

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.846 du 17 février 2016

G./A.218.059/VI-20.690

En cause : **la société anonyme STRABAG
BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Mes Frank JUDO et
Aurélien VANDEBURIE, avocats,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles,

contre :

l'Université Catholique de Louvain,
en abrégé U.C.L.,

ayant élu domicile chez
Mes Benoît CAMBIER et
Thomas CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme FRANKI,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 11 janvier 2016, la société anonyme STRABAG BELGIUM demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la partie adverse du 23 octobre 2015 d'attribuer le marché public de travaux ayant pour objet la construction d'un nouveau bâtiment appelé «Tour Laennec» à la S.A. Franki".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 12 janvier 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 février 2016 à 10 heures.

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

La société anonyme FRANKI a, par une requête introduite le 2 février 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

M. le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me Aurélien VANDEBURIE, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Mes Benoît CAMBIER et Thomas CAMBIER, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et Me Renaud SIMAR, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. L'Université catholique de Louvain a décidé de procéder à l'attribution, selon la procédure d'adjudication publique, d'un marché public de travaux ayant pour objet la construction d'un bâtiment appelé "Tour Laennec", immeuble comprenant notamment neuf de laboratoires de recherche.

Plus précisément, l'objet du marché est décrit de la manière suivante par le cahier spécial des charges :

" la construction d'un nouveau bâtiment appelé «Tour Laennec», abritant principalement des laboratoires de recherche biomédicale, des animaleries, des bureaux, des cabinets de consultation médicale et un auditoire de 100 personnes".

III.2. Ce marché a fait l'objet d'un avis de marché publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne le 12 décembre 2014.

III.3. Huit opérateurs économiques ont remis une offre et certains soumissionnaires, dont la requérante et la partie intervenante, ont été invités à compléter et/ou à préciser leurs références en vue de la sélection qualitative.

III.4. Six soumissionnaires ont finalement été sélectionnés, dont la requérante et la partie intervenante.

Après examen de la régularité des offres et après vérifications de la normalité des prix, le pouvoir adjudicateur a procédé aux corrections des erreurs arithmétiques, aux rectifications des omissions de prix et à l'examen des modifications de quantités proposées.

A la suite de ces examens, le pouvoir adjudicateur a dressé le classement des offres, dans lequel la partie intervenante est classée première tandis que la requérante est classée deuxième.

Le 23 octobre 2015, le pouvoir adjudicateur a décidé d'attribuer le marché public litigieux à la partie intervenante.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Dans le courrier de notification de cet acte à la partie requérante, il est fait mention de ce qui suit au sujet des voies de recours :

" Concernant les voies de recours s'offrant à vous, nous vous renvoyons aux 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]".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme FRANKI a, par une requête introduite le 2 février 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a intérêt à intervenir. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. EXAMEN DE LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE DE LA SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DU CONSEIL D'ETAT

V.1. Thèse de la requérante

La requérante est d'avis qu'il peut être admis *prima facie*, dans le cadre d'un examen opéré en extrême urgence, que l'U.C.L. constitue une autorité administrative au sens de l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Elle fait valoir à ce sujet ce qui suit dans sa requête :

" La requérante n'ignore pas que la jurisprudence est divisée sur la question de savoir si les établissements universitaires d'enseignement libre sont des autorités administratives.

Raison pour laquelle la partie requérante a, afin de préserver ses droits, introduit également un recours en suspension devant le président du tribunal de première instance du Brabant wallon, siégeant en référé.

Il convient toutefois de constater que la partie adverse revêt, *prima facie*, les allures d'un établissement public.

En effet, suivant un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2015, l'établissement public est une personne morale de droit public ou revêtant une forme de droit privé, créée, reconnue ou agréée par l'autorité fédérale, par les communautés ou les régions, chargée d'un service public, dont le fonctionnement est déterminé et contrôlé par l'autorité, et qui dispose de prérogatives de la puissance publique, dont celle de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers; il est, dans ces conditions, une autorité administrative.

Il suit de l'ensemble de ces constatations que, nonobstant la forme juridique sous laquelle elle est constituée, la partie adverse peut, dans le cadre d'un examen opéré en extrême urgence, être considérée, *prima facie*, comme une autorité administrative".

La requérante renvoie également à l'audience à la jurisprudence relativement peu fixée de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat sur le point de savoir si les sociétés de logement de service public sont ou non des autorités administratives au sens de l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée. Elle rappelle par ailleurs que la qualité d'établissement public est visée à l'article 3 de la loi du 12 août 1911 accordant la personnification civile aux universités de Bruxelles et de Louvain, lequel article renvoie en effet à l'article 910 du Code civil.

V.2. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse expose que la section du contentieux administratif serait sans compétence juridictionnelle. En effet, l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ne rend la section du contentieux administratif compétente que lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 ; la partie requérante agit d'ailleurs simultanément devant le Conseil d'Etat et le juge judiciaire par voie de citation ; l'U.C.L. ne peut être qualifiée d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du fait qu'elle est une personne morale de droit privé composée de personnes privées et qui ne dispose d'aucun imperium ; la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 septembre 2002 (C010382N) a jugé à cet égard que "des institutions créées par des personnes privées mais agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et des régions, des provinces ou des communes, constituent des autorités administratives au sens de cet article 14 dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et où elles peuvent prendre des mesures obligatoires à l'égard des tiers, plus spécialement en déterminant de manière unilatérale leurs propres obligations à l'égard des tiers ou en constatant unilatéralement les obligations des tiers ; que les actes posés par ces établissements peuvent faire l'objet d'une annulation lorsque ceux-ci exercent une partie de l'autorité publique". Concernant précisément l'U.C.L., le Conseil d'Etat a jugé qu'elle est "une institution universitaire subventionnée par la Communauté française, créée et organisée par des personnes privées. Si l'enseignement libre subventionné constitue un service public fonctionnel, c'est-à-dire un service qui est organisé par l'initiative privée pour les besoins de tout ou partie de la population, en vue d'assumer une mission d'intérêt général, il ne s'ensuit pas pour autant que les établissements relevant de cet enseignement doivent toujours être considérés comme des autorités administratives au sens de l'article 14, paragraphe 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. En effet, l'établissement universitaire libre subventionné n'agit en cette qualité que lorsqu'il prend des actes administratifs unilatéraux qui lient les tiers" (C.E., n° 225.351 du 6 novembre 2013) ; or, la décision d'attribuer un marché public ne lie pas les tiers ; d'ailleurs, le Conseil d'Etat, concernant une institution d'enseignement libre, considère que "pour se voir reconnaître la qualité d'autorité administrative, la personne morale de droit privé doit encore remplir une condition supplémentaire, étant de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers ; que tel est, notamment, le cas lorsque, dans le cadre de sa mission de service public, la Haute Ecole subventionnée délivre des diplômes qui sont sanctionnés et reconnus par la Communauté et qui lient les tiers ; que cette même qualité ne lui revient 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" (C.E., n° 125.889 du 2 décembre 2003); il s'agit d'une jurisprudence bien établie (concernant l'a.s.b.l. Coordination Bruxelloise d'Institutions Sociales et de Santé-Management (CeBIm), voir l'arrêt n° 232.021 du 31 juillet 2015); l'U.C.L. n'agit donc pas en qualité d'autorité administrative lorsqu'elle adopte une décision d'attribution d'un marché public en telle sorte que le Conseil d'État est sans compétence pour connaître de la présente demande.

V.3. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante estime également que le Conseil d'Etat est sans compétence juridictionnelle, en application de l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée, dans la mesure où l'U.C.L. n'a pas agi en qualité d'autorité administrative et que, face à une décision émanant d'un établissement hospitalier, le Conseil d'Etat a déjà reconnu son incompetence en considérant qu'un tel établissement ne peut être qualifié d'autorité administrative car "la partie adverse est une personne morale de droit privé qui est née de l'initiative privée. Il n'apparaît pas qu'elle dispose du pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis de tiers" (C.E., n° 222.781 du 8 mars 2013).

V.4. Décision du Conseil d'Etat

La section du contentieux administratif est compétente à l'égard des actes pris par les autorités visées à l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Parmi ces autorités, figurent tant des autorités non administratives que les autorités administratives.

L'U.C.L., partie adverse, n'appartient pas à la catégorie des autorités non administratives, c'est-à-dire des organes collatéraux des pouvoirs judiciaires ou des pouvoirs législatifs.

La Cour de cassation considère par ailleurs que les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et régions, des provinces ou des communes, qui sont chargées d'un service public fonctionnel et qui 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 de tiers, plus spécialement en déterminant de manière unilatérale leurs propres obligations à l'égard des tiers ou en constatant unilatéralement les obligations des tiers (Cass., ch. réun., 6 septembre 2002,

C.01.0382.N, Pas., 2002, I, p. 1548 ; Cass., ch. réun., 10 juin 2005, C.04.0278.N, Pas., 2005, I, p. 1273).

En l'espèce, l'autorité adjudicatrice s'identifie comme étant l'U.C.L. Cette université, ainsi que l'attestent les documents officiels publiés aux annexes du Moniteur belge du 27 mai 2010 (n° d'entreprise : 0419.052.272), est constituée sous la forme d'une personne morale de droit privé poursuivant un but d'utilité publique et jouissant de la responsabilité civile en vertu de la loi du 12 août 1911 accordant la personnalité civile aux Universités de Bruxelles et de Louvain, telle que modifiée par la loi du 28 mai 1970. Elle est par ailleurs agréée par les pouvoirs publics dans la mesure où elle est habilitée à délivrer des diplômes donnant accès à certaines professions ou à des emplois dans le secteur public ou, encore, à des qualifications requises dans le secteur privé.

Il ressort des pièces transmises par la partie adverse que l'U.C.L. n'a pas été créée par les pouvoirs publics. Elle n'est donc pas une personne morale de droit public pour laquelle, comme l'a également considéré la Cour de cassation, la vérification de la condition de l'*imperium* n'est pas nécessaire (Cass., ch. réun. 10 septembre 2009, C.09.0102.N et C.09.0108.N). Le renvoi opéré par la requérante à la jurisprudence relative aux sociétés de logement de service public n'est à cet égard pas pertinente, compte tenu de ce qu'il s'agit d'un contexte et de législations différents. De même, la simple circonstance que l'article 910 du Code civil est rendu applicable à l'U.C.L. et à l'Université libre de Bruxelles, et ce par l'article 3 de la loi du 12 août 1911 accordant la personnalité civile aux universités de Bruxelles et de Louvain, et que, par voie de conséquence, toute disposition entre vifs ou par testament au profit de l'une de ces universités n'aura d'effets qu'après avoir été dûment autorisée, ne suffit pas, en soi, à faire de ces deux universités des autorités administratives aux sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

En conséquence, pour que l'U.C.L. puisse se voir reconnaître la qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, il faut en tout état de cause, même si cette université est reprise parmi les institutions universitaires visées à l'article 25 de la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires et même si elle est soumise aux dispositions du décret de la Communauté française du 12 juillet 1990 sur le contrôle des institutions universitaires, qu'elle soit, dans le cas d'espèce envisagé, en position de pouvoir prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, du fait que la décision d'attribuer un marché public à telle entreprise déterminée plutôt qu'à telle autre ne crée en effet pas d'obligations à l'égard de tiers (voir dans le même sens, C.E., n° 125.889 du 2 décembre 2003, cité

par la partie adverse, C.E., n° 222.781 du 8 mars 2013, cité par la partie intervenante, et C.E., n° 225.351 du 6 novembre 2013, cité par la partie adverse).

Enfin, la circonstance que la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et que 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 soient applicables au marché litigieux n'est pas de nature à infirmer ce qui précède, dès lors que ces lois trouvent à s'appliquer à certains marchés passés par des personnes morales de droit privé. Déterminer la compétence d'attribution du Conseil d'Etat pour connaître du présent litige et la législation applicable pour le trancher sont en effet des questions bien distinctes.

La section du contentieux administratif est donc sans compétence juridictionnelle pour connaître de la présente demande de suspension d'extrême urgence.

VI. INDEMNITE DE PROCEDURE ET DEPENS

La partie adverse demande de condamner la partie requérante au paiement des dépens, en ce compris l'indemnité de procédure de base.

Dès lors que la présente demande de suspension d'extrême urgence est rejetée, la section du contentieux administratif étant sans compétence juridictionnelle pour en connaître, la partie adverse peut être considérée comme la partie ayant obtenu gain de cause au sens de l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973. Par ailleurs, si l'indication relative aux voies de recours figurant dans la notification de l'acte attaqué - qui se borne à renvoyer aux dispositions de la loi du 17 juin 2013 - est clairement imprécise, il ne peut toutefois pas être reproché à la partie adverse d'avoir expressément induit la requérante en erreur quant à la possibilité d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat.

Au vu de ces circonstances, il y a donc lieu d'accorder une indemnité de procédure de 700 euros à la partie adverse et de mettre l'ensemble des dépens à la charge de la partie requérante.

VII. DEMANDE DE CONFIDENTIALITE DE CERTAINES PIECES

Les parties demandent que les offres ou extraits d'offres qu'elles déposent demeurent confidentielles. La partie adverse demande en outre que la note technique incluant des prix unitaires déposée au dossier administratif soit également

considérée comme confidentielle. La partie requérante demande enfin que le calcul du montant corrigé de son offre et que la liste des postes les plus importants non correctement corrigés demeurent confidentiels.

Il y a lieu de faire droit à ces demandes.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme FRANKI est accueillie dans la procédure en suspension d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 1 à 3 du dossier de pièces confidentielles de la partie requérante, les pièces 2a et 2b du dossier administratif ainsi que la pièce 3 du dossier de pièces de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 5.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 6.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-sept février deux mille seize par :

MM. Jacques JAUMOTTE, Président de chambre.,
Vincent DURIEUX, Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.