

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 246.064 du 12 novembre 2019

A. 229.373/VI-21.623

En cause : **la société anonyme ISS CATERING,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Peter TEERLINCK,
Raluca GHERGHINARU
et Louise GALOT, avocats,
Avenue de l'Yser 19
1040 Bruxelles,

contre :

- 1. l'Université de Liège,**
- 2. l'association sans but lucratif Restaurants universitaires de Liège,**

ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
Place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme COMPASS GROUP BELGILUX,
ayant élu domicile chez
M^e Frank VANDEVOORDE, avocat,
Avenue Georges Henri 431
1200 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 octobre 2019, la société anonyme ISS CATERING demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 30 septembre 2019 adoptée par la partie adverse aux termes de laquelle celle-ci a décidé de déclarer l'offre déposée par la partie requérante dans le cadre du Marché public ayant pour objet la fourniture de denrées alimentaires destinées aux restaurants, cafétérias et distributeurs de l'Université de Liège pour le compte de l'asbl «Restaurants universitaires» (cahier spécial de charges n° POE/1935F/DENREES) comme étant irrégulière et a décidé d'attribuer le marché à

la société COMPASS".

II. Procédure

Par une ordonnance du 18 octobre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 novembre 2019 à 10 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 28 octobre 2019, la société anonyme COMPASS GROUP BELGILUX demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Raluca GHERGHINARU et Ludovic PANEPINTO, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Renaud SIMAR et Pauline ABBA, avocats, comparaissant pour les parties adverses, et M^e Frank VANDEVOORDE avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis contraire.

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. Exposé des faits utiles

Au cours de sa réunion du 15 mai 2019, l'assemblée générale de l'ASBL Restaurants universitaires de Liège a, dans un point intitulé "Marché de fourniture de denrées alimentaires destinées aux restaurants, cafétérias et distributeurs de l'Université de Liège (ULiège) : décision quant au mandat à donner à l'ULiège pour agir dans ce cadre au nom de et pour le compte de l'asbl", donné mandat à l'Université de Liège pour "lancer la nouvelle procédure de marché".

Le même jour, se référant à ce mandat, le conseil d'administration de l'Université de Liège a choisi la procédure ouverte avec publication européenne comme mode de passation du marché et approuvé le cahier spécial des charges. Ce cahier spécial des charges mentionne l'Université de Liège "mandatée par l'ASBL Restaurants universitaires de Liège" comme identité de l'adjudicateur et comporte la description du marché qui suit :

- " Objet des fournitures : Fourniture de denrées alimentaires destinées aux restaurants, cafétérias et distributeurs de l'Université de Liège pour le compte de l'ASBL «Restaurants universitaires».

Commentaire : Le présent marché a pour objet de :

- Fournir les denrées alimentaires pour la confection des repas dans les restaurants et cafétérias ;
- Fournir les denrées alimentaire destinées aux cafétérias, restaurants, distributeurs, pauses café, collations et cocktails pour le cadre des manifestations organisées par le Pouvoir Adjudicateur dans le cadre de sa mission d'enseignement ;
- Assurer la gestion de toute l'exploitation (c'est-à-dire tenue de la comptabilité, gestion du personnel, gestion de tous les moyens affectés aux restaurants, cafétérias et distributeurs, contacts avec les organismes de contrôle, participation aux décisions en matière de projets d'investissement, participation aux diverses commissions relatives à la gestion des restaurants et cafétérias, ...);
- Améliorer le système de restauration actuel ;
- Mettre en avant l'aspect éducation à la santé et équilibre écologique en privilégiant l'aspect durable de l'alimentation que l'ASBL propose.

Le marché débute le 1^{er} janvier 2020, pour une durée de 1 an, reconductible 3 fois 1 an.

Lieu de livraison : Campus de Liège et site du Sart Tilman

L'ASBL «Restaurants universitaires» de Liège (ci-après l'ASBL «Restaurants») donne mandat à l'Université de Liège pour passer en son nom et pour son compte le présent marché : l'ASBL «Restaurants universitaires» de Liège représentée par l'Université de Liège est ci-après dénommée «le Pouvoir Adjudicateur».

Etendue du marché

Les descriptions des restaurants et/ou cafétérias des différents sites sont données à titre indicatif. Elles reflètent la situation actuelle de l'Université de Liège. L'étendue du marché est susceptible d'être modifiée en cours de contrat par l'ajout ou la suppression de restaurants/cafétérias ou autres. Dans ce cas, l'adjudicataire en sera averti par le fonctionnaire dirigeant. Les éventuels ajouts seront soumis aux conditions du présent marché et feront l'objet d'un avenant au présent marché".

Des avis de marché ont été publiés au Journal Officiel de l'Union européenne le 10 juin 2019 et au Bulletin des adjudications le 5 juin 2019. Ces avis de marché indiquent que l'Université de Liège est le pouvoir adjudicateur et que le Conseil d'État est l'instance chargée des procédures de recours.

Trois soumissionnaires dont la requérante et l'intervenante ont déposé offre.

Au cours de sa séance du 30 septembre 2019, le bureau exécutif du conseil d'administration de l'Université de Liège a notamment décidé de déclarer irrégulière l'offre de la requérante et d'attribuer le marché à l'intervenante. Il s'agit de l'acte attaqué. Cette décision a été communiquée à la partie requérante par un courrier du 3 octobre 2019 qui indique qu'un "recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 28 octobre 2019, la société anonyme COMPASS GROUP BELGILUX demande à intervenir dans la procédure.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Compétence du Conseil d'État

V.1. Thèses des parties

A. Écrits de procédure

La note d'observations expose ce qui suit :

" 9.
L'ASBL RESTAURANTS UNIVERSITAIRES DE LIEGE a donné mandat à l'Université de Liège pour passer en son nom et pour son compte le présent marché (page 6 du cahier spécial des charges).

Lorsque qu'un acte est posé par un mandataire au nom et pour le compte de son mandant, l'acte est imputable au mandant, dont la qualité d'autorité administrative ou non détermine la juridiction compétente [...].

La compétence de Votre Conseil doit donc être déterminée en fonction de la qualité d'autorité administrative ou non de l'ASBL RESTAURANTS UNIVERSITAIRES DE LIEGE.

10.
L'ASBL RESTAURANTS UNIVERSITAIRES DE LIEGE est constituée sous une forme de droit privé et ne peut prendre aucune décision obligatoire à l'égard des tiers.

Les statuts de l'ASBL RESTAURANTS UNIVERSITAIRES DE LIEGE forment la pièce n° 17 du dossier administratif. L'objet social de l'association est «la mise en œuvre de la restauration au profit de la communauté universitaire de l'Université de Liège et de ses hôtes».

11.

Or, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans un arrêt récent n° 245.257 du 31 juillet 2019, «selon la jurisprudence de la Cour de cassation, 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 étant à cet égard sans incidence (Cass, 13 juin 2013, n° C.12.0458.F et 13 juin 2014, n° C.14.0010.F)».

L'ASBL RESTAURANTS UNIVERSITAIRES DE LIEGE n'est donc pas une autorité administrative.

Votre Conseil est donc incompétent pour connaître de la présente demande de suspension".

L'intervenante conteste également la compétence du Conseil d'État pour connaître du recours dès lors que "le réel pouvoir adjudicateur est l'ASBL «Restaurants Universitaires», et non pas l'Université de Liège qui n'intervient que comme mandataire". Elle souligne que cette association "n'est pas une autorité administrative dans le sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État dès lors qu'elle ne peut pas prendre de décisions obligatoires à l'égard des tiers" et se réfère à un arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 2005 pour en déduire que le "recours aurait dû être introduit devant le juge judiciaire".

B. Audience du 5 novembre 2019

La requérante a, dans un premier point, observé que l'ASBL Restaurants universitaires de Liège est le prolongement de l'Université de Liège qui la contrôle. Elle a souligné que cette association poursuivait, selon l'article 3 de ses statuts, un objectif d'intérêt général, qu'elle avait été fondée par des membres de l'Université, que ses membres étaient très majoritairement des membres de l'Université et que son président était un représentant de l'Université. Elle en a déduit qu'il existait des indices très clairs que cette association avait donc été créée par l'Université et que celle-ci la contrôlait. La requérante a également remarqué que l'Université avait approuvé les conditions et le mode de passation du marché, qu'elle avait adopté la décision attaquée, qu'elle était mentionnée comme pouvoir adjudicateur dans les avis de marché et que l'association n'était jamais intervenue dans la procédure de passation. Se référant à un arrêt n° 79.954 du 27 avril 1999, la requérante en a conclu que l'ASBL Restaurants universitaires de Liège est un prolongement de l'Université de Liège, ce qui implique que le Conseil d'État est compétent pour connaître de la présente demande. Elle s'est également référée à l'arrêt n° 225.637 du 28 novembre 2013 pour constater que l'existence d'un lien organique entre une association sans but lucratif et une autorité administrative permet au Conseil d'État de conclure à sa compétence. La requérante a ensuite, dans un deuxième point, soutenu que l'Université de Liège était le véritable pouvoir adjudicateur puisque la décision d'attribution a été adoptée par

son bureau exécutif sans mention d'un mandat, que les courriers de communication de la décision attaquée montrent que l'expéditeur est l'Université de Liège sans mention d'un mandat, mais avec la mention du Conseil d'État comme juridiction compétente pour l'introduction d'un recours, que les avis de marché renseignent l'Université de Liège comme pouvoir adjudicateur et indiquent, comme le cahier spécial des charges, que l'objet du marché porte notamment sur "des manifestations organisées par le Pouvoir adjudicateur dans le cadre de sa mission d'enseignement", que les avis de marché renseignent le Conseil d'État comme organe de recours, que le rapport d'examen des offres mentionne l'Université de Liège comme pouvoir adjudicateur et que les objectifs imposés à l'adjudicataire par le cahier spécial des charges sont ceux définis par l'Université de Liège. Dans un troisième point, la requérante a enfin constaté que dans le cadre d'un précédent marché, le Conseil d'État avait été saisi d'un recours introduit contre une décision prise par l'Université de Liège pour le compte de l'ASBL Restaurants universitaires de Liège et qu'il n'avait soulevé aucune exception d'incompétence dans son arrêt n° 208.419 du 25 octobre 2010 alors qu'il s'agit d'une question d'ordre public.

Les parties adverses se sont référées à la jurisprudence de juillet 2019 citée dans la note d'observations pour observer qu'il convient désormais de prendre en compte la nature de la personne ayant donné mandat et non celle du mandataire. Elles ont indiqué que si l'ASBL Restaurants universitaires de Liège remplit bien le critère organique d'une autorité administrative et que s'il pourrait aussi être considéré qu'elle en remplit le critère fonctionnel, l'évolution de la jurisprudence impose d'avoir égard au critère de *l'imperium* et au pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers. Elles ont observé que l'association ne disposait, en l'espèce, d'aucun *imperium*. Elles ont relevé que la jurisprudence avait donc évolué depuis les arrêts cités par la requérante et notamment depuis l'arrêt n° 208.419 du 25 octobre 2010 prononcé dans le cadre d'un précédent marché.

La partie intervenante s'est référée à sa requête en intervention.

En réplique, la requérante a exposé qu'il n'y avait eu aucune évolution de la jurisprudence et que la notion d'*imperium* était déjà bien présente dans les arrêts qu'elle invoque. Elle a exposé qu'il s'agit d'un indice qui peut être renversé quand l'association sans but lucratif s'identifie à l'autorité administrative dont elle est le prolongement. Elle constate, à la lecture du procès-verbal de l'assemblée générale de l'ASBL Restaurants universitaires de Liège du 15 mai 2019, que ses membres sont presque les mêmes que ceux du conseil d'administration de l'Université de Liège, qu'il n'y a que trois membres qui ne sont soit pas directement de l'université, soit cooptés par elle et que le pouvoir adjudicateur est donc bien l'Université de Liège.

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

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 et de concessions dispose comme suit :

- " L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 14, 15 et 16 est :
- 1° la section du contentieux administratif du Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;
 - 2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.
- [...]"

La qualité d'autorité adjudicatrice, au sens de la loi précitée 17 juin 2013, n'emporte pas nécessairement et immédiatement la qualification d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Une personne morale de droit privé - fût-elle autorité adjudicatrice et même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle de celle-ci - n'acquiert ainsi le caractère d'une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers, c'est-à-dire lorsqu'elle peut déterminer unilatéralement ses propres obligations vis-à-vis des tiers ou constater unilatéralement les obligations de ces tiers, dans le cadre de prérogatives de puissance publique, le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée étant à cet égard sans incidence (voir notamment, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation C.14.0010.F du 13 juin 2014 cassant l'arrêt du Conseil d'État n° 225.637 du 28 novembre 2013 invoqué par la requérante).

En l'espèce, l'ASBL Restaurants universitaires de Liège a, dans un point intitulé "Marché de fourniture de denrées alimentaires destinées aux restaurants, cafétérias et distributeurs de l'Université de Liège (ULiège) : décision quant au mandat à donner à l'ULiège pour agir dans ce cadre au nom de et pour le compte de l'asbl", donné mandat à l'Université de Liège pour "lancer la nouvelle procédure de marché". Au cours de l'audience, la requérante n'a formulé aucune remarque à l'égard de la portée de ce mandat.

Le cahier spécial des charges - approuvé par l'Université de Liège dans une décision qui se réfère explicitement à ce mandat - indique expressément ce qui suit :

- " L'ASBL «Restaurants universitaires» de Liège (ci-après l'ASBL «Restaurants») donne mandat à l'Université de Liège pour passer en son nom et pour son compte le

présent marché : l'ASBL «Restaurants universitaires» de Liège représentée par l'Université de Liège est ci-après dénommée «le Pouvoir Adjudicateur»".

La décision attaquée mentionne que la décision d'attribution est prise pour un marché "pour le compte de l'ASBL «Restaurants universitaires de Liège»". Cette précision figure également dans le rapport d'examen des offres ainsi que dans le courrier de communication de l'acte attaqué.

Dans la mesure où l'Université de Liège agit au nom et pour compte de l'ASBL Restaurants universitaires de Liège dans le cadre d'un mandat de droit civil et non d'un marché conjoint, l'Université agit en qualité de mandataire classique. Ainsi que le mentionne expressément le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur est donc, en l'espèce, l'ASBL Restaurants universitaires de Liège. L'Université de Liège mentionne, par ailleurs, dans l'acte attaqué qu'il s'agit d'un marché pour le compte de l'ASBL Restaurants universitaires de Liège. La portée du mandat initial donné par cette ASBL à l'Université est, à cet égard, sans incidence sur l'identité du pouvoir adjudicateur réel dès lors que l'attribution intervient bien dans un marché passé pour le compte de l'ASBL Restaurants universitaires de Liège. Un éventuel dépassement du mandat ainsi conféré pourrait, le cas échéant, avoir des conséquences sur la compétence de l'auteur de l'acte attaqué pour adopter celui-ci ou encore sur le caractère obligatoire de cette décision à l'égard du mandant, mais n'aurait pas pour effet que le marché litigieux deviendrait celui de l'Université de Liège.

Il est exact que les avis de marché mentionnent que le pouvoir adjudicateur est l'Université de Liège. L'élaboration d'un avis de marché consiste, toutefois, en l'encodage, par la personne désignée à cette fin et dans le formulaire imposé réglementairement, des informations relatives aux modalités d'organisation de la procédure d'attribution du marché, telles que les a préalablement arrêtées le pouvoir adjudicateur. La rédaction de cet avis et sa publication constituent donc des mesures de pure exécution de décisions préalables. Au regard du mandat donné par l'ASBL Restaurants universitaires de Liège, de la décision du 15 mai 2019 du conseil d'administration de l'Université de Liège approuvant le cahier spécial des charges et des mentions expresses contenues dans celui-ci, l'indication, dans les avis de marché, de l'Université de Liège comme étant le pouvoir adjudicateur est, dès lors, erronée. Cette mention erronée ne peut avoir pour effet de modifier ni la personne du pouvoir adjudicateur, ni les modalités d'organisation de la procédure d'attribution du marché et ne peut, par ailleurs, entraver l'application des dispositions légales ou réglementaires régissant les recours.

Selon ses statuts, l'ASBL Restaurants universitaires de Liège poursuit l'objet social suivant :

" L'association a pour but la mise en œuvre de la restauration au profit de la communauté universitaire de l'Université de Liège et de ses hôtes. Elle peut accomplir tous les actes se rapportant directement ou indirectement à ce but.

Elle peut également prêter son concours et s'intéresser à toute activité similaire ou connexe à son objet.

Elle accomplit sa mission dans le cadre de conventions à passer avec l'Université de Liège".

Il n'apparaît pas - et il n'a pas été soutenu lors de l'audience du 5 novembre 2019 - que l'ASBL Restaurants universitaires de Liège serait titulaire de prérogatives au titre desquelles elle est habilitée à prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers et qu'elle puisse, en conséquence, être qualifiée d'autorité administrative.

Conformément à l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée, l'instance de recours est, dès lors, *prima facie*, le juge judiciaire et non la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Certes, tant les avis de marché que la communication de l'acte attaqué à la requérante mentionnent que le Conseil d'État est l'instance chargée des procédures de recours. Ces indications erronées ne peuvent, toutefois, entraver l'application des dispositions légales ou réglementaires régissant les recours et donner compétence au Conseil d'État pour connaître d'un litige que l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 attribue au juge judiciaire.

Il résulte de ce qui précède que le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître de la présente demande de suspension.

VI. Indemnité de procédure et dépens

VI.1. Thèses des parties

La requérante demande la condamnation de "la partie adverse aux frais". Dans la note d'observations, il est demandé que les dépens soient mis à charge de la requérante en ce compris une indemnité de procédure de 1.400 euros. L'intervenante demande la condamnation de la requérante aux dépens.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le courrier du 3 octobre 2019 communiquant la décision attaquée à la requérante indique que la demande de suspension doit être introduite devant le Conseil d'État selon une procédure d'extrême urgence. Les avis de marché publiés tant

au Journal Officiel de l'Union européenne qu'au Bulletin des adjudications mentionnent également que l'instance de recours est le Conseil d'État. Il y a, dès lors, lieu de considérer que la requérante a été induite en erreur.

Il est de jurisprudence constante que les droits de rôle et la contribution liés à l'introduction de la requête doivent être mis à la charge de la partie adverse lorsque celle-ci a induit la partie requérante en erreur quant à la possibilité d'introduire un recours au Conseil d'État. En l'espèce, il y a, dès lors, lieu de mettre les droits de rôle et la contribution liés à l'introduction de la demande de suspension à charge de l'ASBL Restaurants universitaires de Liège. Par ailleurs, les droits de rôle résultant de l'intervention doivent rester à la charge de la partie intervenante qui a fait choix d'intervenir.

S'agissant de l'indemnité de procédure, il y a lieu, dans de telles circonstances, de ne pas faire droit à la demande formulée dans la note d'observations et de n'accorder aucune indemnité de procédure.

VII. Confidentialité

La requérante demande le maintien de la confidentialité de son offre ainsi que de sa réponse datée du 2 septembre 2019 à la demande de renseignements du 29 août 2019 au motif que ces pièces contiennent des informations dont la divulgation peut porter atteinte à une concurrence loyale entre les entreprises et léser gravement ses intérêts. Il s'agit des pièces 5 et 8 de son dossier.

L'Université de Liège demande la confidentialité de l'ensemble des offres afin de ne pas nuire au secret des affaires et de maintenir une concurrence loyale entre entreprises. Il s'agit des pièces 19 à 21 du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation des pièces sur lesquelles ces demandes de maintien de confidentialité portent n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité. Par ailleurs, dès lors que la réponse de la partie requérante datée du 2 septembre 2019 est également déposée en pièce 7 du dossier administratif, il y a lieu de déclarer d'office cette dernière pièce comme confidentielle.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme COMPASS GROUP BELGILUX est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 5 et 8 du dossier déposé par la requérante ainsi que les pièces 7 et 19 à 21 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

L'ASBL Restaurants universitaires de Liège supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le douze novembre deux mille dix-neuf par :

Nathalie VAN LAER
Vincent DURIEUX,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Nathalie VAN LAER