CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 213.949 du 17 juin 2011

G./A.197.167/VI-18.718

En cause : **la société anonyme ENERGYS,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

l'association sans but lucratif
haute école Léonard De Vinci,

ayant élu domicile chez
Me Luc DEPRE et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e^ CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 22 juillet 2010 par la société anonyme ENERGYS qui demande l'annulation de :

" - la décision de date inconnue, qui lui a été notifiée par lettre datée du 28 mai 2010, déclarant non recevable son offre relative au marché public portant sur la construction du nouveau site d'une école d'ingénieurs incluant la rénovation et la construction de bâtiments - référence 2009/S206-296052 - lot 4 «hvac»;
- la décision de date inconnue attribuant ce marché à IMTECH PROJECT";

Vu les mémoires en réponse et réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M^me^ WILLEMART, Auditeur au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 93 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 13 mai 2011 convoquant les parties à comparaître le 10 juin 2011 à 9 heures 30;

Vu la notification de cette ordonnance et du rapport aux parties;

Entendu, en son rapport, M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Isabelle VAN KRUCHTEN, loco Mes Luc DEPRE et Christophe DUBOIS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, Auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. L'association sans but lucratif haute école Léonard de Vinci a lancé un marché public de travaux relatif à la construction du nouveau site d'une école d'ingénieurs, incluant la rénovation et la construction de bâtiments.

L'avis de marché a été publié le 22 octobre 2009 au Journal officiel de l'Union européenne et le 30 octobre 2009 au Bulletin des adjudications. La procédure était celle de l'adjudication publique.

2. La requérante a déposé une offre pour le lot 4, portant sur le chauffage, la ventilation et l'air conditionné (H.V.A.C.).

3. A la suite de cette publication, cinq sociétés ont déposé une offre

4. Lors de la séance d'ouverture des offres, le 14 décembre 2009, le classement des offres s'est établi comme suit :

Soumissionnaires	HTVA
ENERGYS	1.227.705,34 euros
IMTECH PROJECT	1.264.860,27 euros
DELTA THERMIC	1.345.530,00 euros
AXIMA CONTRACTING	1.347.015,32 euros
ETI	1.495.210,00 euros

L'offre de la requérante était la moins-disante.

5. La partie adverse a toutefois considéré que cette offre était irrégulière.

Le 1er avril 2010, elle a pris la décision de l'écarter et d'attribuer le marché à l'entreprise IMTECH PROJECT.

La décision concernant la requérante lui a été notifiée par un courrier du 28 mai 2010.

La lettre de notification comporte la mention suivante, en note de bas de page :

" Mention légale : conformément à l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour de l'envoi de la présente notification afin de leur permettre d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction, et ce exclusivement selon le cas dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge compétent (Conseil d'Etat ou juridictions judiciaires) par une procédure d'extrême urgence. En l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé adressé à l'attention de […], la procédure peut être poursuivie. Devant le Conseil d'Etat, une requête en annulation peut être introduite dans les 60 jours de la réception de la présente".

Considérant que la requérante affirme que le Conseil d'Etat est compétent pour connaître de la requête; qu'elle admet que, par un arrêt n° 125.889 du 2 décembre 2003, il a été affirmé que l'A.S.BL. haute école Léonard de Vinci n'était pas une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, parce qu'elle ne disposait pas de la faculté de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers bien qu'elle assumât une fonction de service public sous le contrôle de la Communauté française; qu'elle soutient que la jurisprudence a évolué, en ce sens que cette condition supplémentaire n'est désormais plus exigée, comme l'établit l'arrêt n° 200.245, du 29 janvier 2010, que la haute école partie adverse elle-même se considère comme une autorité administrative, puisque le courrier du 28 mai 2010 "renseigne exclusivement le Conseil d'Etat comme juridiction pouvant être saisie d'un recours en annulation contre la décision attaquée", que "cet élément a une incidence autre que sur le plan des seuls dépens. Dans son arrêt du 10 septembre 2009, la Cour de cassation a décidé que le Conseil d'Etat, dans l'arrêt attaqué devant elle, n'avait pas violé les articles 14 et 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Or, dans sa motivation ainsi déclarée exempte de grief, le Conseil d'Etat avait notamment relevé que la chambre nationale des huissiers de justice semble, en s'impliquant dans le fonctionnement de l'administration flamande, avoir eu l'intention d'agir en tant qu'autorité administrative et en tout cas s'être présentée comme telle";

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse oppose que le Conseil d'Etat ne peut connaître de la requête, que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, "constituent en principe des autorités administratives les personnes morales :

- dont le fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics;
- et qui peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers",

que la haute école partie adverse, qui est une personne morale de droit privé, créée à l'initiative de six autres A.S.B.L. en vue d'assurer un enseignement supérieur de type long et de type court ainsi que des activités de recherche développement et de formation continuée, selon l'article 3 de ses statuts, ne répond pas à la définition de l'autorité administrative, que le fait d'être soumise à la réglementation des marchés publics ne lui confère pas la moindre parcelle de puissance publique, que lorsqu'elle adopte une décision en cette matière, elle ne prend pas de décision obligatoire vis-à-vis de tiers, au contraire des décisions qu'elle prend, notamment, en délivrant des diplômes, que la jurisprudence récente invoquée par la requérante n'est pas pertinente pour le cas d'espèce, que, dans l'arrêt du 10 septembre 2009, la Cour de cassation a estimé que la chambre nationale des huissiers de justice était une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat parce qu'il s'agit d'une personne morale de droit public, que c'est pour cette raison que la seconde condition tirée du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers n'est pas pertinente, qu'en revanche, la seconde condition reste d'application lorsqu'il s'agit de vérifier la qualité d'autorité administrative dans le chef d'une personne de droit privé, telle la partie adverse, que l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 janvier 2010 ne modifie pas le constat d'incompétence, que, par cet arrêt, le Conseil d'Etat a assimilé la SOWAER à une personne morale de droit public, faisant partie intégrante de l'administration, parce qu'elle a été créée par la société régionale d'investissement, en vertu de la loi, et qu'elle est détenue à 100 % par la Région wallonne, motifs pour lesquels la seconde condition n'a pas été examinée;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante fait valoir que la partie adverse "ne répond rien au fait qu'elle-même, pourtant instruite de l'arrêt 125.889 du 2 décembre 2003, a désigné le Conseil d'Etat comme juridiction pouvant être saisie", que, dans l'arrêt du 29 janvier 2010, le Conseil d'Etat a affirmé que la forme de droit privé de la SOWAER est indifférente, qu'elle affirme, à propos de l'arrêt de cassation du 10 septembre 2009 que, dans son pourvoi, le demandeur n'abordait pas la question telle que la présente la partie adverse mais considérait que la chambre nationale des huissiers de justice était soustraite à la compétence du Conseil d'Etat au motif qu'elle se situait dans la sphère du pouvoir judiciaire, que la

"charnière du raisonnement de la Cour" tient en ce qu'elle a décidé que, lorsque des tâches indépendantes du fonctionnement de la justice sont, en outre, confiées à la chambre nationale des huissiers de justice, celle-ci peut être considérée comme une autorité administrative, que le critère pertinent était donc celui de l'exercice effectif d'une mission de service public, indépendamment de la forme juridique de l'entité exerçant cette mission; qu'à titre subsidiaire, la requérante fait valoir que la partie adverse est une institution agréée et subventionnée par la Communauté française, chargée d'un service public, l'enseignement supérieur, dont le fonctionnement est déterminé et contrôlé par la Communauté française, qui est habilitée à prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers par la délivrance de diplômes, que la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses arrêtés d'exécution comportent, pour le pouvoir adjudicateur, la faculté de prendre unilatéralement certaines décisions et que le marché en cause s'inscrit, précisément, parmi les missions de service public de la partie adverse;

Considérant que, selon l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, celui-ci peut connaître des recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives, ainsi que contre les actes administratifs 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 d'arbitrage - devenue 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, aux termes de l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 14 février 1997 :

" […] 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, constituent en principe des autorités administratives, 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;
Qu'une société anonyme, fut-elle créée par une autorité administrative et soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, qui ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers, ne perd pas son caractère de droit privé; que le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est, à cet égard, dénué de pertinence"(Pas. ,1997, I, p. 88);

Considérant que, par un arrêt du 6 septembre 2002, la Cour de cassation a affirmé 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° de rôle C010382N);

Considérant qu'il ressort des statuts coordonnés de l'A.S.B.L. haute école Léonard de Vinci, tels que publiés dans les annexes du Moniteur belge le 4 juillet 2005, que celle-ci a été créée, en qualité d'A.S.B.L. fédérative, à l'initiative de six associations sans but lucratif, dites "A.S.B.L. Partenaires", étant l'institut supérieur industriel (ECAM), l'école normale catholique du Brabant wallon (E.N.C.B.W.), l'institut d'enseignement supérieur Parnasse-Deux Alice, l'institut libre Marie Haps (I.L.M.H.), l'institut Paul Lambin (I.P.L.), et l'institut supérieur d'enseignement infirmier (I.S.E.I.), chacune correspondant à un établissement d'enseignement du niveau supérieur; qu'il s'agit donc d'une association sans but lucratif née de l'initiative privée;

Considérant que l'objet social de l'A.S.B.L. haute école Leonard de Vinci est défini dans les termes suivants par l'article 3 des statuts :

" L'association a pour but d'assurer, en s'inspirant des valeurs évangéliques, un enseignement supérieur de type long et de type court dans les orientations d'études arrêtées par l'assemblée générale. Elle assure également des activités de recherche développement et de formation continuée liées aux formations initiales. Elle peut réaliser son but par tous les moyens directs et indirects dont elle disposera et en particulier exercer, à titre accessoire, certaines activités économiques dont le profit est exclusivement destiné à la réalisation de son but";

Considérant que l'A.S.B.L. haute école Léonard de Vinci assume, sous le contrôle de la Communauté française, une fonction de service public dans le domaine de l'enseignement; que ce contrôle prévu par le décret du 9 septembre 1996 relatif au financement des hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française, s'opère sur les hautes écoles libres subventionnées par l'intermédiaire de commissaires nommés par le gouvernement sur proposition du ministre ayant l'enseignement supérieur non universitaire dans ses attributions, et dont le statut est fixé par le décret du 17 mars 1997;

Considérant que la qualité d'autorité administrative a été reconnue une personne morale de droit privé lorsqu'elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers; que tel est, notamment, le cas lorsque, dans le cadre de sa mission de service public, la haute école subventionnée délivre des diplômes qui sont

sanctionnés et reconnus par la Communauté et qui sont de nature à lier les tiers; que cette même qualité ne lui appartient toutefois pas lorsque, comme en l'espèce, elle décide d'attribuer un marché 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 précitée soit applicable au marché litigieux n'est pas de nature à infirmer ce qui précède dès lors qu'en vertu de son article 4, cette loi trouve à s'appliquer à certains marchés passés par des personnes morales de droit privé; 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; que les décisions unilatérales que peut prendre un pouvoir adjudicateur, dans le cadre de l'exécution d'un marché public, sont certes exorbitantes du droit commun des contrats civils, mais qu'elles ne s'imposent pas à l'égard de tiers; qu'il s'agit alors d'imposer des obligations particulières au cocontractant du pouvoir adjudicateur;

Considérant que, par l'arrêt du 10 septembre 2009, la Cour de cassation a constaté que la chambre nationale des huissiers de justice n'est pas née de l'initiative privée mais qu'elle est instituée par le Code judiciaire, en son article 549, et que, lorsqu'elle se voit attribuer des missions étrangères au service public de la Justice, "elle peut être considérée comme une autorité administrative dans l'exercice de ces tâches spécifiques"; que la question n'était donc pas, comme en l'espèce, celle du rattachement éventuel d'une personne morale de droit privé à la catégorie des autorités administratives au sens de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, mais celle de l'exclusion éventuelle d'une personne morale de droit public de cette catégorie, en raison de son lien avec le pouvoir judiciaire;

Considérant que, par l'arrêt n° 200.245 du 29 janvier 2010, il a été décidé que la société anonyme société wallonne des aéroports, SOWAER doit être reconnue comme autorité administrative en ce que elle a été créée en vertu de la loi, à l'initiative de la seule Région wallonne, qu'aux termes de ses statuts, elle est une société spécialisée d'intérêt public constituée pour une durée illimitée, que son capital est de septante-cinq millions (75.000.000) d'euros, représenté par sept mille cinq cents (7.500) actions sans désignation de valeur nominale représentant chacune un sept mille cinq centièmes (1/7.500ème) de l'avoir social que la Région wallonne a souscrites dans leur intégralité et qui ont été libérées à concurrence de 25 %, soit dix-huit millions sept cent cinquante mille (18.750.000) euros, par apport en numéraire, qu'elle exerce des missions déléguées, définies par les articles 1er et 2 de l'arrêté du gouvernement wallon du 29 novembre 2001, dans le cadre desquelles, par l'intermédiaire de commissaires qu'il désigne et qu'il peut révoquer, le gouvernement wallon peut s'opposer à toute décision du conseil d'administration

qui violerait les lois, les décrets, les arrêtés, les statuts ou les clauses contractuelles relatives aux missions déléguées et que, sans qu'il y ait lieu de rechercher si, dans l'exercice de ses missions, la SOWAER dispose ou non de la compétence de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers, et sans qu'y fasse obstacle sa forme de droit privé, elle apparaît, tant du point de vue organique que fonctionnel, comme une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant dès lors, que, s'agissant de qualifier ou non telle personne morale d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, il convient de distinguer entre, d'une part, les personnes morales créées par les pouvoirs publics, fût-ce sous une forme de droit privé, aux fins d'assurer une mission de service public et, d'autre part, les personnes morales de droit privé, nées de la seule initiative privée, mais agréées ou contrôlées par les pouvoirs publics pour assumer une mission de service public; que les premières sont parties intégrantes de l'administration, et qu'elles peuvent être qualifiées d'autorités administratives, même si elles ne sont pas fondées à prendre des décisions obligatoires vis-à-vis de tiers, alors que les secondes ne seront qualifiées d'autorités administratives que si elles sont habilitées à prendre et lorsqu'elles prennent unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard des tiers; que la haute école Léonard de Vinci, partie adverse, relève de la seconde catégorie, en manière telle qu'elle ne peut être qualifiée d'autorité administrative lorsqu'elle attribue un marché public;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requérante ne peut être suivie, ni à titre principal, ni à titre subsidiaire, dans la réplique qu'elle oppose à l'exception d'incompétence soulevée par la partie adverse dans son mémoire en réponse; que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la requête; que, toutefois, c'est erronément que la partie adverse a mentionné, dans la notification de la décision attaquée du 28 mai 2010, qu'un recours en annulation était ouvert devant le Conseil d'Etat; qu'en conséquence, les dépens doivent être mis à sa charge,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le dix-sept juin deux mille onze par :

M.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. Paul LEWALLE.