CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 147.366 du 6 juillet 2005

A.163.786/VI-16.958

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE** (en abrégé S.G.I.),

ayant élu domicile chez
Me Joël van MEERBEECK, avocat,
avenue Franklin D. Roosevelt 84/4
1050 Bruxelles,

contre :

la Société Nationale des Chemins de Fer belges (en abrégé S.N.C.B.),

ayant élu domicile chez
Me France MAUSSION, avocat,
rue Henri Wafelaerts 47-51
1060 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DES VACATIONS SIEGEANT EN REFERE,

Vu la demande introduite le 30 juin 2005 par la société coopérative à responsabilité limitée SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE, en abrégé S.G.I., qui demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise le 15 juin 2005 par la partie adverse de ne pas retenir (sa) candidature pour la suite de la procédure pour l'attribution du marché suivant : assurer un contrôle permanent; contrat d'une durée maximale de 4 ans";

Vu la demande, formulée dans la demande précitée, "qu'il soit interdit à la partie adverse de poursuivre l'attribution du marché sous peine d'une astreinte de 250.000 euros";

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 1er juillet 2005, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 5 juillet 2005 à 14.00 heures;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me BURHIN, loco Me van MEERBEECK, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me MAUSSION, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

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 les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

1. La demanderesse a été constituée le 7 juin 1986 et a pour activité principale le gardiennage. En application de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, elle a été autorisée, par arrêté ministériel du 30 août 1994, à exploiter une entreprise de gardiennage. Les différentes missions de gardiennage confiées à la demanderesse sont principalement effectuées par les coopérateurs-associés actifs de celle-ci.

2. Depuis le 1er novembre 2001, la société demanderesse assure, dans le cadre d'un marché public de services d'une durée de quatre ans, le gardiennage du site "atelier TGV de Forest-Midi" de la partie adverse. Ce contrat nécessite la présence d'un

gardien 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24, ce qui représente pratiquement cinq gardiens à temps plein.

3. Le 27 janvier 2005, la partie adverse décide de lancer un nouveau marché concernant le gardiennage de l'atelier TGV à Forest. Le service concerné demande d' "indiquer dans le cahier spécial des charges que les firmes candidates doivent faire partie de la Convention Collective de Gardiennage et doit (sic) employer du personnel salarié (pas de sous-traitance à des agents de gardiennage indépendants)".

4. Le 8 avril 2005 est publié au Journal officiel des Communautés européennes et au Bulletin des adjudications l'avis de marché relatif à un nouveau marché public de services à passer selon la procédure négociée et portant sur le renouvellement, à partir du 1er novembre 2005 et pour une durée maximale de quatre ans, de ce contrat de gardiennage. Cet avis de marché énonce les conditions de participation et les conditions propres au marché et dispose que les demandes de participation doivent être déposées pour le 28 avril 2005.

Parmi les conditions de participation, la clause III.2.1.1), intitulée "Situation juridique - références requises", prévoit, en son second tiret, que le candidat doit apporter "la preuve que le prestataire de services a souscrit la "Convention Collective de Gardiennage"". En outre, à la clause III.3.1), intitulée "Les prestations sont-elles réservées à une profession particulière ?", il est indiqué : "Oui, uniquement les prestataires de services ayant souscrit la "Convention Collective de Gardiennage"".

5. Le 19 avril 2005, la demanderesse adresse son dossier de candidature à la partie adverse.

6. Par lettre recommandée du 15 juin 2005, la partie adverse notifie à la demanderesse ce qui suit :

" Suite à votre dossier de candidature RG/jvi/05058c du 19 avril 2005 concernant le gardiennage de l'atelier TGV Forest, nous vous faisons savoir que nous ne pouvons retenir votre candidature pour la suite de la procédure".

Il s'agit de l'acte attaqué.

7. Il ressort d'un document interne de la partie adverse rédigé dans le courant du mois de juin 2005 et portant sur la sélection des candidats que la société demanderesse n'est pas retenue pour différents motifs :

" ▪ Heeft CAO niet ondertekend
▪ Heeft geen lijst met kwalificaties opgegeven
SGI is de firma die momenteel de bewaking verzekert in de HST-werkplaats Vorst-Zuid. Deze firma is onbetrouwbaar en heeft reeds meerdere malen problemen veroorzaakt (slechte kwaliteit van de dienst + groot personeelsverloop)";

Considérant que, dans le dispositif de sa demande en suspension d'extrême urgence, la demanderesse postule, outre la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qu' "il soit interdit à la partie adverse de poursuivre l'attribution du marché sous peine d'une astreinte de 250.000 euros"; qu'en cet objet, la demande est irrecevable; qu'en effet, s'agissant d'une demande en mesures provisoires, elle eut dû être introduite par une requête distincte de la requête en suspension, conformément à l'article 25 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat;

Considérant que la suspension de l'exécution d'un acte d'une autorité administrative ne peut être ordonnée que si la demande est recevable, c'est-à-dire - notamment - si elle est introduite et décidée par l'organe qualifié d'une personne morale;

Considérant qu'en l'espèce, les statuts de la société demanderesse font apparaître que la décision d'ester en justice relève de son conseil d'administration; que celle-ci ne dépose pas en annexe de sa demande de suspension de pièce attestant d'une telle délibération de son conseil d'administration; qu'interpellé à ce sujet à l'audience, le conseil de la demanderesse n'a pu faire état que d'une lettre de l'administrateur-délégué de cette dernière lui demandant d'étudier les possibilités d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat; que ce faisant, la demanderesse ne produit aucune pièce permettant de vérifier tant sa qualité que son mandat pour ester en justice; que la demande de suspension est dès lors irrecevable;

Considérant qu'en outre, la condition relative au risque de préjudice grave difficilement réparable n'est pas remplie;

Considérant que la demanderesse fait valoir, à titre de risque de préjudice grave difficilement réparable, ce qui suit :

" En l'espèce, la société requérante est une société coopérative qui agit auprès de ses clients par l'intermédiaire d'associés actifs indépendants qui remplissent un certain nombre de tâches;

La société requérante étant à l'heure actuelle titulaire du marché qui doit être renouvelé à partir du 1er décembre 2005 subirait un grave préjudice financier, perte de 13.722 euros par mois suivant l'ancien contrat, pour elle mais également pour ses associés actifs qui travaillent sur le chantier en question;

En effet, le nombre d'heures à prester par semaine sur ce chantier est de 168 et la moyenne mensuelle est de 728 heures. Le cahier des charges impose qu'un gardien ne peut pas travailler plus de 180 heures par mois sur ce chantier. Il s'ensuit que pour l'exécution de ce contrat, il y a quatre associés actifs qui exercent leur activité à temps plein et un qui exerce son activité en tant qu'indépendant à titre complémentaire.

Il est évident que si la requérante ne peut pas poursuivre la procédure, ces heures de travail seront perdues et il lui sera impossible de procurer à ces cinq associés actifs une activité à brève échéance ceux-ci se retrouvant dès lors sans rémunération.

De plus, l'article 18 b) de la convention collective du 29 juin 2001 n'est pas d'application en l'espèce. Cet article prévoit, en cas de mutation d'un contrat vers une autre entreprise, l'obligation pour la nouvelle entreprise de reprendre au minimum 80% du personnel de l' entreprise évincée occupé sous contrat de travail sur le chantier avec maintien de leurs droits et notamment de leur ancienneté. En effet les associés actifs de la requérante n'étant pas engagés sous contrat de travail, ils ne tombent pas sous le champ d'application de cette décision.

Il est donc certain que le non respect des principes de droit en matière d'attribution du marché envers la requérante aura pour conséquence que celle-ci ne peut remettre une offre sur base du cahier des charges et entraînera au niveau social une situation irrémédiable et difficilement réparable en espèce pour ses associés actifs travaillant sur le chantier.

Enfin, il y a lieu d'ordonner la suspension de la décision afin de permettre à la requérante de poursuivre la procédure et de pouvoir concourir pour l'attribution de ce marché, seule manière d'obtenir pour la requérante une réparation totale de son préjudice étant donné que l'annulation de la présente décision n'interviendrait qu'à posteriori (voir en ce sens CE 28 juin 1991, n° 37.387).

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs considéré dans un arrêt du 5 septembre 1995 (n° 54.919) que la nécessité de prévenir la naissance d'un contrat et de dispenser d'une demande de suspension devant le juge judiciaire au terme d'une procédure risquant de durer jusqu'à ce que le contrat soit exécuté doit être admis comme constitutive d'un préjudice grave difficilement réparable justifiant la suspension de la décision d'attribution";

Considérant qu'en soi, la perte du marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable; qu'elle ne le peut que si elle

s'accompagne de circonstances particulières démontrant, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la demanderesse, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activités;

Considérant qu'en l'espèce la demanderesse allègue comme circonstances particulières deux éléments, à savoir un préjudice financier et un préjudice social;

Considérant que, sauf circonstances exceptionnelles, un préjudice pécuniaire est en principe susceptible d'être réparé; qu'en l'espèce, la société demanderesse n'allègue pas que la perte financière subie de par l'exécution de l'acte attaqué met en péril son existence; qu'il suffit de constater à cet égard que le chiffre d'affaires annuel de la demanderesse s'élève à 3.703.854 € en 2002, à 4.332.477 € en 2003 et à 4.722.189 € en 2004 et que le marché litigieux représente pour ces mêmes années moins de 4 % de ce chiffre d'affaires annuel; que, par ailleurs, l'origine de ce préjudice financier n'est pas tant le non renouvellement du contrat de gardiennage que l'expiration du précédent contrat dont la demanderesse savait qu'il était conclu pour une période déterminée;

Considérant que le préjudice social vanté par la demanderesse, qui tient à la non application de l'article 18 b) de la convention collective précitée, a pour origine le choix opéré par la société demanderesse d'une structure juridique - la société coopérative à responsabilité limitée - et dès lors d'une organisation de travail - le recours à des coopérateurs actifs indépendants - qui ne permet pas d'en bénéficier;

Considérant que l'une des conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que soit accueillie une demande de suspension, n'est pas remplie,

D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence assortie d'une demande de mesures provisoires et d'astreinte est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la société demanderesse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le six juillet deux mille cinq par :

M.	NIHOUL,	conseiller d'Etat, président f.f.,
M^{me}	LEJEUNE,	greffier assumé.

Le Greffier assumé, Le Président f.f.,

L. LEJEUNE. P. NIHOUL.