

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 188.377 du 28 novembre 2008

G./A.190.317/VI-17.994

En cause :

**1. l'association de droit public de droit belge
SOCIETE DE TRANSPORT INTERCOMMUNAUX
DE BRUXELLES**, en abrégé S.T.I.B.,
2. la société anonyme de droit français TRANSDEV,
3. l'association sans but lucratif PRO VELO,
4. la société anonyme CLEAR CHANNEL BELGIUM
agissant en groupement momentané d'entreprises
STIB/TRANSDEV/PROVELO/CLEARCHANNEL,

ayant élu domicile chez
Mes David D'HOOGHE et
Bruno LOMBAERT, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles,

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale,
représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Steven VAN GEETERUGEN, avocat,
avenue Léopold II, n° 180,
1080 Bruxelles.

Parties intervenantes :
**1. la société anonyme J.C. DECAUX
BELGIUM PUBLICITE**,

ayant élu domicile chez
Me Benoît CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles,

2. la commune d'Etterbeek,
3. la commune de Schaerbeek,

ayant élu domicile chez
Me Jérôme SOHIER, avocat,
avenue Emile De Mot, n° 19,
1000 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 13 novembre 2008 par l'association de droit public de droit belge SOCIETE DE TRANSPORT INTERCOMMUNAUX DE BRUXELLES, en abrégé S.T.I.B., la société anonyme de droit français TRANSDEV, l'association sans but lucratif PRO VELO et la société anonyme CLEAR CHANNEL BELGIUM, agissant en groupement momentané d'entreprises STIB/TRANSDEV/PROVELO/CLEARCHANNEL, qui tendent, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 novembre 2008 portant attribution du marché intitulé «Concession pour l'exploitation d'un système automatisé de location de vélos sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale» à la société anonyme JCDECAUX", et à ordonner des mesures provisoires;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 18 novembre 2008 par laquelle la société anonyme J.C. DECAUX BELGIUM PUBLICITE demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Vu la requête introduite le 20 novembre 2008 par laquelle les communes d'Etterbeek et de Schaerbeek demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé;

Vu l'ordonnance du 13 novembre 2008, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 20 novembre 2008 à 14.00 heures, date à laquelle l'affaire est mise en continuation le 26 novembre 2008 à 15.00 heures;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Bruno LOMBAERT et Léopold SCHELLEKENS, avocats, comparaisant pour les parties requérantes, Mes Steven VAN GEETERUGEN et Valéry SCHALENBOURG, avocats, comparaisant pour la partie adverse, Mes Benoît CAMBIER, Alexandre PATERNOSTRE et Michel STRUYS, avocats, comparaisant pour la première partie intervenante et Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaisant pour les deuxième et troisième parties intervenantes;

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;

I. INTERVENTION

Considérant qu'en tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, la société anonyme J.C. DECAUX BELGIUM PUBLICITE a intérêt à intervenir dans la présente procédure en référé; qu'il y a lieu d'accueillir cette intervention;

Considérant que les communes d'Etterbeek et de Schaerbeek demandent d'intervenir au motif que l'acte attaqué "porte atteinte, sur plusieurs points, au principe de l'autonomie communale et des compétences propres des communes de la Région de Bruxelles-Capitale"; qu'elles justifient ce faisant d'un intérêt suffisant à intervenir dans la présente procédure en référé; qu'il y a lieu d'accueillir cette intervention;

II. RECEVABILITE

Considérant que la partie adverse et la partie intervenante J.C. DECAUX BELGIUM PUBLICITE mettent en cause la capacité et la qualité à agir de chacun des associés du groupement momentané requérant;

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"; que dans son ordonnance du 4 octobre 2007, affaire C-492/06, la Cour de justice a confirmé qu'une règle nationale de procédure de cette nature "ne limitait pas l'accessibilité à un recours d'une façon contraire à l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 89/665";

Considérant qu'en l'espèce, la requête a été introduite par quatre personnes morales "agissant en groupement momentané d'entreprises"; qu'il ressort du dossier que l'offre déposée dans la procédure litigieuse l'a été au nom de ce groupement momentané; qu'une société momentanée n'a pas en droit belge de personnalité juridique et obéit dès lors, en ce qui concerne sa capacité d'agir en justice, à un régime comparable à celui d'une association de fait; qu'il est requis dans ce cas que, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, tous les membres de l'association momentanée agissent conjointement et régulièrement en justice, mais non que l'association momentanée ou un ou certains de ses membres aient seuls accès au prétoire; qu'en effet, "dans cette situation, c'est l'association momentanée en tant que telle qui a soumissionné, et non pas ses membres à titre individuel. Ce sont également tous les membres de cette association qui, s'ils s'étaient vu attribuer le marché en cause, auraient eu l'obligation de signer le contrat et d'exécuter les travaux." (attendu n° 20 de l'arrêt du 8 septembre 2005 de la Cour de justice des Communautés européennes précité);

Considérant, en ce qui concerne la société anonyme de droit belge CLEAR CHANNEL, que l'article 522, § 2, du Code des sociétés dispose 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. Cette clause est opposable aux tiers. Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir, mais ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenu, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées.";

Considérant que les statuts coordonnés de cette société anonyme requérante prévoient notamment ce qui suit :

" Article 8. [...] Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour accomplir tous actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la société.

Article 9.

Le conseil peut déléguer la gestion journalière de la société ainsi que sa représentation dans le cadre de cette gestion, soit à un ou plusieurs de ses membres, qui porteront ou non le titre d'administrateur délégué, soit à un ou plusieurs mandataires appointés choisis hors de son sein.[...].

Article 10.

A. Dans les actes, y compris ceux où interviennent un fonctionnaire public ou un officier ministériel, ainsi que dans les procurations, la société est représentée par deux administrateurs agissant conjointement, lesquels n'ont pas à justifier vis-à-vis des tiers des pouvoirs en vertu desquels ils agissent.
[...]"

Considérant que la décision d'agir en justice produite par cette société est prise et est signée par "Messieurs Hubert JANVIER, Administrateur délégué, et Daniel SAX, Administrateur, habilité(s) à représenter la société";

Considérant, d'une part, que la décision d'introduire une demande en suspension d'extrême urgence auprès du Conseil d'Etat n'est pas un acte de gestion journalière et ne relève donc pas de la délégation prévue par l'article 9 des statuts de la requérante; qu'elle devait en principe être prise par le conseil d'administration;

Considérant, d'autre part, que c'est en vain que la requérante se prévaut du pouvoir conféré conjointement par l'article 10, A, de ses statuts à deux administrateurs pour la représenter dans "les actes" ou dans "les procurations" engageant la société, autres que ceux de la gestion journalière; qu'un tel pouvoir ne s'identifie pas avec celui d'agir en justice; qu'il ne s'agit en effet là que d'une délégation de signature qui n'implique nullement une délégation du pouvoir de décider de l'introduction d'un pareil recours; qu'en effet, cette disposition statutaire ne vise de manière limitative que la représentation de la société dans les actes et les procurations; qu'une requête en annulation devant le Conseil d'Etat n'engage pas la société vis-à-vis de tiers; que l'article 10, A, précité ne peut dès lors être considéré comme constituant la clause statutaire prévue par l'article 522, § 2, du Code des sociétés;

Considérant que, faute d'avoir été prise par son conseil d'administration conformément à ses statuts, la décision d'ester prise au nom de la société anonyme de droit belge CLEAR CHANNEL BELGIUM est irrégulière; que si, comme la requérante l'indique à l'audience, il n'est pas possible de réunir un conseil d'administration dans le délai où le Conseil d'Etat doit être saisi d'une procédure d'extrême urgence, une société ne peut être admise à se prévaloir de la difficulté d'appliquer ses propres statuts; qu'il lui est loisible d'adapter ceux-ci dans le respect de l'article 522, § 2, du Code des sociétés; que l'exception est fondée;

Considérant, quant à la société anonyme de droit français TRANSDEV, que les statuts coordonnés de cette société prévoient notamment ce qui suit :

" ARTICLE 15 - DIRECTION GENERALE

[...]

2. Directeur Général

[...]

b) Pouvoirs

Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. [...]

Le directeur général représente la société dans ses rapports avec les tiers. La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

c) Directeurs généraux délégués

[...]

En accord avec le directeur général, le conseil d'administration détermine l'étendue et la durée des pouvoirs accordés aux directeurs généraux délégués.

A l'égard des tiers, le ou les directeurs généraux délégués disposent des mêmes pouvoirs que le directeur général.

[...]"

Considérant qu'en sa séance du 8 octobre 2008, le conseil d'administration de cette société a décidé de nommer François-Xavier PERIN en qualité de directeur général délégué et a prévu que le susnommé "disposera à l'égard des tiers des mêmes pouvoirs que le Président Directeur Général";

Considérant que la décision d'agir en justice produite par cette société est prise et est signée par "François-Xavier PERIN, Directeur Général Délégué, habilité(s) à représenter la société";

Considérant, d'une part, que l'article 15, 2, b), précité des statuts de cette société distingue, au sein des pouvoirs reconnus au directeur général, le pouvoir général d'agir au nom de la société et la représentation de la société dans ses rapports avec les tiers; que l'article 15, 2, c), précité des mêmes statuts ne confère par lui-même au directeur général délégué les mêmes pouvoirs que le directeur général qu'"à l'égard des tiers" et permet de lui déléguer d'autres pouvoirs déterminés par le conseil d'administration "en accord avec le directeur général"; que toutefois, le 8 octobre 2008, le conseil d'administration n'a pas usé de cette possibilité et a seulement confirmé que le directeur général délégué "disposera à l'égard des tiers des mêmes pouvoirs que le Président Directeur Général"; qu'une demande de suspension devant le Conseil d'Etat n'engage pas la société vis-à-vis de tiers; qu'en outre, la représentation à l'égard des tiers n'a aucun rapport avec la représentation en justice; que l'on n'aperçoit pas en quoi

le Conseil d'Etat pourrait être considéré comme un tiers dans les relations nouées par une société commerciale; que le pouvoir de décider d'agir en justice incombait au directeur général; que faute d'avoir été introduit par l'organe compétent, la requête est irrecevable;

Considérant, d'autre part, que cette société ne fournit aucune preuve de la publication de ses statuts ou de la nomination de son directeur général délégué selon les formes requises par la loi française;

Considérant que l'exception est fondée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les requêtes en intervention introduites par la société anonyme J.C. DECAUX BELGIUM PUBLICITE et par les communes d'Etterbeek et de Schaerbeek dans la procédure en référé sont accueillies.

Article 2.

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

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 1075 euros, sont mis à la charge des parties requérantes à concurrence de 206,25 euros chacune et à la charge des deuxième et troisième parties intervenantes à concurrence de 125 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-huit novembre deux mille huit par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU.

P. NIHOUL.