

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 154.363 du 31 janvier 2006

G./A.89.424/VI-15.433

En cause : **1. LA SOCIETE ANONYME "CONSTRUCTIONS
ELECTRIQUES SCHREDER",**
 2. LA SOCIETE ANONYME "PHILIPS"
 ayant succédé à la société anonyme PHILIPS
 COMMERCIAL ACTIVITIES,

ayant élu domicile chez
Me André DELVAUX, avocat,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

**LA SOCIETE WALLONNE DE FINANCEMENT
COMPLEMENTAIRE DES INFRASTRUCTURES
(en abrégé, SOFICO),**

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Gaëtan VAN HOOREBEKE, avocats,
rue Henri Wafelaerts, n° 47-51,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 7 février 2000 par la société anonyme "CONSTRUCTIONS ELECTRIQUES SCHREDER" et la société anonyme "PHILIPS COMMERCIAL ACTIVITIES", "agissant tant en leur nom propre qu'en leur qualité d'associées momentanées", qui demandent "l'annulation de la décision du 29 octobre 1999 par laquelle la SOCIETE WALLONNE DE FINANCEMENT COMPLEMENTAIRE DES INFRASTRUCTURES (en abrégé, SOFICO) a attribué à la société AEG BELGIUM le marché public portant sur la fourniture, l'installation et la mise en oeuvre d'appareils d'éclairage et sur l'entretien des installations pendant la période de garantie pour les équipements électromécaniques dans les tunnels de la liaison E25/E40, autoroute A 602, rive droite, section quai Banning-Grosses Battes, régi par le cahier spécial des charges n° 454/99B24";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 21 septembre 2005 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

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

Vu l'ordonnance du 14 décembre 2005, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 18 janvier 2006;

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

Entendu, en leurs observations, Me Véronique BERTRAND, loco Me André DELVAUX, avocat, comparaissant pour les requérantes et Me Gaëtan VAN HOOREBEKE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur;

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

Considérant que l'auditeur rapporteur a soulevé d'office l'irrecevabilité du recours "faute d'avoir été introduit valablement par l'association momentanée ayant déposé sa candidature auprès de la partie adverse", l'article 11 des statuts de la seconde société requérante conférant aux deux administrateurs signataires de la décision d'introduire le présent recours seulement une délégation de signature et non une délégation de compétence;

Considérant que, dans leur dernier mémoire, les deux sociétés requérantes soutiennent que la décision d'agir prise au nom de la seconde société requérante a été prise conformément à l'article 11 de ses statuts, lequel habilitait deux de ses administrateurs à prendre conjointement la décision d'introduire le présent recours; qu'elles soulignent qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 mars 1973 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, laquelle n'autorisait pas les délégations de pouvoirs de la part du conseil d'administration, les clauses statutaires du type de celles de l'article 11 précité ont été interprétées comme réglant seulement une question de

preuve, la signature donnée par deux administrateurs étant analysée comme une présomption statutaire d'une délibération conforme du conseil d'administration, que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 mars 1973 précitée, le pouvoir de représentation de la société commerciale, en principe exercé par le conseil d'administration, a pu désormais être délégué à un ou deux administrateurs agissant seul ou conjointement conformément à l'article 54 nouveau des lois coordonnées sur les sociétés commerciales dont l'alinéa 4 prévoit que "les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société dans les actes ou en justice, soit seuls, soit conjointement", disposition reproduite depuis à l'article 522, § 2, du Code des sociétés, que ce pouvoir de représentation implique le pouvoir de prendre la décision d'ester en justice, que les clauses statutaires du type de celle de l'article 11 précité, qui ont subsisté après l'adoption de la loi du 3 mars 1973, ont été considérées comme une application de l'article 54, alinéa 4, précité et donc comme opérant une délégation du pouvoir de représentation à deux administrateurs, comme l'a décidé le Conseil d'Etat dans ses arrêts n^{os} 27.224 à 27.226 du 10 décembre 1986 et n^o 27.898 du 13 mai 1987, et qu'en toute hypothèse, il ne saurait être fait preuve d'un trop grand formalisme dans l'examen des décisions d'introduire un recours; qu'en ce qui concerne la recevabilité de l'action de l'association momentanée, elles font valoir que rien n'oblige toutes les sociétés composant la société momentanée à introduire un recours, chaque société pouvant l'introduire individuellement si elle remplit les conditions de qualité et d'intérêt pour ce faire, que la qualité ne fait aucun doute dès lors que les sociétés qui composent la société momentanée ont la personnalité juridique, que la condition d'intérêt est admise dans le chef de chaque société tant devant les juridictions judiciaires que devant le Conseil d'Etat en son arrêt n^o 21.147 du 7 mai 1981, que le recours de la première société requérante est donc recevable quand bien même celui de la seconde requérante ne le serait pas, et que l'analyse de la Cour de justice dans son arrêt du 8 septembre 2005 est "inexacte puisque l'association momentanée n'existe pas par elle-même en dehors de ses membres, et qu'elle n'a pas de personnalité juridique propre";

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient l'argumentation des sociétés requérantes;

Considérant qu'il résulte des statuts de la société anonyme "PHILIPS COMMERCIAL ACTIVITIES", coordonnés le 18 août 1999, notamment que :

" Article 8. La société est administrée par un conseil composé de trois membres au moins, associés ou non.

(...)

Article 10. Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour faire tous les actes d'administration ou de disposition qui intéressent la société. Tout ce qui n'est pas expressément réservé à l'assemblée générale par la loi ou par les présents statuts est de sa compétence.

Il peut déléguer la gestion journalière de la société et sa représentation en ce qui concerne cette gestion, à une ou plusieurs personnes.

Il nomme et révoque le ou les délégués à cette gestion, choisis dans ou hors de son sein, fixe leurs émoluments et détermine leurs compétences.

Le conseil d'administration ainsi que les délégués à la gestion journalière, dans le cadre de cette gestion, peuvent également conférer des pouvoirs spéciaux et déterminés, à une ou plusieurs personnes de leur choix.

(...)

Article 11. A moins de délégation spéciale par le conseil d'administration à un de ses membres ou à des tiers, tous les actes qui engagent la société, autres que ceux de la gestion journalière, sont signés par deux administrateurs, lesquels n'auront pas à justifier, vis-à-vis des tiers, d'une délibération préalable du conseil d'administration.";

Considérant que la décision d'ester a été prise le 4 février 2000 par Frits SCHUITEMA et Patrick KREKELS, administrateurs de la société anonyme "PHILIPS COMMERCIAL ACTIVITIES", "agissant conjointement en vertu des pouvoirs de représentation externes qui nous sont conférés par l'article 11 des statuts (...) conforme à l'article 54 des lois coordonnées sur les sociétés";

Considérant que la décision d'introduire un recours auprès du Conseil d'Etat n'est pas un acte de gestion journalière; qu'elle devait en principe être prise par le conseil d'administration;

Considérant que c'est en vain que la société anonyme "PHILIPS COMMERCIAL ACTIVITIES" se prévaut du pouvoir conféré conjointement par l'article 11 de ses statuts à deux administrateurs pour signer les actes engageant la société, autres que ceux de la gestion journalière, sans qu'ils aient à justifier d'une délibération préalable du conseil d'administration; qu'il ne s'agit en effet là que d'une délégation de signature qui n'implique nullement une délégation du pouvoir de décider l'introduction d'un pareil recours; que l'article 11 précité ne peut être considéré comme constituant la clause statutaire prévue par l'article 54, alinéa 4, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, devenu depuis l'article 522, § 2, du Code des sociétés, en raison tant de son libellé que du moment de son adoption qui est antérieure à l'entrée en vigueur de cet article 54;

Considérant que, faute d'avoir été prise par son conseil d'administration conformément à ses statuts, la décision d'estimer prise au nom de la société anonyme "PHILIPS COMMERCIAL ACTIVITIES" est irrégulière;

Considérant que, dès lors que la décision d'estimer prise au nom de la société anonyme "PHILIPS COMMERCIAL ACTIVITIES" est irrégulière, il y a lieu d'examiner les conséquences de cette irrégularité sur la recevabilité du présent recours;

Considérant que saisie d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité avec le droit européen d'une règle nationale exigeant la présence à la cause de l'ensemble des soumissionnaires ayant déposé une offre en association momentanée, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré, par son arrêt du 8 septembre 2005, affaire C-129/04, que "l'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que, selon le droit national, seul l'ensemble des membres d'une association momentanée sans personnalité juridique ayant participé, en tant que telle, à une procédure d'attribution de marché public et ne s'étant pas vu attribuer ledit marché, puissent former un recours à l'encontre de la décision d'attribution et non seulement l'un de ses membres à titre individuel" et qu' "il en va de même si tous les membres d'une telle association momentanée agissent ensemble mais que l'action de l'un de ses membres est jugée irrecevable";

Considérant qu'en l'espèce, les requérantes ont déposé leur offre du 17 août 1999 au nom de l'association momentanée "SCHREDER-PHILIPS"; qu'il s'ensuit que le recours en annulation de la décision d'attribution attaquée ne pouvait être valablement introduit que par les deux sociétés membres de cette association momentanée sans personnalité juridique agissant régulièrement ensemble, sous réserve de clauses de représentation arrêtées dans la convention de constitution de l'association momentanée, lesquelles sont inexistantes en l'espèce; que l'action de la seconde société requérante ayant été jugée irrecevable, le présent recours est irrecevable en ce qu'il n'est pas introduit valablement par l'association momentanée ayant déposé son offre auprès de la partie adverse,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 347,06 euros, sont mis à charge des requérantes à concurrence de 173,53 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente et un janvier deux mille six par :

M ^{me} WILLOT-THOMAS,	Président de chambre,
MM. LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

M.-L. WILLOT-THOMAS.