

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.977 du 1^{er} mars 2016

G./A.218.311/VI-20.709

En cause : **la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED,**

ayant élu domicile chez
Mes Marie BOURGYS et
Yves SCHNEIDER, avocats,
rue de Clairvaux, n° 40/202,
1348 Louvain-la-Neuve,

contre :

**la société coopérative à responsabilité
limitée L'HABITATION MODERNE,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL, Sarah
BEN MESSAOUD et Isabelle
VAN KRUCHTEN, avocats,
Place Flagey, n° 18,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 8 février 2016, la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision de date inconnue par laquelle la partie adverse a déclaré l'offre de la requérante irrégulière et a attribué le marché public relatif à la rénovation lourde d'un immeuble de 58 logements sociaux sis avenue des Pléiades, aux numéros 52 à 60, à 1200 Bruxelles, à un concurrent de la requérante, à savoir, *a priori*, la S.A. GILLION CONSTRUCT".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 9 février 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 25 février 2016 à 11 heures.

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.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Yves SCHNEIDER, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes Isabelle VAN KRUCHTEN et Sarah BEN MESSAOUD, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

III. 1. Thèses des parties

A. Requête

A propos de la compétence du Conseil d'Etat pour connaître de la demande introduite en la présente cause, la requérante fait valoir ce qui suit:

- " 3. La requérante n'ignore pas que la jurisprudence est divisée sur la question de savoir si les sociétés immobilières de service public (SISP) bruxelloises sont, ou non, des autorités administratives au sens de l'article 14, §1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Dans un arrêt Etablissements Malice du 14 septembre 2011, votre Conseil a jugé, *prima facie*, qu'une société immobilière de service public bruxelloise, telle que le FOYER ANDERLECHTOIS, n'agissait pas en qualité d'autorité administrative lorsqu'elle attribuait un marché public de travaux de rénovation de logements sociaux :

«Il n'apparaît pas, à l'issue d'un examen *prima facie*, que la première partie adverse puisse adopter des décisions obligatoires à l'égard des tiers. La possibilité, que lui offre l'article 58 du Code bruxellois du Logement, de demander au gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de l'autoriser, moyennant un avis favorable de la société de logement de la Région de Bruxelles-Capitale, à poursuivre une expropriation pour cause d'utilité, ne peut s'analyser, à elle seule, en un pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. [...] Le Conseil d'Etat n'est

donc pas compétent pour suspendre l'exécution de la décision dès lors qu'elle n'est pas une autorité administrative.» (C.E., 14 septembre 2011, Ets Malice c. S.A. «Foyer Anderlechtois», n° 215.147.

Depuis le prononcé de cet arrêt, il faut noter que le Code bruxellois du logement a toutefois été modifié. Dans un arrêt n° 229.245, du 20 novembre 2014, le Conseil d'Etat s'est ainsi déclaré compétent pour connaître d'une demande en suspension dirigée contre une décision d'attribution prise par la S.C.R.L. «LE FOYER SCHAEERBEEKOIS».

Certes, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat ne s'est pas formellement prononcé sur la question de savoir si la S.C.R.L. «LE FOYER SCHAEERBEEKOIS» était, ou non, une autorité administrative lorsque celle-ci prenait une décision d'attribution de marché public. A défaut pour cette SISP d'avoir pu, en extrême urgence, démontrer qu'elle n'était pas une autorité administrative, votre Conseil s'est toutefois, dans le doute, déclaré compétent pour connaître du recours introduit devant Lui. Dans la mesure où la jurisprudence n'est donc pas unanime sur la question, la requérante a dès lors préféré, par sécurité, introduire une demande en suspension devant votre Conseil".

B. Note d'observations

Au soutien de sa thèse selon laquelle le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître du présent recours, la partie adverse développe l'argumentation suivante:

- " 13. Le pouvoir adjudicateur n'est pas une autorité administrative de sorte que votre Conseil n'est pas compétent pour connaître du présent recours.

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 prévoit que l'instance de recours pour connaître du recours en suspension est «la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité administrative est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat».

Par conséquent, votre Conseil ne peut se déclarer compétent que si la sclr Habitation Moderne revêt la qualité d'autorité administrative.

14. Dans sa requête, la partie requérante se contente de faire part de l'incertitude qui subsisterait, au terme de la jurisprudence de votre Conseil, sur la qualification des sociétés de logement bruxelloises, sans toutefois étayer ses propos.

Elle a préféré introduire un recours tant devant votre Conseil que devant le juge judiciaire et laisser le soin à la partie adverse d'aborder cette question.

Cette incertitude subsisterait, selon la partie requérante, en raison de l'arrêt de votre Conseil n° 229.248 du 20 novembre 2014, au terme duquel il a été jugé ce qui suit :

«La partie adverse déclare être une société immobilière de service public.

Elle fait toutefois valoir qu'au regard d'arrêts de la Cour de cassation, elle ne serait pas une autorité administrative puisqu'elle ne serait pas investie du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. Elle n'examine cependant nullement, l'incidence concrète, sur le cas d'espèce, de ces arrêts.

Par ailleurs, elle se limite à citer un arrêt d'une chambre flamande du Conseil d'Etat sans toutefois établir que les réglementations applicables en Région flamande seraient analogues à celles en vigueur en Région de Bruxelles-Capitale au point que cet enseignement jurisprudentiel serait transposable en l'espèce. Pour cette raison, cette référence n'est pas, *prima facie*, pertinente.

Enfin, dans l'arrêt n° 215.147 du 14 septembre 2011[...] invoqué par la partie adverse, il est bien précisé, quant à la qualité d'autorité administrative de la partie adverse visée, qu'il s'agit d'"un examen *prima facie*" dont rien n'indique qu'il devrait en être tiré une règle générale applicable à la présente espèce. A cet égard, il y a notamment lieu de relever que la réglementation applicable, à savoir le Code bruxellois du logement, a évolué depuis l'arrêt susvisé.

Dans ces conditions et dans le cadre nécessairement sommaire d'une analyse en extrême urgence, les arguments de la partie adverse ne semblent pas suffisants pour dénier à celle-ci la qualité d'autorité administrative, d'autant qu'il s'agit d'une question éminemment complexe».

Votre Conseil s'est donc déclaré compétent dans la mesure où rien n'indiquait que l'arrêt n° 215.147 du 14 septembre 2011 devait s'appliquer, compte tenu notamment de la modification du Code bruxellois du Logement intervenue entre-temps.

Au terme de cet arrêt du 14 septembre 2011, votre Conseil avait pourtant considéré qu'une société bruxelloise de logement ne revêtait pas la qualité d'autorité administrative :

«La société immobilière de service public Le Foyer Anderlechtois est une société anonyme. Selon un arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 2005, portant le n° C.04.0278.N, une telle société de logement social, revêtant une forme de droit privé, n'a pas la qualité d'une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois précitées sur le Conseil d'Etat si elle n'est pas habilitée à adopter des décisions obligatoires à l'égard des tiers même lorsqu'elle est créée par une autorité administrative et soumise au contrôle de celle-ci.

Il n'apparaît pas, à l'issue d'un examen *prima facie*, que la première partie adverse puisse adopter des décisions obligatoires à l'égard des tiers. La possibilité, que lui offre l'article 58 du Code bruxellois du Logement, de demander au gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de l'autoriser, moyennant un avis favorable de la société de logement de la Région de Bruxelles-Capitale, à poursuivre une expropriation pour cause d'utilité, ne peut s'analyser, à elle seule, en un pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers».

Votre Conseil avait ainsi considéré que la société immobilière de service public bruxelloise Le Foyer anderlechtois ne revêtait pas la qualité d'autorité administrative, au motif que :

- elle revêtait une forme de droit privé ;
- elle n'était pas habilitée à adopter des décisions obligatoires à l'égard des tiers ;
- la seule possibilité de demander à la Région de l'autoriser à exproprier pour cause d'utilité publique n'énervait en rien ce constat.

Il convient dès lors d'examiner si cette jurisprudence est transposable en l'espèce, eu égard notamment à la modification du Code bruxellois du Logement intervenue en 2013.

15. Par un arrêt n° C040278N du 10 juin 2005, la Cour de cassation a examiné la compétence du Conseil d'État dans les termes suivants :

«Attendu qu'aux termes de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la section d'administration statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives;

Que les institutions créées ou agréées par les autorités fédérales, les autorités des communautés et régions, des provinces ou des communes, qui sont chargées d'un service public et ne font pas partie du pouvoir judiciaire ou législatif, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par ces autorités et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers;

Qu'une société, fût-elle créée par une autorité administrative et soumise au contrôle de cette autorité, qui ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers, n'acquiert pas le caractère d'une autorité administrative ; qu'à cet égard, il importe peu que sa mission soit d'intérêt général;»

Cette jurisprudence est constante. Dans un arrêt du 13 juin 2013 (C.12.0458.F), la Cour de cassation a, sur cette base, jugé que B.S.C.A. ne revêtait pas la qualité d'autorité administrative :

«Même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une personne morale de droit privé n'acquiert le caractère d'une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers; le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est à cet égard sans incidence.

Il s'ensuit qu'un acte émanant de cette personne morale n'est de nature à faire l'objet d'un recours en annulation et, partant, d'un recours en suspension de son exécution devant le Conseil d'Etat que dans la mesure où il ressortit à l'*impérium* dont elle est investie».

16. Qu'en est-il s'agissant de la partie adverse ?

A l'instar du Foyer anderlechtois, la partie adverse Habitation Moderne est une société bruxelloise immobilière de service public (SISP).

Conformément à l'article 54, § 1^{er}, du Code bruxellois du Logement, les sociétés immobilières de service public prennent «la forme de sociétés anonymes ou coopératives. Elles sont régies par le Code des sociétés, sous réserve des dispositions prévues par le présent Code». Elles sont par ailleurs agréées par la Société du Logement de la Région bruxelloise (S.L.R.B.).

En l'espèce, la société Habitation Moderne est une société civile ayant pris la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée. La majorité des parts sociales appartient à la commune de Woluwe-Saint-Lambert. Elle est investie d'une mission de service public consistant en la réalisation et la mise à disposition d'habitations sociales.

17. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, la srl Habitation Moderne étant une personne morale de droit privé, il convient de vérifier si elle dispose du pouvoir de prendre des dispositions obligatoires à l'égard des tiers.

A cet égard, la modification du Code bruxellois du Logement n'apporte aucun changement par rapport à la jurisprudence de votre Conseil relative au Foyer anderlechtois :

- les sociétés de logement bruxelloises demeurent des personnes morales de droit privé : le Code bruxellois du Logement tel que modifié ne comprend aucune disposition interdisant la création d'une société de logement par une initiative privée ou en vertu de laquelle seuls les pouvoirs publics pourraient créer une telle société.

Cet élément est essentiel et distingue clairement la situation des sociétés de logement social bruxelloises des sociétés de logement social wallonnes. Ces dernières sont en effet expressément qualifiées de personnes morales de droit public par le Législateur, au terme de l'article 130, § 1^{er}, du Code wallon du Logement et de l'habitat durable. Elles revêtent ce faisant la qualité d'autorité administrative, de sorte que votre Conseil est compétent.

- la nature du pouvoir d'expropriation qui peut être mise en œuvre demeure inchangée depuis 2011. L'article 68 du Code bruxellois du Logement dispose ce qui suit :

«Moyennant l'avis favorable de la SLRB, les SISP peuvent être autorisées par le Gouvernement à poursuivre, en vue de la réalisation de leur objet, l'expropriation pour cause d'utilité publique, même par zones, d'immeubles bâtis ou non bâtis.»

Au surplus, la Cour de cassation a déjà jugé que ni le droit au rachat ou le droit à indemnité, ni le droit de préemption, ni le droit de gestion sociale dont disposent les sociétés de logement social flamandes – à l'instar des sociétés de logement bruxelloises – ne sont le signe d'un tel pouvoir.

En conséquence, l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 septembre 2011 n° 215.147 est transposable au présent recours.

18. Votre Conseil a par ailleurs confirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 2 octobre 2012, n° 220.810. Ce dernier affirme que le fait que le pouvoir adjudicateur soit une société immobilière de service public, agréée et contrôlée par la Société du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale et qu'elle poursuit un objectif d'utilité publique ne suffit pas pour conclure qu'elle pourrait être considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Il précise encore que la circonstance que, dans la préparation et la prise de la décision d'attribution attaquée, il a appliqué des dispositions de la réglementation relative aux marchés publics et qu'il n'a pas le droit de déroger à cette réglementation n'est pas de nature à laisser supposer qu'il est intervenu en l'espèce comme une autorité administrative. Tout d'abord, la réglementation sur les marchés publics peut également être d'application – de manière contraignante – pour des personnes privées. En outre, les décisions attaquées visent seulement à attribuer un marché à un soumissionnaire particulier. Ce soumissionnaire entendait volontairement agir dans une relation contractuelle avec le pouvoir adjudicateur.

L'arrêt rappelle qu'avec la décision attaquée, le pouvoir adjudicateur n'a donc pas fixé «unilatéralement» des obligations à l'égard des «autres», ni des soumissionnaires, ni de ceux qui n'ont pas introduit d'offres et qui, par conséquent, ne pouvaient être liés contre leur volonté.

19. L'analyse des statuts de la S.C.R.L. Habitation Moderne ainsi que des dispositions du Code bruxellois du Logement démontre clairement que la partie adverse, en tant que personne morale de droit privé, ne dispose d'aucun pouvoir contraignant à l'égard des tiers.

20. Au surplus, comme le démontre l'arrêt du 2 octobre 2012, la décision d'attribution attaquée ne constitue pas l'expression d'un pouvoir d'*imperium*, mais

la consécration d'une relation contractuelle à naître entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire.

21. Par conséquent, votre Conseil n'est pas compétent pour connaître du présent recours. La requête doit être rejetée".

III. 2. Décision du Conseil d'Etat

La jurisprudence majoritaire du Conseil d'Etat considère que les "sociétés immobilières de service public" instituées conformément au Code bruxellois du Logement ne sont pas des "autorités administratives" au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, de sorte que le Conseil d'Etat ne peut connaître de recours dirigés contre les décisions unilatérales prises par ces sociétés. Ainsi le décident les arrêts n^{os} 211.775 du 3 mars 2011, 215.147 du 14 septembre 2011 et 220.810 du 2 octobre 2012.

Certes, un arrêt n° 229.248, prononcé le 20 novembre 2014, adopte-t-il une solution contraire, dénonçant l'indigence de l'argumentation alors développée par la partie adverse au soutien de son déclinatoire de compétence, et se référant à une modification législative survenue depuis l'arrêt n° 215.147 du 14 septembre 2011, précité, pour laisser entendre, en quelque sorte, que l'enseignement de ce dernier arrêt pourrait être remis en cause à la suite de cette modification.

Il n'apparaît toutefois pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, qu'une modification du Code bruxellois du Logement survenue à la suite du prononcé de l'arrêt n° 215.147 du 14 septembre 2011 aurait affecté le statut ou les prérogatives des sociétés immobilières de service public au point de rendre obsolètes les enseignements jurisprudentiels antérieurs à une telle modification.

En l'espèce, le courrier par lequel la partie adverse a communiqué la décision attaquée à la requérante désigne comme instance de recours le tribunal de première instance de Bruxelles. Par ailleurs, il ressort des écrits de procédure, de l'instruction et des débats que la requérante est consciente de ce que la compétence du Conseil d'Etat pour connaître de sa demande peut être contestée, qu'elle indique avoir introduit celle-ci "par sécurité" et qu'elle a introduit une demande tendant également à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué devant le président du tribunal de première instance francophone de Bruxelles. La requête ne contient toutefois aucun élément qui laisserait paraître *prima facie* qu'en la présente cause, la partie adverse pourrait se voir reconnaître la qualité d'autorité administrative dont les actes unilatéraux sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. En termes de plaidoiries, la requérante a fait grief à la partie adverse de ne pas considérer la question litigieuse sous l'angle des caractéristiques de l'acte attaqué, alors que

plusieurs éléments laisseraient entendre qu'à la faveur d'une telle approche, elle pourrait se voir reconnaître la qualité d'autorité administrative. Elle est toutefois restée en défaut d'identifier ces éléments auxquels il s'imposerait d'avoir égard.

L'examen effectué en extrême urgence n'a permis de déceler aucun élément qui devrait inciter le Conseil d'Etat à s'écarter, en la présente cause, des enseignements de ses précédents arrêts aux termes desquels avait été déniée la qualité d'autorité administrative de sociétés immobilières de service public instituées conformément au Code bruxellois du logement, et à ne pas s'approprier ces enseignements.

Dès lors qu'il n'est pas établi, *prima facie* et à ce stade de la procédure, que l'acte attaqué a été adopté par une autorité administrative, au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, précitées, le Conseil d'Etat ne peut connaître de la présente demande. Celle-ci doit, en conséquence, être rejetée.

IV. CONFIDENTIALITE

La partie requérante demande que la confidentialité de son offre, des demandes de justification de prix de la partie adverse ainsi que des réponses qu'elle a fournies suite à ces demandes, soit préservée. Il s'agit des pièces 1 à 5 de leur dossier de pièces confidentiel.

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel les pièces 22 à 28 du dossier administratif, de même qu'une version de sa note d'observations dans laquelle n'ont pas été omis les éléments relatifs aux prix proposés par la requérante ainsi qu'aux justifications de ceux-ci.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

V. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 25 février 2016, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité demandée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 1 à 5 du dossier de pièces confidentiel de la partie requérante, de même que les pièces 22 à 28 du dossier administratif et la version de la note d'observations reprenant les éléments relatifs aux prix proposés par la requérante, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

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 à la partie n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 4.

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

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
premier mars deux mille seize par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.