CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.908 du 22 décembre 2016

G./A.220.863/VI-20.913

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée NORD (bureau d'architectes)**,
2. la société privée à responsabilité limitée BUREAU VERS PLUS DE BIEN-ETRE,

ayant élu domicile chez
Me Jean-François DE BOCK, avocat,
chaussée de Waterloo, n° 612,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Association sans but lucratif COLLEGE SAINTE-MARIE,

ayant élu domicile chez
Mes Gautier BEAUJEAN et
Gilles VANDERMEEREN, avocats,
rue Jean-Baptiste Brabant, n° 56,
5000 Namur.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 2 décembre 2016, la société privée à responsabilité limitée NORD (bureau d'architectes) et la société privée à responsabilité limitée BUREAU VERS PLUS DE BIEN-ETRE sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 19 octobre prise par l'ASBL Collège Sainte-Marie notifiée à la SPRL NORD le 17 novembre 2016 par laquelle elle écarte leur offre et procède à l'attribution du marché public de services visant une mission complète d'auteur de projet d'architecture en ce compris la stabilité et les techniques spéciales à la SPRL ARTEO".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 décembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 14 décembre 2016 à 10 heures.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

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

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

Mes Jean-François DE BOCK et Charlotte HUART, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, et Me Gauthier BEAUJEAN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

III. 1. Thèses des parties

A. Note d'observations

Après avoir rappelé les termes en lesquels sont libellés les articles 14, 15 et 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la partie adverse se réfère à plusieurs arrêts du Conseil d'Etat dont l'enseignement, à son estime, doit conduire à décider qu'elle n'est pas une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 et que le Conseil d'Etat n'est, pour cette raison, pas l'instance compétente pour connaître du recours formé contre l'acte attaqué en la présente cause. S'agissant de sa situation particulière, elle fait état des éléments suivants qui, au regard de la jurisprudence ainsi évoquée, justifient, selon elle, qu'elle ne puisse pas être qualifiée d'autorité administrative :

" En l'espèce, l'asbl Collège Sainte-Marie est née de la seule initiative privée. La pièce 3 reprend la liste des membres effectifs de l'association constituant l'assemblée générale. Le but de l'association est, selon l'article 3 de ses statuts

(pièce 2), «d'organiser des écoles catholiques reconnues par l'Evêque de Tournai. Pour ce faire, elle adopte l'Evangile et sa tradition comme source de sens et d'engagement dans l'action éducative et se fait obligation de construire ses propres projets éducatif et pédagogique en cohérence avec la visée et les valeurs du projet éducatif du réseau, exprimées pour aujourd'hui dans "Mission de l'école chrétienne" ainsi que avec les axes majeurs du projet pédagogique des fédérations dont ses écoles relèvent ; elle coopère avec les autres écoles catholiques au sein du réseau et avec les organes du réseau, dans le cadre du SeGEC ; elle fait acte d'adhésion à l'ASBL SeGEC.»
Si certes, elle peut délivrer des diplômes qui lient les tiers, lorsqu'elle agit dans le cadre d'un marché public, l'asbl ne peut créer d'obligation à l'égard des tiers. Elle ne peut donc être considérée comme une autorité administrative. Votre Conseil s'est déjà penché à deux reprises sur cette question de savoir si une institution d'enseignement agissait en tant qu'autorité administrative lorsqu'elle passait des marchés publics. A chaque fois la réponse fut négative".

B. Plaidoirie des requérantes

A l'audience du 14 décembre 2016, les requérantes ont évoqué l'arrêt prononcé par la Cour de cassation, le 5 février 2016, dans l'affaire C.15.0164.F, l'arrêt n° 234.858 prononcé par le Conseil d'Etat, le 25 mai 2016, et une ordonnance prononcée par le président du tribunal de première instance de Bruxelles, le 14 juin 2013, lesquels serviraient utilement sa thèse selon laquelle la partie adverse doit bien être considérée comme étant une "autorité administrative" au sens de l'article14 des lois sur le Conseil d'Etat, précitées. Elles ont, par ailleurs, critiqué l'enseignement jurisprudentiel aux termes duquel, à l'égard d'établissements d'enseignement libre tels que la partie adverse, la qualité d'autorité administrative, au sens précité, doit être reconnue, ou déniée, selon les décisions qu'ils prennent. S'agissant en particulier de décisions prises dans le cadre de la passation d'un marché public, elles soutiennent que la décision d'attribution a un effet contraignant à l'égard de tiers, telles les requérantes qui sont ainsi exclues du marché. Elles considèrent également qu'il est insensé de qualifier une école libre d'autorité administrative lorsqu'elle arrête le cahier spécial des charges par une décision qui revêt un caractère administratif, tandis que lui serait déniée cette qualité lorsqu'elle prend la décision d'attribution du marché. Elles ajoutent que la nécessité de reconnaître ou dénier la qualité d'autorité administrative selon les actes susceptibles de faire l'objet d'un recours compromet l'effectivité du droit au recours juridictionnel que les directives européennes imposent d'organiser. A leur estime, en effet, cet exercice de distinction imposé au justiciable complique et peut compromettre son accès au juge, eu égard aux difficultés que suscite la désignation de l'instance de recours compétente. Evoquant à nouveau la décision d'adoption du cahier spécial des charges, elles soutiennent que cette décision ne pouvait pas faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, car elle n'avait pas pour effet de les exclure de toute participation à la procédure de passation litigieuse du marché, et que, faute de pouvoir introduire un recours devant le Conseil d'Etat contre la décision d'attribution du marché, elles ne pourraient plus disposer de la possibilité d'invoquer incidemment l'illégalité du cahier spécial des charges. Prenant enfin appui

sur des exemples d'institutions actives dans différents secteurs, elles font valoir que le critère de pouvoir prendre des décisions contraignantes à l'égard des tiers est imparfait car il impose de recourir à une distinction artificielle, en contraignant le justiciable à déterminer où s'arrête la mission "à caractère public" d'un organisme et où commence l'activité qui doit être située hors de la sphère publique.

III. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 24 la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit :

" L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 14 et 15 est :
1° la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;
2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.
Pour les procédures de recours visées aux articles 16, 17 et 22, l'instance de recours est le juge judiciaire. Pour la déclaration d'absence d'effets et les sanctions alternatives, le juge siège comme en référé".

S'agissant de reconnaître, ou de dénier, à une personne morale la qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

Sans être contestée, la partie adverse déclare être née de la seule initiative privée et produit des publications aux annexes du Moniteur belge, desquelles il ressort que ses organes sont composés de personnes privées. Il est, par ailleurs, constant qu'elle assume, sous le contrôle de la Communauté française, une fonction de service public. Elle exerce certes un pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers lorsque, dans le cadre de sa mission de service public, elle délivre des diplômes qui sont sanctionnés et reconnus par la Communauté française et qui lient les tiers. Tel n'est, en revanche, pas le cas 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.

La circonstance que la loi du 15 juin 2006 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, dès lors que déterminer la compétence d'attribution du Conseil d'Etat pour connaître du présent litige et la législation à appliquer pour le trancher sont des questions distinctes.

C'est vainement que les requérantes tentent de se prévaloir des ordonnance et arrêts successivement prononcés par le président du tribunal de première instance de Bruxelles, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat les 14 juin 2013, 5 février 2016 et 25 mai 2016. A supposer qu'il faille reconnaître à ces décisions le sens et la portée que leur prêtent les requérantes, force est de constater qu'elles ont été prononcées dans des affaires en lesquelles la qualité d'autorité administrative, au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, précitées, était discutée à propos d'entités dont les profils respectifs étaient sensiblement différents de celui de la partie adverse, en la présente cause, de sorte que les enseignements respectifs de ces décisions ne servent pas utilement l'appréciation de la compétence du Conseil d'Etat en l'espèce actuellement examinée.

C'est tout aussi vainement que les requérantes critiquent l'exigence d'exercice d'un pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers et soulignent l'incidence des difficultés que suscite la qualification d'autorité administrative sur l'effectivité du droit au recours juridictionnel dans le contentieux des marchés publics. Sans qu'il faille se prononcer sur la pertinence de ces considérations, il suffit de constater que, par ces développements, les requérantes ne démontrent nullement ce qui justifierait que le Conseil d'Etat se déclarât compétent pour connaître du présent recours.

Il résulte de ce qui précède que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la présente demande de suspension introduite conformément à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

IV. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des offres autres que celle des requérantes, qu'elle verse au dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

Par ailleurs, pour la même raison, il y a lieu de déclarer d'office comme confidentielle l'offre des parties requérantes.

V. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

Dans leur requête, les requérantes demandent que leur soit accordée une indemnité de procédure fixée au montant de 840 euros.

Dans sa note d'observations, la partie adverse sollicite le bénéfice d'une indemnité de procédure de 2.800 euros.

A l'audience du 14 décembre 2016, les requérantes ont demandé que, si le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaître du présent recours, les dépens soient laissés à la partie adverse, dès lors que celle-ci n'a pas désigné l'instance de recours compétente dans le courrier de notification de l'acte attaqué, qui leur a été adressé.

Dès lors que la présente demande de suspension d'extrême urgence est rejetée, la section du contentieux administratif étant sans compétence pour en connaître, la partie adverse peut être considérée comme la partie ayant obtenu gain de cause au sens de l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'État et se voir accorder une indemnité de procédure. Il convient de relever, en réponse à la demande des requérantes formulée en termes de plaidoiries, que, si l'indication relative aux voies de recours figurant dans la notification de l'acte attaqué est clairement déficiente, il ne peut toutefois pas être reproché à la partie adverse d'avoir expressément induit les requérantes en erreur quant à la possibilité d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat.

Par ailleurs, et dès lors que la partie adverse ne fait état d'aucun élément justifiant que lui soit accordée une indemnité de procédure supérieure au montant de base, il y a lieu de limiter à 700 euros le montant de l'indemnité qui sera accordée à la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, enfin, que les autres dépens soient laissés aux requérantes.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce 2 du dossier de pièces des requérantes et les pièces 2 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge des parties requérantes, à concurrence de 350 euros chacune.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 400 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 200 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le vingt-deux décembre deux mille seize 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.