

LA NOTION D'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE : RETOUR À L'ORTHODOXIE

par

Pierre NIHOUL
Auditeur au Conseil d'État
Maître de conférences invité à la Faculté de Droit de l'UCL

ARRÊT DU CONSEIL D'ÉTAT

n° 90.286 (VI) 18 octobre 2000

MM. CLOSSET, HANSE (R.) et LEWALLE

Aud.: Mr. NIHOUL

Pl. : Mes VAGMAN, *loco* MAUSSION et WAFELAERTS, et
GÉRARD

e.c.: S.A. EUROSENSE BELFOTOP, S.A. WALPHOT, ET L'ASSOCIA-
TION MOMENTANÉE WALPHOT-EUROSENSE BELFOTOP, c/
S.A. TUC RAIL

DÉSISTEMENT

Vu la requête introduite le 22 décembre 1999 par la société anonyme Eurosense Belfotop et la société anonyme WALPHOT formant ensemble l'association momentanée Walphot-Eurosense Belfotop qui demande l'annulation de «la décision de date inconnue, prise par la s.a. TUC RAIL, d'attribuer à l'A.M. SODIPLAN-GEOTOP le marché relatif aux levées photogrammétriques entre Antoing et Forest – *Cahier spécial des charges* n° 329 –, et par voie de conséquence, d'écarter l'offre des requérantes», décision qui leur aurait été notifiée par lettre recommandée du 5 novembre 1997;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. NIHOUL, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la lettre du 14 juillet 2000 adressée au Conseil d'Etat par les conseils des requérantes;

Vu l'ordonnance du 5 septembre 2000, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 11 octobre 2000;
(...)

Considérant que, par sa lettre précitée du 14 juillet 2000, le conseil des requérantes a fait savoir que ces dernières se désistaient de leur recours en annulation; que rien ne s'oppose à ce que le désistement soit décrété,

DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Le désistement est décrété.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 21.000 francs, sont mis à charge des requérantes à concurrence de 7.000 francs chacune.

RAPPORT (EXTRAITS)

(...)

III. EXPOSE DES FAITS.

1. Le 23 juin 1997, la partie adverse adresse au Bulletin des adjudications le texte d'un avis de marché relatif à un marché de services portant sur des prestations de levés photogrammétriques entre les communes d'Antoing et de Forest.

L'avis de marché prévoit que le marché est passé par procédure négociée avec publicité préalable et énumère les critères de sélection : être en règle avec l'O.N.S.S. et le fisc, disposer de moyens financiers, d'une expérience et de moyens humains suffisants.

L'avis est publié dans le Bulletin des adjudications du 4 juillet 1997 et fixe la date limite des demandes de participation au 15 juillet 1997.

2. En réponse à cet avis, deux associations, à savoir l'association momentanée formée par les parties requérantes et l'association momentanée Sodiplan-Géotop, introduisent une demande de participation au marché.

Le 23 juillet 1997, la partie adverse constate que les deux candidats répondent aux critères de sélection.

3. Par lettre du 20 août 1997, la partie adverse invite les deux candidats précités à transmettre, selon les prescriptions du cahier spécial des charges n° 329, leur «meilleur offre» pour le 29 septembre 1997, date ultime de remise des offres.

Le cahier spécial des charges n° 329 fixe 5 critères d'attribution pour déterminer l'offre la plus intéressante : le montant de l'offre, la capacité technique, la capacité d'exécution, les moyens mis en oeuvre ainsi que les références et certificats de qualité. Il est prévu que l'évaluation de ces critères soit opérée à l'aide d'un système de points allant de 0 à 100, le critère relatif au montant de l'offre se voyant attribuer un montant maxi-

mum de 60 points tandis que les autres critères reçoivent chacun un montant maximum de 10 points.

4. Le 26 septembre 1997, les parties requérantes déposent leur offre. Le 29 septembre 1997, l'association momentanée Sodiplan-Géotop fait de même.

5. Par lettre du 9 octobre 1997, la partie adverse demande à l'association momentanée Sodiplan-Géotop des renseignements complémentaires, lesquels sont apparemment fournis par télécopie du 17 octobre 1997¹. A la suite d'une nouvelle demande de renseignements de la partie adverse, de nouvelles précisions sont données par télécopie du 20 octobre 1997.

6. Entre-temps, par lettre du 14 octobre 1997, les parties requérantes demandent à la partie adverse «une entrevue afin de pouvoir vous annoncer par rapport à notre proposition du 26 septembre 1997, le rabais significatif que nous pouvons pratiquer suite à l'acquisition récente de nouveau matériel». Par lettre du 21 octobre 1997, les parties requérantes précisent que «suite à la finalisation de nos calculs nous pouvons vous proposer un rabais de 31 % sur les prix unitaires du poste 5 du métré récapitulatif «fourniture de plans terriers». Notre prix global est donc de 7.722.275 francs (hors T.V.A.) pour la réalisation des levés photogrammétriques entre Antoing et Forest - cahier des charges n° 329».

7. Toutefois, dès le 20 octobre 1997, les services de la partie adverse établissent le rapport d'examen des offres en fonction des critères d'attribution prévus par le cahier spécial des charges, rapport dont la conclusion est la suivante : «sur base du tableau dressé ci-dessus, l'offre de l'A.M. Sodiplan-Géotop est à retenir. Malgré la faiblesse des critères relatifs à son manque de références et à son recours à la sous-traitance, le critère prépondérant du montant permet à cette A.M. Sodiplan-Géotop de garder un léger avantage sur sa concurrente, l'A.M. Walphot-Eurosense Belfotop».

La décision d'attribution du marché à l'association momentanée Sodiplan-Géotop est prise et notifiée le même jour à celle-ci par la partie adverse.

8. Par lettre du 21 octobre 1997, la partie adverse fait savoir aux parties requérantes que «nous nous étonnons toutefois que vous n'avez pas pensé à intégrer le supposé gain de temps dans votre offre du 26 septembre 1997. Puisqu'il s'agit certainement d'un achat mûrement réfléchi dont l'idée d'acquisition remonte avant le dépôt de votre offre. (...) Pour ce qui concerne le présent marché, votre offre étant correctement détaillée et votre courrier n'apportant aucun élément chiffré neuf, une négociation n'est pas envisagée. Celle-ci est de toute façon laissée à l'initiative de pouvoir adjudicateur

(sic)». Par cette même lettre, la partie adverse avise les parties requérantes de ce que son choix s'est porté sur l'offre d'un autre soumissionnaire.

9. Par lettre du 24 octobre 1997, les parties requérantes sollicitent de la partie adverse la communication de la décision motivée d'attribution du marché.

Par lettre recommandée du 5 novembre 1997, la partie adverse notifie aux parties requérantes la décision motivée d'attribution du marché. **Il s'agit de l'acte attaqué.**

(...)

V. EXCEPTION D'INCOMPÉTENCE DU CONSEIL D'ETAT.

A. RAPPEL DE L'EXCEPTION.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître du présent recours en annulation, la s.a. TUC RAIL n'étant pas une autorité administrative dans le sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

(...) La société Tuc Rail est une société anonyme constituée le 18 juillet 1992 par la SNCB, société anonyme de droit public, et par la SCRL Transurb Consult.

Son objet social est «la fourniture en Belgique de services de conception, d'étude et d'organisation des travaux relatifs à la création de nouvelles infrastructures et/ou l'aménagement d'infrastructures nécessaires à la circulation de trains à grande vitesse».

La s.a. Tuc Rail ne dispose d'aucun pouvoir «réglementaire», c.-à.-d. le pouvoir de prendre des décisions unilatérales pouvant lier les tiers.

Dès lors, à supposer même que l'on puisse considérer qu'elle a été créée dans le but de remplir une mission d'intérêt général – *quod non* –, elle ne pourrait pour autant être considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

(...)

B. RÉPONSE DES PARTIES REQUÉRANTES.

(...) Il ressort de Votre jurisprudence que le critère déterminant pour juger de la qualité d'autorité administrative d'une personne morale est le lien que présente le marché en cause avec les missions d'intérêt général ou de service public confiées à l'autorité publique à l'origine de la création de la personne morale chargée de passer le marché.

(...)

En l'espèce, la société Tuc Rail a été créée par la SNCB et par la société coopérative à responsabilité limitée «Transurb Consult». La SNCB détient 80% des parts

¹ Ce document ne figure pas dans le dossier administratif mais il y est fait allusion dans la notification du marché.



de Tuc Rail. Elle y est donc largement majoritaire et contrôle totalement cette dernière.

Huit des dix administrateurs de la société Tuc Rail sont ainsi nommés par la SNCB.

Selon l'article 3 de ses statuts, la société Tuc Rail «*a pour objet la fourniture en Belgique, de services de conception, d'études et d'organisation des travaux relatifs à la création de nouvelles infrastructures et/ou à l'aménagement d'infrastructures nécessaires à la circulation de trains à grande vitesse*».

Cette mission rentre manifestement dans les tâches de service public confiées à la SNCB.

En effet, l'article 3, 2°, du second contrat de gestion passé entre l'Etat belge et la SNCB² reprend notamment, au titre des missions de service public attribuées à la SNCB, «*l'acquisition, la construction, l'entretien, la gestion et l'exploitation de l'infrastructure, laquelle se définit comme étant l'ensemble des équipements de voie, de signalisation, d'alimentation en courant électrique ainsi que les terrains où ils se situent*»³.

L'article 21, quant à lui, repris sous le titre III «*Acquisition, Construction, Entretien, Gestion et Exploitation de l'Infrastructure*», précise que la «*SNCB s'engage à tout mettre en oeuvre pour réaliser la totalité du réseau TGV sur le territoire belge, de frontière à frontière, au plus tard au début de l'année 1996 et à réaliser les tâches qui lui sont confiées par le présent contrat de gestion quant à l'exécution des articles 2, 3, 5 et 7 du Traité signé le 21 décembre 1996, avec les Pays-Bas concernant la construction d'une liaison ferroviaire pour trains à grande vitesse entre Rotterdam et Anvers*».

Il s'ensuit que la mission confiée à la s.a. Tuc Rail de fournir en Belgique, des services de conception, d'étude et d'organisation des travaux relatifs à la création de nouvelles infrastructures et/ou à l'aménagement de l'infrastructure nécessaire à la circulation de trains à grande vitesse, entre manifestement dans la mission de service public attribuée par l'Etat à la SNCB et qui concerne de manière générale la gestion de l'infrastructure ferroviaire.

S'agissant du marché litigieux, il convient encore d'observer qu'il a précisément pour objet d'obtenir une photographie de la situation ferroviaire de la ligne TGV

entre Antoing et Forest. Cet élément doit donc permettre à la SNCB d'assurer au mieux la gestion de cette voie. En outre, ce marché est intégralement financé par la SNCB.

Dans ces conditions, il faut conclure que la s.a. Tuc Rail, lorsqu'elle a passé le marché incriminé, a bien agi en qualité d'autorité administrative.

(...)

C. EXAMEN.

1. Rappel des principes.

1.1. Selon l'article 14, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, tel qu'il était en vigueur lors de l'adoption de l'acte attaqué⁴, la section d'administration du Conseil d'Etat «*statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives ou contre les décisions contentieuses administratives*».

Il s'ensuit qu'un des critères de compétence de la section d'administration du Conseil d'Etat est la qualité d'autorité administrative reconnue à l'auteur de l'acte attaqué.

1.2. Au fil des ans, le Conseil d'Etat a progressivement dégagé, au travers de sa jurisprudence, un certain nombre de critères permettant d'identifier ce qu'est une autorité administrative.

Sans procéder à une analyse exhaustive de cette notion, il est permis de synthétiser la jurisprudence du Conseil d'Etat⁵ en rappelant que pour qualifier l'auteur de l'acte attaqué d'autorité administrative, le Conseil d'Etat a recours à des critères organiques – à savoir la création de l'institution ou sa reconnaissance par l'autorité publique et la maîtrise ou le contrôle par les pouvoirs publics – et à des critères matériels ou fonctionnels – à savoir la nature de la mission de l'organisme et l'exercice d'une parcelle de la puissance publique –.

1.3. A l'égard des personnes morales de droit privé, le Conseil d'Etat a mis en exergue les seuls critères fonctionnels précités pour se reconnaître compétent à l'égard d'actes pris par les organes de telles institutions.

En bref, les critères déterminants pour apprécier si une telle institution peut être qualifiée d'autorité admi-

² A.R. du 25 septembre 1997 portant approbation du deuxième contrat de gestion conclu entre la SNCB et l'Etat, publié au *Moniteur belge* du 29 octobre 1997.

³ Dans le premier contrat de gestion (A.R. portant approbation du premier contrat de gestion de la SNCB et fixant des mesures relatives à cette société, publié au *Moniteur belge* du 14 octobre 1992), l'article 3 prévoyait déjà cette mission. L'article 16, quant à lui, repris sous le titre II intitulé «*Mission de service public relative au transport intérieur de voyageurs assuré par les trains du service ordinaire*», disposait que «*dans le cadre de son autonomie, la SNCB met en oeuvre tout autre service de trains de voyageurs, notamment les trains internationaux, les trains affrétés et les trains du service ordinaire excédant l'offre minimale*». (...)

⁴ Depuis lors, cet article 14, alinéa 1er, a été remplacé par la loi du 25 mai 1999, article 2 (en vigueur au 2 juillet 1999). Voy. sur ce point P. NIHOUL, «*La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat*», *J.T.*, 2000, p. 356; L. DE GEYTER et F. VAN DEN DRIESCHE, «*Het «nieuwe» artikel 14 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State...*», *T.B.P.*, 2000/2, p. 97.

⁵ Pour une synthèse de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière, voyez notamment G. BOLAND, «*La notion d'autorité administrative*», *A.P.T.*, 1988, pp. 81 et s.; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruylant, 1994, pp. 222 à 238; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruylant, 1996, pp. 148 et s. et pp. 215 et s.; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, 1997, pp. 278 et s.



nistrative sont, d'une part, l'exercice d'une mission d'intérêt général ou de service public dont elles ont été investies par ou en vertu de la loi et, d'autre part, l'exercice d'une parcelle ou de prérogatives de puissance publique, les critères organiques ne jouant en la matière qu'un rôle subsidiaire et non nécessaire⁶.

Selon le Conseil d'Etat, la mission de service public consiste en «*la satisfaction d'un besoin collectif déterminé, jugé d'utilité publique par le législateur*» et la puissance publique est définie comme «*le pouvoir exorbitant d'imposer à d'autres dans le commerce juridique, en vue de la réalisation de certains objectifs d'intérêt général, des obligations unilatérales notamment en déterminant de manière unilatérale soit ses propres obligations envers d'autres, soit les obligations de ces autres, obligations qui peuvent consister à devoir reconnaître ou subir des pouvoirs ou des droits que l'organe doté de la puissance publique confère à des tiers*»⁷.

Il s'ensuit que selon le domaine d'action et les moyens mis en œuvre, de telles institutions se voient tantôt reconnaître, tantôt dénier la qualité d'autorité administrative. Ainsi, en est-il des universités libres : le Conseil d'Etat accepte de connaître des recours en annulation dirigés contre le refus de délivrance d'un diplôme par un jury d'une université libre dans le cas où le diplôme considéré est assorti de certains effets juridiques, tels que le droit d'être nommé à une fonction publique ou celui d'exercer une profession dont l'accès est réglementé⁸; par contre, le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaître des contestations entre les mêmes universités libres et leur personnel, lequel est engagé dans les liens d'un contrat d'emploi, de sorte que dans leurs relations avec leur personnel, lesdites universités libres ne sont pas considérées comme des autorités administratives⁹.

Comme on le voit, si le Conseil d'Etat «*ne fait référence à aucun critère organique, notamment au critère de la haute direction et du contrôle des gouvernants, qui permettrait lui aussi de considérer (de telles institutions) comme des autorités administratives*»¹⁰, la haute juridiction administrative prend bien soin de vérifier

l'existence des deux critères matériels, à savoir l'exercice d'une mission d'intérêt général et l'exercice de la puissance publique.

1.4. A propos des personnes morales de droit public recourant à des formes juridiques de droit privé, telles que les sociétés commerciales ou les A.S.B.L., le Conseil d'Etat recourt cette fois au faisceau d'indices dans son ensemble; la Haute juridiction ne se contente pas de vérifier l'existence des deux seuls critères matériels, mais prend également en considération les deux critères organiques précités en vue de qualifier ou non de telles institutions comme des autorités administratives.

Comme l'a encore rappelé récemment le Conseil d'Etat dans l'affaire «Tractebel», «*les institutions créées par les pouvoirs publics, qui sont chargées d'un service public et ne font pas parties du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et où elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers*»¹¹.

Dans ce cas, à défaut pour une institution de remplir l'un des quatre critères précités, le Conseil d'Etat décline sa compétence pour connaître d'un recours en annulation d'une décision prise par un organe d'une telle institution.

1.5. En raison du fait que ces critères sont cumulatifs, il ne faut pas s'étonner que ces institutions se voient également tantôt qualifiées d'autorité administrative, tantôt déniées cette même qualité. Ainsi, le Crédit communal n'est pas justiciable du Conseil d'Etat lorsqu'il accomplit des opérations de droit privé¹², mais se voit reconnaître la qualité d'autorité administrative lorsqu'il passe des marchés publics¹³. De même, la S.N.C.B. a été considérée comme une société commerciale dans ses rapports avec les fournisseurs et les clients¹⁴ et comme une autorité administrative dans ses rapports avec son personnel ou lorsqu'elle passe des marchés publics¹⁵.

Plus particulièrement, l'absence d'exercice de prérogatives de la puissance publique suffit pour rendre incompétent le Conseil d'Etat. Ainsi jugé que la Commission bancaire et financière, qui est en principe une autorité administrative, se voit dénier une telle qualité dès lors que «*le pouvoir mis en œuvre par la Commission bancaire et financière, en application des articles 16 et 17 de la loi du 2 mars 1989 relative à la*

⁶ Voyez I. KOVALOVSKY, «Le conseil de classe de 2ème année d'un établissement d'enseignement moyen libre subventionné est-il une autorité administrative?», *A.P.T.*, 1993/3, pp. 212 à 217.

⁷ C.E., *Scheuermann*, n° 19.776, du 27 juillet 1979.

⁸ Voy. I. KOVALOVSKY, *op. cit.*, pp. 214 et 215; D. LAGASSE, «Du bois dont sont faites les flèches du Conseil d'Etat», note sous C.E., *Bouhout*, n° 46.795, du 30 mars 1994, *J.D.J.*, décembre 1994, p. 32.

⁹ C.E., *Vrebesch*, n° 43.707, du 5 juillet 1993, *J.T.*, 1994, p. 155, obs. D. LAGASSE, *A.P.T.*, 1993/4, p. 280, avec le rapport et l'avis de Ph. BOUVIER; *Decaux*, n° 54.149, du 30 juin 1995, *J.T.*, 1995, p. 675, avec le rapport de Ph. BOUVIER; *Istace*, n° 55.114, du 13 septembre 1995. Voyez de même en ce qui concerne l'utilisation du budget social d'une université libre : «*si la mission remplie par les universités est d'intérêt général, cette circonstance ne suffit pas à leur conférer de manière générale la qualité d'autorité administrative. L'acte attaqué est relatif à l'intervention du budget social de l'université et n'est pas de ceux qui, comme la délivrance d'un diplôme donnant accès à une profession réglementée, participent d'une mission dans laquelle les universités libres accomplissent des actes pour lesquels elles peuvent être considérées comme des autorités administratives. Le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître du recours*» (C.E., *Nzuzi Risasi*, n° 66.371, du 22 mai 1997).

¹⁰ I. KOVALOVSKY, *op. cit.*, pp. 214-215.

¹¹ C.E., *Delville*, n° 83.240, du 3 novembre 1999.

¹² C.E., *Armeal*, n° 15.068, du 7 décembre 1971, *Entr. et droit*, 1977, p. 209, note Ph. QUERTAINMONT.

¹³ C.E., *s.p.r.l. Heck*, n° 24.551, du 29 juin 1984, *J.T.*, 1985, p. 92; *s.a. Orbeta*, n° 34.525, du 23 mars 1990.

¹⁴ Cass., 8 février 1952, *Pas.*, I, 322.

¹⁵ C.E., *Bonheure*, n° 97, du 13 juillet 1949; *s.a. Usines De Braine-le-Comte et consorts*, n° 4.588, du 6 octobre 1955; Cass., 27 novembre 1957, *Pas.*, 1958, I, 328; Cass., 17 novembre 1959, *Pas.*, 1960, I, 378; Cass., 12 mai 1961, *RCJB*, 1962, p. 48, note Ch. GOOSSENS; Cass., 12 avril 1962, *Pas.*, I, 898.

publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, est fondamentalement celui de saisir le juge et non de prendre des décisions exécutoires. En exerçant ces pouvoirs, la Commission bancaire et financière agit comme un demandeur en justice, assurément d'une qualité particulière, mais non en tant qu'autorité administrative»¹⁶.

La doctrine est également de cet avis : «Bien entendu, il ne suffit pas qu'une activité exercée par une personne ou par un organisme privé présente des caractères incontestables d'intérêt général pour qu'elle cesse d'être une activité purement privée et qu'elle soit élevée à la dignité de «Mission de service public». Il faut également que cet organisme se soit vu conférer des prérogatives de puissance publique»¹⁷.

1.6. Toutefois, dans certains arrêts, spécialement dans la matière des marchés publics, le Conseil d'Etat semble privilégier, outre les critères organiques, un seul des deux critères matériels, à savoir celui tiré de l'exercice d'une mission de service public ou d'intérêt général. Autrement dit, le Conseil d'Etat se déclare compétent pour connaître de décisions prises par les organes de sociétés anonymes ou d'a.s.b.l. de droit public, quand bien même celles-ci n'exerceraient pas, en accomplissant de tels actes, des prérogatives de puissance publique, dès lors qu'elles agissent dans le cadre d'une mission d'intérêt général.

Ainsi jugé que :

- la s.a. SOFIBRU, filiale de la Société régionale d'investissement de Bruxelles, est une autorité administrative au motif qu'elle «n'est pas constituée sur initiative privée mais à l'initiative d'une autorité administrative», que sa mission, à savoir «agir en lieu et place de la Région de Bruxelles-Capitale, donc d'une autorité administrative, en qualité de maître de l'ouvrage de travaux destinés à cette autorité, constitue une mission d'intérêt général» et que «la s.a. SOFIBRU ne possède aucun pouvoir de décision, la Région de Bruxelles-Capitale ayant le dernier mot, la commandant et la contrôlant entièrement». Quant à l'exercice de prérogatives de puissance publique, «si le Conseil d'Etat a considéré le fait d'être doté d'un pouvoir de décision unilatérale comme critère positif pour définir la compétence d'une personne morale, même s'il ne s'agit pas d'une autorité administrative en tant que telle, l'absence de ce pouvoir de décision unilatérale ne prive pas certains organes de leur qualification d'autorité administrative»¹⁸;

¹⁶ C.E., Delville, n° 83.240, du 3 novembre 1999.

¹⁷ M.A. FLAMME, *Droit administratif*, I, Bruylant, 1989, n° 14, p. 41. Voy. aussi J. HOEFFLER, «L'attribution aux universités libres d'une parcelle de la puissance publique», *J.T.*, 1982, p. 631, qui parle à ce propos de «règle d'or»; W. LAMBRECHTS, «De evolutie van het begrip administratieve overheid», *T.B.P.*, 1987, p. 360.

¹⁸ C.E., s.a. EGTA Contractors Antwerpen, n° 40.734, du 13 octobre 1992 (suspension) et n° 43.109, du 1^{er} juin 1993 (annulation).

- «les sociétés régionales d'investissement et leurs filiales spécialisées sont des autorités administratives au regard de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Encore que constituées sous la forme de société anonyme, ces sociétés créées en vertu de la loi du 2 avril 1962 remplissent une mission d'intérêt général et sont soumises au contrôle de l'autorité, qui a le dernier mot. Ne sont pas susceptibles de modifier cette constatation, le fait que ces sociétés ne sont pas des organismes d'intérêt public au sens de la loi du 16 mars 1954 ou celui qu'elles ne sont pas compétentes pour imposer à d'autres des obligations les liant unilatéralement»¹⁹;
- en ce qui concerne la s.a. B.A.T.C. : «considérant que la décision attaquée a pour objet la conclusion d'un contrat portant sur la construction d'une partie du gros oeuvre de l'extension de l'aéroport de Bruxelles-National; qu'une telle construction ressortit directement à la mission d'intérêt général confiée à la Régie des Voies aériennes et cédée par cette dernière à la partie adverse (la s.a. B.A.T.C.), ainsi qu'à la mission d'assurer la sécurité des opérations d'embarquement et de débarquement des passagers; que, partant, en prenant la décision attaquée, la partie adverse a agi comme une «autorité administrative» au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat». Dans un considérant précédent, le Conseil d'Etat avait observé qu'«à cet égard, il convient d'examiner si l'acte attaqué concourt précisément à la mission d'intérêt général, sensu stricto, que la Régie des Voies aériennes a confiée à la partie adverse, ou bien s'il tend à réaliser, soit le but de lucre qui lui a également été assigné, soit une tâche banale de gestion inhérente à tout organisme, qu'il soit public ou privé»²⁰. Par contre, au motif que ni l'exploitation des parkings, ni même la construction d'extension des parkings existants, ne peuvent être tenues comme ressortissant directement à la mission d'intérêt général confiée à la Régie des Voies aériennes et cédée par cette dernière à la B.A.T.C., le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour connaître de l'attribution par la même société B.A.T.C. d'un marché portant sur un tel objet, cette dernière n'ayant pas en l'espèce la qualité d'autorité administrative²¹;
- en ce qui concerne une a.s.b.l. provinciale : «Overwegende dat geen der verwerende partijen betwist dat de tweede verwerende partij, volgens haar statuten, een opdracht van algemeen belang vervult, meer bepaald, blijkens artikel 3 van die statuten, het regionaal ontspanningsgebied «De Gavers» uit te bouwen als een recreatiedomein, dit patrimonium te valoriseren, te propageren, te ontplooiën, te onderhouden en te beheren, en bij te dragen tot de verdere

¹⁹ C.E., Bataillie, n° 59.443, du 30 avril 1996.

²⁰ C.E., s.a. Travaux et consorts, n° 71.754, du 11 février 1998.

²¹ C.E., s.a. Parking Scailquin, n° 54.281, du 4 juillet 1995.



uitstralings-kracht van het zuidoostelijke gedeelte van Oost-Vlaanderen door de uitbouw van alle toeristisch-recreatieve en culturele waarden; dat de bestreden beslissing binnen die opdracht past; dat de tweede verwerende partij de rechtsvorm heeft van een privaatrechtelijke vereniging; dat zulks echter niet volstaat om de bevoegdheid van de Raad van State uit te sluiten zo tot het besluit moet worden gekomen dat zij in werkelijkheid een administratieve overheid is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; dat opdat een rechtspersoon als administratieve overheid zou worden beschouwd, niet alleen de zo-even genoemde voorwaarde van de opdracht van algemeen belang moet zijn vervuld, doch ook de voorwaarden van de oprichting door of op initiatief van de overheid en het bestuur of de controle op dat bestuur door de overheid; (...) Overwegende dat ten slotte nog moet worden nagegaan of de v.z.w. De Gavers ook in haar hoedanigheid van administratieve overheid is opgetreden bij het nemen van de thans bestreden beslissingen; dat die vraag bevestigend dient te worden beantwoord, aangezien het ter zake gaat om de beslissing voorafgaand aan en afscheidbaar van het sluiten van een overeenkomst, waarbij degene wordt aangewezen aan wie een opdracht strekkende tot een project van algemeen nut zal worden toegekend, dit alles, zoals hiervoren gezien, volgens de regels van de administratieve besluitvorming; dat de exceptie niet opgaat»²².

Ces arrêts interprètent, comme on le voit, largement la notion d'autorité administrative tout comme pour les personnes de droit privé exerçant une mission de service public, à cette différence que, pour ces dernières, l'extension de la compétence du Conseil d'Etat s'est faite via le recours quasi exclusif aux seuls critères fonctionnels alors que, dans le cas des personnes morales de droit public empruntant des formes juridiques de droit privé, un seul des deux critères fonctionnels est considéré comme nécessaire, à savoir l'exercice d'une mission d'intérêt général ou de service public, peu importe qu'à cette occasion, l'institution exerce ou non des prérogatives de puissance publique puisqu'il s'agit d'une personne de droit public.

Cette compréhension extensive de la notion d'autorité administrative est sans doute due au fait que la combinaison des deux critères fonctionnels est de nature à limiter la compétence du Conseil d'Etat vis-à-vis des actes adoptés par certains organismes de droit public, tels les services publics à caractère commercial et financier, voire social²³.

1.7. Cette interprétation extensive de la notion d'autorité administrative a été récemment soumise à la censure de la Cour de cassation à deux reprises.

Point n'est besoin à cet égard de rappeler que conformément à l'article 158 de la Constitution et aux articles 33 et 34 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, il appartient à la Cour de cassation de délimiter les compétences respectives du Conseil d'Etat et des juridictions de l'ordre judiciaire²⁴.

Dans un premier arrêt relatif aux sociétés régionales d'investissement et à leurs filiales spécialisées, la Cour de cassation a cassé l'arrêt précité du 30 avril 1996 du Conseil d'Etat au motif que *«les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et des 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. Une société anonyme, fût-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, dénuée de pertinence*»²⁵. A la suite de cet arrêt de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent par son arrêt n° 66.783 du 16 juin 1997.

Dans une deuxième affaire, concernant la société anonyme B.A.T.C., la Cour de cassation a cassé l'arrêt précité du 11 février 1998 du Conseil d'Etat pour les motifs suivants²⁶ :

«Quant à la première branche:

Attendu qu'aux termes de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la section d'administration du Conseil d'Etat statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives ou contre les décisions contentieuses administratives;

Que les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et régions, des provinces et des communes, qui sont chargées d'un service public et ne font pas partie du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire, constituent en principe des autorités administratives,

²² C.E., *b.v.b.a. Artabel*, n° 79.954, du 27 avril 1999.

²³ Voyez dans ce sens R. ANDERSEN, «L'obligation de motiver : pour quelles autorités?», dans *La motivation formelle des actes administratifs*, Namur, p. 8, note 32; I. KOVALOVSKY, *op. cit.*, p. 214, note 5.

²⁴ Pour un commentaire critique de ces règles, voyez B. HAUBERT, obs. sous Cass., 17 novembre 1994, *J.T.*, 1995, pp. 316 et s., spécialement p. 320.

²⁵ Cass., 14 février 1997, *T.B.P.*, 1997, p. 361; *R.W.*, 1996/97, 1433, conclusions av. gén. G. DEBRULLE; *I.D.J.*, 1997/7, p. 11.

²⁶ Cass., 10 septembre 1999, *Pas.*, I, 452; *A.J.T.* 2000/20, p. 504, note F. VAN DEN DRIESSCHE; *A.P.T.*, 1999/3, p. 236, concl. proc. gén. J.M. PIRET.

dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et où elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers;

Que, même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une société anonyme qui ne peut pas 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;

Attendu qu'après avoir en substance considéré que l'ensemble des critères proposés par les parties ne permettait pas de définir «une fois pour toutes» la demanderesse, qu'il qualifie de société de nature mixte, comme une personne de droit public ou de droit privé, l'arrêt énonce «que la question posée par le recours (...) est (...) de savoir si la (demanderesse), lorsqu'elle a pris la décision attaquée, a agi comme 'autorité administrative' au sens large ou comme personne de droit privé»;

Qu'il constate que l'acte attaqué ressortit à la mission d'intérêt général que la Régie des Voies aériennes, qui en a été chargée par son statut, a confiée à la demanderesse et en déduit qu'en prenant cet acte, la demanderesse a agi comme une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;

Attendu que l'arrêt, qui ne constate pas que la demanderesse, société «de nature mixte» dont il n'exclut pas le caractère privé, disposait dans l'exercice de la mission d'intérêt général à laquelle ressortit l'acte attaqué, du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers, ne justifie pas légalement sa décision qu'elle constitue une autorité administrative et que le Conseil d'Etat était compétent pour statuer sur le recours;

Qu'en cette branche, le moyen est fondé;

PAR CES MOTIFS,

Casse l'arrêt attaqué».

A la lumière de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, il semble bien que la balance ne penche pas du côté de l'interprétation extensive donnée par certains arrêts du Conseil d'Etat de la notion d'autorité administrative. Selon la Cour de cassation, le critère fonctionnel tiré de l'exercice de prérogatives de puissance publique est clairement un critère nécessaire pour reconnaître à un service public organique la qualité d'autorité administrative; le seul exercice d'une mission d'intérêt général ou de service public ne suffit plus²⁷.

²⁷ Voy. les conclusions précitées de M. le procureur général PIRET : «le pouvoir de prendre des décisions obligatoires pour les tiers (est) une condition indispensable pour que l'acte litigieux puisse être qualifié d'acte d'une autorité administrative, annulable par le Conseil d'Etat». Dans le même sens, voyez les premiers commentaires de l'arrêt du 14 février 1997 de la Cour de cassation : F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, p. 506; L. DE GEYTER et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, pp. 99-100.

Ce faisant, la Cour de cassation ne s'écarte pas de sa jurisprudence traditionnelle²⁸. Elle a également pour effet d'en revenir à la jurisprudence majoritaire et initiale du Conseil d'Etat.

2. Application des principes au cas d'espèce.

2.1. Au travers de l'exception soulevée par la partie adverse, il s'agit de déterminer, à propos de la décision attaquée, la nature de la partie adverse au regard de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

En effet, il ne s'agit pas de prétendre cataloguer une fois pour toutes la s.a. TUC RAIL dans la catégorie des autorités administratives ou de l'en exclure. La question au centre de l'exception revient en réalité à se demander si la partie adverse, lorsqu'elle a pris la décision attaquée, a agi comme autorité administrative.

2.2. Pour répondre à cette question, il convient préalablement de ne pas lier la question de la compétence du Conseil d'Etat avec celle de l'application de la législation relative aux marchés publics, comme le font erronément les parties requérantes.

En effet, comme le Conseil d'Etat l'a déjà jugé à plusieurs reprises, «la circonstance qu'une personne de droit privé se verrait rendre applicable les dispositions des titres I^{er}, II, III et V du livre I^{er} de la loi du 24 décembre 1993 n'aurait pas pour effet de transformer cette personne de droit privé en une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat»²⁹.

2.3. La thèse des parties requérantes selon laquelle «le critère déterminant pour juger de la qualité d'autorité administrative d'une personne morale est le lien que présente le marché en cause avec des missions d'intérêt général ou de service public confiées à l'autorité publique à l'origine de la création de la personne morale chargée de passer le marché» n'est pas admissible au regard de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation.

Pour déterminer la nature de la partie adverse au regard de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat lorsqu'elle a pris la décision attaquée, il convient certes d'avoir égard à l'ensemble des critères précités tant matériels que fonctionnels; toutefois, il ressort des arrêts précités de la Cour de cassation qu'à défaut de l'exercice de prérogatives de puissance publique, la partie adverse qui est une société anonyme de droit public ne peut être qualifiée d'autorité administrative : «même si elle a été créée par une autorité administrative et soumise au contrôle des pouvoirs publics, une société anonyme qui ne peut pas prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers ne perd pas son caractère de droit

²⁸ Voyez à cet égard les conclusions précitées de l'avocat général G. DEBRULLE précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1997.

²⁹ C.E., s.a. I.P. Belgium, n° 79.192, du 10 mars 1999; s.p.r.l. Construction Artisanale, n° 87.354, du 17 mai 2000.



*privé; que le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est, à cet égard, dénié de pertinence*³⁰.

Pour rappel, la puissance publique est définie par le Conseil d'Etat comme «*le pouvoir exorbitant d'imposer à d'autres dans le commerce juridique, en vue de la réalisation de certains objectifs d'intérêt général, des obligations unilatérales, notamment en déterminant de manière unilatérale soit ses propres obligations envers d'autres soit les obligations de ces autres, obligations qui peuvent consister à devoir reconnaître ou subir des pouvoirs ou des droits que l'organe doté de la puissance publique confère à des tiers*»³¹. Plus succinctement, la Cour de cassation résume ce critère comme étant «*le pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers*»³².

2.4. La partie adverse produit ses statuts.

Il en ressort que la s.a. TUC RAIL a été constituée par acte notarié par association entre la S.N.C.B. (80% des actions) et la S.C.R.L. TRANSURB CONSULT (20% des actions) (article 5 des statuts). Il s'agit d'une société anonyme (article 1^{er}), constituée pour une durée illimitée (article 4) et qui a pour objet «*la fourniture en Belgique, de services de conception, d'étude et d'organisation des travaux relatifs à la création de nouvelles infrastructures et/ou à l'aménagement d'infrastructures nécessaires à la circulation de trains à grande vitesse*» (article 3).

De manière générale, selon l'article 44 des statuts, «*les actionnaires entendent se conformer entièrement aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales et, en conséquence, les dispositions de ces lois auxquelles il n'est pas licitement dérogé par les présents statuts, y sont réputées inscrites, et les clauses qui seraient contraires aux dispositions impératives de ces lois sont censées non écrites*».

Dans l'ensemble, aucune des dispositions des statuts de la s.a. TUC RAIL n'attribue à cette dernière un quelconque pouvoir de prendre des décisions unilatérales obligatoires à l'égard des tiers, en recourant à des prérogatives de puissance publique, telles que le pouvoir de réquisition, d'expropriation, de fixer des tarifs ou des redevances, etc...; de manière plus générale, elle n'est

pas habilitée, aux termes de ses statuts, à créer unilatéralement des effets juridiques obligatoires à l'égard des tiers.

Plus particulièrement, la décision attaquée d'attribuer un marché de services relatif à des levés photogrammétriques n'apparaît pas comme étant révélatrice de l'exercice d'une parcelle de la puissance publique. Le Conseil d'Etat a à cet égard jugé récemment que «*la circonstance que la partie adverse serait tenue de respecter la réglementation relative aux marchés publics en raison des subsides qui lui sont attribués, n'a pas pour effet de la transformer en autorité administrative, ni de lui conférer une quelconque parcelle de la puissance publique*»³³.

Il ressort de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation qu'à défaut pour la partie adverse d'être dotée de prérogatives de puissance publique et, plus particulièrement, d'exercer, à l'occasion de l'acte attaqué, le pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers, celle-ci ne revêt pas la qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat de sorte que le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître du présent recours.

VI. CONCLUSION.

Incompétence du Conseil d'Etat.

(...)

³⁰ Arrêts des 14 février 1997 et 10 septembre 1999 précités de la Cour de cassation.

³¹ C.E., arrêt *Scheuermann* précité.

³² Arrêts précités des 14 février 1997 et 10 septembre 1999.

³³ C.E., s.p.r.l. *Construction Artisanale*, n° 87.354, du 17 mai 2000. Dans son arrêt s.p.r.l. *Heck* précité, le Conseil d'Etat a jugé que le Crédit communal «*agit en qualité d'autorité administrative et de personne de droit public lorsqu'il attribue, selon des procédés s'appliquant principalement aux personnes de droit public, un marché de travaux en vue de la construction d'un bâtiment (un hall omnisports) destiné à une personne de droit public (une commune)*»; toutefois, ce passage se réfère, par les termes «*pour les raisons exposées ci-dessus*», à un considérant antérieur formulé comme suit : «*Considérant que le Crédit communal, dont la maîtrise appartient à des autorités administratives, dont l'activité s'exerce pour ces seules autorités et qui est soumis au contrôle illimité du Gouvernement, revêt, nonobstant sa forme de société privée, le caractère d'une autorité administrative*»; comme on le voit, ce considérant n'a pas égard à l'exercice de prérogatives de puissance publique, ce qui a été précisément remis en cause par la Cour de cassation dans ses deux arrêts précités des 14 février 1997 et 10 septembre 1999.

