

**AVERTISSEMENT : CE DOCUMENT REPREND LA VERSION ADRESSEE AU
COMITE DE REDACTION, AVANT RELECTURES ET EDITION**

C.E., 28 novembre 2013, n° 225.637, *société anonyme DECOM*.

Attributions du Conseil d'État – Notion d'autorité administrative – Association sans but lucratif – Lien organique avec la Région de Bruxelles-capitale – Doit être considéré comme une autorité administrative.

Extrait de l'arrêt

V. 1. Thèses des parties

Dans son mémoire en réponse, l'association GIAL, partie adverse, oppose un déclinatoire de compétence.

Elle entend établir qu'elle n'est pas une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Elle affirme que "dans un arrêt du 30 mai 2011, la Cour de cassation a [...] résumé l'interprétation qu'il convient de donner à cette notion [...] : «Les institutions créées ou reconnues par l'autorité fédérale, par les communautés et les régions, les provinces ou les communes, qui sont chargées d'un service public et qui ne relèvent pas du pouvoir judiciaire ou législatif, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par l'autorité et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. Une association de droit privé, fût-elle créée ou agréée par une autorité administrative et fût-elle soumise au contrôle de l'autorité, qui ne peut pas prendre de décision obligatoire à l'égard des tiers, n'a pas la nature d'une autorité administrative. Le fait qu'une tâche d'intérêt général lui soit confiée est sans intérêt, à cet égard», que ces principes ont été rappelés par le Conseil d'État dans un arrêt n° 220.398 du 31 juillet 2012 et qu'un arrêt n° 218.604 du 22 mars 2012, allait dans le même sens, en se prononçant par ailleurs sur la charge de la preuve".

Elle soutient qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur est une association sans but lucratif, soit une personne morale de droit privé, qu'il revient à la requérante d'établir qu'elle dispose d'un pouvoir de décision unilatérale, que la requérante n'apporte pas cette preuve, ni ne le tente, ni ne le pourrait, que la partie adverse est constituée sous la forme d'une association en l'absence de toute disposition législative organique, que, si ses membres fondateurs sont des autorités publiques, leur contrôle n'emprunte pas d'autres voies que celles du droit commun, que, par ailleurs, l'activité de cette association ne s'inscrit pas dans l'exécution de dispositions législatives ou réglementaires mais est déterminée par ses statuts, qu'elle met en œuvre les outils de communication de la ville de Bruxelles, c'est-à-dire essentiellement le site internet de la ville et la réalisation/distribution du "Brusseleir" sous forme de courrier toutes-boîtes remis aux habitants, qu'elle fournit à ses membres des services informatiques et des services en matière de communication mais qu'elle ne peut nullement prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers, c'est-à-dire "déterminer unilatéralement ses propres obligations vis-à-vis des tiers ou constater unilatéralement les obligations de ces tiers" (Cass., 30 mai 2011, C.10.0508.N/3), qu'un tel pouvoir peut d'autant moins être reconnu à l'occasion de l'attribution d'un marché public, que, par l'arrêt n° 220.398 du 31 juillet 2012, il a été affirmé à propos d'une association sans but lucratif "Formation P.M.E." qu'à supposer même qu'en délivrant des diplômes,

celle-ci exerce une parcelle de la puissance publique, l'acte par lequel elle attribue un marché à une entreprise déterminée plutôt qu'à une autre ne crée pas d'obligation à l'égard de tiers, et par l'arrêt n° 219.043 du 25 avril 2012 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 [...] elles ne s'imposent pas à l'égard des tiers".

L'association GIAL, partie adverse, conclut qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir de décision unilatérale, qu'elle ne répond pas à la qualification d'autorité administrative, que la requête doit être déclarée irrecevable en raison de l'incompétence du Conseil d'État, que la circonstance que le courrier du 9 juillet 2012 annonçant la non-attribution mentionne la faculté d'introduire un recours "selon le cas, dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire, ou devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence" est sans incidence sur la compétence, laquelle est définie par des dispositions d'ordre public et que, tout au plus, cette imprécision quant aux possibilités de recours pourrait justifier, en vertu de la même jurisprudence, que les dépens soient mis à sa charge.

Dans son mémoire en réplique et son dernier mémoire, la requérante affirme qu' "à défaut d'un appel spécifique réglé par la loi, le Conseil d'État dispose d'une compétence générale pour se prononcer sur les décisions prises par les autorités administratives", que celles-ci peuvent être regroupées selon trois critères, "d'une part, le critère de la constitution, à savoir que l'association a été créée par une autorité publique, d'autre part, il y a le critère organique, correspondant au contrôle administratif sur cette association. Enfin, le critère fonctionnel correspond à la prise en charge d'un service public ou d'une mission d'intérêt général", et qu'un seul de ces critères suffit à donner à un organisme déterminé le caractère d'une autorité administrative.

Elle poursuit en relevant que, dans la mesure où les organismes privés assurent par des procédés et en usant de pouvoirs de droit public, la marche des services publics, leurs actes sont des actes administratifs, que les associations privées ayant une personnalité juridique distincte, créées par des autorités administratives en vue de la réalisation d'actes d'intérêt public, sont considérées comme des autorités administratives, que 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, sont parties intégrantes de l'administration et qu'elles peuvent être qualifiées d'autorités administratives, même si elle ne sont pas fondées à prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers (C.E., n° 213.949 du 17 juin 2011), que certaines décisions d'organes privés peuvent avoir des implications juridiques unilatérales, qu'il est normal que le Conseil d'État considère ces décisions comme des actes d'autorités administratives et que sont considérés comme actes unilatéraux tant les actes réglementaires que les décisions individuelles.

Selon la requérante, des institutions créées par des personnes privées mais agréées par les pouvoirs publics constituent 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 des tiers, que lorsque ces institutions exercent une partie de l'autorité publique leurs actes peuvent être annulés par le Conseil d'État, que le seul fait qu'une institution n'ait aucun lien organique avec les pouvoirs publics n'exclut pas la compétence du Conseil d'État (Cass., 6 septembre 2002). Elle ajoute que la Cour d'Arbitrage dit pour droit que l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État viole les articles 10, 11 et 24, § 4 de la Constitution s'il est interprété comme ne permettant pas à l'étudiant d'une université libre d'attaquer devant le Conseil d'État les avis donnés par la commission de délivrance des attestations pour les études de sciences dentaires, constituée au sein de cette université en application de l'article 11, § 7 du décret de la Communauté française du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques, que la même disposition ne viole pas les articles 10, 11 et 24, § 4 de la Constitution si elle est interprétée comme permettant à l'étudiant d'une université libre d'attaquer devant le Conseil d'État les avis donnés par cette commission, que la commission de délivrance des attestations pour les études de sciences dentaires peut être considérée comme une autorité administrative, que les avis qu'elle donne et les attestations qui les constatent sont obligatoires pour les intéressés et lient les tiers, qu'un recours en excès de pouvoir est dès lors ouvert devant le Conseil d'État contre de tels avis, qu'en juger autrement

reviendrait à traiter différemment et sans justification valable les étudiants des universités libres par rapport à ceux des universités de la Communauté française (C.A., n° 41/2003, 9 avril 2003), qu'ainsi, lorsqu'une commission d'examen d'un institut supérieur prend une décision concernant la réussite ou l'échec d'un étudiant, elle remplit une mission de service public qui lui a été confiée par les pouvoirs publics, que l'établissement d'enseignement concerné dont elle relève ait été créé par les pouvoirs publics ou par l'initiative privée, que, dès lors, cette décision est un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État (C.E., n° 120.143 du 4 juin 2003), que de même, lorsqu'il prend une décision relative à la délivrance d'un certificat de qualification, un jury de qualification remplit une mission de service public que lui confient les pouvoirs publics, peu importe que l'établissement d'enseignement au sein duquel il agit ait été institué par l'autorité publique ou par l'initiative privée, que, partant, sa décision est un acte administratif susceptible de recours devant le Conseil d'État (C.E., n° 120.131 du 4 juin 2003), que la compétence permettant de prendre des décisions unilatérales contraignantes implique la qualification d'une personne morale comme autorité administrative.

La requérante relève que, dans l'acte déposé aux annexes du Moniteur belge le 24 juillet 2006, reprenant la mise en concordance des statuts à la suite de l'Assemblée Générale du 26 juin 2006, il est mentionné à l'article 3 qu'elle a pour but la gestion, le développement et l'exploitation d'applications informatiques, bureautiques et de télécommunication essentiellement d'intérêt public, que l'article 4 précise que les membres effectifs, ayant qualité de membres fondateurs étaient, la ville de Bruxelles, le centre public d'action sociale de Bruxelles et la Région de Bruxelles-Capitale, que l'article 17 énonce enfin que chaque membre effectif dispose à l'assemblée générale du droit de vote correspondant aux pourcentages suivants : Région de Bruxelles-Capitale, vingt pour cent et ville de Bruxelles, soixante pour cent, que l'acte de la partie défenderesse déposé aux annexes du Moniteur belge le 15 décembre 2005 reprenant la désignation d'administrateurs montre que tous les administrateurs sont proposés soit par la ville de Bruxelles-Capitale, soit par la Région de Bruxelles-Capitale, qu'à ce propos, la Cour de Cassation a considéré qu'une personne morale privée n'est pas pour autant issue de l'initiative privée, que l'autorité publique peut en effet détenir une participation de blocage dans cette entité et en avoir donc la maîtrise, qu'il existe dès lors plusieurs formes d'associations, que ce soit de projets, de services, etc., qu'une personne dans laquelle les personnes de droit public disposent toujours de la majorité des voix dans les différents organes d'administration et de gestion de l'association apparaît être une autorité administrative au sens des articles 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État (C.E., n° 219.341 du 14 mai 2012).

Elle fait valoir que lorsque la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics est applicable dans certains cas à des personnes de droit privé, il faut examiner la question de savoir si, ce faisant et dans ces cas, le législateur n'a pas estimé devoir considérer ces personnes comme exerçant une parcelle de l'autorité publique et par conséquent, seulement dans cette mesure, comme des autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées le 12 janvier 1973, qu'une personne morale de droit privé chargée d'une mission d'intérêt public ressortit à la compétence du Conseil d'État lorsqu'elle a été constituée par ou à l'initiative ou se trouve sous le contrôle ou la direction de l'administration, que tel est le cas lorsqu'une association sans but lucratif doit être considérée comme le prolongement de l'administration et doit elle-même être qualifiée d'autorité publique, qu'il y a acte susceptible d'annulation lorsque l'association sans but lucratif a accompli l'acte attaqué en tant qu'autorité administrative (C.E., n° 79.954 du 27 avril 1999), que peuvent dès lors être attaquées devant le Conseil d'État les décisions mettant fin à l'adjudication d'un marché et désignant ou rejetant une entreprise (C.E., n° 36.266 du 22 janvier 1991), qu'il est symptomatique que la partie adverse fasse valoir qu'elle n'est pas une autorité administrative mais une personne morale privée sujette aux dispositions civiles et mais base l'intégralité de son argumentaire sur les dispositions applicables aux seules autorités administratives.

La requérante note que, dans la décision du 9 juillet 2012, la partie adverse mentionne "Conformément à l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, nous vous informons que vous pouvez également introduire un recours en annulation contre cette décision auprès du Conseil d'État. Ce recours doit être introduit sous peine d'irrecevabilité dans les 60 jours après la présente

notification. Le recours est introduit par une demande datée qui doit être signée par vous ou par un avocat. La demande doit être envoyée par lettre recommandée adressée au Premier Président du Conseil d'État, rue de la Science, 33, 1040 Bruxelles", que l'obligation d'indiquer, dans un acte administratif, les voies de recours dont cet acte peut faire l'objet est une formalité prévue à l'article 19 des lois sur le Conseil d'État dans l'intérêt du destinataire de l'acte, que par cette faute, la partie adverse se prévaut de sa propre turpitude en affirmant que le recours ne pouvait pas être introduit devant le Conseil d'État, que suivre le raisonnement de la partie adverse créerait de facto une impossibilité pour toute personne d'introduire valablement un recours contre cette partie, que, d'une part, en cas de recours devant les tribunaux judiciaires, la partie adverse pourrait se prévaloir de la compétence exclusive du Conseil d'État, et que, d'autre part, en cas de recours devant le Conseil d'État, elle pourrait également le déclarer irrecevable et empêcher dès lors le justiciable d'encore introduire valablement et surtout dans les temps un recours devant une autre instance, qu'ainsi la partie adverse ne pourrait être attaquée sur aucun front, qu'elle bénéficierait d'une impunité injustifiée, que les droits de la défense de la société requérante seraient réduits à néant, que si, par impossible, le Conseil d'État se déclarait incompétent, une indemnité de procédure maximale à charge de la partie adverse devrait lui être accordée, que lorsqu'une autorité a mentionné à tort lors de la notification de la décision qu'un recours en annulation pouvait être introduit au Conseil d'État, les frais du recours sont mis à sa charge (C.E., n° 58.926 du 28 mars 1996), qu'enfin la décision exécutoire concerne l'acte par lequel l'autorité souhaite concrétiser ou éviter des implications juridiques, que l'acte attaqué peut être celui reprenant la décision finale ou qui la précise, à savoir la décision d'octroi ou de refus de l'adjudication et que les deux décisions concernent un seul et même objet.

(...)

V. 2. Décision du Conseil d'État

(...)

Dans l'arrêt prononcé le 30 mai 2011 par la Cour de cassation auquel la partie adverse se réfère dans son déclinatoire de compétence, on peut lire notamment ce qui suit :

« Une association de droit privé, fût-elle créée ou agréée par une autorité administrative et fût-elle soumise au contrôle de l'autorité, qui ne peut pas prendre de décision obligatoire à l'égard des tiers, n'a pas la nature d'une autorité administrative. Le fait qu'une tâche d'intérêt général lui soit confiée est sans intérêt à cet égard ».

La notion d'association de droit privé n'est définie par aucun texte.

Cette qualité ne peut se déduire de la seule forme adoptée par un organisme, quel qu'il soit.

L'exception d'incompétence opposée par la partie adverse repose sur la prémisse selon laquelle le pouvoir adjudicateur est une association sans but lucratif, soit une personne morale de droit privé.

En l'espèce, les dispositions des statuts de l'association sans but lucratif GIAL font apparaître le lien organique qui l'unit à la Région de Bruxelles-Capitale, à la ville de Bruxelles et au centre public d'action sociale de celle-ci.

C'est ainsi qu'il ressort de l'article 4 que les membres effectifs ayant la qualité de membres fondateurs étaient, à la constitution, la ville de Bruxelles, le centre public d'action sociale de Bruxelles et la Région de Bruxelles-Capitale et que seuls les membres effectifs ont le droit de vote.

L'article 5 porte ce qui suit :

« Les membres effectifs sont libres de se retirer de l'Association moyennant préavis d'un an, notifié par envoi recommandé, au Président du Conseil d'Administration.

Chaque membre effectif est représenté à l'Assemblée générale et au Conseil d'Administration, par un nombre de mandataires défini par le Règlement d'Ordre Intérieur.

Seront admis en qualité de mandataires de la Ville de Bruxelles, l'Echevin ayant l'Informatique dans ses attributions, les échevins et/ou conseillers communaux désignés par une délibération du Conseil Communal de la Ville. Parmi les mandataires de la Ville, le Conseil communal fera choix d'un conseiller communal représentant le parti démocratique de l'opposition le plus important en nombre de sièges au Conseil Communal de la Ville.

Les mandataires au nombre fixé par le Règlement d'Ordre Intérieur de la Région seront désignés par celle-ci.

Les mandataires du CPAS au nombre fixé par le Règlement d'Ordre Intérieur seront désignés par son Conseil ».

Selon l'article 17, chaque membre effectif dispose à l'assemblée générale du droit de vote correspondant aux pourcentages suivants :

- Région de Bruxelles-Capitale : 20 %,

- ville de Bruxelles : 60 %

- autres membres effectifs : 20 %,

le vote d'un membre effectif s'exprimant à la majorité simple des voix de ses mandataires présents ou représentés.

Dans ces conditions, il apparaît que l'exception d'incompétence soulevée par la partie adverse repose sur une prémisse qui ne se vérifie pas.

L'association sans but lucratif GIAL doit être considérée comme étant une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Adopter une conclusion opposée permettrait à des organismes qui sont les prolongements des pouvoirs publics d'échapper non seulement à la compétence du Conseil d'État, mais encore aux diverses législations qui se fondent sur la notion d'autorité administrative, telles, notamment, la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs ou l'ordonnance du 30 mars 1995 de la Région de Bruxelles-Capitale relative à la publicité de l'administration.

(...)

Cass., 13 juin 2014, a.s.b.l. Gestion de l'informatique pour les administrations locales, R.G. n° C.14.0010.F.

Attributions du Conseil d'État – Notion d'autorité administrative – Association sans but lucratif – Pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

Extrait de l'arrêt

Griefs

(...)

Quatrième branche

1. Aux termes de l'article 144 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire. Il en va de même des contestations qui ont pour objet des droits politiques, sauf les exceptions prévues par la loi et ce, en vertu de l'article 145 de la Constitution.

Le Conseil d'État, section du contentieux administratif, statue par voie d'arrêts dans les cas prévus par la loi en vertu des articles 160 de la Constitution et 7 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État. Aux termes de l'article 14 de cette loi, il statue ainsi 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.

Faisant une application particulière des règles qui précèdent, l'article 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services dispose que les recours visés aux articles 65/14 - à savoir les recours en annulation des décisions prises par les autorités adjudicatrices - doivent être portés devant le Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, tandis que, lorsque le pouvoir adjudicateur ne revêt pas pareille qualité, seuls les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire sont investis du pouvoir de connaître de ces recours.

Concernant la notion d'autorité administrative, la jurisprudence constante de la Cour de cassation considère que :

« Les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics [...] 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 où elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des 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 ».

L'arrêt de la Cour du 30 mai 2011 précise en outre qu' « une institution peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers si elle peut déterminer unilatéralement ses propres obligations vis-à-vis des tiers ou constater unilatéralement les obligations de ces tiers ».

Le Conseil d'État suit d'ailleurs largement la jurisprudence de la Cour sur ce point.

Il en résulte que le critère organique, à savoir le fait que la société ou l'association ait été créée ou soit contrôlée par des autorités administratives, n'est pas suffisant pour considérer celle-ci comme étant elle-même une autorité administrative. Il faut, au contraire, lorsqu'elle prend la forme d'une personne de droit privé, qu'elle dispose, dans l'exercice de sa mission, du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

2. En l'espèce, par les motifs repris au moyen et tenus ici pour intégralement reproduits, l'arrêt considère tout d'abord que « la notion d'association de droit privé n'est définie par aucun texte ; que cette qualité ne peut se déduire de la seule forme adoptée par un organisme, quel qu'il soit » et, se basant uniquement sur « le lien organique qui l'unit à la Région de Bruxelles-Capitale, à la ville de Bruxelles et au centre public d'action sociale de celle-ci », décide que l'exception d'incompétence soulevée par [la demanderesse] « repose sur une prémisse qui ne se vérifie pas », à savoir le fait qu'elle est une personne morale de droit privé. L'arrêt en conclut que « [la demanderesse] doit être considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État ».

Ce faisant, l'arrêt constate expressément que [la demanderesse] est une association sans but lucratif mais considère que celle-ci n'en est pas moins une autorité administrative, en raison du « lien organique qui l'unit à la Région de Bruxelles-Capitale, à la ville de Bruxelles et au centre public d'action sociale de celle-ci ».

En aucun de ses motifs, l'arrêt ne constate dès lors que [la demanderesse] disposait, dans l'exercice de sa mission, du pouvoir de prendre unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard des tiers, ce qui constitue pourtant une condition de la qualification d'autorité administrative selon la jurisprudence précitée de la Cour.

3. En conséquence, en rejetant l'exception d'incompétence soulevée par la demanderesse sur la base des seules considérations qui précèdent, l'arrêt méconnaît la notion légale d'autorité administrative (violation des articles 144, 145, 160 de la Constitution, 7, 14 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, ainsi que de l'article 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services).

III. La décision de la Cour

Quant à la quatrième branche :

En vertu de l'article 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, le Conseil d'État est compétent pour annuler la décision prise par l'autorité adjudicatrice lorsque cette autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Aux termes de l'article 14, § 1^{er}, desdites lois coordonnées, le Conseil d'État, section du contentieux administratif, 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.

Les institutions créées ou reconnues par l'autorité fédérale, par les communautés et les régions, les provinces ou les communes, qui sont chargées d'un service public et qui ne relèvent pas du pouvoir judiciaire ou législatif, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par l'autorité et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

Une association sans but lucratif, fût-elle créée par une autorité administrative et fût-elle soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, qui ne peut pas prendre de décision obligatoire à l'égard des tiers, ne perd pas son caractère de droit privé. Le fait qu'une tâche d'intérêt général lui soit confiée est, à cet égard, sans intérêt.

L'arrêt considère que « les dispositions des statuts de [la demanderesse] font apparaître le lien organique qui l'unit à la Région de Bruxelles-Capitale, à la ville de Bruxelles et au centre public d'action sociale de celle-ci » et fonde cette décision sur les motifs que :

- « il ressort de l'article 4 [des statuts de la demanderesse] que les membres effectifs ayant la qualité de membres fondateurs étaient, à la constitution, la ville de Bruxelles, le centre public d'action sociale de Bruxelles et la Région de Bruxelles-Capitale et que seuls les membres effectifs ont le droit de vote » ;

- « l'article 5 porte ce qui suit : 'Les membres effectifs sont libres de se retirer de l'association moyennant un préavis d'un an, notifié par envoi recommandé au président du conseil d'administration. Chaque membre effectif est représenté à l'assemblée générale et au conseil d'administration par un nombre de mandataires défini par le règlement d'ordre intérieur. Seront admis en qualité de mandataires de la ville de Bruxelles, l'échevin ayant l'informatique dans ses attributions, les échevins ou conseillers communaux désignés par une délibération du conseil communal de la ville. Parmi les mandataires de la ville, le conseil communal fera choix d'un conseiller communal représentant le parti démocratique de l'opposition le plus important en nombre de sièges au conseil communal de la ville. Les mandataires au nombre fixé par le règlement d'ordre intérieur de la Région seront désignés par celle-ci. Les mandataires du centre public d'action sociale au nombre fixé par le règlement d'ordre intérieur seront désignés par son conseil' » ;

- « selon l'article 17, chaque membre effectif dispose à l'assemblée générale du droit de vote correspondant aux pourcentages suivants : Région de Bruxelles-Capitale : vingt p.c., ville de Bruxelles : soixante p.c., autres membres effectifs : vingt p.c., le vote d'un membre effectif s'exprimant à la majorité simple des voix de ses mandataires présents ou représentés ».

Il déduit de ces seules énonciations que « la prémisse selon laquelle le pouvoir adjudicateur est une association sans but lucratif, soit une personne morale de droit privé », sur laquelle repose l'exception d'incompétence opposée par la demanderesse, « ne se vérifie pas ».

En rejetant sur cette base le déclinatoire de juridiction soulevé par la demanderesse, sans constater qu'elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers, l'arrêt viole l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

(...)

Par ces motifs,

La Cour, statuant en chambres réunies,

Casse l'arrêt attaqué ;

(...)

Renvoie la cause devant le Conseil d'État, section du contentieux administratif, autrement composé, qui se conformera à la décision de la Cour sur le point de droit jugé par elle.

Observations : une association administrative ne saurait être assimilée à une autorité administrative

1. Par les deux arrêts commentés, le Conseil d'État et la Cour de cassation furent conduits à mettre en œuvre de manière successive le concept d'autorité administrative à propos de l' a.s.b.l. Centre de Gestion Informatique des Administrations Locales (en abrégé G.I.A.L.)¹. Cette association a pour but : la gestion, le développement et l'exploitation d'applications et infrastructures informatiques, bureautiques et de télécommunications pour ses propres besoins ou pour ceux de ses membres effectifs et, accessoirement, d'administrations tierces ; l'acquisition et la location de travaux, services et fournitures liées aux technologies de l'information et de la communication pour ses propres besoins ou pour ceux de ses membres effectifs et, accessoirement, d'administrations tierces ; et enfin, la dispense de conseils et d'avis ou l'accompagnement de ses membres effectifs et, accessoirement, d'administrations tierces, dans la définition et la mise en œuvre de leurs besoins fonctionnels en matière de technologies de l'information et de la communication. Cette association a été constituée par trois membres fondateurs : la Ville de Bruxelles, la Région de Bruxelles-capitale et le Centre public d'action sociale de la Ville. Ces trois membres fondateurs sont aujourd'hui les trois membres associés effectifs qui, seuls, bénéficient du droit de vote et peuvent siéger au Conseil d'Administration, respectivement pour 60 %, 20 % et 20 % des droits de vote. Chaque collectivité publique associée désigne des mandataires à l'Assemblée générale et au Conseil d'Administration, lors de chaque renouvellement de son assemblée délibérante, étant entendu que l'Echevin de la Ville qui a l'informatique dans ses attributions en est membre de droit².

2. Dans cette affaire, la question qui se posa fut de savoir si le G.I.A.L. pouvait être considéré comme une autorité administrative au sens des lois coordonnées sur le Conseil d'État et si, partant, ses décisions pouvaient être déférées à la censure du Conseil d'État³. Le G.I.A.L. était pouvoir adjudicateur d'un marché public, attribué suivant la procédure d'appel d'offres général avec publicité européenne, qui avait pour objet la conception, la rédaction, la mise en page, l'impression et la distribution du bulletin d'information de la Ville de Bruxelles. Parmi les soumissionnaires figura la s.a. DECOM. Le 9 juillet 2012, le G.I.A.L. informa cette société que le marché avait été attribué à un autre soumissionnaire. Il l'avertit néanmoins qu'elle pouvait introduire un recours en suspension dans un délai de 15 jours, « selon le cas, dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire, ou devant le Conseil d'État, par une procédure en extrême urgence ». Par ailleurs, le G.I.A.L. indiqua également à la s.a. DECOM qu'elle pouvait introduire un recours en annulation contre la décision d'attribution, « auprès du Conseil d'État ».

¹ Auparavant a.s.b.l. Gestion de l'Informatique pour les Administrations locales.

² Voy. les publications au Moniteur belge des 8 juin 2010 et 2 août 2006.

³ Pour mémoire, l'article 14, § 1^{er} des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose que « la section 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 : 1° des diverses autorités administratives ».

La s.a. DECOM n'introduisit aucun recours en référé. En revanche, elle adressa au Conseil d'État une requête en annulation de l' « avis de non attribution ». Devant le Conseil d'État, le G.I.A.L. souleva un déclinatoire de compétence, contestant qu'on pût le qualifier d'autorité administrative. Par le premier arrêt reproduit, soulignant que la notion d'association de droit privé n'est définie par aucun texte, le Conseil d'État constata de quelle manière le G.I.A.L. avait été constitué et en déduisit qu'un lien organique l'unissait à la Région de Bruxelles-capitale et à la Ville de Bruxelles. Sur la base de ce critère organique, il jugea que le G.I.A.L. devait être considéré comme une autorité administrative. En conséquence, il repoussa le déclinatoire de compétence, reçut le recours et rouvrit les débats pour permettre le dépôt d'un rapport complémentaire sur le fond.

Le G.I.A.L. ne se le tint toutefois pas pour dit. Il se pourvut devant la Cour de cassation, en faisant grief à l'arrêt *s.a. DECOM* d'avoir méconnu la notion légale d'autorité administrative, telle qu'elle est interprétée par la Cour de cassation. Par le second arrêt reproduit, la Cour de cassation rappela à quelles conditions elle considère les institutions créées par les pouvoirs publics comme des autorités administratives. Notamment, elle souligna qu'une a.s.b.l., fût-elle créée par les pouvoirs publics et fût-elle chargée d'un service public, ne perd pas son « caractère de droit privé » si elle « ne peut pas prendre de décision obligatoire à l'égard des tiers ». Partant, la Cour de cassation jugea que l'arrêt attaqué, par lequel il n'avait pas été vérifié si le G.I.A.L. pouvait prendre de telles décisions, avait méconnu l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État ; elle le cassa et renvoya la cause devant le Conseil d'État.

Reprenant l'examen de cette affaire, le Conseil d'État admit que le G.I.A.L. n'exerçait pas de parcelle de la puissance publique, n'était pas soumis à des contrôles de tutelle et ne disposait pas de prérogatives exorbitantes de la puissance publique, ni de manière générale, aux termes de ses statuts, ni dans le cas particulier de l'attribution d'un marché public, comme en l'espèce. Il en déduisit que le G.I.A.L. ne pouvait être considéré comme une autorité administrative et, partant, il rejeta le recours qui lui était soumis⁴.

3. En guise de commentaires, nous consacrerons quelques pages à replacer ces arrêts dans le contexte de la jurisprudence, déjà abondamment commentée (A). Nous nous permettons ensuite de nous interroger sur les raisons pour lesquelles le Conseil d'État se déclara compétent (B).

A. La notion d'autorité administrative dans les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation

4. L'histoire du concept d' « autorité administrative » a déjà été racontée maintes fois et nous pouvons nous limiter à en rappeler les traits essentiels, en renvoyant le lecteur désireux d'en savoir davantage à l'abondante doctrine qui existe déjà sur le sujet⁵. À l'origine, le

⁴ C.E., 2 décembre 2014, *s.a. DECOM*, n° 229.444.

⁵ Notamment Y. MOSSOUX, « La notion d'autorité administrative », *La publicité de l'administration. 20 ans après, bilan et perspective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 51 et s. ; C. DUBOIS et J. DUVAL, « Autorité administrative. À la recherche de l'*imperium* ou d'autres critères ? », *A.P.T.*, 2014, n° 3, p. 334 et s. ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 430 et s. ; D. YERNAULT, « Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques : le logement social, cheval de Troie malgré lui ? », in dir. H. DUMONT e.a., *Le service public. 1. Le service public : passé, présent et avenir*, Bruxelles, La charte, 2009, p. 144 et suiv. ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 641 et s. ; D. DEOM, « Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non », *A.P.T.*, 2004, p. 95 et s. ; D. DE ROY, « Être ou ne pas être... autorité administrative. Vers de

concept visait, de manière évidente, les entités⁶ qui étaient organiquement inscrites dans l'orbite des pouvoirs publics. Les critères qui ont d'abord été retenus étaient dès lors en relation avec cette inscription organique : avoir été créée ou reconnue par une ou des collectivités publiques, par ou en vertu de la loi, et être contrôlée ou dirigée par l'administration. Traditionnellement, la personne morale qui répondait à ces critères était considérée en toute occasion comme une autorité administrative et ses actes relevaient de la juridiction du Conseil d'État sans autre condition, pourvu que l'objet du recours ne portât pas sur la reconnaissance d'un droit subjectif. Cependant, limiter la compétence du Conseil d'État en fonction de ces critères aurait été trop restrictif. De nombreuses entités sont associées à l'action des pouvoirs publics sans y répondre. La doctrine et la jurisprudence ont donc dégagé, aux côtés des critères organiques, des critères matériels qui justifiaient une extension du champ de compétence du Conseil d'État : se voir confier la satisfaction d'un besoin social d'utilité publique, éventuellement avec une certaine exclusivité, et se voir conférer dans ce but des prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire, suivant la jurisprudence, le pouvoir de prendre des décisions « *obligatoires pour les tiers* »⁷. Ce dernier critère a supplanté progressivement tous les autres. Il a même contaminé à rebours le regard qui était porté sur une partie des personnes publiques organiques ; il a en effet été appliqué à des personnes publiques organiques créées par les pouvoirs publics « sous une forme de droit privé ». À partir d'un examen méthodique de la jurisprudence, Monsieur l'Avocat général Werquin qualifie ainsi ce critère, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation reproduit ci-avant, de « critère déterminant ».

5. La Cour de cassation identifie le pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers comme le fait de déterminer unilatéralement ses propres obligations vis-à-vis des tiers ou de constater unilatéralement les obligations de ces tiers, sachant que ces obligations peuvent consister à devoir reconnaître ou subir des pouvoirs ou des droits que l'organe doté de la puissance publique confère à des tiers⁸. À cela s'ajoute que l'entité en cause doit être capable de prendre de telles décisions de manière autonome, en exerçant un pouvoir d'appréciation discrétionnaire⁹. Suivant la jurisprudence du Conseil d'État, tel n'est jamais le cas pour une décision d'attribuer un marché public, comme dans l'affaire qui a fait l'objet des deux arrêts reproduits ci-avant¹⁰. Ce n'est pas davantage le cas pour l'ensemble des

nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales », *Rev. dr. com.*, 2002, n° 2, p. 211 ; D. DELVAX, « Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative », *A.P.T.*, 2001, n° 3, p. 196 et suivantes ; P. NIHOUL, « La notion d'autorité administrative : retour à l'orthodoxie », sous C.E. (VIe), n° 90.286 du 18 octobre 2000, *S.A. Eurosense Belfotop e.a.*, avec rapport (extr.) Aud., *A.P.T.*, 2001, n° 1, p. 78 et suivantes ; P. LEWALLE, « Les A.S.B.L., moyen d'action des pouvoirs publics ? », in *Les A.S.B.L., évaluation critique d'un succès*, Gand, Story-scientia, Commission droit et vie des affaires de l'université de Liège, 1985, p. 279.

⁶ Une autorité administrative peut être aussi bien une personne morale qu'une personne physique ou un service dénué de personnalité morale.

⁷ Cass., 14 février 1997, *Gimvindus, Pas.*, 1997, p. 233 ; Cass., 10 septembre 1999, n° C.98.0141.F ; Cass., 28 octobre 2005, n° C.04.0575.N ; Cass., 10 septembre 2009, n° C.09.0102.N.

⁸ Cass., 30 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 363 ; P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 85.

La doctrine a critiqué les applications de cette jurisprudence (D. DEOM, *op. cit.*, p. 100-102 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif, op. cit.*, note n° 1177). Ainsi, l'exemple d'acte qui lie les tiers qui a sans doute été le plus souvent retenu est celui des décisions de jurys scolaires et universitaires ; or, l'effet de ces décisions est à proprement parler davantage d'être opposable aux tiers, ce qui peut parfaitement être le cas d'un acte privé, que de leur imposer des obligations.

⁹ Cass., 10 juin 2005, C.04.0278.N/9 (à propos des sociétés de logement social) et C. DUBOIS et J. DUVAL, *op. cit.*, p. 335

¹⁰ C.E., 17 juin 2011, *s.a. Energys*, n° 213.949 : « Considérant que la qualité d'autorité administrative a été reconnue à une personne morale de droit privé lorsqu'elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des

décisions, en tout cas à portée individuelle, en matière de fonction publique. Autrement dit, ce critère revient à exclure une part substantielle de l'action administrative.

6. Il faut encore déterminer si ce critère de l'acte qui lie les tiers permet au Conseil d'État de connaître de l'ensemble de l'activité d'une autorité administrative, ou seulement des actes qui répondent à ce critère. Le Conseil d'État lui-même semble hésiter, par l'arrêt n° 229.444 rendu à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation reproduit plus haut ; il relève en effet à la fois que le G.I.A.L. ne dispose pas de manière générale « de prérogatives exorbitantes du droit commun lui permettant de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers dans l'accomplissement de son objet social » et à la fois que « l'acte attaqué, par lequel cette a.s.b.l. attribue un marché à une entreprise déterminée plutôt qu'à une autre, n'est pas une décision créant "des obligations à l'égard de tiers" ». La jurisprudence de la Cour de cassation laisse cependant peu de doute. Ici encore, la solution retenue pour les personnes morales d'initiative privée, mais chargées d'une mission de service public, semble s'imposer à rebours pour de nombreuses formes de décentralisation fonctionnelle. Les actes des établissements d'enseignement libre ne relèvent en effet de la compétence du Conseil d'État que dans la mesure où ces établissements agissent en qualité d'autorité administrative, c'est-à-dire pour les seuls actes que ces établissements adoptent qui créent des obligations à l'égard de tiers¹¹. De manière plus générale, la Cour de cassation juge ainsi : « Même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une personne morale de droit privé n'acquiert le caractère d'une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers ; le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est à cet égard sans incidence. Il s'ensuit qu'un acte émanant de cette personne morale n'est de nature à faire l'objet d'un recours en annulation et, partant, d'un recours en suspension de son exécution devant le Conseil d'État que dans la mesure où il ressortit à l'*imperium* dont elle est investie »¹².

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'État 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 ». Voy. également C.E., 28 janvier 2011, *s.a. Les entreprises GILLES MOURY*, n° 210.776 ; C.E., 25 avril 2012, *s.c.r.l. Établissements Guy Magermans et Cie*, n° 219.043 ; C.E., 31 juillet 2012, *s.c.r.l. S.H.S. Computer*, n° 220.398.

¹¹ Voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 425 et n° 429 ; D. DEOM, *op. cit.*, p. 95 et suivantes ; X. DELGRANGE, « S.O.S. Bonheur », note sous Cass. (ch. réunies), 6 septembre 2002, *G.M. c/ Instituut zusters van de onbevleete gevangenis*, Cass. (ch. réunies), 6 septembre 2002, *L. c/ Katholieke Universiteit Leuven* et C.A., arrêt n° 41/2003 du 9 avril 2003, *R.C.J.B.*, 2005, n° 1. En substance, le Conseil d'État est compétent pour connaître des décisions relatives à la délivrance de certificats de qualification, sans doute aussi pour connaître des autres décisions relatives à la réussite ou l'échec des étudiants, mais non pour connaître des décisions disciplinaires ou des décisions en matière d'inscription. Voy. également, à propos d'un pouvoir disciplinaire, pourtant confié par la loi, au sein des fédérations sportives : C.E., 14 juillet 2010, *Malisse*, n° 206.617 et 206.618 et Cass., 30 mai 2011, *Vlaams doping Tribunaal*, C.10.0625.F.

¹² Cass., 13 juin 2013, C.12.0458.F. Le Conseil d'État avait accepté de connaître d'une décision d'attribution d'un marché public de la s.a. Brussels South Charleroi Airport au motif que celle-ci était, par ailleurs, compétente pour prendre des décisions susceptibles de lier les tiers (C.E., 6 juillet 2012, *s.a. Aviapartner Holding et s.a. TPF Utilities*, n° 220.231). Son arrêt a été cassé. Cette jurisprudence de la Cour de cassation tend

7. Si la jurisprudence que nous venons d'exposer paraît à présent gravée dans le marbre, ce qui est moins clair en revanche, c'est l'étendue de son champ d'application. Encore une fois, l'intention du législateur était que le Conseil d'Etat exerce son contrôle sur le service public organique, en ce compris, de manière large, les différentes formes de décentralisation fonctionnelle¹³. Soumettre l'ensemble des services publics organiques au critère de l'acte qui lie les tiers reviendrait à retirer au Conseil d'Etat l'essentiel de sa compétence, au mépris de cette volonté du législateur. Par ailleurs, par l'arrêt reproduit ci-avant, le Conseil d'Etat pose clairement la question de savoir ce qui doit être considéré comme une « personne morale de droit privé », en remarquant que « la notion d'association de droit privé n'est définie par aucun texte ». La Cour de cassation, qui énonce qu'« une association sans but lucratif, fût-elle créée par une autorité administrative et fût-elle soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, qui ne peut pas prendre de décision obligatoire à l'égard des tiers, ne perd pas son caractère de droit privé », ne répond pas réellement à cette interrogation. La Cour de cassation semble considérer comme une évidence que constitue une personne morale de droit privé, la personne morale constituée sous une forme que peut généralement adopter une personne privée. Enfin, force est de constater qu'il existe un grand nombre de personnes morales qui sont désignées comme personnes publiques par la loi tout en étant créées sous une forme de société ou d'association. Le Conseil d'Etat donne dès lors un peu le sentiment de tâtonner entre divers critères pour tenter de distinguer entre les sociétés et les associations dont l'activité relèverait toujours de sa compétence et celles pour lesquelles seules les décisions qui lient les tiers pourraient lui être déferées : avoir été créée par les pouvoirs publics¹⁴ ; avoir été créée comme personne publique¹⁵ ; avoir été créée sur la base d'une loi *ad*

à dissoudre le concept d'autorité administrative. Tout se passe comme si l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat avait été réécrit dans les termes suivants : « la section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation (...) formés contre les actes et règlements : 1° pris en qualité d'autorité administrative ».

¹³ S. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 430.

¹⁴ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 419 ; S. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *op. cit.*, p. 432 et 441 ; C. DUBOIS et J. DUVAL, *op. cit.*, p. 337. Le Conseil d'Etat a proposé, par plusieurs arrêts, une distinction 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 qui feraient comme telles parties intégrantes de l'administration, 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, et qui ne pourraient être qualifiées d'autorités administratives que lorsqu'elles prennent unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard des tiers (Voy notamment C.E., 25 avril 2012, *s.c.r.l. Etablissements Guy Magermans et Cie*, n° 219.043, p. 5). Cette distinction entre personnes morales créées ou non par les pouvoirs publics paraît irrémédiablement écartée par l'arrêt de la Cour de cassation reproduit ci-avant.

¹⁵ Les personnes publiques seraient toujours considérées comme des autorités administratives tandis que les personnes privées ne pourraient être considérées comme des autorités administratives que pour les seuls actes pour lesquels elles ont reçu le pouvoir de lier les tiers (C. DUBOIS et J. DUVAL, *op. cit.*, p. 337 ; Y. MOSSOUX, *op. cit.*, p. 60 – 67 et 74 et s. ; S. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *op. cit.*, p. 430 et s. ; Monsieur Lewalle évoque ainsi l'exemple de la Société régionale Wallonne de Financement complémentaire des infrastructures, créée sous la forme d'une personne morale de droit public par le décret wallon du 10 mars 1994 (P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 430)). Messieurs Salmon, Jaumotte et Thibaut voient une approbation de cette distinction dans l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2009, C.09.0102.N et C.09.0108.N (nous revenons sur cet arrêt ci-après). Ces mêmes auteurs poursuivent cependant leur développement en examinant chaque catégorie en cause (organismes d'intérêt public, établissements publics, associations de pouvoirs publics, entreprises publiques autonomes) et se montrent extrêmement réservés quant au fait que *tous* les actes de ces diverses catégories de personnes publiques relèveraient de la compétence du Conseil d'Etat.

Il faut avouer que le concept de personne publique n'est pas mieux défini que celui d'autorité administrative, et on peut avoir l'impression que le problème ne fait que se déplacer ; les personnes publiques sont en effet identifiées par la méthode du faisceau d'indices, indices parmi lesquels on retrouve pour une bonne part les critères de l'autorité administrative : la création par ou en vertu de la loi, l'intention du créateur de la personne morale de créer une personne publique, la soumission à des contrôles de droit administratif, un objet d'intérêt

hoc et non sur la seule base du Code des sociétés ou de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif¹⁶ ;... À notre connaissance, aucun de ces critères n'a véritablement été consacré par la Cour de cassation jusqu'ici. Il est à craindre que le critère de l'acte qui lie les tiers trouve finalement à s'appliquer à toute société et à toute association, en ce compris de nombreuses personnes morales, intercommunales ou organismes d'intérêt public, pour lesquels le Conseil d'Etat se reconnaît généralement compétent aujourd'hui¹⁷.

8. Compte tenu de ce que nous venons de rappeler, l'arrêt de la Cour de cassation reproduit ci-avant n'avait rien d'inattendu. Le G.I.A.L. n'est pas créé ni prévu par la loi. Il a une forme de droit commun, celle d'une a.s.b.l. uniquement soumise à la loi du 27 juin 1921. La décision en cause en l'espèce était une décision d'attribution d'un marché public. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il était à craindre que cette décision ne relevât pas de la compétence du Conseil d'Etat. Les conseillers qui rendirent l'arrêt *s.a. DECOM* ne pouvaient pas ne pas en être conscients. Il y avait d'autant moins de surprise que si, à notre connaissance, la question ne s'était jamais posée à propos du G.I.A.L., une question analogue s'était récemment posée à propos de l'a.s.b.l. Smals. L'a.s.b.l. Smals est une association similaire au G.I.A.L., dont l'objet social est « le soutien de ses membres en matière de gestion de l'information et questions connexes en faveur d'une prestation de services électroniques intégrée ». Ses membres ordinaires sont, par référence aux dispositions de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque Carrefour de la sécurité sociale, les institutions publiques de sécurité sociale, la Banque Carrefour et la plate-forme eHealth¹⁸. Une décision par laquelle l'a.s.b.l. Smals avait attribué un marché public fit l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Par un premier arrêt¹⁹, le Conseil

général, des prérogatives exorbitantes du droit commun et notamment le pouvoir de prendre des décisions qui créent des obligations à l'égard de tiers,... (C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 158 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° « Personne morale de droit public », Bruxelles, Bruylant, 2006 ; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Die Keure, 2004, notamment p. 25-39 ; D. DEOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'partenariats public-privé' (P.P.P.) », in *Les partenariats public-privé (P.P.P.) - Un défi pour le droit des services publics*, dir. B. LOMBAERT, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 191-230, surtout p. 199 et 205-207 ; Cass. (3e ch.), 14 octobre 2002, *C.D.P.K.*, 2003, n° 1, p. 106 et suiv., avec note F. VANDENDRIESSCHE, « De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter » ; D. DE ROY, « Établissements publics, organismes d'intérêt public et *tutti quanti* : la qualification juridique des satellites de l'administration », note sous Cass., 25 mai 2009 et 19 mars 2010, *R.C.J.B.*, 2013, n° 1, en partic note 74). Il y a quelque paradoxe à utiliser la méthode du faisceau d'indices pour identifier une personne publique, et prétendre échapper ainsi à la méthode plus exigeante du cumul des critères imposée par la Cour de cassation pour l'identification des autorités administratives, avec des critères très proches (Y. MOSSOUX, *op. cit.* et D. DE ROY, « Établissements publics, ... », *op. cit.*, p. 53).

¹⁶ Le Conseil d'Etat évoque ainsi le fait qu'une personne morale est constituée sous une « forme de droit commun » (C.E., 1^{er} octobre 2010, *Duquesne*, n° 207.827).

¹⁷ Les intercommunales sont pourtant généralement considérées comme des autorités administratives (c'est encore rappelé comme une évidence dans le cadre des travaux préparatoires à la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration – cités par Y. MOSSOUX, *op. cit.*, p. 54). Il est cependant devenu problématique de les classer. Il n'y a *a priori* pas beaucoup de différences de principe entre une intercommunale constituée dans la forme d'une société de droit commun et l'association entre la Région bruxelloise et la Ville de Bruxelles dans la forme d'une a.s.b.l. La distinction paraît d'autant plus arbitraire qu'il existe également des intercommunales dont l'objet social est de passer des marchés publics pour le compte des communes qui y sont associées. Si les intercommunales sont prévues par la loi, c'est également le cas des a.s.b.l. administratives en Région wallonne (voy. les art. L1234-1 et s. et L2223-1 et s. du Cwadel). Voy également les hésitations de la jurisprudence à propos des sociétés de logement (C. DUBOIS et J. DUVAL, *op. cit.*, p. 335, 339 et 340 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 430 ; D. DE ROY, « Établissements publics, ... », *op. cit.*, par ex n° 46 et p. 67 et s. – en Région wallonne, relevons que les sociétés de logement de service public sont expressément identifiées comme des personnes morales de droit public par l'article 130 du Code du logement).

¹⁸ Voy les publications au Moniteur belge des 14 juin 2007 et 28 novembre 2008.

¹⁹ C.E., 23 septembre 2011, *s.a. BEDIMO*, n° 215.308.

d'État se limita à constater que l'a.s.b.l. Smals ne pouvait pas prendre de décisions obligatoires à l'égard des tiers dans l'accomplissement de son objet social, mais il accepta d'interroger la Cour constitutionnelle sur la différence de traitement qui découlait de la conception de l' « autorité administrative » à laquelle ce critère renvoyait. Après avoir relevé que, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, une a.s.b.l. ne pourrait être qualifiée d'autorité administrative que dans la mesure où elle prend des décisions obligatoires à l'égard des tiers et que, suivant la jurisprudence du Conseil d'État, l'attribution d'un marché public n'est pas une décision créant des obligations à l'égard de tiers, la Cour constitutionnelle jugea que la différence de traitement était justifiée par la différence des situations et qu'elle n'emportait pas d'effets disproportionnés, dès lors que le soumissionnaire évincé avait dans tous les cas la possibilité de faire contrôler la légalité de la décision d'attribution par un juge qui dispose d'une compétence de pleine juridiction²⁰. Par un second arrêt, le Conseil d'État se déclara alors sans compétence pour connaître de la décision d'attribution d'un marché public de l'a.s.b.l. Smals²¹. Au regard de ce contexte jurisprudentiel, on doit dès lors s'interroger sur l'objectif poursuivi par le Conseil d'État dans l'arrêt *s.a. DECOM*. Cette interrogation nous conduit à examiner les inconvénients de la jurisprudence et les moyens d'y remédier, en particulier la solution qui fut proposée par le Conseil d'État dans cet arrêt.

B. Les inconvénients de cette jurisprudence et les moyens d'y remédier.

9. Il y a lieu de souligner, à ce stade de notre développement, que la jurisprudence restrictive à propos du champ de compétence du Conseil d'État, quelque bien établie qu'elle soit, ne laisse pas moins subsister de nombreux inconvénients.

D'abord, dans la mesure où les actes de nombreuses entités associées aux pouvoirs publics ne relèvent pas de la juridiction du Conseil d'État, il faut se demander de quels contrôles ces actes peuvent faire l'objet. La Cour de cassation semble considérer que la question qui se poserait en l'espèce serait de savoir si l'activité d'une personne morale fait l'objet de contrôles de la part du Conseil d'État ou des juridictions de l'ordre judiciaire²². C'est d'ailleurs pour ce seul motif que la Cour de cassation peut elle-même connaître de la question en qualité de juge de la répartition des attributions entre le Conseil d'État et les juridictions de l'ordre judiciaire²³. Même dans cette optique, la juridiction du Conseil d'État présente déjà un

²⁰ C.C., arrêt n° 131/2012 du 30 octobre 2012.

Notons que la Cour constitutionnelle vérifia de manière expresse que les fournitures qui faisaient l'objet du marché public pouvaient être destinées aussi bien à l'association elle-même qu'aux autorités administratives qui en sont membres (comme le marché public en cause dans les arrêts reproduits était conclu directement au bénéfice de la Ville de Bruxelles) (Cons. B.4. et s.).

Le Conseil d'État s'est cependant encore interrogé par la suite sur la conformité de la jurisprudence de la Cour de cassation au principe d'égalité (C.E., 17 octobre 2014, *s.a. Eurobussing Wallonie*, n° 228.797 ; C.E., 15 octobre 2014, *s.p.r.l. Taxis sympa*, n° 228.761).

²¹ C.E., 30 mai 2013, *s.a. BEDIMO*, n° 223.650. On peut également rappeler que le Conseil d'État se déclara de même incompetent pour connaître de la décision de désignation d'un directeur par le conseil d'administration du Théâtre Royal du Parc, fondation d'utilité publique constituée par la Ville de Bruxelles (C.E., 1^{er} octobre 2010, *Duquesne*, n° 207.827).

²² Voy. les Conclusions de Monsieur l'Avocat général Dubrulle avant Cass., 10 septembre 2009, C.09.0102.N et C.09.0108.N, qui admet la compétence du Conseil d'État notamment pour le motif suivant : « La question qui se pose n'est donc pas de savoir si un acte juridique d'une personne morale de droit privé est soustrait au contrôle des tribunaux ordinaires pour le soumettre, exceptionnellement, à la protection particulière du juge administratif ».

²³ Conformément à l'article 33 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, peuvent être déférés à la Cour de cassation, les arrêts par lesquels la section du contentieux administratif décide de ne pouvoir connaître de la

intérêt ; on évoque souvent à cet égard sa spécialisation pour juger de l'action administrative et les pouvoirs inquisitoires dont il dispose²⁴. Mais on peut interroger cette conception des choses de manière plus radicale²⁵. Certes, le juge des référés judiciaire a pu adopter progressivement une interprétation très large de sa propre compétence²⁶. Considérant le prescrit des articles 144 et 145 de la Constitution, le principe n'en reste pas moins que la question de la compétence du Conseil d'État ne se pose que lorsque le litige ne porte pas sur la reconnaissance d'un droit subjectif, c'est-à-dire lorsque le requérant ne disposerait d'aucune action devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Et en effet, dans de très nombreux cas, si le Conseil d'État ne peut pas exercer de contrôle, les personnes dont les intérêts sont en cause resteront sans recours²⁷.

Ensuite, la notion d' « autorité administrative » a été reprise par d'autres législations et la qualification d'autorité administrative aux termes des lois coordonnées sur le Conseil d'État entraîne donc par référence l'application de divers régimes de droit public²⁸. La qualification d' « autorité administrative » implique ainsi la soumission à toute la législation relative à la transparence administrative²⁹. Notamment, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, qui requiert que tout acte administratif à portée individuelle soit motivé en la forme, voit son champ d'application défini par référence à la notion d' « autorité administrative »³⁰. La qualification d' « autorité administrative » entraîne par ailleurs, suivant la jurisprudence du Conseil d'État, l'application de l'ensemble des principes généraux du droit administratif, tels que le principe d'impartialité, les principes des droits de la défense et d'audition préalable, le principe du raisonnable ou encore les principes généraux de bonne administration³¹. L'exclusion de la catégorie des autorités administratives permet dès lors du même coup d'échapper à ces règles³².

demande par le motif que la connaissance de celle-ci rentre dans les attributions des autorités judiciaires, ainsi que les arrêts par lesquels la section rejette un déclinatoire fondé sur le motif que la demande relève des attributions de ces autorités.

²⁴ Il faut se souvenir des mots de Monsieur Leroy (« Aux confins des compétences administratives et judiciaires », *A.P.T.*, 1988, p. 155) : « Dans un tel raisonnement, des considérations peuvent intervenir, qui ne sont pas strictement juridiques, mais relèvent d'une certaine forme d'opportunité, qui sont tirées de la conception que le juge se fait de sa mission, des droits et des parties qui comparaissent devant lui. Et de ce point de vue-là, l'intérêt des justiciables est certainement de ne pas être privé du recours qui leur permet de porter leur litige devant un juge qui, non seulement est coutumier de ce genre de problème, mais surtout, qui statue sur base du dossier administratif ». Voy également C. DUBOIS et J. DUVAL, *op. cit.*, note 41.

²⁵ D. DEOM, « Enseignement libre et autorité administrative :... », *op. cit.*, p. 104-105 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 430 et note n° 937.

²⁶ B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in dir. H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La charte, 2006, p. 51 et s.

²⁷ En particulier en ce qui concerne les questions de personnel – voyez à titre d'exemple C.E., 1^{er} octobre 2010, *Duquesne*, n° 207.827.

²⁸ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 417 ; D. DE ROY, « L'application du droit des marchés publics aux A.S.B.L. subventionnées », *J.T.*, 2001, p. 225 et suivantes.

²⁹ Y. MOSSOUX, *op. cit.* ; C.E., 15 octobre 2014, *s.p.r.l. Taxis sympa*, n° 228.761.

³⁰ M. PILCER, « L'obligation de motivation des décisions des ASBL exerçant une mission d'intérêt général ou de service public, son champ d'application et ses implications », *Non-marchand / Economie sociale*, 2008, Dossier n° 6, p. 203 et s.

³¹ D. DEOM, « Enseignement libre et autorité administrative :... », *op. cit.*, p. 99 ; C.E., 11 juillet 2008, *Hemmer*, n° 185.378.

³² Sauf les exceptions prévues par la loi – cf. par exemple les dispositions 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, et ci-après.

En outre, ce problème de l'application ou du contournement des règles de droit public est particulièrement aigu dans le cas des a.s.b.l. administratives. D'emblée, les pouvoirs publics ont utilisé la forme de droit commun de l'a.s.b.l., instituée par la loi du 27 juin 1921, pour créer des associations partiellement soumises au droit privé tout en ayant l'intention de continuer à exercer sur elles une maîtrise presque totale³³. Toutefois, le contrôle de ces a.s.b.l. est resté incertain, à tous niveaux. D'une part, les pouvoirs publics qui créent des a.s.b.l. administratives ont eux-mêmes des difficultés à contrôler l'activité de ces associations. Monsieur Lewalle a écrit que le recours aux a.s.b.l. administratives n'est acceptable qu'à la condition que l'autorité y dispose d'un « irréductible pouvoir du dernier mot »³⁴. En pratique, les autorités se contentent le plus souvent d'exercer sur ces a.s.b.l. un contrôle très approximatif³⁵. D'autre part, les pouvoirs publics qui créent des a.s.b.l. administratives le font souvent dans l'intention délibérée d'échapper aux règles de droit public qui devraient s'appliquer à leur activité. Les législations concernées sont très nombreuses et on peut multiplier les exemples. La loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public ne s'applique pas aux a.s.b.l. créées par exemple par une Communauté³⁶. Le contrôle de la Cour des comptes ne pèse que sur les « organismes publics », c'est-à-dire les organismes créés pour rencontrer un besoin d'intérêt général, en particulier les a.s.b.l. *publiques*³⁷. Les contrôles de tutelle qui pèsent sur les communes ne pèsent également sur les a.s.b.l. que les communes créent que dans le cas des intercommunales³⁸. Habilement utilisée, la forme de l'a.s.b.l. permet d'échapper à de nombreuses contraintes. Mais les effets de cette politique sont délétères. Sans même évoquer des objectifs franchement frauduleux qui pourraient être poursuivis par des individus, la jurisprudence révèle nombre d'exemples dans lesquels des a.s.b.l. semblent n'avoir été constituées par une autorité administrative que pour contourner une interdiction qui s'imposait à elle³⁹ : se délivrer un permis à elle-même, percevoir des subventions, recruter du personnel sans comparaison des titres et mérites, ... Dans ce contexte, une jurisprudence qui réduit encore les contrôles qui peuvent peser sur les a.s.b.l. des pouvoirs publics est regrettable.

10. Au regard de ces difficultés, on ne peut pas ne pas penser à une étude récente et approfondie des différentes méthodes qui permettent de qualifier les satellites de

³³ Voy. la création de l'a.s.b.l. Palais des Beaux-Arts de Bruxelles, racontée par H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, volume 1 : de 1830 à 1970*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis - Bruylant, 1996, n° 161 à 163.

³⁴ P. LEWALLE, « Les A.S.B.L. communales. Organisation, missions et contrôles », *A.P.T.*, 1986/2, p. 155.

³⁵ Voy notre étude, « Les A.S.B.L. des pouvoirs publics », in dir. P. JADOUL, B. LOMBAERT et F. TULKENS, *Le paraétatisme. Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Bruxelles, La charte, Bibliothèque de droit administratif, 2010, p. 276 et s.

³⁶ P. LEWALLE, « Les A.S.B.L., moyen d'action des pouvoirs publics ? », in *Les A.S.B.L., évaluation critique d'un succès*, Gand, Story-Scientia, Commission droit et vie des affaires de l'université de Liège, 1985, p. 290.

³⁷ Loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral (*M.B.*, 3 juillet 2003) et loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes (*M.B.*, 25 juin 2003) ; B. LOMBAERT et P.-O. DE BROUX, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », in *Les partenariats public-privé (PPP)*, Bruxelles, La Charte, Bibliothèque de droit administratif, 2005, p. 342-344.

³⁸ Par exemple, les articles L3111-1 et suivants du CWADEL soumettent les intercommunales à la tutelle administrative (et même à la tutelle d'approbation pour ce qui est de l'adoption et de la modification des statuts). C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 161 ; P. BLONDIAU, « La coopération entre communes : quelles nouveautés ? », *Mouv. comm.*, 2006, n° 11, p. 497.

³⁹ Voy. notre étude, *op. cit.*, p. 287-290, spéc. 289.

l'administration⁴⁰. Dans le cadre de cette étude, il a notamment été fait état de la directive d'interprétation désignée sous le nom d' « induction sociale » ; en substance, le législateur adopte des textes de droit avec des objectifs précis, pour répondre aux besoins de la société, et il incombe à l'interprète du texte juridique d'induire et de reconstituer cette volonté, de manière évolutive, pour répondre aux besoins présents et futurs de la société⁴¹. Cette directive d'interprétation peut conduire l'interprète à recourir à la fiction juridique, c'est-à-dire un procédé de qualification qui consiste à conférer à une personne, à une chose ou à un phénomène, une nature ou un état juridique autre que leur nature, leur état juridique ou réel de base, afin de leur appliquer un autre régime que celui qui serait normalement applicable, notamment, dans le cadre de la jurisprudence, lorsqu'il convient de combler une lacune ou une anomalie grave de la loi⁴². Et parmi ces fictions, Monsieur De Roy cite notamment la figure de la « qualification par assimilation » : il s'agit, en présence d'une similitude d'objet qui s'appuie sur la raison juridique, d' « inclure dans une catégorie juridique un objet distinct de la classe de ceux pour lesquels la catégorie juridique a été créée, mais qui, voisin de cette classe, ne présente pas de différence fondamentale avec celle-ci »⁴³. Cette figure n'est admissible que si elle est justifiée par l'objectif de donner un effet utile à la loi sur les plans social ou économique.

En ce qui concerne l'arrêt *s.a. DECOM*, sans doute peut-on trouver l'indication que le Conseil d'État a entendu recourir à cette technique dans le considérant que le G.I.A.L. « doit être considérée comme étant une autorité administrative », ce qui laisse sous-entendre un acte de volonté pour appliquer au G.I.A.L. la catégorie des autorités administratives⁴⁴. Par ailleurs, le Conseil d'État semble justifier une telle qualification forcée par assimilation par le considérant suivant, dans le droit fil des préoccupations dont nous avons fait état ci-avant : « Adopter une conclusion opposée permettrait à des organismes qui sont les prolongements des pouvoirs publics d'échapper non seulement à la compétence du Conseil d'État, mais encore aux diverses législations qui se fondent sur la notion d'autorité administrative, telles, notamment, la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs ou l'ordonnance du 30 mars 1995 de la Région de Bruxelles-Capitale relative à la publicité de l'administration ».

En supposant que telle ait bien été l'intention de la VI^e chambre du Conseil d'État, on pourrait cependant se demander si l'espèce en cause était réellement la meilleure occasion pour mettre en œuvre cette méthode de qualification. À l'examen, rien ne justifiait en effet dans ce cas précis d'étendre la notion d' « autorité administrative » à une réalité qui n'en aurait pas relevé. Il s'agissait d'exercer un contrôle sur une décision d'attribution d'un marché public. Sur le plan formel, le législateur organise de manière expresse un recours utile devant les juridictions de l'ordre judiciaire à l'encontre des décisions d'attribution de marchés

⁴⁰ D. DE ROY, « Établissements publics, organismes d'intérêt public et *tutti quanti* : la qualification juridique des satellites de l'administration », note sous Cass., 25 mai 2009 et 19 mars 2010, *R.C.J.B.*, 2013, n° 1. Cette étude est d'ailleurs citée à plusieurs reprises par Monsieur l'Avocat général Werquin dans ses conclusions avant l'arrêt commenté de la Cour de cassation.

⁴¹ J.-F. ROMAIN, « Interprétation de la loi, fiction juridique, immeubles par nature et par destination économique », note sous Cass., 19 octobre 2007, *R.C.J.B.*, 2010, n° 1, p. 67-79 ; D. DE ROY, « Établissements publics, ... », *op. cit.*, p. 79-80.

⁴² J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, p. 89-91.

⁴³ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 2010, p. 435 ; voy également D. DE ROY, « Établissements publics, ... », *op. cit.*, p. 88 et s.

⁴⁴ Comp. avec les exemples de qualification par assimilation étudiés par D. DE ROY, « Établissements publics, ... », *op. cit.*, p. 90 et s. Les formulations utilisées sont similaires. Il en ressort que la Cour de cassation a admis cette méthode.

publics adoptées par les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas autorités administratives⁴⁵. Sur le plan matériel, les lois relatives aux marchés publics imposent nombre de règles de droit administratif aux pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas autorités administratives, comme l'exigence de motivation, et en tout état de cause, le Conseil d'État, qui rouvre les débats dans l'arrêt *s.a. DECOM* après s'être déclaré compétent, ne fait pas de lien entre cette déclaration de compétence et une règle de fond précise qu'il eût fallu mettre en œuvre. On retrouve ici l'appréciation de la Cour constitutionnelle à propos de la différence de traitement qui lui avait été soumise, précisément dans un cas qui concernait l'attribution d'un marché public⁴⁶. Il est dès lors permis de penser qu'une telle méthode de qualification par assimilation se justifierait sans doute davantage dans d'autres cas, par exemple en matière de fonction publique.

En tout état de cause, il ne ressort pas de l'arrêt de la Cour de cassation commenté que ce serait pour ces raisons qu'elle aurait rejeté la méthode de qualification par assimilation ; au contraire, l'arrêt de la Cour de cassation laisse le sentiment que la possibilité d'une qualification par assimilation n'a pas été prise en considération⁴⁷.

11. On peut se demander enfin si la difficulté ne découle pas au contraire d'une conception trop formaliste de la personne privée. Comme nous l'avons déjà souligné plus haut, par l'arrêt *s.a. DECOM*, le Conseil d'État pose clairement la question de savoir ce qu'est une personne privée, sans recevoir de réponse explicite de la part de la Cour de cassation. Comme nous l'avons également remarqué, il est contestable de ramener le caractère de droit privé d'une personne morale à la seule constatation que la forme dans laquelle elle a été créée est inscrite dans le Code des sociétés ou la loi sur les associations sans but lucratif, sachant que par ailleurs, des personnes morales qui sont désignées de manière expresse comme des personnes publiques sont constituées sous une forme de société ou d'association de droit commun. Dans divers cas de figure, la doctrine et la jurisprudence se sont autorisées à aller chercher, par delà les considérations de forme, la réalité d'une opération. Ainsi, Monsieur Herbiet a souligné qu'il fallait parfois aller au-delà de la forme et requalifier en personne publique une a.s.b.l. apparemment privée, en citant de nombreux exemples⁴⁸. Ainsi

⁴⁵ Art. 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en vigueur à l'époque où avait été attribué le marché public en cause dans l'arrêt *s.a. DECOM*, et art. 56 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, en vigueur aujourd'hui.

⁴⁶ C.C., arrêt n° 131/2012 du 30 octobre 2012 et les commentaires ci-avant, n° 8.

⁴⁷ Il convient cependant de souligner une ambiguïté dans la décision de la Cour de cassation. Depuis la loi du 25 mai 1999 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État, il n'est plus prévu que la Cour de cassation renvoie l'affaire devant la section du contentieux administratif lorsqu'elle a cassé un arrêt par lequel le Conseil d'État s'est déclaré à tort compétent. Le législateur a en effet présumé que dans ce cas, la cause relèverait nécessairement des attributions du pouvoir judiciaire (*Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 1960/1, page 7). Toutefois, les arrêts du Conseil d'État peuvent être cassés, non seulement parce qu'il aurait mal apprécié sa compétence au regard de celle de l'ordre judiciaire, mais encore parce qu'il se serait prononcé sur un déclinatoire de compétence par un « motif ambigu » (C.E., 25 février 2009, *Calbert*, n° 190.776 ; comp. également les décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation dans les arrêts du 13 juin 2013, *s.a. Brussels South Charleroi Airport*, R.G. n° C.12.0458.F et du 30 décembre 2013, *s.a. Aviapartner Holding et s.a. T.P.F. Utilities*, n° 225.964, avec les hésitations que le Conseil d'État formule encore, à propos du même pouvoir adjudicateur, mais pour d'autres motifs, dans l'arrêt du 17 octobre 2014, *s.a. Eurobussing Wallonie*, n° 228.797). En l'espèce, considérant que le Cour de cassation ne se limite pas à casser l'arrêt *s.a. DECOM*, mais qu'elle renvoie la cause devant le Conseil d'État, on peut se demander si le motif de la cassation ne résiderait pas dans la motivation de l'arrêt *s.a. DECOM* plutôt dans la déclaration de compétence en elle-même. Cette hypothèse paraît cependant difficile à défendre au regard des termes de l'arrêt de la Cour de cassation.

⁴⁸ M. HERBIET, *op. cit.*, p. 312 et suivantes ; voyez aussi P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° « Personne morale de droit public », Bruxelles, Bruylant, 2006.

également, dans une série d'arrêts, le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour connaître de décisions d'attribution de marchés publics adoptées par des entités qui ne répondaient peut-être pas strictement aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour de cassation, mais qui étaient intervenues comme représentantes de personnes morales qui, elles, devaient indiscutablement être considérées comme des autorités administratives⁴⁹. Nous soulignerons à cet égard que dans l'arrêt *s.a. DECOM*, le marché en cause avait pour objet la réalisation du journal d'information d'un des trois associés du G.I.A.L., la Ville de Bruxelles. Ainsi encore, la doctrine et la jurisprudence françaises qualifient de « transparente » l'association qui existe bel et bien, mais qui ne jouit pas d'une autonomie de décision et qui manque de consistance⁵⁰. Le cas échéant, le contrat d'association est dépourvu de la moindre réalité parce que l'association se limite à réaliser des missions fixées par la personne publique qui l'a créée, avec des moyens concédés par celle-ci. L'association est considérée comme un simple service

⁴⁹ Il est permis de penser que c'est le raisonnement que le Conseil d'État suivit à propos d'un marché public de récupération de créances au bénéfice du Service flamand des impôts (Vlabel), attribué par la Chambre nationale des huissiers de justice sur délégation de Vlabel (C.E., 27 janvier 2009, *Dupont et csrts*, n° 189.847) : « La tâche originaire - le recouvrement - est donc une mission déléguée confiée à la partie défenderesse, les personnes morales de droit public précitées ne souhaitant pas procéder elles-mêmes, pas plus qu'en recourant à leurs agences autonomisées, à des recouvrements. Une telle construction juridique implique, semble-t-il, que l'instance chargée de la mission - d'intérêt général - puisse effectivement être considérée dans certains cas comme une autorité administrative dans l'exercice de cette mission déléguée, quelle que soit sa propre forme juridique: le Conseil d'État a déjà tranché dans ce sens à l'égard de personnes morales agissant sous une forme juridique privée: une S.A. (arrêt n°43.109 du 1er juin 1993, en cause *s.a. Egta Contractors*); une A.S.B.L. (arrêt n°79.954 du 27 avril 1999, en cause *s.p.r.l. Artabel et csrts*). C'est avec d'autant plus de raison que la partie défenderesse, qui a été légalement créée sur le fondement des articles 549 et s. du Code judiciaire, semble pouvoir être considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État si, comme en l'espèce, elle exécute une mission par délégation à la place d'autorités administratives ». Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation jugea que le Conseil d'État avait valablement justifié de sa compétence (Cass., 10 septembre 2009, C.09.0102.N et C.09.0108.N). À la lecture des conclusions de Monsieur l'Avocat général Dubrulle, il semble cependant que ce soit davantage parce que la Chambre nationale des huissiers a été analysée comme une personne morale qui fait partie de l'« organisation judiciaire », dont l'un des actes peut être soustrait à la sphère judiciaire pour être érigé en acte administratif, que parce qu'elle aurait été analysée comme une personne privée dont l'un des actes serait néanmoins considéré comme un acte administratif.

Le Conseil d'État se référera à cet arrêt de la Cour de cassation pour se déclarer compétent, uniquement sur la base d'indices de nature organique, à propos d'une décision d'attribution d'un marché public de la s.a. Société Wallonne des Aéroports (C.E., 29 janvier 2010, *s.a. DELTA THERMIC et s.a. DRUART*, n° 200.245).

On peut également relever que le Conseil d'État, s'il refuse de manière générale de tenir la s.c.r.l. ORES pour une autorité administrative, en particulier dans le cadre du contentieux des marchés publics, et notamment parce qu'ORES a été constituée à l'initiative privée (C.E., 25 avril 2012, *s.c.r.l. Etablissements Guy Magermans et Cie*, n° 219.043, p. 5), accepte en revanche de connaître des décisions qu'ORES prend en matière de marché public, lorsqu'elle intervient comme « plate-forme », « représentante », « au nom et pour le compte » d'une série d'intercommunales (C.E., 26 novembre 2012, *s.a. De Raedt et s.a. Serck*, n° 221.508, p. 6 ; C.E., 24 janvier 2011, *s.a. Construct Time*, n° 210.655 ; C.E., 20 janvier 2011, *s.a. Venturis*, n° 210.561).

Le Conseil d'État vérifia également dans une affaire récente, de manière scrupuleuse, qu'un pouvoir adjudicateur était intervenu comme « émanation » et « mandataire » de personnes publiques fondatrices, dans des circonstances très particulières il est vrai (l'objet du marché s'inscrivait dans le cadre d'un marché régulé ; l'objet du marché répondait à une mission qui incombait aux personnes publiques mandantes ; le pouvoir adjudicateur avait été constitué dans ce but ; les associés contrôlaient étroitement le fonctionnement du pouvoir adjudicateur et étaient notamment présents dans la procédure d'attribution du marché public) (C.E., 16 octobre 2014, *n.v. CGI BELGIUM*, n° 228.776).

Rappelons néanmoins que la Cour constitutionnelle considéra quant à elle que la question de savoir si le pouvoir adjudicateur était intervenu pour son compte propre ou pour le compte de ses associés était dépourvue de pertinence (C.C., arrêt n° 131/2012 du 30 octobre 2012, cons. B.4. et s.).

⁵⁰ Le degré d'autonomie de l'association est mesuré par la méthode du faisceau d'indices, suivant trois critères : la création à l'initiative d'une personne publique, la dépendance financière vis-à-vis des pouvoirs publics (l'origine prépondérante des ressources), la réalité de la vie de l'association (présence prépondérante d'élus ou de fonctionnaires dans les organes) et la confusion des activités ou la similitude des missions poursuivies.

démembré de l'administration de la collectivité publique. Tous les événements de la vie de l'association, par exemple sur le plan comptable ou en terme de responsabilité civile, peuvent alors être appliqués directement à la collectivité publique⁵¹. On trouve, en droit belge, quelques exemples épars où le juge a ainsi considéré purement et simplement une association comme le prête-nom de la collectivité⁵². On rappellera qu'en ce qui concerne l'autre grande question qui régit la répartition des attributions entre le Conseil d'État et les juridictions de l'ordre judiciaire, c'est-à-dire la question de savoir si le litige porte sur la reconnaissance d'un droit subjectif, la Cour de cassation juge qu'il ne convient pas de s'arrêter à l'objet formel d'une requête au Conseil d'État, mais qu'il faut avoir égard à son objet réel. De la même manière, en ce qui concerne la question de savoir si l'auteur de l'acte attaqué est une autorité administrative, on pourrait imaginer d'avoir égard, non à la forme de cet auteur, mais à sa réalité.

*

Plus que jamais, la jurisprudence de la Cour de cassation semble défavorable au Conseil d'État. Le critère de l'acte qui lie les tiers, qui ne correspond pourtant qu'à une part réduite de l'activité administrative, est fermement consacré et reçoit un champ d'application toujours plus étendu. Cependant, la conception restrictive de la compétence du Conseil d'État emporte des effets pervers réellement préoccupants en ce qui concerne tant la sauvegarde des intérêts publics que la protection juridictionnelle des administrés. Ainsi, une commune ne saurait désigner des agents sans procéder à une comparaison des titres et mérites, mais elle peut en revanche créer et subsidier une association, sur laquelle les mandataires communaux seraient en mesure d'exercer une maîtrise totale, et qui pourrait recruter du personnel de manière parfaitement arbitraire, sans que ni l'intérêt général ni les autres candidats éventuels ne disposent de garanties sérieuses. Il n'est dès lors guère étonnant que la jurisprudence administrative cherche des échappatoires et biaise avec le critère retenu par la Cour de cassation.

François Belleflamme

⁵¹ N. GROPER, « Chronique de jurisprudence de la Cour des comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière », *A.J.D.A.*, 15 décembre 2003, p. 2306 et suiv. ; C.E.fr., 26 janvier 1990, n° 108190, *Elections municipales de Chantilly* ; C.E.fr., 1er octobre 2004, *A.J.D.A.*, 24 janvier 2005, p. 164, avec note S. NICINSKI et surtout C.E.fr., 5 décembre 2005, *A.J.D.A.*, 27 mars 2006, p. 656, avec note F. BRENET ; C.E.fr., 14 octobre 2009, *A.J.D.A.*, 18 janvier 2010, p. 54, avec concl. E. GEFFRAY ; C.A.A. Marseille, 10 mars 2011, *Commune de Nice*, *A.J.D.A.*, 23 mai 2011, p. 1042, avec note F. SALVAGE, « Les critères d'identification d'une personne privée chargée d'une mission de service public et d'une association transparente ».

⁵² C.E., 10 septembre 2004, *Déville*, n° 134.850.