de service au profit de celle de la vente avait fondamentalement changé rendant cette dernière formule peu avantageuse pour la commune et justifiant le recours à d'autres formules;

Considérant qu'il reste à examiner si dès lors que l'on se trouve en présence d'une concession de service au sens du droit communautaire, les conditions ne sont pas en l'espèce réunies pour que les règles et principes susmentionnés du droit communautaire puissent être écartés;

Considérant que pour qu'il en soit ainsi, deux conditions cumulatives et d'interprétation restrictive doivent être présentes, étant, d'une part, que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par le pouvoir concédant soit analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et, d'autre part, que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient (C.J.C.E. arrêt du 18 novembre 1999, Teckal Srl, C- 107/98, Rec.1999-11 I-8121 et arrêt du 7 décembre 2000, précité); que la charge de la preuve pèse sur les parties adverses;

Considérant qu'à cet égard la S.C. BRUTELE fait valoir dans son dernier mémoire qu'elle constitue une intercommunale pure dont les activités sont destinées et réservées aux communes associées, que ses statuts ont permis à la commune d'Uccle de constituer à elle-seule un sous-secteur d'exploitation disposant de l'autonomie de

décision, ce qui lui permettrait d'exercer un contrôle immédiat et précis des activités de la société dans ce sous-secteur, exactement identique à celui qu'elle exercerait sur ses propres services internes; que la commune d'Uccle dispose d'un administrateur au conseil d'administration de BRUTELE et de trois administrateurs dans le conseil du secteur d'exploitation bruxellois, d'un mandat de commissaire aux comptes et d'un expert communal; qu'elle ajoute que la commune d'Uccle dispose de la faculté de se retirer à tout moment de l'association, ce qui démontrerait encore, si besoin en était, sa maîtrise complète de l'exploitation de son réseau de télédistribution;

Considérant que l'analyse des statuts de la S.C. BRUTELE révèle que les coopérateurs sont des communes et une association intercommunale groupant elle-même exclusivement des communes; qu'elle n'est pas ouverte à des coopérateurs privés; que le conseil d'administration est composé de représentants des communes - trois au maximum par commune - nommés par l'assemblée générale, elle-même composée des représentants des communes; que le conseil d'administration a les pouvoirs les plus étendus; que les communes sont divisées en deux secteurs, dont un groupant les communes de la Région bruxelloise, qui peuvent être subdivisés en sous-secteurs; qu'au sein de chaque secteur, il est formé un conseil de secteur constitué d'administrateurs nommés par l'assemblée générale, réunie en groupes distincts représentant les titulaires de parts sociales pour chacun des secteurs, sur présentation par les communes; que le conseil d'administration peut déléguer aux conseils de secteur les pouvoirs qu'il détient en ce qui concerne les problèmes propres aux sous-secteurs, notamment les modalités d'application des tarifs, le programme des travaux et investissements, le financement de ceux-ci, les campagnes de propagande, ainsi qu'en ce qui concerne les problèmes communs aux différents sous-secteurs constituant le secteur d'exploitation; que les autres organes statutaires de la société sont l'assemblée générale dont les décisions sont obligatoires pour l'ensemble des associés, le directeur général, le collège des experts qui sont des fonctionnaires communaux chargés, à raison d'un par administrateur, d'assister les administrateurs, et le collège des commissaires-réviseurs; que le directeur général, les experts et les commissaires sont, selon le cas, nommés par le conseil d'administration ou l'assemblée générale;

Considérant qu'il en ressort que l'autonomie de décision dont jouit la commune d'Uccle n'est pas aussi complète que celle vantée par la partie adverse, la SC BRUTELE; qu'en effet c'est le conseil d'administration, au sein duquel la commune d'Uccle dispose d'un représentant, qui exerce les pouvoirs les plus étendus, étant compétent pour tout ce qui n'est pas expressément réservé par la loi ou les statuts à l'assemblée générale, que c'est lui qui fixe notamment les tarifs, et que les délégations

qu'il est autorisé à accorder dans les limites fixées à l'article 21 des statuts ne jouent qu'au profit des conseils de secteur dont le secteur de la Région bruxelloise, au sein duquel la commune d'Uccle dispose de trois administrateurs; que les statuts ne prévoient pas des conseils de sous-secteur qui pourraient bénéficier, pour ce qui concerne le sous-secteur considéré, d'une délégation de même nature; que, d'une manière générale, le caractère fermé de la S.C. BRUTELE aux coopérateurs privés, s'il a pour conséquence que toutes les décisions sont prises par des organes sociaux composés exclusivement de représentants des communes et intercommunales affiliées, n'entraîne pas que chacun de ces coopérateurs disposera individuellement à l'égard de la société de la même influence déterminante que s'il avait organisé lui-même l'activité "in house"; que la maîtrise sur la société et sur ses décisions est exercée collectivement par les communes au travers des organes statutaires de la société, laquelle dispose ainsi d'une certaine autonomie par rapport à ses affiliés; qu'il n'est, par ailleurs, pas contesté que celle-ci réalise l'essentiel de son activité avec ses affiliés;

Considérant qu'au vu de ces éléments le Conseil d'Etat est enclin à considérer que le premier moyen est fondé; qu'il estime toutefois ne pas être suffisamment éclairé par la jurisprudence de la Cour de Justice pour se prononcer définitivement sur l'existence d'une exception aux règles et principes susmentionnés du droit communautaire primaire dans le cas d'espèce; qu'avant de statuer sur le moyen, dans un souci d'unité dans l'application du droit communautaire, il y a lieu de poser à la Cour de Justice des Communautés européennes la question préjudicielle figurant au dispositif du présent arrêt,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée en tant qu'elle vise les troisième et quatrième actes attaqués.

Article 2.

Il est sursis à statuer pour le surplus.

Article 3.

La question préjudicielle suivante est posée à la Cour de Justice des Communautés européennes :

- " Une commune peut-elle, sans appel à la concurrence, s'affilier à une société coopérative groupant exclusivement d'autres communes et associations de communes (intercommunale dite pure) en vue de lui transférer la gestion de son réseau de télédistribution sachant que la société réalise l'essentiel de ses activités avec ses seuls affiliés et à leur décharge et que les décisions en rapport avec celles-ci sont prises par le conseil d'administration et les conseils de secteur dans les limites des délégations que celui-ci leur accorde, organes statutaires qui sont composés de représentants des autorités publiques et qui statuent à la majorité de ceux-ci? La maîtrise ainsi exercée, au travers des organes statutaires, par tous les coopérateurs, ou par une partie de ceux-ci dans le cas de secteurs ou sous-secteurs d'exploitation, sur les décisions de la société coopérative peut-elle être considérée comme leur permettant d'exercer sur celle-ci un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services? Cette maîtrise et ce contrôle, pour être qualifiés d'analogues, doivent-ils être exercés individuellement par chaque membre affilié ou suffit-il qu'ils le soient par la majorité des membres affiliés?"

Article 4.

Sur le vu de la réponse donnée par la Cour de Justice des Communautés européennes à la question posée à l'article 3, le membre de l'auditorat désigné par M. l'Auditeur général est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
trois juillet deux mille sept par :

MM. ANDERSEN,	Premier Président du Conseil d'Etat,
HANSE,	Président de Chambre,
LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Premier Président,

V. SCHMITZ.

R. ANDERSEN.