

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 219.043 du 25 avril 2012

G./A.204.347/VI-19.552

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
ETABLISSEMENTS GUY MAGERMANS ET Cie,**

ayant élu domicile chez
Mes Ahmed LAKROUF et
Geoffroy VAN CUTSEM, avocats,
rue Beeckman, n° 10/14,
4000 Liège,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Opérateur de réseaux d'énergies,
en abrégé ORES,**

ayant élu domicile chez
Me Eric MARON, avocat,
chaussée de Charleroi, n° 138/6,
1060 Bruxelles,

Requérante en intervention :

la société anonyme EURO TRAFIC,

ayant élu domicile chez
Me Françoise BLAMPAIN, avocat,
boulevard Audent, n° 33,
6000 Charleroi.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 5 avril 2012, la société coopérative à responsabilité limitée ETABLISSEMENTS GUY MAGERMANS ET Cie sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision du 16 mars 2012 par laquelle la société coopérative à responsabilité limitée Opérateur de réseaux d'énergies, en abrégé ORES, attribue à la société anonyme EURO TRAFIC le second lot du marché public de services de transport et de manutention de matériel référencé WSSTRWA17.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 6 avril 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 17 avril 2012 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête déposée à l'audience du 17 avril 2012, la société anonyme EURO TRAFIC demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Ahmed LAKROUF, Geoffroy VAN CUTSEM et Pierre BAUDINET, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Eric MARON, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Françoise BLAMPAIN, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Par avis publiés au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne les 16 et 19 mai 2011, la partie adverse a lancé la procédure d'attribution d'un marché public de services portant sur le transport terrestre et la manutention de matériel entre ses différents dépôts situés en Belgique et les pays limitrophes.

Le marché litigieux était divisé en deux lots.

Le mode de passation retenu était celui de la procédure négociée.

Quatre candidatures ont été déposées, dont celle de la requérante. Elles ont été sélectionnées par décision du 7 octobre 2011. Les quatre candidats ainsi retenus ont remis offre dans le délai imparti à cette fin.

Au terme de l'analyse des offres et des négociations avec les soumissionnaires, la partie adverse a décidé d'attribuer le lot 1 du marché à la société anonyme MONDIA EUPEN et le lot 2 à la société anonyme EURO TRAFIC. Cette décision prise le 16 mars 2012 et notifiée le 21 mars 2012 constitue, en tant qu'elle attribue le lot 2, l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

L'avocat de la société anonyme EURO TRAFIC a déposé à l'audience du 17 avril 2012 une requête par laquelle sa cliente demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En vertu de l'article 10, § 3, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, qui rend applicable l'article 3, 4°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, à la requête en intervention introduite par une personne morale dans le cadre d'une procédure en référé, la demanderesse en intervention doit joindre à sa requête une copie des statuts en vigueur et de l'acte de désignation de ses organes ainsi que la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice.

En l'espèce, la demanderesse en intervention n'a produit, à l'appui de sa requête, ni une copie de ses statuts en vigueur, ni la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice. Il s'ensuit que la demande d'intervention doit être déclarée irrecevable.

V. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

V. 1. Thèses des parties

Dans sa requête, la requérante soutient que l'acte attaqué constitue incontestablement un acte administratif adopté par une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, après avoir rappelé que la distribution de gaz et d'électricité est une mission de service public dont la partie adverse s'est vu confier la gestion journalière et opérationnelle. A l'audience du 17 avril 2012, elle a soutenu, en substance, que, bien que revêtant la forme d'une société de droit privé, la partie adverse agit en vertu d'une délégation émanant des associations intercommunales mixtes qui la constituent. Elle a précisé, à ce propos, que suivant une mention reproduite sur le courrier de notification de l'acte attaqué, la société ORES déclare intervenir au nom et pour compte des gestionnaires de réseaux

de distribution. Elle a également considéré que l'activité de cette société qui a été constituée en vue d'assurer l'exploitation journalière et opérationnelle desdites intercommunales, actives dans la gestion des réseaux de distribution d'électricité et de gaz, doit être considérée comme poursuivant un but d'intérêt général, ce que confirment par ailleurs les considérations émises au titre de "présentation générale" aux pages 4/19 et 5/19 du cahier spécial des charges. Elle a relevé, par ailleurs, que la qualité d'autorité administrative d'ORES n'avait pas été mise en cause dans les précédents arrêts rendus par le Conseil d'Etat, en lesquels cette société était désignée comme partie adverse.

En termes de plaidoirie, la partie adverse conteste, avant tout la pertinence d'une référence aux précédentes affaires en lesquelles elle était à la cause, dès lors que chacun des recours alors examinés désignait simultanément d'autres parties adverses à l'égard desquelles la compétence du Conseil d'Etat ne faisait pas débat. Elle relève particulièrement qu'à la différence de ces affaires antérieures, le marché litigieux n'a pas été passé pour compte des intercommunales mixtes, mais dans le cadre de la mission propre de gestion journalière qui incombe à la société ORES. Prenant appui sur ce qu'elle considère représenter l'état actuel de la jurisprudence relative à la qualité d'autorité administrative, au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la partie adverse rappelle que lorsqu'une entité revêt une forme de droit privé, la qualité d'autorité administrative ne peut lui être reconnue que si elle jouit de prérogatives de puissance publique, ce qui n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Elle ajoute qu'à la différence de la situation de la Société wallonne des aéroports (SOWAER) qui explique que l'exigence d'exercice de prérogatives de puissance publique semble avoir été écartée par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt n° 200.245 du 29 janvier 2010 reconnaissant la qualité d'autorité administrative à ladite société, la partie adverse ne fait pas l'objet d'un encadrement législatif ou réglementaire qui aurait pour effet de la soumettre à un régime de droit administratif, en régissant notamment la manière dont elle exerce sa mission. Elle précise enfin que les intercommunales mixtes désignées en qualité de gestionnaires de réseaux de distribution en vertu du décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et du décret de la Région wallonne du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz sont les associées actuelles de la partie adverse. Celle-ci retient de l'ensemble de ces considérations qu'elle ne peut être qualifiée d'autorité administrative au sens précité et que le Conseil d'Etat n'est, pour cette raison, pas compétent pour connaître de la demande qui fait l'objet de la requête introduite en l'espèce.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

En vertu des articles 65/15 et 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est compétente pour connaître de la demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution d'un marché public lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative, au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

La qualité d'autorité adjudicatrice, au sens de la loi du 24 décembre 1993 précitée, n'emporte pas nécessairement et immédiatement la qualification d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, précité.

S'agissant de qualifier ou non telle personne morale d'autorité administrative au sens de cet article 14, § 1^{er}, 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. Les premières sont parties intégrantes de l'administration, et 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.

Il ressort d'un acte publié aux annexes du Moniteur belge du 30 avril 2008 que la partie adverse, alors dénommée Electrabel Réseaux Wallonie, et qui a été créée par des personnes privées, revêt une forme de droit privé, ce que ne contestent d'ailleurs pas les parties. Ce caractère ne saurait être remis en cause par le fait que, selon les allégations de la partie adverse, ses associées seraient actuellement les intercommunales mixtes désignées en qualité de gestionnaires de réseaux de distribution, en vertu du décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et du décret de la Région wallonne du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz.

Les parties n'invoquent aucun élément attestant que la partie adverse est titulaire de prérogatives au titre desquelles elle est habilitée à prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. Ne relève en tout cas pas de telles décisions, l'acte attaqué, par lequel elle attribue un marché à une entreprise déterminée plutôt qu'à une autre, pareille décision ne créant pas d'obligations à l'égard de tiers.

Il résulte de ce qui précède que la partie adverse ne peut, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, être qualifiée d'autorité administrative, de sorte que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la requête. Celle-ci doit, en conséquence, être rejetée.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme EURO TRAFIC dans la procédure en référé d'extrême urgence est rejetée.

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, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante, à concurrence de 175 euros et à la charge de la requérante en intervention, à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-cinq avril deux mille douze par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.