

Numéro du rôle : 5213
Arrêt n° 131/2012 du 30 octobre 2012

A R R E T

En cause : la question préjudicielle concernant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, notamment leur article 14, 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, posée par le Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier F. Meersschaut, présidée par le président R. Henneuse,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par arrêt n° 215.308 du 23 septembre 2011 en cause de la SA « Bedimo » contre l'ASBL « Smals », dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 28 septembre 2011, le Conseil d'Etat a posé la question préjudicielle suivante :

« 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 ? ».

Des mémoires et des mémoires en réponse ont été introduits par :

- la SA « Bedimo », dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, rue de l'Inquisition 31;
- l'ASBL « Smals », dont le siège social est établi à 1060 Bruxelles, avenue Fonsny 20;
- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 11 octobre 2012 :

- ont comparu :
 - . Me I. Tasset, avocat au barreau de Liège, *loco* Me F. Gosselin, avocat au barreau de Bruxelles, pour la SA « Bedimo »;
 - . Me M. Thomas *loco* Me B. Lombaert, avocats au barreau de Bruxelles, pour l'ASBL « Smals »;
 - . Me P. Goffaux, qui comparaisait également *loco* Me F. Maussion, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres.

- les juges-rapporteurs J.-P. Moerman et T. Merckx-Van Goey ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

Le 20 mai 2009, le *Bulletin des Adjudications* et le *Journal officiel de l'Union européenne* publient un « avis de marché » à la demande de l'ASBL « Smals », présentée comme une « association d'institutions publiques de sécurité sociale et de services publics fédéraux ». Cet avis concerne un marché public relatif à la fourniture de matériel de bureau.

Le 16 septembre 2009, cette association décide d'attribuer le marché à l'un des six soumissionnaires. Le 22 septembre 2009, en application de l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, elle informe la SA « Bedimo » que ce n'est pas son offre qui a été choisie.

Le 10 novembre 2009, cette société introduit au Conseil d'Etat un recours en annulation contre cette décision. S'interrogeant sur sa compétence pour connaître de ce recours, le Conseil d'Etat observe que l'article 17*bis* de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale, 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 », les articles 3 et 4 des statuts de l'ASBL « Smals » ainsi que l'identité des fondateurs de cette dernière ne font pas apparaître que cette association de droit privé peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. Le Conseil d'Etat décide alors, à la demande de la SA « Bedimo », de poser à la Cour la question préjudicielle reproduite ci-dessus.

III. *En droit*

- A -

Sur la pertinence de la question préjudicielle

A.1. A titre principal, l'ASBL « Smals » allègue que la question préjudicielle manque de pertinence.

Elle remarque que le marché public dont l'attribution est contestée devant le Conseil d'Etat n'a pas été conclu pour le compte des autorités administratives qui sont membres de l'association. Elle note que toutes les commandes de meubles de bureau passées dans le cadre de ce marché public visaient à satisfaire les seuls besoins de cette association, et non ceux de ces autorités administratives. Elle précise que la clause du cahier spécial des charges relatif à ce marché aux termes de laquelle tant l'association que ses membres et les membres de ceux-ci « pourront faire usage du contrat » est une clause de style que contenaient tous les cahiers des charges qu'elle rédigeait alors.

L'ASBL « Smals » ajoute que la fourniture de meubles de bureau ne rentre pas dans la définition de son objet social et que la mission des associations visées à l'article 17*bis* de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale et aux 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 » ne concerne que la gestion et la sécurité de l'information et ne l'autorise pas à lancer un marché public de fourniture de meubles de bureau pour le compte de ses membres.

L'ASBL « Smals » déduit de ce qui précède que même une réponse positive à la question préjudicielle ne pourrait amener le Conseil d'Etat à se déclarer compétent pour connaître du recours en annulation dirigé contre la décision prise par l'association.

A.2. A titre principal, le Conseil des ministres invite la Cour à examiner si, compte tenu des informations données par l'ASBL « Smals » à propos de la destination du mobilier commandé dans le cadre du marché public, il n'y aurait pas lieu d'inviter le Conseil d'Etat à vérifier l'utilité de la question préjudicielle.

A.3. La SA « Bedimo » estime, quant à elle, que, compte tenu de la clause précitée du cahier spécial des charges, il ne peut être contesté que les autorités administratives qui sont membres de l'ASBL « Smals » peuvent profiter du marché litigieux.

Sur la réponse à la question préjudicielle

A.4.1. La SA « Bedimo » estime que la question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

A.4.2. Elle précise, à titre liminaire, que la réponse à la question préjudicielle doit tenir compte de la législation en vigueur à la date de son recours en annulation au Conseil d'Etat, de sorte que la loi du 23 décembre 2009 « introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » reste sans incidence sur cette réponse.

A.4.3. La requérante devant le Conseil d'Etat prétend que tous les membres de l'ASBL « Smals » sont des autorités administratives. Elle ajoute que cette association passe des marchés publics en son nom, mais au profit de ses membres et des membres des autorités administratives qui la composent.

A.4.4. La SA « Bedimo » souligne, ensuite, que la manière dont la Cour de cassation et le Conseil d'Etat définissent le concept d'« autorité administrative » utilisé par l'article 14, § 1er, des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat conduit à une discrimination au préjudice du soumissionnaire d'un marché public proposé par une association sans but lucratif, telle que l'ASBL « Smals ».

Elle rappelle que, à la différence de ce soumissionnaire, tant le soumissionnaire à un marché public proposé par n'importe quelle autorité administrative que celui qui remet une offre à un marché public proposé par une autorité administrative qui est membre de l'ASBL « Smals » peuvent introduire au Conseil d'Etat un recours en annulation de la décision d'attribution dudit marché.

Elle considère que cette différence de traitement ne peut être justifiée par la circonstance que le soumissionnaire qui a remis une offre à l'ASBL « Smals » est libre de contester la décision d'attribution du marché devant le juge des référés. Elle précise qu'un tel recours n'offre pas des « garanties procédurales » équivalentes à celles qu'offre un recours au Conseil d'Etat, puisqu'il ne permet d'obtenir ni la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché public litigieux, ni l'annulation de cette décision, qui autorise l'introduction ultérieure d'une action en responsabilité.

Citant l'arrêt n° 161/2011 du 20 octobre 2011, la SA « Bedimo » soutient aussi que l'intérêt d'un soumissionnaire qui a remis une offre à une association sans but lucratif composée exclusivement d'autorités administratives à introduire un recours en annulation contre la décision d'attribution du marché à un concurrent est tout aussi réel et légitime que l'intérêt du soumissionnaire qui a remis une offre à une autorité administrative, membre ou pas de cette association.

A.4.5. La SA « Bedimo » affirme, enfin, que la discrimination ne provient pas d'une lacune de la législation relative aux marchés publics, mais des dispositions en cause ou de l'absence d'une disposition législative organisant un recours en annulation contre la décision d'attribution d'un marché public prise par une association sans but lucratif composée exclusivement d'autorités administratives.

A.5.1. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que la question préjudicielle appelle une réponse négative.

A.5.2. Il relève, à titre liminaire, que cette question porte sur la constitutionnalité de la manière dont la Cour de cassation et le Conseil d'Etat interprètent les mots « autorité administrative » utilisés à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées le 12 janvier 1973. Il en déduit que la référence que fait la question préjudicielle à la loi du 15 janvier 1990 et à celle du 17 juillet 2001 n'est pas pertinente. Il remarque, de plus, que la question préjudicielle n'identifie pas les dispositions de ces deux lois qui seraient en cause.

A.5.3. Le Conseil des ministres rappelle que la répartition des attributions juridictionnelles entre le juge judiciaire et le Conseil d'Etat résulte d'un choix exprimé par les articles 144, 145 et 160 de la Constitution.

Il estime que le concept d'autorité administrative constitue l'un des critères de cette répartition, et que ce critère est objectif et raisonnablement justifié. Et il considère qu'il n'est pas déraisonnable de définir ce concept notamment par une référence au pouvoir de décision unilatérale, d'une part, parce que ce pouvoir est, à l'instar de la poursuite d'une mission d'intérêt général, un des traits essentiels qui distingue une autorité administrative d'une entité privée, et, d'autre part, parce que la compétence du Conseil d'Etat qui est en cause porte sur des décisions administratives unilatérales.

A.5.4. Le Conseil des ministres ajoute que la différence de traitement entre les justiciables qui résulte de la qualité de l'auteur de la décision d'attribution d'un marché public ne porte pas atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif de manière déraisonnable ou disproportionnée. Il observe que le Conseil d'Etat et les tribunaux du pouvoir judiciaire procèdent au même contrôle de légalité et que les juridictions des deux types sont indépendantes et impartiales, peuvent être saisies en urgence ou en extrême urgence et prendre des mesures provisoires ou prononcer des astreintes.

Le Conseil des ministres estime que la circonstance qu'un juge du pouvoir judiciaire ne peut, en principe, à la différence du Conseil d'Etat, annuler un acte administratif jugé illégal est, en l'espèce, sans incidence, puisque ce juge est obligé de refuser l'application d'une décision d'attribution d'un marché public qu'il juge illégale et que cette décision constitue un acte administratif à portée individuelle. Il ajoute que même le refus d'application d'un acte administratif à portée réglementaire jugé illégal a, en pratique, le même effet que l'annulation d'un tel acte. Il relève, à ce sujet, qu'à la suite d'un jugement constatant l'illégalité de l'un de ses actes, une autorité administrative est obligée de tout mettre en œuvre rapidement pour faire disparaître cette illégalité et s'expose à la mise en cause de sa responsabilité si elle continue à appliquer cet acte jugé illégal. Le Conseil des ministres expose aussi que l'absence d'intervention d'un auditeur durant la procédure menée devant un tribunal du pouvoir judiciaire est contrebalancée par le fait que cette procédure réserve un rôle plus large aux parties et leur offre davantage de possibilités de recours.

Le Conseil des ministres en conclut que le recours au juge judiciaire et le recours devant le Conseil d'Etat présentent des garanties et une effectivité équivalentes. Il note que le droit à un recours juridictionnel effectif n'emporte pas le droit de pouvoir nécessairement disposer de deux recours juridictionnels pour un même litige.

A.5.5. Le Conseil des ministres soutient, enfin, que la circonstance qu'un marché public conclu par une association sans but lucratif bénéficierait à une autorité administrative ne rend pas discriminatoire la différence de traitement examinée.

Il relève que le choix de créer une telle association relève de la liberté d'organisation des pouvoirs publics et est même parfois, comme en l'espèce, expressément prévu par la loi. Il souligne, en outre, qu'un tel choix n'empêche pas l'application de la réglementation sur les marchés publics et rappelle qu'il ne porte pas atteinte au droit de recours effectif des candidats et soumissionnaires.

A.6.1. A titre subsidiaire, l'ASBL « Smals » estime aussi que la question préjudicielle appelle une réponse négative.

Elle partage, pour l'essentiel, l'opinion du Conseil des ministres.

A.6.2. L'ASBL « Smals » ajoute qu'elle constitue un pouvoir adjudicateur visé par 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 » et que ses décisions d'attribution d'un marché public pouvaient être suspendues par les juridictions judiciaires en application de l'article 21bis, § 2, alinéa 3, de cette loi, abrogé par l'article 4 de la loi du 23 décembre 2009, si elles constituaient un détournement de pouvoir ou une infraction aux documents relatifs au marché ou aux règles de droit applicables audit marché.

L'ASBL « Smals » observe d'ailleurs que la SA « Bedimo » a, par citation signifiée le 7 octobre 2009, saisi le président du Tribunal de première instance de Bruxelles pour lui demander de suspendre la procédure d'attribution du marché litigieux. Elle remarque que cette société a pu, devant cette juridiction, exposer des griefs relatifs à la « légalité objective » de la décision d'attribution critiquée (défaut de motivation formelle de la décision, violation de la législation sur l'emploi des langues en matière administrative, critique du rapport d'attribution rédigé à l'attention du conseil d'administration du pouvoir adjudicateur, etc.), griefs identiques à ceux qui peuvent être formulés devant le Conseil d'Etat. L'ASBL « Smals » rappelle que, par ordonnance du 27 novembre 2009, le président du Tribunal de première instance de Bruxelles a déclaré la demande de suspension non fondée après avoir examiné ces griefs. Elle en conclut que la SA « Bedimo » a, dans ce cas, bénéficié d'une protection juridictionnelle aussi effective et efficace que celle qui est offerte par une demande de suspension au Conseil d'Etat.

L'ASBL « Smals » soutient, en outre, qu'à la suite de l'ordonnance précitée du 27 novembre 2009, la SA « Bedimo » aurait aussi pu demander à un juge du pouvoir judiciaire, statuant au fond, qu'il constate l'illégalité de la décision d'attribution du marché et qu'il refuse de l'appliquer en vertu de l'article 159 de la Constitution. Elle prétend que ce pouvoir est identique à celui qu'exerce le Conseil d'Etat lorsqu'il annule une telle décision, puisque, dans les deux cas, le soumissionnaire illégalement évincé pourra réclamer un dédommagement si le pouvoir adjudicateur persiste à conclure le marché avec son concurrent. Elle observe, enfin, que, par l'arrêt n° 164/2011, la Cour n'a pas remis en cause la distinction établie par la loi du 23 décembre 2009 entre le contrôle opéré par les juridictions judiciaires et le contrôle exercé par le Conseil d'Etat.

- B -

B.1. L'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose :

« La section [du contentieux administratif du Conseil d'Etat] statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements :

1° des diverses autorités administratives;

2° des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel.

L'article 159 de la Constitution s'applique également aux actes et règlements visés au 2° ».

B.2.1. L'article 17*bis* de la loi du 15 janvier 1990 « relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale » dispose :

« § 1er. 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 1er, 2°, *a*);

1°*bis* les centres publics d'action sociale;

2° les institutions de sécurité sociale visées à l'article 2, alinéa 1er, 2°, *c*);

2°*bis* les institutions de sécurité sociale visées à l'article 2, alinéa 1er, 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 21 août 2008 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 par le § 1er, 1°, 1°bis, 2°ter, 3°, 3°bis, 4°, 5°, 6°, 7° ou 8°, participent à une association fondée en application du § 1er, 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 § 1er, 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 § 1er sont tenus de payer les frais de l'association dans la mesure où ils font appel à ses services ».

B.2.2. 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 » dispose :

« 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 ».

L'article 3 de la même loi dispose :

« Les associations visées à l'article 2 et les associations visées à l'article 17*bis* 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 ».

B.3. Il ressort des faits de la cause soumise au Conseil d'Etat et des motifs de la décision de renvoi que la Cour est invitée à statuer sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 14, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées le 12 janvier 1973, lu en combinaison avec l'article 17*bis* de la loi du 15 janvier 1990, en ce que la disposition en cause créerait une différence de traitement discriminatoire entre deux catégories de soumissionnaires d'un marché public auquel s'applique l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » et portant sur des fournitures destinées à une autorité administrative qui est membre d'une association sans but lucratif au sens de la loi du 27 juin 1921 « sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations » fondée en application de l'article 17*bis*, § 2, de la loi du 15 janvier 1990, et qui ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers : d'une part, les soumissionnaires qui ont été invités à remettre une offre à cette autorité administrative et, d'autre part, ceux qui ont été invités à remettre une offre à cette association sans but lucratif.

Seuls les premiers auraient pu, compte tenu de la législation applicable le 10 novembre 2009, demander à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat l'annulation de la décision d'attribution du marché à un autre soumissionnaire.

Quant à la pertinence de la question préjudicielle

B.4. L'ASBL « Smals » et le Conseil des ministres contestent la pertinence de la question en relevant que les fournitures du marché public qui est à l'origine de la cause pendante devant le juge *a quo* ne sont pas destinées aux autorités administratives qui sont membres de l'association, mais sont exclusivement destinées à l'association.

B.5. C'est en règle à la juridiction qui interroge la Cour qu'il appartient d'apprécier si la réponse à la question préjudicielle est utile à la solution du litige qu'elle doit trancher.

Ce n'est que lorsque ce n'est manifestement pas le cas que la Cour peut décider que la question n'appelle pas de réponse.

B.6.1. Il ressort de l'article 3 des statuts de l'ASBL « Smals », modifié le 18 avril 2007 et publié aux annexes du *Moniteur belge* du 2 juin 2007, que celle-ci a « pour objet le soutien de ses membres en matière de gestion de l'information et questions connexes en faveur d'une prestation de services électroniques intégrée ».

Il ressort de l'avis de marché publié le 20 mai 2009 à la demande de l'association que le marché a pour objet la « fourniture de mobilier de bureau ». Le cahier spécial des charges produit devant la Cour par l'ASBL « Smals » indique que le marché a pour objet la livraison, l'aménagement et l'installation de mobilier de bureau sur les sites de cette association (voy. notamment les articles 2.1, 15.1, 18, 20, 28 et 34).

L'article 23 de ce cahier spécial des charges dispose cependant :

« Smals, ses membres ainsi que leurs membres pourront faire usage de ce contrat.

La liste complète des membres de Smals est disponible sur le site <http://www.smals.be> ».

B.6.2. Il apparaît donc que les fournitures du marché dont il est question devant le juge *a quo* pourraient aussi être destinées aux autorités administratives qui sont membres de cette association, de sorte que la partie requérante devant le Conseil d'Etat appartient à la seconde des deux catégories de soumissionnaires décrites en B.3.

Par conséquent, la réponse à la question préjudicielle ne peut pas être considérée comme manifestement inutile à la solution du litige pendant devant le Conseil d'Etat.

B.7. Il appartient donc à la Cour de répondre à la question préjudicielle.

Quant à la réponse à la question préjudicielle

B.8.1. L'article 14, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées le 12 janvier 1973 attribue au Conseil d'Etat le pouvoir de connaître d'un recours en annulation d'une décision d'attribution d'un marché public prise par une autorité administrative.

Une association sans but lucratif ne peut être qualifiée d'autorité administrative au sens de cette disposition que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers (Cass., 28 octobre 2005, *Pas.*, 2005, n° 550; Cass., 30 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 363), 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, *Pas.*, 2011, n° 363).

L'attribution d'un marché public n'est pas une décision créant des obligations à l'égard de tiers (CE, 2 décembre 2003, n° 125.889; CE, 28 janvier 2011, n° 210.776; CE, 17 juin 2011, n° 213.949; CE, 8 août 2011, n° 214.772).

B.8.2. A la différence du soumissionnaire d'un marché public relevant de la première catégorie décrite en B.3, le soumissionnaire d'un marché public relevant de la seconde catégorie décrite en B.3 ne pouvait donc, le 10 novembre 2009, demander à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat l'annulation de la décision d'attribution du marché à un autre soumissionnaire.

B.9.1. L'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 disposait avant son abrogation par l'article 4 de loi du 23 décembre 2009 « introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur informe les candidats non sélectionnés, les soumissionnaires non sélectionnés et les soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été choisie, dans les moindres délais après la prise de décision les concernant. Cette disposition n'est pas applicable pour certains marchés passés par procédure négociée sans publicité dont le Roi arrête la liste.

Le Roi fixe les règles relatives à l'obligation de communiquer aux candidats et aux soumissionnaires les motifs de la décision qui les concernent. Il peut prévoir des exceptions pour certains marchés passés par procédure négociée sans publicité.

§ 2. Lorsque le marché public ou la concession de travaux publics est obligatoirement soumis à la publicité européenne lors du lancement de la procédure, le pouvoir adjudicateur communique en même temps que l'information prévue au § 1er :

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection;

2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction; ces motifs se rapportent, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées pour les travaux, fournitures ou les services par rapport aux spécifications techniques ou à la non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues;

3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, la décision motivée d'attribution du marché.

La communication se fait sans délai par télécopieur ou par des moyens électroniques et est confirmée le même jour par lettre recommandée à la poste.

Le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour de l'envoi par télécopieur ou par des moyens électroniques prévu à l'alinéa 2. Les soumissionnaires peuvent endéans ce délai introduire un recours en suspension auprès d'une juridiction, et ce exclusivement, selon le cas, dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence. En l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l'adresse qu'il a indiquée, la procédure peut être poursuivie.

§ 3. Certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises ».

B.9.2. Cette disposition rappelle que, en dépit du fait qu'il ne pouvait, le 10 novembre 2009, demander au Conseil d'Etat l'annulation de la décision d'attribution du marché à un autre soumissionnaire, le soumissionnaire d'un marché public relevant de la seconde catégorie décrite en B.3 pouvait saisir les cours et tribunaux afin de faire protéger ses droits subjectifs éventuellement mis en cause par cette décision.

B.10. La différence de traitement entre les deux catégories de soumissionnaires est raisonnablement justifiée : d'une part, elle est due à la différence d'objet des recours mus par ces deux catégories; d'autre part, dans les deux cas, le soumissionnaire évincé a la possibilité de faire contrôler la légalité de la décision d'attribution par un juge qui dispose d'une compétence de pleine juridiction.

B.11. La question appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 14, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, lu en combinaison avec l'article 17*bis* de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 30 octobre 2012, par le juge J.-P. Snappe, faisant fonction de président en remplacement du président R. Henneuse, légitimement empêché.

Le greffier,

Le président f.f.,

F. Meersschaut

J.-P. Snappe