CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

XV^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 244.614 du 24 mai 2019

A. 222.535/XV-3461

En cause : **BRIQUET** Maryline,
représentée par
M^es Pierre JOASSART
et Gaëlle JACQUEMART, avocats,
et ayant élu domicile chez
M^e Pierre JOASSART, avocat,
boulevard du Régent 37-40
1000 Bruxelles,

contre :

le Fonds de la Recherche Scientifique - FNRS,
ayant élu domicile chez
M^es Philip PEERENS
et Robert DE BAERDEMAEKER, avocats,
chaussée de La Hulpe 166
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par la voie électronique le 30 juin 2017, Maryline BRIQUET demande l'annulation de "la décision implicite du Fonds de la recherche scientifique portant refus d'accès aux dossiers des candidatures pour le poste de chercheur qualifié en 2007, 2010 et 2013 suite à [sa] demande initiale d'accès du 6 mai 2016".

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Paul ERNOTTE, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

‡CEFTODDDD-BDHGAJQ‡

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 24 avril 2019, l'affaire a été fixée à l'audience publique du 21 mai 2019 à 9 heures 30.

M^me^ Pascale VANDERNACHT, président de chambre, a fait rapport.

M^e^ Julie PATERNOSTRE, *loco* M^e^ Pierre JOASSART, avocat, comparaissant pour la requérante, et M^e^ Philip PEERENS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Paul ERNOTTE, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. Après avoir obtenu un doctorat dans le domaine de l'astrophysique en mars 2003 à l'Université de Liège, la requérante effectue de 2003 à 2011 un post-doctorat à la KULeuven. En 2007, 2010 et 2013, elle pose sa candidature auprès de la partie adverse afin d'obtenir un mandat de chercheur qualifié. Ces demandes ont été à chaque fois rejetées.

2. Le 27 novembre 2014, la requérante s'adresse à la partie adverse afin de se plaindre de la manière dont se sont déroulées les trois procédures de sélection et de désignation des chercheurs qualifiés auxquelles elle a participé. À la suite de ce courrier, elle est reçue, le 5 juin 2015, par la secrétaire générale de la partie adverse. Toutefois, ces différentes démarches ne produisent, selon la requête, aucun résultat tangible.

3. Par un courrier recommandé du 6 mai 2016, le conseil de la requérante met la partie adverse en demeure de lui communiquer les dossiers de candidatures de sa cliente au poste de chercheur qualifié pour 2007, 2010 et 2013, le listing des postulants ainsi que les documents relatifs à la comparaison des titres et mérites des personnes concernées.

‡CEFTODDDD-BDHGAJQ‡

4. Le 15 juin 2016, la partie adverse répond à la requérante en lui transmettant uniquement des tableaux anonymisés reprenant le classement des candidats.

5. Le 16 février 2017, le conseil de la requérante s'adresse à la commission d'accès aux documents administratifs afin de pouvoir prendre copie "du dossier d'examen des candidatures au poste de chercheuse qualifiée de 2007, 2010 et 2013, en ce compris les rapports - éventuellement anonymisés - des autres candidats au poste de chercheur qualifié pour 2010 et 2013 [ainsi que] l'ensemble des lettres de recommandation établies au bénéfice de la requérante et particulièrement les lettres de "soutien" de Madame le Professeur A.N. [et] de Monsieur le Professeur M.-A.D.".

6. Par une citation introductive d'instance du 17 février 2017, la requérante cite la partie adverse à comparaître devant le Tribunal de première instance de Bruxelles dans le cadre du même contentieux.

7. Par une lettre recommandée du 20 mars 2017, le conseil de la requérante met à nouveau la partie adverse en demeure de lui communiquer l'ensemble des documents dont les courriers des 6 mai 2016 et 16 février 2017 sollicitaient déjà la production. Le 30 mars 2017, la partie adverse répond qu'elle n'entend pas réserver une suite favorable à cette demande.

8. Le 8 mai 2017, soit après l'expiration du délai de deux mois prescrit par l'article 8, § 2, alinéa 3, du décret du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, la commission d'accès aux documents administratifs remet un avis dans lequel elle se déclare incompétente pour se prononcer sur la demande de la requérante, estimant que la partie adverse n'a pas la qualité d'autorité administrative.

Par la suite, la partie adverse ne procède à aucun nouvel examen du dossier. Se fondant sur l'article 8, § 2, alinéa 4, du décret précité, la requérante considère que, de ce silence, découle la décision implicite de rejet qui constitue l'objet du présent recours.

9. Saisi en février 2017 d'une action par laquelle la requérante entend obtenir réparation du dommage que lui auraient causé les fautes commises lors des procédures d'octroi des mandats de chercheur qualifié qui se sont déroulées en 2007, 2010 et 2013, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles décide, par un jugement du 31 octobre 2017, de condamner la partie adverse à produire, sous peine d'une astreinte de cinquante euros par jour de retard, les documents suivants :

- le dossier complet d'examen des candidatures en 2013 au poste de chercheur qualifié, en ce compris les rapports, éventuellement anonymisés, des autres candidats;
- le dossier complet de la candidature de la requérante en 2007, 2010 et 2013, en ce compris l'ensemble des lettres de recommandation établies à son bénéfice et particulièrement les lettres de "soutien" des professeurs A.N. et M.-A.D.

IV. Compétence du Conseil d'État

IV.1. Thèses des parties

Anticipant le déclinatoire de compétence soulevé dans le mémoire en réponse, la requérante fait valoir divers éléments qui sont, selon elle, de nature à montrer que la partie adverse constitue une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Ainsi, elle souligne que celle-ci ne relève ni du pouvoir judiciaire ni du pouvoir législatif, qu'elle a été, à son origine, reconnue d'utilité publique par un arrêté royal du 2 juin 1928 et que ses statuts actuels ont été approuvés par un arrêté royal du 24 septembre 2006. Elle relève aussi que la partie adverse tire, à plus de 80 pour cent, ses ressources de subventions publiques et exerce sans conteste une mission d'intérêt public qui lui a permis d'obtenir le statut de fondation d'utilité publique. Enfin, elle indique que la partie adverse est soumise à un contrôle de tutelle exercé par le Gouvernement de la Communauté française et par le Gouvernement de la Région wallonne.

Se fondant sur le "guide du proposant" élaboré par la partie adverse en 2013 pour les personnes désireuses d'obtenir un mandat de chercheur, elle estime également que le Fonds prend des mesures qui lient des tiers. Selon elle, la décision de ne pas nommer quelqu'un en tant que chercheur qualifié et donc de ne pas financer celui-ci, lie non seulement cette personne mais également l'université qui l'emploie, laquelle ne pourra accueillir - ou conserver à son service - un chercheur qualifié qu'en le sélectionnant dans la liste des candidats (quatre au maximum) classés A par une commission scientifique constituée au sein de la partie adverse.

Afin de montrer que les conditions dans lesquelles le Conseil d'État reconnaît la qualité d'autorité administrative à des personnes morales revêtant une forme de droit privé ne sont pas remplies, en l'espèce, la partie adverse se réfère, tout d'abord, à la jurisprudence de la section du contentieux administratif qui est relative aux actes posés par les établissements d'enseignement libre : si ceux-ci sont qualifiés d'autorités administratives lorsqu'ils prennent des décisions qui, étant relatives à la collation des diplômes, relèvent de l'exercice d'une parcelle de la

‡CEFTODDDD-BDHGAJQ‡

puissance publique, il n'en va en revanche pas de même pour les actes que ces établissements posent à l'égard des membres de leur personnel ou en matière d'attribution de marchés publics.

En l'espèce, elle prétend que lorsqu'elle octroie ou refuse un mandat de chercheur à un candidat, cette décision ne concerne jamais que le soutien financier qu'elle accepte ou non d'accorder à l'intéressé et, ce faisant, elle n'exerce aucune parcelle de la puissance publique et n'agit donc pas en tant qu'autorité administrative. Ce constat n'est, selon elle, nullement remis en cause par le fait qu'elle a adopté des règlements relatifs aux différentes catégories de chercheurs dès lors qu'il ne s'agit pas de véritables règlements, au sens du droit public, c'est-à-dire des actes administratifs unilatéraux qui ont pour objet de pourvoir, par des dispositions générales et abstraites, à l'établissement de normes de conduite pour le présent et pour l'avenir. Elle expose que les règlements en cause organisent seulement des procédures d'attribution de mandats qui, *in fine,* débouchent, non pas sur une relation de nature statutaire, mais, le cas échéant, sur la conclusion de contrats relevant du droit privé. En adoptant de tels actes, elle agit non pas en tant qu'autorité administrative mais en tant que personne de droit privé qui indique, au préalable, les conditions dans lesquelles elle est prête à contracter.

Elle s'attache aussi à montrer qu'au regard des différents éléments pris en considération dans l'arrêt n° 207.827 du 1er octobre 2010, la qualité d'autorité administrative ne saurait en aucun cas lui être reconnue. S'agissant du critère organique, elle fait observer, comme l'a souligné la section de législation du Conseil d'État, qu'elle est et reste une personne morale de droit privé même si elle possède le statut de fondation d'utilité publique. De plus, elle soutient que les dispositions du décret du 17 juillet 2013 relatif au financement de la recherche par le Fonds national de la Recherche scientifique qui sont relatives au contrôle que la Communauté française exerce sur elle, ne font pas d'elle un exécutant de missions prévues par le pouvoir subsidiant et réalisées sous son contrôle : en effet, loin de pouvoir annuler toute décision du conseil d'administration qu'ils estiment contraires aux lois, décrets et arrêtés ou à l'intérêt général, les ministres disposent seulement du pouvoir de marquer leur désaccord auquel cas le conseil d'administration reporte sa décision au cours de sa prochaine réunion et est tenu de présenter des voies alternatives avant toute nouvelle prise de décision, quoique proche de la tutelle, un tel mécanisme s'en écarte toutefois sur un point fondamental, à savoir l'absence de pouvoir d'annulation dans le chef du ministre.

En ce qui concerne le critère fonctionnel, elle fait valoir que la requérante se méprend sur la notion de décisions contraignantes à l'égard de tiers. Ainsi, s'il est vrai, selon elle, que l'existence d'une décision par laquelle la partie

adverse refuse ou octroie un mandat de chercheur qualifié s'impose également à l'université et pourrait produire des effets à son égard, cela ne signifie pas pour autant que cet acte est de nature à constater unilatéralement les obligations de l'université vis-à-vis de la partie adverse, ni à déterminer ses propres obligations vis-à-vis de l'université. Elle relève que, faute d'avoir la possibilité de prendre de telles mesures réellement contraignantes, elle ne peut être assimilée à une autorité administrative dont les décisions peuvent être soumises à la censure du Conseil d'État. À son estime, ce constat s'impose d'autant plus que la présente requête est dirigée contre un acte, un refus implicite d'accès aux dossiers des candidatures pour un poste de chercheur qualifié, dont même la requérante ne prétend pas qu'il est de nature contraignante vis-à-vis de tiers.

Enfin, elle considère que c'est à tort que la requérante affirme qu'à défaut d'obtenir un financement de la part de la partie adverse, l'université devra mettre fin à sa collaboration avec le chercheur concerné, une telle position est, selon elle, manifestement inexacte puisque la question de l'octroi, par la partie adverse, d'un mandat et celle de l'engagement d'un chercheur par une université dans le cadre d'un contrat de travail sont deux choses totalement différentes, le seul lien existant entre ces deux prestations est l'université en tant que lieu de recherche et de travail.

Tout en se référant aux considérations formulées dans sa requête, la requérante, en réplique, entend souligner que la partie adverse dispose bien d'une parcelle de la puissance publique puisqu'elle prend des décisions qui s'imposent à l'université, laquelle n'est pas partie à la convention intervenue entre le chercheur et le FNRS.

Dans son dernier mémoire, elle admet qu'une université peut toujours engager un chercheur sur fonds propre mais qu'elle privilégiera le recrutement du chercheur qualifié financé par la partie adverse eu égard au contexte de financement par "enveloppe fermée" des universités. Par ailleurs, elle souligne qu'un recrutement d'un chercheur supplémentaire obligerait l'université à modifier son cadre, ce qui est peu probable et, si tel devait être le cas, l'université engagerait plus que probablement un autre candidat classé A par la partie adverse. Elle est donc convaincue que le choix laissé à l'université d'engager un chercheur hors FNRS, est un choix purement théorique de sorte que les choix imposés par la partie adverse lient les universités et ont des incidences sur les candidats eux-mêmes. Enfin, elle maintient que la partie adverse est soumise à un contrôle de tutelle, un commissaire du gouvernement siégeant au sein du conseil d'administration de l'institution et pouvant dénoncer au ministre compétent toute décision contraire aux lois, décrets ou arrêtés ou à l'intérêt général. Ce recours a, selon elle, un effet suspensif, le ministre

pouvant exiger du conseil d'administration qu'il rapporte sa décision à une prochaine réunion et présente des voies alternatives. Elle en conclut que ce contrôle de tutelle peut ainsi contraindre le conseil d'administration à retirer sa décision, ce qui équivaut à une annulation. Elle en déduit qu'un tel contrôle de tutelle serait inutile si la partie adverse était une simple association de droit privé ne disposant d'aucun pouvoir de contrainte.

IV.2. Appréciation

Afin de déterminer s'il y a lieu ou non de qualifier une personne morale d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, il convient de distinguer entre, d'une part, les personnes morales créées par les pouvoirs publics, fût-ce sous une forme de droit privé, aux fins d'assurer une mission de service public et, d'autre part, les personnes morales de droit privé, nées de la seule initiative privée, mais agréées ou contrôlées par les pouvoirs publics pour assumer une mission de service public. Les premières font parties intégrantes de l'administration et elles peuvent être qualifiées d'autorités administratives, même si elles ne sont pas fondées à prendre des décisions obligatoires vis-à-vis de tiers, alors que les secondes ne seront qualifiées d'autorités administratives que si elles sont habilitées à prendre et lorsqu'elles prennent unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard de tiers.

En l'espèce, la partie adverse est une fondation d'utilité publique au sens de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes. Selon l'article 1er, alinéa 3, de ses statuts, elle a pour objet "de favoriser la recherche scientifique dans la Communauté française de Belgique par l'octroi de subsides à des chercheurs pour leur permettre de se consacrer à la recherche scientifique, et à des institutions pour leur permettre d'équiper ou de faire fonctionner des unités de recherche". La partie adverse a été créée par un acte notarié du 21 juin 2005 par une autre fondation d'utilité publique, le Fonds national de la recherche scientifique, laquelle lui a alors transféré l'universalité des biens meubles, corporels et incorporels, affectés à la branche francophone de ses activités, ainsi que les immeubles où celles-ci sont exercées. Quant au FNRS, il a été constitué en 1928 par l'affectation, en faveur de la recherche, de fonds émanant pour l'essentiel de personnes physiques ou morales de droit privé exerçant des activités industrielles ou bancaires.

Comme la partie adverse est une personne morale de droit privé, née de la seule initiative privée, il convient dès lors de vérifier si elle est habilitée à prendre - et si elle a pris en l'espèce - une décision obligatoire à l'égard des tiers.

‡CEFTODDDD-BDHGAJQ‡

Parmi les dispositions de nature législative qui sont relatives aux missions et au fonctionnement des institutions universitaires, aucune n'interdit à celles-ci de financer, sur leurs fonds propres, une recherche scientifique au motif que la personne qui l'effectue ou se propose de l'effectuer n'a pas pu, comme la requérante, obtenir de la partie adverse la qualité de chercheur qualifié et donc l'intervention financière qui en découle. De plus, ce constat n'est nullement remis en cause par le fait que, selon un passage du "guide du proposant", précité, auquel la requête se réfère, une université ne peut accueillir en son sein un chercheur qualifié que si celui-ci figure parmi les postulants classés A par une commission scientifique constituée au sein de la partie adverse. En effet, il s'agit là, non pas d'une restriction qui serait imposée aux institutions universitaires quant aux relations de travail qu'elles peuvent nouer ou conserver avec des chercheurs, mais uniquement d'une ligne de conduite à laquelle la partie adverse entend se conformer lors de la sélection des recherches qu'elle entend subsidier. Toute autre interprétation du document précité doit être rejetée car cela reviendrait à reconnaître à la partie adverse un pouvoir règlementaire que ni le décret du 17 juillet 2013, précité, ni aucune autre disposition de nature législative ne lui reconnaît.

Par ailleurs, la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que le Conseil d'État serait compétent pour juger de la régularité d'un acte émanant de la partie adverse au motif que celle-ci assume une mission de service public dès lors qu'elle tire l'essentiel de ses ressources de subsides publics et est soumise à un contrôle des pouvoirs publics sur ses activités. En effet, si sur les différents points qui viennent d'être évoqués, les établissements d'enseignement libre subventionné se trouvent dans une situation assez semblable à celle de la partie adverse, la jurisprudence de la section du contentieux administratif ne leur reconnaît cependant pas la qualité d'autorité administrative de manière générale, mais uniquement lorsqu'ils prennent des décisions relatives à la délivrance de diplômes qui sont reconnus par la Communauté française et qui lient les tiers. En outre, si les articles 4 et 5 du décret du 17 juillet 2013, précité, permettent effectivement à la Communauté française d'exercer un certain contrôle sur l'activité de la partie adverse, ces dispositions décrétales ne donnent toutefois pas au Gouvernement de la Communauté ou aux ministres le pouvoir d'annuler ou de réformer les décisions prises par son conseil d'administration. Celui-ci ne se trouve donc pas, par rapport à la Communauté française, dans la position où est placé un organe soumis à un contrôle hiérarchique ou de tutelle et il serait dès lors inexact de présenter la partie adverse comme le simple exécutant d'une politique de financement de la recherche scientifique qui serait entièrement déterminée par la Communauté.

En conséquence, à supposer qu'elle existe, la décision contestée n'émane pas d'une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Le déclinatoire de compétence doit ainsi être accueilli.

V. Indemnité de procédure

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros, à la charge de la requérante. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XVe chambre, le vingt-quatre mai deux mille dix-neuf, par :

Pascale VANDERNACHT,	président de chambre,
Diane DÉOM,	conseiller d'État,
Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État,
Frédéric QUINTIN,	greffier assumé

Le Greffier assumé, Le Président,

Frédéric QUINTIN. Pascale VANDERNACHT.

‡CEFTODDDD-BDHGAJQ‡