CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 252.749 du 25 janvier 2022

A. 235.223/VI-22.206

En cause : **la société anonyme JETTE CLEAN**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Virginie DOR et Léa TREFON, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

l'École Pratique des Hautes Études Commerciales (EPHEC),
ayant élu domicile chez
M^es^ Patrick THIEL et Baptiste CONVERSANO, avocats,
place Flagey 18/5
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 décembre 2021, la SA Jette Clean demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 16 novembre 2021 prise par la partie adverse, telle que communiquée par lettre recommandée et par courrier électronique le 1^er^ décembre 2021, par laquelle la partie adverse a décidé d'attribuer le marché public de services ayant pour objet "le nettoyage des locaux des différentes implantations de l'EPHEC" à Group Cleaning Services ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 16 décembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 janvier 2022.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Virginie Dor, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Patrick Thiel, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Compétence du Conseil d'État

III.1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose à la demande de suspension une exception prise de l'incompétence du Conseil d'État pour en connaître. Cette exception est formulée dans les termes suivants :

« 8. La requête en suspension en extrême urgence déposée par la partie requérante est irrecevable : la partie adverse n'est pas une autorité administrative.
De ce fait, Votre Conseil n'est pas compétent pour connaître le présent litige.

9. Mention des voies de recours. La notification faite par l'Ephec à la partie requérante précise, clairement, qu'il ne convient pas de saisir votre juridiction :
"Conformément à l'article 9/1 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, telle que modifiée par la loi du 16 février 2017 et par l'arrêté royal du 20 décembre 2019 l'adjudicateur vous informe que, selon les articles 14, 15, 23 et 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée. il est loisible au destinataire de la présente, dans un délai de quinze jours à dater du lendemain de cet envoi, d'introduire, s'il échet, une demande en suspension auprès du juge judiciaire du Tribunal de Première instance de l'arrondissement du siège de l'adjudicateur".

La partie requérante ne pouvait dès lors ignorer qu'elle devait saisir le juge judiciaire, et non le Conseil d'État, pour introduire son recours.

Elle pouvait d'autant moins l'ignorer que la mention aux termes de laquelle ce sont les juridictions judiciaires qui sont compétentes figure également sur l'avis de marché, ainsi que sur l'avis rectificatif. L'asbl Ephec ne pouvait pas être plus transparente.

Dans sa requête, la partie adverse [lire : la partie requérante] affirme néanmoins – sans autre précision ni explication – que le Conseil d'État serait la juridiction compétente.

Pour convaincre, il eut fallu à tout le moins quelques mots d'explications… Rien de tout cela. Aucun développement aux termes duquel les mentions des voies de recours figurant sur la notification, ainsi que sur dans les avis de marché et l'avis rectificatif, eussent été erronées.

10. Hautes Écoles et marchés publics. L'asbl Ephec organise, notamment, la Haute École, et elle est dirigée par des personnes de droit privé. De longue date, il a été jugé que semblables Hautes Écoles ne sont pas des autorités administratives lorsqu'elles attribuent un marché public. Deux arrêts exposent ce point de vue :
• Dans son arrêt du 28 janvier 2011, Votre Conseil a jugé que la haute école HELmo ne peut pas être considérée comme une autorité administrative lorsqu'elle adopte une décision d'attribution pour un marché public de travaux.
• Un deuxième arrêt a été rendu dans le même sens concernant la Haute école Léonard de Vinci à l'occasion de l'attribution d'un marché de travaux.
La doctrine confirme ce point de vue :
"En ce qui concerne plus précisément les pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre, le Conseil d'État a eu l'occasion au cours de ces dernières décennies d'émettre les jurisprudences les plus diverses à leur égard. Ces pouvoirs organisateurs n'ont pas la qualité d'autorité administrative au sens organique du terme, pour les motifs suivants : ils naissent de l'initiative privée; des personnes privées en règlent le fonctionnement; des personnes privées pourraient y mettre un terme; ils n'ont pas de lien organique avec les pouvoirs publics. Toutefois, il peut leur être reconnu la qualité d'autorité administrative lorsque leurs actes répondent aux deux critères matériels, c'est-à-dire non seulement lorsqu'ils exercent une mission de service public, mais encore lorsqu'ils disposent de la faculté de lier les tiers, par exemple dans le cas des décisions sur la réussite ou l'échec des étudiants et la délivrance des diplômes.
(…) Il nous semble cependant que la première des trois sous-questions ne donne plus lieu à hésitation aujourd'hui : le Conseil d'État n'est compétent pour connaître ni des marchés publics des établissements d'enseignement libre ni des décisions des établissements d'enseignement libre de passer des marchés publics, qui ne révèlent aucun pouvoir de lier les tiers, mais un contrôle similaire est organisé devant les juridictions de l'ordre judiciaire par les lois relatives aux marchés publics. (…)".

11. Enseignement libre et marchés publics. Ces deux jurisprudences sont loin d'être isolées. En effet, le Conseil d'État rejette régulièrement sa compétence en matière de marchés publics lorsqu'il s'agit de contester des décisions :
• d'universités libre : que ce soit l'ULB, l'UCL ou la KUL
• D'autres établissements scolaires ressortissant au cycle secondaire.
C'est pourquoi la doctrine écrit que
"Récemment, le Conseil d'État s'est déclaré incompétent pour contrôler une décision prise par l'Université de Liège jugeant que cette autorité administrative avait agi au nom et pour compte d'une personne de droit privé dans le cadre d'un mandat civil de sorte qu'elle n'avait pas agi en sa qualité d'autorité administrative. Il ne suffit donc pas de qualifier l'auteur de la décision, il faut également vérifier au nom et pour compte de qui la décision est prise".
La situation paraît au demeurant bien établie.

12. Jurisprudence spécifique à l'Ephec. Rappelons que l'asbl Ephec est née de la seule initiative privée. Il ressort de ses statuts publiés aux annexes du *Moniteur belge*, que ses organes sont composés exclusivement de personnes privées. Elle est constituée sous la forme d'une association sans but lucratif; elle ressortit – pour une partie seulement de ses activités – au réseau de l'enseignement libre subventionné.
Le fait que l'Ephec ne soit pas une autorité administrative a déjà été constaté par le Conseil d'État. Il s'agissait d'une mesure d'exclusion d'un élève. Il a été jugé, sous le bénéfice de l'extrême urgence, ce qui suit :
"Considérant que l'E.P.H.E.C., constituée sous la forme d'une association sans but lucratif, appartient au réseau de l'enseignement libre subventionné qui comprend les Hautes Écoles créées et organisées par des personnes privées; que cette circonstance

n'exclut toutefois pas qu'une telle Haute École puisse être considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, spécialement lorsqu'elle remplit une mission de service public que lui confient les pouvoirs publics et prend, dans ce cadre, des décisions opposables aux tiers (…).
Considérant que la décision du 27 mai 2004 par laquelle le pouvoir organisateur a décidé de confirmer la décision d'exclusion définitive prise à l'égard du requérant le 10 mai 2004 s'inscrit dans le cadre de la convention d'inscription signée par le requérant en début d'année académique; que cette décision ne produit d'effet qu'entre les parties et n'a aucun effet à l'égard des tiers, notamment des autres Hautes Écoles qui, à la lecture de l'article 26 du décret du 5 août 1995 précité, ne peuvent, pour ce seul motif, refuser son inscription, ni, sur cette seule base, y être obligées; Considérant qu'il ressort de ces différents éléments qu'en prenant la décision attaquée, la partie adverse n'a pas agi comme une autorité administrative; qu'il en résulte que le Conseil d'État n'est pas compétent".
Ce faisant, l'arrêt applique la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle une personne de droit privé peut – par voie d'exception – être considérée comme une autorité administrative lorsque deux conditions sont réunies : la décision s'inscrit dans le cadre d'une mission de service public qui lui aurait été dévolue d'une part, et elle produit des effets juridiques à l'égard des tiers. Tel n'est, à l'évidence, pas le cas en l'espèce.

Le recours est donc, manifestement, irrecevable ».

À l'audience du 11 janvier 2022, la requérante a – après avoir rappelé que, conformément aux jurisprudences respectives de la Cour de cassation et du Conseil d'État, la qualité d'autorité administrative, au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, est reconnue ou déniée sur la base de la méthode dite « du faisceau d'indices » – fait observer que la partie adverse participe à des missions de service public de l'enseignement et que son fonctionnement est, de manière générale, soumis au contrôle des pouvoirs publics, comme l'atteste notamment l'intervention du commissaire du gouvernement (et donc du pouvoir exécutif) dont rend compte la pièce 14 du dossier administratif. S'agissant du critère de l'*imperium* dont devrait disposer une entité pour être qualifiée d'autorité administrative, elle a évoqué la « double casquette » des hautes écoles qui, si elles ne disposent pas d'une telle prérogative dans le cadre de la passation des marchés publics, en sont bien titulaires dans d'autres domaines d'activités tels que celui de la délivrance de diplômes. Elle a, par ailleurs, observé qu'à s'en tenir à l'indice de disposition d'un *imperium* dans le cadre de la passation des marchés publics, qui serait exigée dans le chef de la partie adverse, il n'est jamais vérifié pour quelque autorité administrative que ce soit, dont les prérogatives de puissance publique sont toujours localisées dans d'autres domaines d'activités (pouvoir de lever des taxes, de procéder à des expropriations d'utilité publique, …). Elle en a conclu au défaut de pertinence de l'indice de disposition d'un *imperium* en matière d'attribution de marchés publics.

III.2. Appréciation du Conseil d'État

En vertu de l'article 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, la section du contentieux administratif du Conseil d'État 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 visée à l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

La qualité d'autorité adjudicatrice, au sens de la loi précitée 17 juin 2013, n'emporte pas nécessairement et immédiatement la qualification d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, précité.

La partie adverse, créée par une initiative privée et dirigée par des personnes de droit privé, appartient au réseau de l'enseignement libre subventionné qui comprend les hautes écoles créées et organisées par des personnes privées. Cette circonstance n'exclut toutefois pas qu'une telle haute école puisse être considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'État précitées, spécialement lorsqu'elle remplit une mission de service public que lui confient les pouvoirs publics et prend, dans ce cadre, des décisions contraignantes à l'égard des tiers.

En l'espèce, il n'est pas établi qu'en adoptant l'acte attaqué, la partie adverse a pris une décision contraignante à l'égard de tiers. La qualité d'autorité administrative – au sens précédemment rappelé – ne peut donc lui être reconnue dans le cadre de l'examen du recours formé contre cet acte.

Sans doute, la requérante fait-elle valoir, en termes de plaidoiries, deux arguments qui justifieraient, selon elle, de remettre en cause l'application, au cas d'espèce, des lignes directrices qui conduisent à reconnaître ou exclure la qualité d'autorité administrative.

D'une part, elle suggère que le visa du commissaire du gouvernement produit, en tant que pièce confidentielle, au dossier administratif rendrait compte du contrôle général qu'exerceraient les pouvoirs publics sur le fonctionnement de la partie adverse. Au vu des mentions qui y figurent, cette pièce ne permet pas de vérifier l'exercice du contrôle ainsi invoqué. Plus fondamentalement, la requérante n'expose pas en quoi la partie adverse serait, au titre de son statut ou de dispositions applicables à son fonctionnement, soumise à un tel contrôle général.

D'autre part, elle fait valoir que l'indice du pouvoir de prendre des décisions contraignantes à l'égard des tiers serait dénué de pertinence, dès lors que, même pour les personnes créées, dirigées et contrôlées par les collectivités politiques, l'exercice d'une telle prérogative n'est pas vérifié à l'égard des décisions qu'elles adoptent pour l'attribution de marchés publics. Ce raisonnement ne peut être suivi, dès lors que l'indice de qualification litigieux a été spécialement retenu pour reconnaître la qualité d'autorité administrative à des personnes qui – nonobstant le caractère privé qui les distingue des personnes créées, dirigées et contrôlées par les collectivités politiques – sont amenées à adopter des actes en exerçant un tel *imperium*, de sorte qu'elles ne sont reconnues en cette qualité d'autorités administratives que dans le cadre des recours formés contre de tels actes, ce qui exclut de suivre la requérante sur la comparaison qu'elle opère. Par ailleurs, et plus généralement, admettre le raisonnement de la requérante reviendrait nécessairement à priver de sens la répartition des compétences entre le Conseil d'État et le juge judiciaire, telle que l'a organisée le législateur dans les termes de l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

Dès lors que la qualité d'autorité administrative, au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, ne peut être reconnue à la partie adverse, le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître de la demande.

IV. Confidentialité

La requérante demande la confidentialité de son offre et de son courrier du 6 décembre 2021. Il s'agit des pièces 9 et 11 annexées à la requête.

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 8 à 14 du dossier administratif. Évoquant l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, elle estime qu' « il convient de garder confidentielles les pièces qui peuvent contenir des secrets d'affaires. Tel est le cas des pièces inventoriées sous la rubrique Pièces confidentielles. Observons que ces pièces ne doivent légalement pas être communiquées à la partie requérante dans le cadre de la procédure administrative. Si celle-ci devait être recommencée en tout ou en partie en suite de l'arrêt à intervenir, il convient par conséquent que la juridiction ne porte pas atteinte à ce principe, tel qu'il est garanti par l'article 26 précité ».

À l'audience du 11 janvier 2022, la requérante a contesté cette demande, en tant qu'elle porte sur la pièce 14 du dossier administratif, identifiée comme étant le « Visa du Commissaire du Gouvernement ». Les débats ont révélé qu'elle espérait

s'en prévaloir comme démontrant que la partie adverse est bien soumise à un contrôle du pouvoir exécutif, ce qui permettrait d'établir sa qualité d'autorité administrative.

Il ressort de l'examen de l'exception prise du défaut de compétence du Conseil d'État que, quels que soient le sens et la portée de la formalité dont rendrait compte la pièce 14 du dossier administratif, l'indice d'un contrôle auquel serait soumise la partie adverse ne peut, pour les raisons exposées dans le cadre de cet examen, permettre – dans le cadre du présent recours et au vu de l'argumentation développée en termes de plaidoiries – de qualifier cette haute école d'autorité administrative, de sorte que l'accès à la pièce 14 du dossier administratif n'apparaît pas nécessaire. L'objection opposée par la requérante à propos du maintien de confidentialité de cette pièce 14 ne peut donc être retenue.

Dans ces circonstances, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées par ces demandes.

V. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure fixée au montant de 700 euros.

La requérante n'a pas formulé d'observations à ce propos.

Outre que, dans le cadre de la présente procédure de référé, la partie adverse a plaidé l'incompétence du Conseil d'État pour connaître de la demande de suspension, elle avait déjà – au cours de la procédure de passation du marché litigieux – indiqué que l'instance compétente pour connaître d'une éventuelle contestation était, selon elle, le juge judiciaire, ce qui laissait clairement entendre qu'elle excluait la compétence du Conseil d'État; ainsi en rendent compte les pièces 1 et 2 du dossier administratif.

Dans ces circonstances, la partie adverse doit, au vu du présent arrêt par lequel le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaître de la présente demande, être considérée comme la partie « ayant obtenu gain de cause », au sens de l'article 30/1, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Il y a donc lieu de lui accorder l'indemnité de procédure, fixée au montant de 700 euros.

Le rejet de la demande de suspension justifie également que les autres dépens soient laissés à la requérante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 9 et 11 annexées à la requête et 8 à 14 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le 25 janvier 2022 par :

David De Roy,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Nathalie Roba David De Roy