

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 111.796 du 23 octobre 2002

A. 69.561/V-1483.

En cause : **la s.a. SOREMA**,
ayant élu domicile chez
Me C. DE WOLF, avocat,
ayant son cabinet à MAARKEDAL,
Etikhovestraat 6,

contre :

- 1. la s.a. Electrabel,**
- 2. l'Intercommunale CIEJE**, aux droits de laquelle a succédé l'intercommunale SEDILEC,
- 3. l'Intercommunale SEDILEC**, qui succède également aux droits de l'intercommunale CIEJE,
- 4. l'Intercommunale Vereniging voor de Energievoorziening in Antwerpse Gemeenten, EVAG**,
aux droits de laquelle a succédé l'Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening Antwerpen, IMEA,
- 5. l'Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening Antwerpen, IMEA**, qui succède également aux droits de l'Intercommunale Vereniging voor de Energievoorziening in Antwerpse Gemeenten, EVAG,
- 6. l'Intercommunale IEH**, gérée par la Bestuursintercommunale de gestion IGRETEC,
- 7. l'Intercommunale IGEHO**, gérée par la Bestuursintercommunale de gestion IGRETEC,
- 8. l'Intercommunale Maatschappij voor Gas en Electriciteit van het Westen, GASELWEST**,
- 9. l'Intercommunale IDEG**,
- 10. l'Intercommunale voor Energievoorziening, IEGA**,
- 11. l'Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening in West- en Oost-Vlaanderen, IMEWO**,
- 12. l'Intercommunale INTERLEC**,
- 13. la Société Intercommunale d'Électricité et de Gaz des Régions de l'Est, INTEREST**,

- 14. l'Intercommunale Vereniging voor Energieleveringen in Midden-Vlaanderen, INTERGEM,**
 - 15. l'Intercommunale pour la distribution d'Énergie dans la Province du Luxembourg, INTERLUX,**
 - 16. l'Intercommunale INTERMOSANE,**
 - 17. l'Intercommunale Vereniging voor de Energiedistributie in de Kempen en het Antwerpse, IVEKA,**
 - 18. l'Intercommunale SIMOGEL,**
ayant élu domicile chez
Me L. VAN HOUT, avocat,
ayant son cabinet à ANVERS,
Sint-Michielskaai 7,
 - 19. la Coöperatieve Intercommunale Vereniging IVERLEK,**
ayant élu domicile chez
Me K. RONSE, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
avenue Louise 523.
-

LE CONSEIL D'ÉTAT, Ve CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 29 juillet 1996 par laquelle la société anonyme SOREMA demande l'annulation de "la décision, prise récemment selon une lettre de la partie défenderesse du 26 juin 1996, de procéder à la passation et à l'attribution d'un marché de fourniture de compteurs électriques sur la base d'un contrat-cadre à conclure";

Vu l'arrêt n° 60.965 du 12 juillet 1996 ordonnant la suspension d'extrême urgence de l'exécution de l'acte attaqué;

Vu l'arrêt n° C.96.0360.N de la Cour de cassation du 13 décembre 1996;

Vu les mémoires en réponse et en réplique;

Vu le rapport de M. E. HAESBROUCK, premier auditeur au Conseil d'État, rédigé sur la base de l'article 12 du règlement de procédure;

Vu l'ordonnance du 22 décembre 2000 ordonnant le dépôt au greffe du rapport et du dossier;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 23 avril 2002, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 23 mai 2002;

Entendu M. J. DE BRABANDERE, président de chambre, en son rapport;

Entendu en leurs observations Me C. DE WOLF, avocat, qui comparait pour la partie requérante, Me L. VAN HOUT, avocat, qui comparait pour les parties défenderesses une à dix-huit, et Me K. RONSE, avocat, qui comparait pour la dix-neuvième et dernière partie défenderesse;

Entendu M. E. HAESBROUCK, premier auditeur, en son avis;

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

1. Considérant que les principaux éléments de la cause ont été exposés dans l'arrêt n° 60.965, s.a. SOREMA, du 12 juillet 1996, par lequel le Conseil d'État a prononcé la suspension d'extrême urgence de la décision de passation et d'attribution attaquée; qu'après le prononcé un certain nombre d'éléments neufs, importants pour la solution du litige, ont encore été portés à la connaissance du Conseil d'État; que ces éléments sont les suivants :

1.1. Au cours du mois de janvier 1996, à savoir avant l'envoi des appels d'offre, les comités de direction ou les conseils d'administration de la plupart des intercommunales désignées comme parties défenderesses ont approuvé les conditions d'attribution du marché. Les autres ont donné leur approbation en février ou en mars.

1.2. Au moment où Electrabel prend la décision d'attribution ou peu après, il est procédé à une répartition par zone de distribution qui est communiquée aux intercommunales concernées.

1.3. Les organes de gestion des intercommunales, parties défenderesses, prennent connaissance, à des moments différents, de l'attribution du marché les concernant et marquent leur accord, à savoir :

- INTERLEC le 29 avril 1996,
- INTEREST le 30 avril 1996,
- INTERMOSANE le 6 mai 1996,
- SEDILEC le 6 mai 1996,
- GASELWEST le 10 mai 1996,
- IDEG le 22 mai 1996,
- IEH le 23 mai 1996,
- IGEHO le 23 mai 1996,
- SIMOGEL le 30 mai 1996,
- IMEWO le 31 mai 1996,
- EVAG le 5 juin 1996,
- IMEA le 10 juin 1996,
- IVEKA le 10 juin 1996,
- INTERGEM le 19 juin 1996,
- Iverlek I le 24 juin 1996,
- Iverlek II le 2 septembre 1996.

Seules CIEJE, IEGA et INTERLUX ne produisent pas de déclarations de prise de connaissance ou de décisions concernant le résultat de l'attribution.

1.4. Le 26 juillet 1996, la partie requérante introduit une action en référé auprès du président du tribunal de première instance de Bruxelles, en vue d'obtenir que soit ordonnée la cessation de la livraison de compteurs électriques. Cette demande est rejetée par ordonnance du 10 septembre 1996. Le 11 mars 1997, la cour d'appel de

Bruxelles rejette également l'appel interjeté contre ce jugement, principalement au motif que les intercommunales en question n'étaient pas à la cause.

2.1.1. Considérant que les parties défenderesses soulèvent l'irrégularité de l'action en justice intentée par la partie requérante dès lors que la décision de l'intenter a été prise par l'administrateur délégué, alors que seul le conseil d'administration peut prendre cette décision; qu'elles soulignent par ailleurs que, dans sa requête, la partie requérante fait elle-même référence à une décision du conseil d'administration; qu'elles font valoir en outre qu'en vertu de l'article 26 des statuts de la partie requérante, le pouvoir général de représentation appartient au conseil d'administration et non à l'administrateur délégué;

2.1.2. Considérant que la partie requérante rétorque que selon l'article 26 précité des statuts, l'administrateur délégué peut prendre la décision d'agir en justice, ce qui ne porte pas atteinte au pouvoir général de représentation du conseil d'administration;

2.1.3. Considérant que l'article 26 précité des statuts de la partie requérante dispose que, nonobstant le pouvoir général de représentation du conseil d'administration, la société sera cependant valablement représentée à l'égard des tiers, en justice, soit par deux administrateurs, soit par l'administrateur délégué, soit par le président du conseil d'administration;

2.1.4. Considérant que selon les parties défenderesses, cette disposition statutaire n'est pas conforme à l'article 54, alinéa 4, de la loi sur les sociétés commerciales - à présent l'article 522, § 2, du Code des sociétés - dès lors que les statuts doivent exclusivement attribuer le pouvoir de représentation externe de la société à une seule personne ou à un seul collègue, alors qu'en l'espèce, ce pouvoir est attribué à quatre entités différentes;

2.1.5. Considérant que l'article 522, § 2, du Code des sociétés, qui concorde sur le fond avec le texte de l'article 54, alinéas 2 et 4, de l'ancienne loi sur les sociétés,

s'énonce comme suit : "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 ..."; qu'il ne peut se déduire de cette disposition que les statuts doivent exclusivement attribuer le pouvoir de représenter la société en justice à une seule personne ou à un seul collègue; que c'est ce qui résulte notamment de l'emploi des mots "soit seuls, soit conjointement"; que, dans son dernier mémoire, la partie requérante a produit la preuve que lorsqu'il prit la décision d'engager la présente procédure, Marcel PASTEELS était administrateur délégué; que la circonstance que, dans sa requête introductive d'instance, la partie requérante a fait erronément référence à une décision inexistante du conseil d'administration, n'emporte pas l'irrégularité de son recours, d'autant plus que conformément à la loi, la disposition statutaire en question est opposable aux tiers; que l'exception ne peut être retenue;

3.1. Considérant que la partie requérante estime que la décision attaquée a été prise par la première partie défenderesse, la s.a. ELECTRABEL, qui dispose du pouvoir réel de décision, que les décisions formelles des intercommunales - pour autant qu'elles existent - doivent plutôt être considérées comme une approbation ou une confirmation et que, si la décision doit néanmoins être attribuée à ces intercommunales, cela ne constitue pas un motif d'irrecevabilité du recours dès lors que, lors de l'ouverture de la procédure, on ne distinguait nullement qui avait pris cette décision et que le magistrat désigné pour contrôler les mesures préalables peut désigner d'office, le cas échéant, la bonne partie défenderesse; qu'elle souligne dans son dernier mémoire que les répercussions financières de la décision prise sont entièrement imputées aux intercommunales et que, dès lors, ELECTRABEL n'est pas intervenue dans le cadre de ses activités normales en tant que société de droit privé, mais comme "intermédiaire" dans un processus de décision économique ayant pour objet des fournitures destinées à couvrir les besoins d'organismes de droit public et payées par ceux-ci, notamment en tant qu'"entité adjudicatrice" dans le cadre des "prestations de services" auxquelles l'associé privé des intercommunales est tenu;

3.2. Considérant que les parties défenderesses soutiennent en revanche que les décisions d'attribution ont été prises par les intercommunales et non par la s.a. Electrabel et que la partie requérante était au courant, de sorte que le recours est irrecevable dès lors que la partie requérante attaque des décisions qui sont inexistantes ou qui n'ont pas encore été prises ou, en dehors du délai de recours, des décisions qui n'ont pas été prises par la s.a. Electrabel, bien qu'au moment d'introduire son recours en annulation la requérante en ait connu l'existence; qu'il est soutenu subsidiairement que si la décision attaquée doit néanmoins être attribuée à la première partie défenderesse, ELECTRABEL, le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître du recours dès lors que cette société n'est pas une autorité administrative au sens de l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;

3.3. Considérant que si l'on se base sur les éléments de fait de l'affaire, on donne à penser que la décision d'attribuer le marché des compteurs d'électricité - qui constitue le véritable objet du recours - a été prise par ELECTRABEL qui s'est présentée comme "entité adjudicatrice" et a affirmé agir "dans le cadre de la mission qui lui est confiée statutairement en tant qu'associé privé, d'ordre et pour le compte des intercommunales ..."; que, toutefois, il apparaît tout autant à l'examen que les intercommunales en question ont non seulement approuvé les conditions d'adjudication et ce notamment en ce qui concerne le respect des prescriptions de la directive 93/38/CEE, mais que, sans doute à quelques exceptions près, elles ont pris connaissance du résultat en ce qui les concerne et ont marqué leur accord, formellement ou non; que force est de conclure, dès lors, que la décision d'attribution attaquée a été prise non seulement par la s.a. ELECTRABEL, agissant en tant qu'associé privé des intercommunales concernées, mais également par ces intercommunales elles-mêmes;

Considérant qu'au moment où la partie requérante a introduit sa demande de suspension d'extrême urgence, il n'était clair, ni pour elle ni pour aucun autre soumissionnaire, qui avait pris la décision d'attribution ni même si cette dernière avait déjà été prise, étant donné que, vu de l'extérieur, tous les actes y afférents avaient été posés par la s.a. Electrabel qui agissait en tant qu'"entité adjudicatrice"; que l'on peut considérer que cette ambiguïté n'avait pas encore été levée lorsque la requérante forma

son recours en annulation; qu'elle soutient, du reste à juste titre, que ce n'est qu'après avoir introduit son recours en annulation qu'elle a été mise en possession du dossier complet et que l'on ne peut dès lors lui reprocher de ne pas avoir désigné d'emblée les bonnes parties défenderesses; que, dans le cadre de l'instruction préalable dont il est chargé, le membre désigné de l'auditorat a pour mission, le cas échéant, de désigner comme partie défenderesse l'autorité qui est censée être l'auteur de la décision attaquée; qu'en effet, le recours devant le Conseil d'État est un recours objectif et l'objet du présent recours est l'attribution d'un marché de fourniture de compteurs électriques, quel que soit l'auteur de cette attribution; qu'il s'impose, dès lors, de rejeter l'exception; que force est de constater en revanche que dans la mesure où ce sont des actes émanant de la s.a. Electrabel qui sont attaqués, le Conseil d'État est incompétent pour en prendre connaissance et la société précitée doit être mise hors de cause;

4. Considérant que, dans le rapport de l'auditorat, l'examen de l'affaire se limite à la question de la recevabilité du recours; qu'il convient d'examiner également l'affaire au fond,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La société anonyme Electrabel est mise hors de cause.

Article 2.

Les débats sont rouverts.

Article 3.

Le membre désigné par M. l'auditeur général est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le vingt-trois octobre deux mille deux, par la Ve chambre du Conseil d'État, composée de :

MM.	J. DE BRABANDERE,	président de chambre,
	P. LIENARDY,	conseiller d'État,
	L. HELLIN,	conseiller d'État,
Mme	D. LANGBEEN,	greffier en chef.

Le greffier,

Le président,

D. LANGBEEN.

J. DE BRABANDERE.