

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION

A R R Ê T

n° 159.183 du 24 mai 2006

A. 76.675/XII-728

A. 78.336/XII-1252

En cause : (I. + II.)
1. la SA ONDERNEMINGEN JAN DE NUL,
2. la SA ENVISAN,
constituant ensemble l'association momentanée
J. DE NUL-ENVISAN,
ayant élu domicile chez
Me J. Verbist, avocat près la Cour de cassation,
ayant son cabinet à 1000 Bruxelles,
rue Brederode 13 A

contre :

1. le PARLEMENT FLAMAND,
2. la COMMUNAUTÉ FLAMANDE,
3. la RÉGION FLAMANDE,
ayant élu domicile chez
Me K. Ronse, avocat,
ayant son cabinet à Bruxelles,
avenue Louise 149, boîte 20

LE CONSEIL D'ÉTAT, XII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite par la SA Entreprises Jan De Nul et la SA Envisan, constituant ensemble l'association momentanée J. De Nul-Envisan, le 11 décembre 1997 tendant à l'annulation de "(1) la décision du Bureau permanent du Parlement flamand, de date inconnue, d'organiser une procédure d'adjudication de gré à gré pour le marché relatif à l'enlèvement d'amiante et aux travaux de démolition connexes dans le bâtiment, sis à Bruxelles, chaussée de Louvain 86, (...) et (2) de la

décision du Bureau permanent du Parlement flamand, de date inconnue, d'attribuer ce marché à l'association momentanée Renotec-Van Laere" (A. 76.675) (I);

Vu la requête introduite par les mêmes parties requérantes le 21 avril 1998 tendant à l'annulation de "la décision du Bureau permanent du Parlement flamand du 24 mars 1998 d'attribuer définitivement le marché relatif à l'enlèvement d'amiante et aux travaux de démolition connexes dans l'ancien bâtiment des Chèques postaux à l'association momentanée Renotec-Van Laere" (A. 78.336) (II);

Vu l'arrêt n/ 84.996 du 1^{er} février 2000 dans l'affaire A. 76.675 rouvrant les débats et chargeant le membre de l'auditorat désigné par l'auditeur général de clôturer l'instruction;

Vu l'arrêt n/ 84.997 du 1^{er} février 2000 dans l'affaire A. 78.336 rouvrant les débats et chargeant le membre de l'auditorat désigné par l'auditeur général de clôturer l'instruction;

Vu le rapport complémentaire de M. J. Stevens, premier auditeur;

Vu les ordonnances du 18 juin 2002 ordonnant le dépôt au greffe du rapport et des dossiers;

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

Vu les ordonnances du 3 novembre 2005 fixant l'affaire à l'audience du 20 décembre 2005;

Entendu M. D. Verbiest, président de chambre, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me F. Van Nuffel, avocat, qui comparaît pour les parties requérantes, et Me K. Ronse, avocat, qui comparaît pour les parties défenderesses;

Entendu M. J. Stevens, premier auditeur, en son avis conforme;

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

1. Des éléments des causes

Considérant que les éléments des causes peuvent être résumés comme suit :

1.1. Le Journal officiel des Communautés européennes publie le 25 juillet 1996 un appel aux candidats pour le marché relatif à l'enlèvement d'amiante et aux travaux de démolition connexes dans le bâtiment, sis à Bruxelles, chaussée de Louvain 86, connu comme étant l'ancien bâtiment des Chèques postaux.

Selon cet appel, le pouvoir adjudicateur est "la Région flamande et la Communauté flamande, tous deux représentés par le Bureau du Parlement flamand".

Le marché est passé selon la procédure de l'appel d'offres restreint.

1.2. Selon l'article 4.2.1. du cahier spécial des charges, un certain nombre de documents doivent être annexés à l'offre. Ainsi, il faut y joindre une "liste des sous-traitants" et une "copie de l'agrément pour la réalisation des travaux d'enlèvement de l'amiante".

L'article 5 porte sur les "travaux préparatoires" qui sont demandés à l'entrepreneur auquel le marché est attribué.

Ainsi l'article 5.4. demande que l'entrepreneur obtienne certaines autorisations.

Selon l'article 5.4.1., l'entrepreneur doit encore obtenir un permis d'environnement.

Selon l'article 5.4.2., il doit être agréé en qualité de producteur de déchets.

L'article 5.4.3 du cahier spécial des charges prévoit par ailleurs que l'entrepreneur se conformera à toutes les autres dispositions en matière de droit environnemental et urbanistique et obtiendra s'il y a lieu les permis, agréments et autorisations nécessaires pour la réalisation des travaux.

Selon l'article 4.5. du cahier spécial des charges, le marché est attribué au soumissionnaire moyennant un certain nombre de conditions suspensives.

Ainsi, le soumissionnaire doit démontrer au gestionnaire du projet de construction qu'il détient l'enregistrement requis et qu'il a effectué les travaux préparatoires visés à l'article 5 et a obtenu les permis, autorisations, etc. nécessaires à l'exécution des travaux.

L'article 4.5. dispose explicitement que l'attribution du marché n'est définitive que s'il est satisfait aux conditions suspensives : " Dès que les conditions précitées sont réunies, le soumissionnaire adresse au maître de l'ouvrage une lettre recommandée comportant en annexe les pièces justificatives requises. L'attribution conforme à la décision de passation devient définitive à la signature du contrat d'entreprise entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur consécutivement à la réception et à l'approbation par le maître de l'ouvrage de la lettre précitée et des pièces annexes".

1.3. Sept entrepreneurs ont remis une offre. L'association momentanée constituée par les parties requérantes est classée première, l'association momentanée formée par Renotec-Van Laere deuxième.

1.4. Le 14 janvier 1997, le bureau permanent du Parlement flamand décide "que [...] l'enlèvement de l'amiante et les travaux de démolition sont attribués sous réserve à l'association momentanée Jan Denul-Envisan pour un montant rectifié de 84.834.851 francs, hors TVA"; que les firmes Mourik, Denys-Van Der Linden & Veldhuis, et Hoebreghts-Depemo-Tecni Asbest seront avisées par écrit que le marché ne leur sera pas attribué; que les autres candidats seront informés de la passation, sous réserve cependant d'attirer leur attention sur le fait que cela ne signifie pas pour autant qu'ils ne peuvent néanmoins obtenir le marché; que le délai du calendrier d'exécution commence à courir à partir du 1^{er} février 1997".

1.5. Le 20 janvier 1997, la décision d'attribution est notifiée à l'association momentanée des parties requérantes. La lettre précise : "La passation

est définitive après que et à condition que vous présentiez au Parlement flamand tous les permis nécessaires à l'exécution des travaux. Le délai dont vous disposez pour ce faire est celui prévu dans votre offre, à savoir 80 jours de calendrier, et prend cours le 1^{er} février 1997".

1.6. Le 27 mai 1997, le bureau permanent du Parlement flamand décide de ne pas attribuer définitivement le marché à l'association momentanée des requérantes. Il motive sa décision comme suit :

"De Nul-Envisan a entrepris, conformément au cahier spécial des charges, point 4.5. a) et c), d'obtenir un enregistrement et d'autres 'permis, autorisations, etc, nécessaires' dans le délai de 80 jours de calendrier, prévu dans son offre, qui a pris cours le 1^{er} février 1997 et s'achève le 20 avril 1997.

1. Bien que De Nul-Envisan disposait déjà le 13 mars 1997 d'un enregistrement, elle n'a manifestement pas jugé nécessaire d'en informer le Parlement flamand et de transmettre un justificatif avant le 20 avril 1997, alors qu'une lettre du 3 mars 1997 l'avait explicitement rappelé. Par la négligence de De Nul-Envisan, l'enregistrement n'a été signalé par téléphone que le 20 mai 1997 et la preuve de l'enregistrement transmise que le 21 mai 1997 par télécopie, de sorte qu'il ne peut donc être pris en considération.

2. De Nul-Envisan a attendu le 23 mars 1997 pour demander le permis 'Monuments et sites' alors que le Parlement flamand lui avait déjà transmis les documents nécessaires le 18 février 1997.

Par suite de cette négligence, qui a eu pour conséquence que l'avis de la Commission royale des Monuments et de Sites n'a été donné que le 21 mai 1997, soit un mois après l'échéance des 80 jours de calendrier, De Nul-Envisan ne peut donc pas invoquer, à titre de justification, la suspension, proposée par la Commission royale des Monuments et de Sites, de l'exécution de l'enlèvement de l'amiante et des travaux de démolition jusqu'au résultat du concours d'architecture et l'approbation du projet de transformation du bâtiment des Chèques postaux.

3. Il ressort de l'article 4.5. du cahier spécial des charges, que les conditions suspensives ont manifestement pour objet de permettre au soumissionnaire de commencer effectivement l'exécution de l'enlèvement de l'amiante et des travaux de démolition lors de la passation définitive et de garantir la continuité après le commencement des travaux.

Ce principe vaut d'autant plus si le soumissionnaire recourt à des sous-traitants, de sorte que les sous-traitants doivent tout autant être en règle au moment de la passation définitive et disposer par conséquent des 'permis, autorisations ou autres actes' nécessaires (voir point 5.4.3.).

Comme De Nul-Envisan fait appel à RAG, ce dernier devait disposer d'un agrément que De Nul-Envisan aurait dû soumettre au Parlement flamand avant le 20 avril 1997.

Les conditions de la décision du Bureau permanent du 18 janvier 1997 relative à la passation sous réserve n'étant pas réunies et vu la négligence avec laquelle De Nul-Envisan s'est acquitté de sa tâche pour satisfaire aux

conditions posées, la passation ne peut se faire définitivement au profit de De Nul-Envisan”.

1.7. Le 2 décembre 1997, le bureau permanent du Parlement flamand décide d’attribuer le marché à l’association momentanée Renotec-Van Laere;

2. De la jonction

Considérant que les deux recours à l’examen visent le même marché public et que les parties concernées sont les mêmes dans les deux affaires; que pour ces motifs, il est indiqué de joindre les affaires inscrites sous les n^{os} A. 76.675 (I) et A. 78.336 (II);

3. De la partie adverse

Considérant que la requête dans l’affaire n/ A. 76.675 mentionne la Région flamande et la Communauté flamande comme parties adverses, toutes deux représentées tantôt par le Gouvernement flamand, tantôt par le bureau permanent du Parlement flamand, et qu’enfin, ce dernier parlement, représenté par son bureau permanent lui-même, est également désigné comme partie adverse; que la requête dans l’affaire n/ A. 78.336 mentionne la Région flamande et la Communauté flamande, toutes deux représentées par le bureau permanent du Parlement flamand, comme parties adverses; qu’entre-temps, la problématique a été réglée spécialement par l’article 48*bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980; qu’il en ressort que le Parlement flamand est habilité à être partie défenderesse dans l’instance; qu’il n’y a donc pas lieu d’accéder à la demande de mettre hors de cause la Région flamande et la Communauté flamande, d’autant plus qu’il apparaîtra par la suite que le recours est rejeté;

4. Des moyens

4.1. Considérant que dans l’affaire n/ A. 76.675, les parties requérantes allèguent dans une première branche de leur moyen unique que le Parlement flamand a attribué le marché à l’AM Renotec-Van Laere, par la procédure de gré à gré, plus particulièrement “sans faire appel au marché et sans publication au niveau européen ou belge”, et dans une deuxième branche, que “aucune règle, ni surtout le cahier

spécial des charges qui a été établi à la suite de l'appel d'offres restreint, ne permet à l'administration de rouvrir une procédure de passation qui s'est conclue par une décision de passation dont la notification a fait naître un contrat, lorsque le contrat conclu avec le candidat est rompu et d'attribuer ensuite le marché au deuxième du classement; ce procédé constitue en l'occurrence d'autant plus une violation du principe d'égalité et des principes généraux de bonne administration, que le contrat conclu avec le premier candidat a été résilié à tort, et qu'il est établi en outre que les autres candidats auraient rencontré les mêmes difficultés que le premier candidat si le marché leur avait été attribué après la procédure d'appel d'offres restreint"; qu'elles communiquent le "commentaire du moyen" suivant :

“Le moyen comporte deux branches. La première branche critique le fait que le Parlement flamand a attribué le marché de gré à gré à l'AM Renotec-Van Laere sans attacher la moindre attention aux principes fondamentaux en matière de marchés publics. La décision du Parlement flamand de 'rouvrir' une procédure déjà clôturée, bien qu'elle ait déjà abouti à un contrat, et de négocier de gré à gré avec le deuxième candidat classé, fait l'objet d'un examen critique dans la deuxième branche.”;

Considérant que la partie défenderesse objecte que le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître des litiges concernant des droits subjectifs et que l'objet du recours en annulation, qui porte essentiellement sur une contestation relative à un contrat, est un droit subjectif dont la protection ne peut pas être réclamée devant le Conseil d'État;

Considérant que dans leur mémoire en réplique, les parties requérantes déclarent qu'elles font abstraction de la question de savoir s'il avait ou non été satisfait à la condition suspensive, mais qu'elles soulèvent le point de savoir quelle pouvait ou devait être la marche à suivre dès lors que le contrat avait été résilié - à tort ou à raison -, si le Parlement flamand pouvait attribuer le marché de gré à gré et s'il pouvait rouvrir la procédure de passation clôturée et attribuer le marché au deuxième du classement; qu'à cet égard, elles soulignent encore dans leur dernier mémoire que le Conseil doit uniquement se pencher sur la question de savoir si le Parlement flamand pouvait attribuer le marché au soumissionnaire classé deuxième - après avoir constaté que la condition suspensive du contrat conclu avec les parties requérantes n'était pas remplie;

Considérant, en ce qui concerne la première branche, qu'il n'y a pas de décision formelle visant à organiser une procédure de passation de gré à gré; qu'ensuite, la décision d'attribuer le marché à l'AM Renotec-Van Laer découle des complications autour du point de savoir si la condition du contrat avec les parties requérantes a été remplie ou non; que dans ses deux branches, le moyen unique contraint par conséquent le Conseil d'État à se prononcer sur la question de savoir si les conditions suspensives posées ont été remplies ou non par les parties requérantes, qui, dans leur moyen, partent du principe qu'un contrat s'était formé qui a ensuite été résilié; qu'ainsi, le véritable objet de l'annulation demandée est essentiellement le règlement d'un litige portant sur des droits contractuels, pour lequel le Conseil d'État est sans juridiction eu égard aux articles 144 et 145 de la Constitution; que le recours n'est pas recevable;

4.2. Considérant que dans l'affaire A. 78.336, les parties requérantes critiquent dans leur moyen unique le fait que le bureau permanent du Parlement flamand a attribué définitivement le marché à l'AM Renotec-Van Laere après que le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale avait attribué seulement le 16 mars 1998 le permis Monuments et Sites nécessaire alors que selon les règles édictées par le Parlement flamand même, l'association précitée devait déjà disposer de ce permis le 10 mars 1998, sous peine d'une attribution non définitive des marchés, ce qui constitue une violation des "articles 10 et 11 de la Constitution, du principe '*patere legem quam ipse fecisti*', des principes généraux de bonne administration et en particulier du principe de loyauté et de l'obligation de mener une administration prudente et cohérente, et de l'obligation de motiver";

Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie défenderesse objecte que le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître des litiges en matière de droits subjectifs, que l'objet du recours demeure essentiellement une contestation relative à un contrat, que le véritable objet du recours reste le débat de savoir s'il a ou non été satisfait à une condition suspensive dans un contrat entre la partie défenderesse et l'AM Renotec-Van Laere, que non seulement le Conseil d'État n'est pas compétent pour interpréter les contrats mais il ne l'est pas non plus pour déterminer quand le contrat a effectivement été conclu, que la condition suspensive s'est réalisée de sorte que, selon les règles du droit civil, le contrat se forme avec effet rétroactif au moment de la passation;

Considérant que dans leur mémoire en réplique, les parties requérantes déclarent qu'elles font abstraction de la question de savoir si la condition suspensive était remplie ou non mais que la décision d'attribuer un marché public qui est attaquée, est un acte détachable du contrat susceptible d'annulation; que dans leur dernier mémoire, elles soutiennent que le "résultat du litige devant le juge civil n'influe pas sur l'intérêt des requérantes au recours en annulation contre l'attribution définitive à l'AM Renotec-Van Laere";

Considérant que, par analogie avec ce qui a déjà été constaté lors de l'examen du recours dans l'affaire A. 76.675, le véritable objet du recours dans l'affaire A. 78.336 est, du fait de la double attribution, la contestation portant sur la formation du contrat concerné et la condition suspensive y afférente et vise ainsi en

substance le règlement d'un litige relatif à des droits contractuels pour lequel le Conseil d'État est sans juridiction; que le recours n'est pas recevable,

D É C I D E :

Article 1er.

Les affaires n^{os} A. 76.675/XII-728 et A. 78.336/XII-1252 sont jointes.

Article 2.

Les recours sont rejetés.

Article 3.

Les dépens des demandes de suspension et des recours en annulation, liquidés à la somme de 1.388,20 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de la moitié chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le vingt-quatre mai 2006, par la XIIe chambre du Conseil d'État, composée de :

MM.	D. VERBIEST,	président de chambre,
	J. LUST,	conseiller d'État,
	G. VAN HAEGENDOREN,	conseiller d'État,
Mme	S. DOMS,	greffier.

Le greffier,

Le président,

S. DOMS

D. VERBIEST

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1er, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.