

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 210.776 du 28 janvier 2011

G./A.198.831/VI-18.969

En cause : **la société anonyme LES ENTREPRISES
GILLES MOURY,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc SECRETIN, avocat,
rue des Augustins, n° 32,
4000 Liège,

contre :

**l'association sans but lucratif Haute Ecole
Libre Mosane, en abrégé HELMo,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue Docteur Haibe, n° 10,
5002 Namur.

Partie intervenante :

la société anonyme FRANKI,

ayant élu domicile chez
Me Christian BOULANGE, avocat,
boulevard Frère Orban, n° 15, bte 11,
4000 Liège.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la requête unique introduite le 14 janvier 2011 par la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY, qui demande l'annulation et tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision du 20 décembre 2010 de la HAUTE ECOLE LIBRE MOSANE (HELMo) d'attribuer à la société anonyme FRANKI un marché public de travaux relatif à la transformation du home Saint-Jean Berchmans et à la rénovation ainsi qu'à l'extension de l'Institut Gramme et d'écarter l'offre de la requérante;

Vu l'ordonnance du 17 janvier 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 24 janvier 2011 à 11 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 24 janvier 2011 par la société anonyme FRANKI qui demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Entendu, en son rapport, M. Yves HOUYET, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Jean-Marc SECRETIN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Christian BOULANGE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, Auditeur au Conseil d'Etat;

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

Considérant qu'à l'audience du 24 janvier 2011, l'avocat de la société anonyme FRANKY a déposé une requête par laquelle celle-ci demande à être reçue en qualité de partie intervenante; qu'en tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure; qu'il y a lieu d'accueillir cette requête;

Considérant que la partie adverse soulève une première exception d'irrecevabilité; qu'elle soutient que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour statuer sur la requête car elle est une personne de droit privé qui n'est pas habilitée à adopter des décisions obligatoires à l'égard des tiers et qu'en conséquence, elle n'est pas une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973; qu'elle précise que le fait d'être un pouvoir adjudicateur n'implique pas qu'elle soit une autorité administrative;

Considérant qu'à l'audience, le conseil de la requérante fait valoir que le Conseil d'Etat se déclare compétent lorsqu'un recours est formé à l'encontre d'une décision d'attribution d'un marché public par un établissement d'enseignement relevant d'une personne de droit public; qu'il estime que, dans ce cas, cette décision n'est pas davantage obligatoire à l'égard des tiers que lorsqu'elle est prise par un établissement d'enseignement de droit privé; qu'il en déduit qu'il n'existe pas de raison objective de dénier la qualité d'autorité administrative à un établissement d'enseignement privé lorsqu'il attribue un marché public alors que cette même qualité

est reconnue à un établissement d'enseignement de droit public quand il prend une telle décision; que si tel était le cas, il demande que la Cour constitutionnelle soit interrogée à titre préjudiciel sur l'éventuel caractère discriminatoire de cette différence de traitement liée à une interprétation de l'article 14, § 1^{er}, des lois précitées sur le Conseil d'Etat;

Considérant que, selon l'article 14, § 1^{er}, des lois précitées sur le Conseil d'Etat, il peut connaître des recours en annulation formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives, des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel;

Considérant que, selon l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 14 février 1997, sont des autorités administratives "les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et régions, des provinces ou des communes, qui sont chargées d'un service public et ne font pas partie du pouvoir judiciaire ou législatif (...) dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers" (Pas. 1997, I, p. 88); que, par l'arrêt du 6 septembre 2002, la Cour de cassation a précisé que "des institutions créées par des personnes privées mais agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et des régions, des provinces ou des communes, constituent des autorités administratives au sens de cet article 14 dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et où elles peuvent prendre des mesures obligatoires à l'égard des tiers, plus spécialement en déterminant de manière unilatérale leurs propres obligations à l'égard des tiers ou en constatant unilatéralement les obligations des tiers; que les actes posés par ces établissements peuvent faire l'objet d'une annulation lorsque ceux-ci exercent une partie de l'autorité publique" (N^o de rôle C010382N sur le site <http://www.cass.be>);

Considérant qu'il ressort des statuts de la partie adverse, que celle-ci a été créée à l'initiative de personnes de droit privé; qu'il s'agit d'une association sans but lucratif née de l'initiative privée qui organise un enseignement libre subventionné;

Considérant que la partie adverse assume, sous le contrôle de la Communauté française, une fonction de service public; que pour se voir reconnaître la qualité d'autorité administrative, la personne morale de droit privé doit encore remplir une condition supplémentaire, étant de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers; que tel est, notamment, le cas lorsque, dans le cadre de sa mission de service

public, une Haute Ecole subventionnée délivre des diplômes qui sont sanctionnés et reconnus par la Communauté française et qui lient les tiers; que cette même qualité ne lui revient toutefois pas lorsque, comme en l'espèce, elle décide d'attribuer un marché public à telle entreprise déterminée plutôt qu'à telle autre, pareille décision ne créant pas d'obligations à l'égard de tiers;

Considérant que la circonstance que la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services soit applicable au marché litigieux n'est pas de nature à infirmer ce qui précède; que déterminer la compétence d'attribution du Conseil d'Etat pour connaître du présent litige et la législation à appliquer pour le trancher sont en effet des questions distinctes;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la demande de suspension; que l'exception doit être accueillie;

Considérant que la nécessité de statuer à bref délai sur la présente demande de suspension, qui est formée selon la procédure d'extrême urgence, fait obstacle à ce que la question préjudicielle, énoncée par la requérante, soit posée à la Cour constitutionnelle à ce stade de la procédure; qu'elle pourrait l'être, le cas échéant, lors de l'examen de la demande d'annulation,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme FRANKI dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-huit janvier deux mille onze par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.