CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 198.108 du 23 novembre 2009

G./A.194.578/VI-18.441

En cause : **la société anonyme TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS,**

ayant élu domicile chez
Me Stijn VERBIST, avocat,
Graaf van Hoornestraat, n° 34,
2000 Anvers,

contre :

le Centre Hospitalier Universitaire de Liège,
en abrégé C.H.U. de Liège,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Véronique BERTRAND, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège,

Partie intervenante :

la société anonyme SIEMENS,

ayant élu domicile chez
Me Carlos DE WOLF, avocat,
Etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

Vu la demande introduite le 14 novembre 2009 par la société anonyme TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision du 30 octobre 2009 [prise] par l'administrateur délégué du Centre Hospitalier Universitaire de Liège d'attribuer le marché visé par le cahier spécial des charges n/ CHULG/09.27 relatif à la fourniture, la mise en place et la mise en service, au Centre Hospitalier Universitaire de Liège, de deux appareils de tomographie à rayons X, assistée par ordinateur, à balayage spiralé

et à 64 rangées de détecteurs (marché à lot unique), à la firme SIEMENS, pour un montant total estimé à 1.480.795, 17 euro, T.V.A. comprise";

Vu la requête introduite le 19 novembre 2009, par laquelle la société anonyme SIEMENS demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Vu l'ordonnance du 16 novembre 2009, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 19 novembre 2009 à 9 heures 30;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Stijn VERBIST et Ingrid VAN AKEN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Mes Véronique BERTRAND et Nathalie SCHMITZ, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Me Carlos DE WOLF, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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

Considérant que rien ne s'oppose à ce que la demande en intervention soit accueillie;

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

1. Le 17 juillet 2009, le centre hospitalier universitaire de Liège (ci-après le "C.H.U.") a décidé de procéder à l’acquisition de deux appareils de tomographie à rayons X, assistée par ordinateur, à balayage spiralé et à 64 rangées de détecteurs pour le service d’imagerie médicale (scanners).

2. Un avis de pré-information a été publié le 28 mai 2009 au Journal officiel de l’Union européenne et au Bulletin des Adjudications.

3. L’avis de marché a été publié le 24 juillet 2009 au Journal officiel de l’Union européenne et au Bulletin des Adjudications.

4. La procédure suivie était celle de l’appel d’offres général.

Le cahier des charges, portant le n/ CHULG/09.27, prévoyait 3 critères d’attribution :

- la valeur technique de l’offre (50 points)
- le montant de l’offre, en ce compris le coût de la garantie totale sur une durée de 5 ans à partir de la mise en service de l’installation (45 points)
- options (5 points).

5. Le 28 août 2009, les 4 sociétés suivantes ont déposé offre :

- la société PHILIPS Medical Systems;
- la société SIEMENS;
- la société GE Healthcare;
- la société TOSHIBA Medical Systems (ci-après la "société TOSHIBA").

La société SIEMENS a déposé une offre de base – SOMATOM Sensation configuration 64 coupes - et deux variantes : le SOMATOM Définition AS64 (variante 1) et le SOMATOM Définition AS+ (variante 2).

La société TOSHIBA a, quant à elle, déposé une offre de base - AQUILION 64 - et une variante - AQUILION CX-.

6. Le 30 octobre 2009, le C.H.U. a décidé d’attribuer le marché à la société SIEMENS pour un montant total estimé à 1.480.795,17 EUR, T.V.A. comprise.

Cette décision s’appuie sur le rapport d’analyse des offres établi le 28 octobre 2009, qui proposait de choisir la première variante - SOMATOM Définition AS 64 - de la société SIEMENS avec extension des fonctionnalités liées au Web Space.

Par courrier et télécopie du 30 octobre 2009, le C.H.U. a communiqué cette décision aux soumissionnaires évincés, sur la base de l’article 21bis de la loi du 24 décembre 1993.

Il s'agit de l'acte attaqué.

7. Le 16 novembre 2009, la société TOSHIBA a cité le C.H.U. à comparaître devant le Tribunal de première instance de Liège siégeant en référé afin qu'il lui soit interdit :

" de procéder à la notification à l'attributaire de la décision d'attribution du marché du 30 octobre 2009 par l'administrateur délégué du Centre Hospitalier Universitaire de Liège d'attribuer le marché visé par le cahier spécial des charges n/ CHULG/09.27 [...] à la firme SIEMENS, pour un montant total estimé à 1.480.795,17 euro, T.V.A. comprise, sous peine d'astreinte de 350.000 euro par jour de délai à partir de la notification de la décision d'attribution du 30 octobre 2009 par l'assignée jusqu'au jour du jugement au fond";

Considérant que selon l'article 17, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, le Conseil d'Etat ne peut ordonner la suspension de l'exécution d'un acte administratif qu'à la condition que l'acte soit susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, §§ 1er et 3, desdites lois;

Considérant que lorsque la requête est, comme en l'espèce, introduite par une personne morale, il ne suffit pas, pour qu'elle soit reconnue recevable, qu'elle ait été introduite par un avocat apte à la représenter, au sens de l'article 19, alinéa 3, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973; qu'il faut encore que la requérante établisse que la décision de saisir le Conseil d'Etat a été prise par celui de ses organes qui dispose de la qualité pour agir en justice;

Considérant que, par un arrêt n/ 42/98 du 22 avril 1998 (Moniteur belge du 2 juillet 1998), la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a jugé que :

" B.2.2.La personne morale agit par l'organe que désigne la loi ou les statuts. Il n'est pas déraisonnable [...] d'exiger la preuve de ce que cet organe a régulièrement pris, dans le délai légal, la décision d'agir devant le Conseil d'Etat. En vertu de la présomption établie par l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire, l'avocat n'aura pas à faire la preuve de ce qu'il a été mandaté. Mais il ne se déduit pas nécessairement de cet article que la personne morale elle-même doit être présumée avoir agi dans le respect des exigences légales qui la concernent.
[...]
B.2.3. Il est vrai que la Cour de cassation interprète l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire comme présumant à la fois que l'avocat représente la personne morale et que l'organe de celle-ci a régulièrement pris la décision d'agir en justice. Cette interprétation est différente de celle du Conseil d'Etat.
B.2.4. La différence d'interprétation s'explique par la spécificité du contentieux objectif confié au Conseil d'Etat : celui-ci applique une procédure inquisitoire; il reçoit les recours qui sont introduits en vue de la défense d'intérêts collectifs; il peut annuler avec effet rétroactif, par des arrêts qui ont l'autorité absolue de chose jugée, des actes et des règlements d'autorités administratives.

Ces caractéristiques propres au contentieux confié au Conseil d'Etat justifient qu'il interprète différemment l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire et qu'il contrôle si l'organe compétent de la personne morale, fût-elle représentée par un avocat, a pris, dans le délai prévu et dans le respect des règles de représentation qui la concernent, la décision d'introduire le recours.

B.2.5. Interprété par le Conseil d'Etat de manière telle qu'il établit une différence de traitement selon que l'avocat représente une personne physique ou une personne morale, l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.";

Considérant que le Conseil d'Etat n'aperçoit aucune raison de s'écarter de l'exigence touchant à la preuve de l'intervention de l'organe qualifié de la personne morale lorsque la requête est introduite en extrême urgence; que dans cette hypothèse, la requérante doit veiller à déposer au plus tard à l'audience toutes les pièces utiles aux vérifications nécessaires;

Considérant qu'il ressort de l'article 522, § 2, du Code des sociétés que :

" Le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant. Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers. Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir, mais ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées.";

Considérant que l'article 19 des statuts de la requérante dispose comme suit :

" Artikel 19 - Externe vertegenwoordigingsmacht

Indien er drie of meer bestuurders zijn aangesteld, vertegenwoordigt de raad van bestuur als college de vennootschap in alle handelingen in en buiten rechte. Hij handelt door de meerderheid van zijn leden.
Onverminderd de algemene vertegenwoordigingsmacht van de raad van bestuur als college, wordt de vennootschap ten aanzien van derden rechtsgeldig verbonden door ofwel twee bestuurders die gezamenlijk optreden of door de individueel handelende gedelegeerd bestuurder.
Indien de vennootschap slechts twee bestuurders telt, wordt zij in en buiten rechte vertegenwoordigd door beide bestuurders, gezamenlijk handelend of door de individueel handelende gedelegeerd bestuurder.";

Considérant que la requérante a déposé à l'audience la copie d'une décision prise le 13 novembre 2009 par "le managing director monsieur Olivier Zemb", seul à avoir signé, dont il ressort ce qui suit :

" La S.A. TOSHIBA MEDICAL SYTEMS, dont le siège social est établi à 2110 Wijnegem, Bijkhoevelaan 32 C, portant le numéro d'entreprise BE 420.346.134, conforme les statuts (édictés par acte notarié passé devant notaire Cols à Anvers le 14 avril 1980), représentée valablement par le managing director monsieur Olivier Zemb, habilité à représenter seul la société en justice selon la décision du conseil d'administration du 22 octobre 2008.

Décide le 13 novembre 2009 d'introduire une requête en suspension selon la procédure d'extrême urgence auprès du Conseil d'Etat contre la décision du 30 octobre 2009 par l'administrateur délégué du Centre Hospitalier Universitaire de Liège, d'attribuer le marché visé par le cahier spécial des charges n/ CHULG/09.27 [...] à la firme SIEMENS, pour un montant total estimé à 1.480.795, 17 euro, T.V.A. comprise.

La S.A. TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS nomme maître Peter DEKEERSMAEKER, avocat [...] et maître Stijn Verbist, avocat [...], pour mener les procédures nécessaires. [...]";

Considérant que la requérante a également déposé à l'audience une copie d'une décision déposée au greffe du tribunal de commerce d'Anvers le 22 octobre 2008, publiée aux annexes du Moniteur belge du 30 octobre 2008, dont il ressort notamment que :

" De raad van bestuur heeft beslist om de heer Olivier Zemb met ingang van 7 oktober 2008 te benoemen als managing director van de vennootschap.
In het kader van zijn benoeming tot managing director is de heer O. Zemb gemachtigd tot :

[...]

10/ Het voeren van rechtsgeldingen.

Punten 9/ et 10/ tot een maximumbedrag van twee miljoen vijf honderd duizend euro (2.500.000 €) per verrichting. Voor alle overige handelingen is de toestemming van de raad van bestuur vereist.";

Considérant qu'à supposer que la copie de la décision du conseil d'administration, déposée au greffe du tribunal de commerce d'Anvers le 22 octobre 2008, équivale à la copie de la décision du conseil d'administration du 22 octobre 2008 par laquelle Olivier ZEMB aurait été habilité à représenter seul la société en justice, les pièces déposées à l'audience ne permettent pas de vérifier si Olivier ZEMB, qui a signé seul la décision d'agir, a ou non la qualité de membre du conseil d'administration de la requérante ou celle d'administrateur délégué et si, dès lors, il a été valablement désigné pour agir en justice conformément à l'article 522 du Code des sociétés et à l'article 19 des statuts de la requérante; que, dans ces conditions, au terme d'un examen en extrême urgence, la requête n'apparaît pas recevable,

D E C I D E :

Article 1er.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le vingt-trois novembre deux mille neuf par :

M.	LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme	LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

K. LAUVAU. P. LEWALLE.