

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 215.308 du 23 septembre 2011

G./A.194.560/VI-18.433

En cause : **la société anonyme BEDIMO,**

ayant élu domicile chez
Me Frédéric GOSSELIN, avocat,
rue de Clairvaux, n° 40/202,
1348 Louvain-La-Neuve,

contre :

l'association sans but lucratif SMALS,

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Irène MATHY, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. PROCEDURE

Vu la requête introduite le 10 novembre 2009 par la société anonyme BEDIMO, qui demande l'annulation de "la décision du 16 septembre 2009 prise par le Conseil d'Administration de [l'association sans but lucratif SMALS] au terme de laquelle le marché de «fournitures de bureau» est attribué à la firme Benjo Interieur" et de "la décision de [l'association sans but lucratif SMALS] du 22 septembre 2009 par laquelle [elle] annonce à la requérante que le marché ne lui est pas confié dans la mesure où elle est classée deuxième";

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 26 juillet 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 14 septembre 2011;

Entendu, en son rapport, M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Valéry VAN DER GEETEN, loco Me Frédéric GOSSELIN, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Irène MATHY, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. Eric THIBAUT, Premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

II. LES FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. Un avis de marché relatif à un accord-cadre pour la livraison, l'aménagement et l'installation de mobilier de bureau a été publié le 20 mai 2009 au Journal Officiel de l'Union Européenne [vérifier] et au Bulletin des adjudications.

L'A.S.B.L. SMALS y est présentée comme pouvoir adjudicateur en ces termes :

" Smals est une association d'institutions publiques de sécurité sociale et de services publics fédéraux ayant comme mission de soutenir et d'encadrer, de façon pro-active et durable, les acteurs du secteur social et de l'Etat fédéral dans leur gestion de l'information, de manière qu'ils puissent offrir à leurs utilisateurs un service efficient et efficace".

Le marché est un marché de fournitures et la procédure retenue est celle de l'appel d'offres général.

2. L'article 5 du cahier spécial des charges définit les quatre critères d'attribution fixés en vue de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse de la manière suivante :

"

Critère 1	le degré de conformité avec les exigences juridiques et administratives	10 %
Critère 2	les délais de livraison des fournitures (article 15.2)	10 %

	d'après le scénario (article 38)	
Critère 3	la qualité (ergonomie-concept technique) sur la base de l'article 34	30 %
Critère 4	les coûts des fournitures livrées et placées suivant les scénarios de l'article 38	50 %

"

3. Le 7 juillet 2009, six candidats ont remis une offre.

Il s'agit des sociétés BEDIMO, BENJO INTERIEUR, DRISAG, MEWAF INTERNATIONAL, PAMI et TDS OFFICE DESIGN.

4. Après un examen des offres au regard des conditions de sélection qualitative, la partie adverse a sélectionné les six soumissionnaires.

5. La partie adverse a ensuite procédé à une comparaison des offres.

En ce qui concerne le critère n° 1, degré de conformité aux exigences juridiques et administratives, les six offres ont été estimées conformes à ces exigences. Elles ont reçu chacune le maximum, soit 10 points sur 10.

En ce qui concerne les critères n°s 2 et 3, délais de livraison et ergonomie, l'offre de BENJO INTERIEUR était, selon les services de la partie adverse, techniquement la meilleure.

Elle a reçu 38,57 points sur 40 contre 23 pour la société BEDIMO, 21 pour la société DRISAG, 23,14 pour la société MEWAF INTERNATIONAL, 26,71 pour la société PAMI et 18,29 pour la société TDS OFFICE DESIGN.

En ce qui concerne le critère n° 4, coûts de fournitures livrées et placées, l'offre de la société BEDIMO a reçu 29,76 points sur 50, celle de la société BENJO INTERIEUR 26,65, celle de la société DRISAG 22,91, celle de la société MEWAF INTERNATIONAL 23,36, celle de la société PAMI 24,98 et celle de la société TDS OFFICE DESIGN 23,60.

En conclusion, étant donné que l'offre de la société BENJO INTERIEUR était l'offre régulière la plus avantageuse, il a été proposé de lui attribuer le marché.

6. Lors de sa réunion du 16 septembre 2009, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'attribuer le marché "fourniture de mobilier de bureau" à la société BENJO INTERIEUR.

Il s'agit de la première décision attaquée, qui se présente en ces termes :

" CONSEIL D'ADMINISTRATION
P.V./C.A - 2009/5
PROCES-VERBAL DE LA REUNION DU 16 SEPTEMBRE 2009
La séance est ouverte à 10.00 heures sous la présidence de Monsieur P. VANDERVORST.
Sont présents :
Madame J. DE BAETS
MM. K. DERIDDER, J. GYSEN, J. LIVYNS, F. ROBBEN, C. SOIL,
Administrateurs.
M^{me} M. MYSKO (experte - invitée)
M. F. DE BUE, Secrétaire,
Ont donné procuration :
MM. K. BAECK, D. CUYPERS, J. DE COCK, J. DEPREST, G. PERL, K. SNYDERS, L. VANNESTE et J. VERSTRAETEN,
Sont excusés :
MM. E. QUINTIN et Y. ROGER
I. Cahier spécial des charges Smals - BB - 001.006/2009 - Fourniture de mobilier de bureau - Attribution du marché (Doc C.A. 1576)

Le Conseil d'administration fait sienne la proposition de la Direction et décide d'attribuer le marché «fourniture de mobilier de bureau» à la firme Benjo Intérieur.

Le Président lève la séance à 11.45 heures.
Le Secrétaire, Le Président,
Félix DE BUE Pierre VANDERVORST".

7. Par un courrier daté du 22 septembre 2009, la partie adverse a informé la requérante de ce que son offre n'avait pas été choisie, n'occupant que la deuxième place du classement final.

Il s'agit de la deuxième décision attaquée. Elle est rédigée en ces termes :

" [...] Concerne : Smals-BB-001.006/2009-EU — Fourniture de mobilier de bureau
Monsieur,
Les offres relatives au cahier spécial des charges dont question ci-dessus, ont été évaluées ce jour.
Nous sommes au regret de vous annoncer que votre offre n'a pas été choisie, n'étant pas l'offre régulière la plus avantageuse. Votre offre occupe la deuxième place du classement final.
L'offre de Benjo Intérieur été choisie étant donné qu'elle est l'offre régulière la plus avantageuse.
Conformément à l'article 21 bis § 2 de la loi du 24/12/1993, il vous est accordé un délai de 15 jours à compter du 23/09/2009 afin de vous permettre d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction, et ce exclusivement dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire.

En l'absence d'une information écrite à Smal en ce sens, parvenue dans le délai mentionné à la personne responsable du contrôle de l'exécution de ce marché, la procédure sera poursuivie par la signification de la décision de l'attribution du marché.

En vous remerciant pour votre offre et le travail accompli, nous vous prions d'agréer, Monsieur, l'assurance de nos sentiments distingués."

III. LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

Considérant que la requérante fait valoir que l'association sans but lucratif SMALS, partie adverse, a pour objet, selon ses statuts, "le soutien de ses membres, en matière de gestion de l'information et questions connexes en faveur d'une prestation de services électronique intégrée", que ses membres sont exclusivement des institutions de droit public et plus particulièrement des institutions publiques de sécurité sociale et des services publics fédéraux actifs dans le secteur social dont les représentants constituent la majorité du conseil d'administration, que, selon le site internet qui lui est propre, elle constitue une association sans but lucratif soumise à la réglementation sur les marchés publics en vertu de l'article 4, § 2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qu'elle a fait l'objet d'un rapport d'audit de la Cour des comptes daté du 3 juin 2009, dont il ressort qu'elle est considérée comme le service informatique des institutions publiques qui la composent, qu'elle peut se voir confier par celles-ci des marchés publics "in house" sans respecter la mise en concurrence imposée par la législation sur les marchés publics, que la Cour des comptes constate que les institutions publiques de sécurité sociale :

" sont à l'origine devenues membres de l'A.S.B.L. sans autorisation expresse du législateur. [...] Cette situation n'a été régularisée qu'après des instances répétées de la Cour des comptes et en plusieurs étapes. La base légale est à présent fournie par l'article 17bis de la loi relative à la Banque carrefour. Cet article permet aux [institutions publiques de sécurité sociale] de s'associer avec les autres acteurs de la sécurité sociale en une asbl «pour ce qui concerne leurs travaux en matière de gestion de l'information et de sécurité de l'information». Il prévoit également que le «personnel spécialisé de l'association peut être mis à la disposition des membres» pour être occupé par ces derniers."

et que la Cour des comptes confirme également que l'A.S.B.L. SMALS est dirigée et contrôlée par les services et organismes publics fédéraux qui la composent;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que la requérante confond la qualité de pouvoir adjudicateur de l'A.S.B.L. SMALS et la notion d'autorité administrative, telle qu'elle est visée par l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973; que la partie adverse indique qu'elle est effectivement soumise à la réglementation relative aux marchés publics en raison de sa qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 4, 2, 8°, de la loi du 24

décembre 1993 précitée, mais que, toutefois, l'attribution de cette qualité à une personne morale de droit privé n'implique pas qu'elle soit une autorité administrative; que, pour qu'il en soit ainsi, une personne constituée sous la forme de droit privé d'association sans but lucratif doit répondre à quatre critères cumulatifs qui ne se confondent pas avec ceux énoncés par l'article 4, § 2, 8°, précité, que le critère relatif au "pouvoir de prendre des décisions unilatérales à l'égard des tiers" est jugé prépondérant par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat dans les cas où se pose la question de la qualité d'autorité administrative d'une personne à laquelle participent des autorités publiques mais qui revêt une forme juridique de droit privé; que la partie adverse indique que l'A.S.B.L. SMALS a été créée dès 1939 par six personnes physiques, en dehors de toute initiative législative, que ce n'est qu'après cette création que le législateur a décidé d'encadrer la capacité des institutions de sécurité sociale à collaborer ou à participer à celle-ci, que, dans un arrêt du 10 mars 1999, le Conseil d'Etat a refusé de connaître d'un recours introduit par un soumissionnaire évincé à l'encontre d'une décision d'attribution d'un marché prise par l'A.S.B.L. TELE BRUXELLES, que les considérations de cet arrêt sont transposables, mutatis mutandis, à l'A.S.B.L. SMALS, que ni dans la création de celle-ci ni dans son mode de fonctionnement, il n'est possible de déceler les caractéristiques propres aux autorités administratives, que la création, la composition et le fonctionnement de l'A.S.B.L. SMALS sont entièrement régis par la législation organisant la forme privée d'association sans but lucratif; que la partie adverse ajoute que dans l'accomplissement de son objet social, l'A.S.B.L. SMALS n'exerce aucune parcelle de la puissance publique ni ne jouit, pour ce faire, d'aucune prérogative propre aux pouvoirs publics, que ce critère constitue l'élément décisif de l'appréciation de la qualité d'autorité administrative dans le chef d'une entité privée, et que, dans un arrêt du 2 décembre 2003, le Conseil d'Etat a, à nouveau, considéré comme irrecevable le recours introduit par un soumissionnaire évincé contre une décision d'attribution d'un marché public prise par l'association sans but lucratif Haute Ecole LEONARD DE VINCI; que selon la partie adverse, dans son rapport, la Cour des comptes n'a pas affirmé la qualité d'autorité administrative de l'A.S.B.L. SMALS, ni n'a exercé un contrôle sur les marchés passés par celle-ci avec des entreprises tierces, mais qu'il ressort de ce rapport "que la Cour des comptes a analysé, en l'espèce, non pas les contrats attribués par celle-ci à des opérateurs économiques mais bien les missions attribuées à la partie adverse par les membres de celle-ci, dans le cadre de la réalisation de son objet social" que "ce rapport vise uniquement à analyser les fondements juridiques de la collaboration établie entre la partie adverse et ses membres, principalement les organismes de sécurité sociale, afin de déterminer notamment si les termes de cette collaboration permettent, dans le cadre des prestations accomplies par la partie adverse au bénéfice de ces organismes, de faire exception à l'obligation de conclusion d'un contrat de services soumis à la législation

relative aux marchés publics (exception in house)", que les critiques émises à cette occasion ne s'adressent pas à la partie adverse mais bien, le cas échéant, aux membres de celle-ci, au regard des procédures suivies en leur sein et non au sein de la partie adverse, que la Cour des comptes conclut précisément que la partie adverse ne fait pas l'objet d'un contrôle analogue à celui exercé par les pouvoirs publics sur leurs propres services, que, comme le relève l'ordonnance de référé du 27 novembre 2009, il ressort du rapport de la Cour des comptes que :

" aucune forme spécifique de contrôle externe n'est organisée en ce qui concerne le fonctionnement de l'A.S.B.L. SMALS. Par conséquent, ce contrôle reste limité, conformément aux règles générales de la législation sur les asbl, à une vérification des comptes par un réviseur d'entreprises.

Pour obtenir des informations sur le fonctionnement de l'asbl, les ministres de tutelle des institutions (à l'exception du ministre des Affaires sociales, voir ci-dessous) et le parlement (y compris la Cour des comptes) sont donc tributaires des rapports faits aux comités de gestion des institutions ou des données mises à disposition de l'asbl de sa propre initiative (par exemple la documentation figurant dans les rapports annuels et sur le site internet de l'asbl ou les données contenues dans les comptes, tels que déposés auprès de la Banque nationale). Il existe tout au plus un contrôle externe indirect exercé par le ministre des Affaires sociales et par le ministre du Budget, étant donné que deux des quatorze membres du conseil d'administration de l'asbl ont été désignés en tant que représentants de ces ministres. Ces représentants ne disposent toutefois pas d'un droit de veto ni d'instruments de contrôle administratif pour intervenir si nécessaire [Rapport adopté le 3 juin 2009, p. 38, 39]";

qu'elle conclut que l'A.S.B.L. SMALS ne peut se voir reconnaître la qualité d'autorité administrative lorsqu'elle procède à l'attribution d'un marché public et que, par conséquent, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour se prononcer sur la régularité des décisions prises par la partie adverse;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante soutient que quatre conditions sont requises pour qu'une A.S.B.L. puisse être considérée comme une autorité administrative, lesquelles sont rencontrées en l'espèce, que la partie adverse reconnaît qu'elle est soumise à la loi relative aux marchés publics en vertu de l'article 4, § 2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993 et donc qu'elle a été créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, qu'elle est dotée de la personnalité juridique, que, soit son activité est financée majoritairement par les organismes publics, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces organismes, soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes publics; que la requérante relève que si la partie adverse existe depuis 1939, ses statuts, son objet actuel et sa situation au moment de l'adoption de l'acte attaqué procèdent de l'adoption de certaines dispositions législatives, étant l'article 17bis de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une

banque-carrefour de la sécurité sociale et les articles 2 et 3 de la loi du 17 juillet 2001 relative à l'autorisation pour les services publics fédéraux de s'associer en vue de l'exécution de travaux relatifs à la gestion et à la sécurité de l'information, que c'est en vertu de la loi que la configuration actuelle de la partie adverse a pu être créée, regroupant exclusivement des institutions de droit public, que la composition de la partie adverse au regard de la qualité de ses membres confirme ce caractère d'institution publique créée en vertu de la loi pour satisfaire une mission d'intérêt général, que ses statuts font apparaître la composition majoritaire et exclusive d'institutions de droit public, que la partie adverse a certes été créée en 1939 à l'initiative de personnes privées mais qu'elle a fait l'objet d'une habilitation législative postérieure, qu'elle remplit une mission d'intérêt général qui dépasse le caractère strictement commercial ou industriel, que ce constat s'avère primordial en l'espèce dans la mesure où il a pour conséquence l'application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative; que la requérante ajoute que, dès lors que la partie adverse peut réaliser des prestations dans le cadre "in house" pour les autorités publiques qui la composent, elle est considérée comme les propres services de ces entités publiques ou, à tout le moins, elle est soumise à leur autorité puisqu'à défaut de cela la prestation "in house" serait illégale, que ce constat de qualité d'autorité publique est confirmé par la Cour des comptes lorsqu'elle relève que "le fonctionnement de l'A.S.B.L. SMALS sera vraisemblablement contrôlé dorénavant par la Cour des comptes [Rapport du 3 juin 2009, p. 41]" à la suite du remaniement du cadre légal de la gestion comptable et budgétaire de 2003, que le site web de la partie adverse confirme que toutes ses prestations ne sont fournies qu'à ses membres exclusivement, que ceux-ci ne sont que des institutions publiques elles-mêmes soumises aux obligations imposées aux autorités administratives, que la partie adverse doit être considérée comme constituant les propres services d'autorités administratives et doit dès lors suivre le même sort que ceux-ci pour ce qui concerne la possibilité de censure par le Conseil d'Etat des décisions qu'elle prend, que la Cour des comptes a encore relevé que le contrôle de la partie adverse "est entièrement concentré entre les mains d'un certain nombre de fonctionnaires dirigeants qui sont également administrateurs de l'A.S.B.L. [Rapport du 3 juin 2009, Synthèse]"; que la requérante soutient encore, qu'à supposer que le Conseil d'Etat conclue que les décisions de la partie adverse ne sont pas soumises à sa censure, encore faudrait-il constater, que le présent marché revêt une spécificité propre qui implique la compétence du Conseil d'Etat, qu'en effet, selon le cahier spécial des charges du marché litigieux, les prestations visées n'ont pas été demandées par la partie adverse pour ses propres besoins mais également pour ceux de l'ensemble de ses membres qui sont tous des autorités administratives, que, dès le moment où les prestations dudit

marché ne sont pas exclusivement réservées à l'A.S.B.L. SMALS mais s'étendent également aux membres et aux membres de ses membres, il peut sérieusement être allégué que le présent marché s'inscrit dans le cadre de prestations réalisées pour des autorités administratives avec toutes les conséquences qui en découlent, qu'admettre le contraire reviendrait à considérer qu'une autorité administrative, pour éviter l'application de la législation sur les marchés publics, n'aurait qu'à créer une A.S.B.L. de droit privé pour que celle-ci se porte pouvoir adjudicateur d'un marché public en précisant que les prestations pourraient être effectuées par ses membres, que pareil mécanisme reviendrait à contourner de façon illégale la législation sur les marchés publics; qu'enfin la requérante relève que l'arrêt n° 79.192 du 10 mars 1999 concernant l'A.S.B.L. TELE BRUXELLES n'est pas transposable en l'espèce, que la situation de cette A.S.B.L. ne peut être comparée à celle de l'A.S.B.L. SMALS dans la mesure où celle-ci est exclusivement composée et contrôlée par des institutions publiques au regard de ses statuts et de l'application de la règle "in house", et que, quant à l'arrêt n° 176.478 du 6 novembre 2007 en cause *Algemene aannemingen VAN LAERE*, la partie adverse en fait état mais sans tirer les conséquences réelles de cette jurisprudence qui qualifie d'autorité administrative la SOFICO en raison essentiellement des critères organiques qui la rattachent à la Région wallonne et en dépit du fait qu'elle ne possède pas de pouvoir d'imperium;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante affirme qu'il ressort des pièces de la procédure que la partie adverse est habilitée à passer le marché litigieux non pas pour son seul compte, mais pour celui des institutions publiques, autorités administratives, qui la composent, que la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat conduit en l'espèce à une situation irrégulière en droit, au seul motif que le contrôle par les pouvoirs publics ne serait pas établi à suffisance et que l'A.S.B.L. qui passe le marché public ne peut pas prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers, que la législation sur les marchés publics, qui est d'ordre public, peut être ainsi contournée, qu'elle conclut qu'elle subit en l'espèce une discrimination et propose, à titre subsidiaire, qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle dans des termes qu'elle formule ainsi qu'il suit :

- " Les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973, notamment leur article 14, ainsi que la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une banque carrefour de la sécurité sociale et la loi du 17 juillet 2001 relative à l'autorisation pour les services publics fédéraux de s'associer en vue de l'exécution de travaux relatifs à la gestion et à la sécurité de l'information, violent-elles les articles 10 et 11 de la Constitution si elles doivent être interprétées comme impliquant qu'une asbl de droit privé composée d'autorités administratives ne constitue pas une autorité administrative et n'est donc pas soumise à la censure du Conseil d'Etat alors même que les marchés publics qu'elle passe sont destinés auxdites autorités administratives qui la composent, dans la mesure où cette interprétation crée une discrimination non justifiée entre, d'une part, les soumissionnaires qui postulent à un marché public lancé par une autorité

administrative et qui peuvent attaquer la décision administrative devant le Conseil d'Etat et, d'autre part, les soumissionnaires qui postulent à un marché public lancé par une asbl composée d'autorités administratives qui sont les destinataires dudit marché public, lesdits soumissionnaires ne pouvant pas attaquer devant le Conseil d'Etat la décision d'attribution du marché sous le seul motif que ce dernier a été attribué et lancé directement non pas par les autorités administratives qui composent l'asbl mais par cette asbl elle-même, alors que ces autorités administratives sont les destinataires dudit marché ?";

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient qu'une relation "in house" suppose "que le pouvoir adjudicateur exerce sur son cocontractant un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services; que la réalisation de l'essentiel de l'activité du co-contractant se réalise auprès du ou des pouvoir(s) adjudicateur(s) qui le détiennent", que ces critères ne recouvrent aucunement les cinq conditions cumulatives fixées par la jurisprudence en vue de caractériser les autorités administratives, qu'à supposer qu'un organisme déterminé se trouve dans une relation "in house" à l'égard d'un ou de plusieurs pouvoirs publics, il n'en résulte pas que cet organisme doive être qualifié d'autorité administrative, que la partie adverse n'a jamais contesté sa soumission à la législation relative aux marchés publics dans le cadre de la passation du marché en cause et que la requérante ne peut feindre d'ignorer qu'elle dispose de recours devant les Cours et tribunaux puisqu'elle a soumis la décision d'attribution contestée au contrôle du président du tribunal de première instance statuant en référé en application de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, que, dans le cadre de ce contrôle, le juge de référés dispose de pouvoirs équivalents à ceux du Conseil d'Etat statuant sur une demande de suspension, qu'à supposer que les garanties juridictionnelles offertes par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 soient jugées insuffisantes pour les soumissionnaires à des marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs ne constituant pas des autorités administratives, encore faudrait-il conclure, à la lumière de l'arrêt n° 31/96 prononcé le 15 mai 1996 par la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, que cette insuffisance et la discrimination qui en serait déduite résulterait d'une lacune du dispositif législatif relatif aux marchés publics et non d'une violation par l'article 14, § 1^{er}, de lois sur le Conseil d'Etat des articles 10 et 11 de la Constitution, que la réponse de la Cour constitutionnelle à la question préjudicielle serait en toute hypothèse négative et qu'il n'y a pas lieu de la poser;

Considérant que l'article 17bis de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale porte ce qui suit :

" Art. 17bis. § 1^{er}. Les instances suivantes peuvent s'associer en une ou plusieurs associations pour ce qui concerne leurs travaux en matière de gestion de l'information et de sécurité de l'information :

1° les institutions de sécurité sociale visées à l'article 2, alinéa 1^{er}, 2°, a);
 1°bis les centres publics d'action sociale;
 2° les institutions de sécurité sociale visées à l'article 2, alinéa 1^{er}, 2°, c);
 2°bis les institutions de sécurité sociale visées à l'article 2, alinéa 1^{er}, 2°, d);
 2°ter les associations mutuelles d'instances visées aux 1°, 1°bis, 2° et/ou 2°bis;
 3° la Banque-Carrefour;
 3°bis la plate-forme eHealth et l'association visée à l'article 37 de la loi du (...) relative à l'institution et à l'organisation de la plate-forme eHealth;
 4° les services publics fédéraux, les personnes morales fédérales de droit public et les associations visées à l'article 2 de la loi du 17 juillet 2001 relative à l'autorisation pour les services publics fédéraux de s'associer en vue de l'exécution de travaux relatifs à la gestion et à la sécurité de l'information;
 5° les services publics des gouvernements des Communautés et des Régions et les institutions publiques dotées de la personnalité civile qui relèvent des Communautés et des Régions pour autant que leurs missions aient trait à une ou plusieurs des matières mentionnées à l'article 2 de l'arrêté royal du 16 janvier 2002 relatif à l'extension du réseau de la sécurité sociale à certains services publics et institutions publiques des Communautés et [des] Régions, en application de l'article 18 de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale.
 6° le Centre fédéral d'expertise des soins de santé, créé par l'article 259 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002.
 7° les assemblées législatives et les institutions qui en émanent;
 8° les associations visées à l'article 12 de l'arrêté royal du 12 juin 2006 portant exécution du Titre III, Chapitre II de la loi du 23 décembre 2005 relative au pacte entre générations.

Le Roi peut déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les conditions selon lesquelles d'autres institutions de sécurité sociale ou d'autres types d'institutions de sécurité sociale peuvent participer à une telle association.

§ 2. Si des instances visées au § 1^{er}, 1°, 1°bis, 2°ter, 3°, 3°bis, 4°, 5°, 6°, 7° ou 8°, participent à une association fondée en application du § 1^{er}, celle-ci peut uniquement adopter la forme d'une association sans but lucratif conformément à la (loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations.

§ 3. Les membres d'une association fondée en application du § 1^{er}, peuvent confier à l'association des travaux concernant la gestion de l'information et la sécurité de l'information. Le personnel spécialisé de cette association peut être mis à la disposition des membres et être occupé par ces derniers en leur sein.

§ 4. Les membres d'une association fondée en application du § 1^{er} sont tenus de payer les frais de l'association dans la mesure où ils font appel à ses services";

Considérant que les articles 2 et 3 de la loi du 17 juillet 2001 relative à l'autorisation pour les services publics fédéraux de s'associer en vue de l'exécution de travaux relatifs à la gestion et la sécurité de l'information, sont rédigés comme il suit :

" Art. 2. Les services publics fédéraux et les personnes morales fédérales de droit public peuvent s'associer entre eux en une ou plusieurs associations pour ce qui concerne leurs travaux en matière de gestion et de sécurité de l'information.

Ces associations peuvent uniquement adopter la forme d'une association sans but lucratif conformément à la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux organismes d'intérêt public.

Les membres de telles associations peuvent confier aux associations des travaux concernant la gestion et la sécurité de l'information. Le personnel spécialisé de telles associations peut être mis à la disposition de leurs membres et être occupé par ces derniers en leur sein.

Les membres qui se sont associés sont tenus de payer les frais de telles associations dans la mesure où ils font appel aux associations.

Art. 3. Les associations visées à l'article 2 et les associations visées à l'article 17bis de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-Carrefour de la sécurité sociale peuvent à leur tour s'associer ensemble avec l'Etat belge en vue de l'exécution des services généraux qui soutiennent directement l'exécution des missions de ces associations.

Cette association peut uniquement adopter la forme d'une association sans but lucratif conformément à la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique.

Les institutions qui se sont associées sur base de cet article sont tenues de payer les frais de l'association dont elles font partie dans la mesure où elles font appel à cette dernière";

Considérant que selon ses statuts tels que publiés aux annexes du Moniteur belge le 14 juin 2007, la partie adverse est une association sans but lucratif de droit privé qui a été fondée par des personnes physiques, étant :

- " 1. Fernand DELORY, présenté par la Caisse Auxiliaire de compensation pour allocations familiales de l'Etat et par la Caisse Mutuelle auxiliaire, domicilié à Rixensart, de nationalité belge.
- 2. Maurice de VOGHEL, présenté par la Caisse Nationale de Compensation et par la Caisse Mutuelle Nationale, directeur de la Caisse Nationale, domicilié à Ixelles, de nationalité belge.
- 3. Paul GOLDSCHMIDT, présenté par le comité de Coordination, directeur au Comité Central Industriel, domicilié à Ixelles, de nationalité belge.
- 4. J. MARISSAL, présenté par la caisse de compensation pour allocations familiales du Brabant, la caisse auxiliaire d'allocations familiales pour l'industrie, le commerce et l'agriculture, la Caisse de Compensation pour allocation.
- 5. H. MAVAUT, à titre personnel, Secrétaire général honoraire au Ministère du Travail et de la prévoyance Sociale, domicilié à Etterbeek, de nationalité belge.
- 6. Georges ONGHENA, à titre personnel, directeur au Boerenbond, domicilié à Kessel-Loo, de nationalité belge";

qu'aux termes de l'article 3 de ses statuts, l'A.S.B.L. SMALS a pour objet social :

- " le soutien de ses membres en matière de gestion de l'information et questions connexes en faveur d'une prestation de services électroniques intégrée";

que l'article 4 des mêmes statuts porte ce qui suit :

" L'association se compose de membres ordinaires et de membres adhérents. Le nombre minimum de membres ordinaires est fixé à trois.

Les instances visées à l'article 17bis, § 1, premier alinéa, 1° et 3° de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque Carrefour de la sécurité sociale, sont considérées comme des membres ordinaires.

Au plus trois instances telles que visées aux articles 17bis, § 1, 2°, 4°, 5°, ainsi qu'au dernier alinéa de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque Carrefour de la sécurité sociale sont considérées et désignées comme membres ordinaires par l'Assemblée générale.

Sont membres adhérents toutes les autres instances qui sont autorisées à s'associer à une ou plusieurs associations pour ce qui concerne leurs travaux en matière de gestion de l'information et de sécurité de l'information par ou en vertu de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque Carrefour de la sécurité sociale ainsi que celles qui par ou en vertu d'autres lois peuvent participer à l'association pour autant que l'Assemblée générale ait donné son accord.

Les membres adhérents disposent uniquement des droits suivants ;
-recevoir une copie des procès-verbaux de l'Assemblée générale sur demande;
-participer à l'Assemblée générale, sans droit de vote, après en avoir fait la demande au Président du Conseil d'administration";

Considérant qu'il n'apparaît pas que l'A.S.B.L. SMALS partie adverse puisse prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers dans l'accomplissement de son objet social;

Considérant que la requérante soutient, dans son dernier mémoire, que l'interprétation de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat selon laquelle la partie adverse n'est pas une autorité administrative en raison de sa nature de droit privé et du fait qu'elle n'a pas le pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers est discriminatoire dès lors que la partie adverse est composée d'autorités administratives et qu'elle passe des marchés publics qui leur sont destinés; qu'elle demande qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle à ce propos dans les termes précités;

Considérant qu'en égard à l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, il s'impose de poser à celle-ci la question telle que proposée par la requérante,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

La question suivante est posée à titre préjudiciel à la Cour constitutionnelle :

" Les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973, notamment leur article 14, ainsi que la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale et la loi du 17 juillet 2001 relative à l'autorisation pour les services publics fédéraux de s'associer en vue de l'exécution de travaux relatifs à la gestion et à la sécurité de l'information, violent-elles les articles 10 et 11 de la Constitution si elles doivent être interprétées comme impliquant qu'une association sans but lucratif de droit privé composée d'autorités administratives ne constitue pas une autorité administrative et n'est donc pas soumise à la censure du Conseil d'Etat alors même que des marchés publics qu'elle passe sont destinés auxdites autorités administratives qui la composent, dans la mesure où cette interprétation crée une discrimination non justifiée entre, d'une part, les soumissionnaires qui postulent à un marché public lancé par une autorité administrative et qui peuvent attaquer la décision administrative devant le Conseil d'Etat et, d'autre part, les soumissionnaires qui postulent à un marché public lancé par une association sans but lucratif composée d'autorités administratives qui sont les destinataires dudit marché public, lesdits soumissionnaires ne pouvant pas attaquer devant le Conseil d'Etat la décision d'attribution du marché sous le seul motif que ce dernier a été attribué et lancé directement non pas par les autorités administratives qui composent l'association mais par cette association elle-même, alors que ces autorités administratives sont les destinataires dudit marché ?".

Article 3.

Sur le vu de la réponse donnée à la question par la Cour constitutionnelle, le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, est chargé de déposer un rapport complémentaire.

Article 4.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-trois septembre deux mille onze par :

MM. Paul LEWALLE,
Yves HOUYET,
David DE ROY,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.