

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.543 du 25 septembre 2014

G./A.199.735/VI-19.076

En cause : **la société anonyme EDIFICE INTERNATIONAL,**

ayant élu domicile chez
Mes Kim MÖRIC et
Koen DE MAEYER, avocats,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

la ville de Spa,

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2
4020 Liège.

Parties intervenantes :

- 1. la société anonyme FOREMOST IMMO,**
- 2. la société coopérative à responsabilité limitée
SUMPROJECT ARCHITECTURE & ENGINEERING,**
- 3. la société privée à responsabilité limitée BARBARA
VAN DER WEE ARCHITECTS,**
- 4. la société anonyme DENYS,**
ayant formé une association momentanée,

ayant élu domicile chez
Me Jos MERTENS, avocat,
kortrijksesteenweg, n° 1144 G,
9051 Gent.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 4 avril 2011, la société anonyme EDIFICE INTERNATIONAL demande l'annulation de "la décision du Collège communal de la Ville de SPA, sis rue de l'Hôtel de Ville, 44, 4900 Spa, du 18 novembre 2010 par laquelle l'offre déposée par la S.A. EDIFICE INTERNATIONAL dans le cadre du marché public de travaux relatif à la conception, réalisation et exploitation d'un

complexe immobilier à usages multiples situé à l'emplacement des anciens Thermes et du laboratoire Henrijean n'a pas été retenue et par laquelle le marché a été attribué à l'association momentanée formée par la S.A. FOREMOST IMMO, la SPRL SUMPROJECT ARCHITECTURE & ENGINEERING, la SPRL BARBARA VAN DER WEE ARCHITECTS et la S.A. DENYS".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

La société anonyme FOREMOST IMMO, la société coopérative à responsabilité limitée SUMPROJECT ARCHITECTURE & ENGINEERING, la société privée à responsabilité limitée BARBARA VAN DER WEE ARCHITECTS et la société anonyme DENYS, ayant formé ensemble une association momentanée, ont, par une requête introduite le 14 juillet 2011, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes.

Une ordonnance du 8 août 2011 a accueilli provisoirement cette demande d'intervention.

Un mémoire en intervention a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. La partie requérante et les parties intervenantes ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 25 juin 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 3 septembre 2014.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Dodo CHOCHITAICHVILI, loco Mes Kim MÖRIC et Koen DE MAEYER, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me David SERRUS, loco Me Jos MERTENS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 30 janvier 2009, le conseil communal de la ville de Spa approuve le cahier spécial des charges relatif à la conception, réalisation et exploitation d'un complexe immobilier à usages multiples situé à l'emplacement des anciens thermes, du laboratoire Henrijean et des Jardins du Casino.

III. 2. Le 25 mai 2009, le conseil communal modifie le cahier spécial des charges suite à l'abandon du projet relatif au parking souterrain sous les Jardins du Casino.

III. 3. Le 17 décembre 2009, le collège communal décide de ne pas attribuer le marché et de lancer une nouvelle procédure, le cahier spécial des charges restant inchangé.

III. 4. Les 6 et 7 janvier 2010, un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne. Le marché public a pour objet la conception, le financement, la réalisation et l'exploitation d'un complexe immobilier à usages multiples situé à l'emplacement des anciens thermes et du laboratoire Henrijean.

III. 5. La procédure retenue est celle de l'appel d'offres général soumis à publicité européenne et quatre critères d'attribution sont fixés en vue de déterminer l'offre régulière économiquement la plus intéressante.

III. 6. Le 30 mars 2010, trois offres sont recueillies dont celle de la société requérante.

III. 7. Le 27 avril 2010, le directeur des travaux établit un rapport préliminaire à l'attention du collège communal. Ce rapport souligne différents manquements dans les soumissions et propose au collège communal d'inviter les soumissionnaires à combler leurs lacunes.

III. 8. Le 29 avril 2010, le collège communal décide de réclamer aux trois soumissionnaires les documents manquants et à les remettre pour le 21 mai 2010 au plus tard.

III. 9. Le 26 mai 2010, le directeur des travaux rédige un deuxième rapport. Il estime que les trois soumissionnaires peuvent être sélectionnés qualitativement mais que les offres doivent être considérées comme irrégulières. Il propose soit de relancer

un nouveau marché, soit de passer en procédure négociée.

III. 10. Le 27 mai 2010, le collège communal décide de proposer au conseil communal de passer en procédure négociée.

III. 11. Le 4 juin 2010, le conseil communal décide de passer le marché par procédure négociée sans publicité. Les soumissionnaires répondant aux exigences en matière de sélection qualitative et ayant remis une offre conforme aux exigences formelles lors de la précédente procédure sont invités à remettre une nouvelle offre pour le 30 septembre 2010 .

III. 12. Le 22 juin 2010, une première rencontre est organisée avec les candidats ayant remis offre lors de la phase d'appel d'offres du marché. Le même jour, le directeur des travaux suggère au collège communal certaines modifications au cahier spécial des charges ; celles-ci ont recueilli l'accord de tous les candidats.

III. 13. Le 23 juin 2010, le collège communal suit la suggestion de son directeur des travaux et précise le périmètre du projet et le nombre minimal d'emplacements commerciaux.

III. 14. Le 2 juillet 2010, un courrier d'information est adressé aux différents candidats.

III. 15. Les trois candidats sont invités à présenter leur projet devant le Comité d'évaluation. Seules la société EDIFICE INTERNATIONAL et les parties intervenantes déposent une offre, ce que constate le procès verbal d'ouverture des soumissions du 30 septembre 2010.

III. 16. Le 22 octobre 2010, les offres sont évaluées par le Comité d'évaluation.

III. 17. Le 25 octobre 2010, le président du Comité adresse à la partie adverse un rapport d'évaluation. Le rapport propose d'attribuer le marché aux parties intervenantes.

III. 18. Le 15 novembre 2010, le directeur des travaux rédige un rapport final.

III. 19. Par délibération de son collège communal du 18 novembre 2010, la partie adverse attribue le marché aux parties intervenantes.

Il s'agit de l'acte attaqué, notifié à la société EDIFICE INTERNATIONAL par lettre du 3 février 2011.

III. 20. La décision attaquée est notifiée aux parties intervenantes le 29 mars 2011.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 14 juillet 2011, l'association momentanée formée par la société anonyme FOREMOST IMMO, la société privée à responsabilité limitée SUMPROJECT ARCHITECTURE & ENGINEERING, la société privée à responsabilité limitée BARBARA VAN DER WEE ARCHITECTS et la société anonyme DENYS, ayant formé l'association momentanée bénéficiaire de l'acte attaqué, demandent à intervenir dans la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DU RECOURS

VI. 1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse expose que lorsqu'une personne morale introduit un recours au Conseil d'État, il lui appartient d'établir, dès l'introduction de ce recours, qu'elle est dotée d'une personnalité morale opposable aux tiers, qu'elle agit par des personnes physiques dont la désignation est régulière et dont les pouvoirs sont opposables aux tiers, et que la décision d'introduire le recours a été régulièrement prise par ses organes compétents. Elle relève qu'en l'espèce, les délibérations du conseil d'administration et de l'organe social visé à l'article 522, § 2 du Code de commerce sont toutes deux datées du 1^{er} avril 2011 et qu'à cette date, la délibération de l'assemblée générale du même jour nommant les administrateurs n'avait pas été publiée aux annexes du Moniteur et, partant, n'était pas opposable aux tiers, conformément aux articles 74 et 76 du Code des sociétés. La partie adverse conclut que le recours n'est pas recevable.

B. Mémoire en réplique

La partie requérante réplique que, comme le rappelle le Conseil d'État dans un arrêt n° 208.653 du 3 novembre 2010, la décision d'introduire un recours en annulation au Conseil d'État doit être prise par le conseil d'administration ou par l'organe qui est habilité par une disposition expresse des statuts à représenter en droit la société. Elle relève qu'en l'espèce, ses statuts contiennent une disposition expresse désignant les organes habilités à la représenter en droit et ce sont bien ces organes qui ont pris la décision d'introduire le présent recours.

Elle précise que ses nouveaux statuts ainsi que l'acte de désignation de ses organes ont été publiés aux annexes du Moniteur belge du 18 avril 2011 et constate que, dans une affaire similaire où l'annonce de la désignation des administrateurs avait seulement été publiée au Moniteur belge après l'introduction du recours en annulation et où la partie adverse contestait la recevabilité du recours, le Conseil d'État a décidé que "L'article 76 du Code des sociétés prévoit que les actes et indications dont la publicité est prescrite ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication par extraits ou par mention aux annexes du Moniteur belge, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance. Cette disposition légale ne prévoit pas endéans quel délai ces actes et indications doivent être publiés aux annexes du Moniteur belge. Le Conseil d'État n'est pas à considérer comme un «tiers» en ce qui concerne la représentation en droit d'une société. Le fait que la publication de la composition du conseil d'administration au Moniteur belge a seulement eu lieu après l'introduction de la requête en annulation au Conseil d'État ne fait, par conséquent, pas obstacle à la recevabilité du recours (traduction libre de l'arrêt n°208.661 du 4 novembre 2010)". La partie requérante conclut que son recours est bien recevable.

C. Mémoire en intervention

Les parties intervenantes se réfèrent à l'argumentation développée par la partie adverse en ce qui concerne la recevabilité du présent recours.

V.2. Décision du Conseil d'Etat

En règle, il appartient à une personne morale requérante d'établir, dès l'introduction du recours, qu'elle est dotée d'une personnalité morale opposable aux tiers, qu'elle agit par des personnes physiques dont la désignation est régulière et dont les pouvoirs sont opposables aux tiers, et que la décision d'introduire le recours a été régulièrement prise par ses organes. Le Conseil d'Etat lui-même, et non seulement la partie adverse, doit pouvoir vérifier que les conditions de recevabilité du recours ont été valablement remplies.

Si la qualité des personnes physiques à l'intervention desquelles la personne morale agit doit être appréciée au jour où la décision d'ester en justice a été prise, l'opposabilité de leurs pouvoirs doit être vérifiée lorsque cette décision est précisément opposée à un tiers.

Par ailleurs, il y a lieu d'avoir égard à l'article 76 du Code des sociétés, dont l'alinéa premier est libellé comme suit:

" Les actes et indications dont la publicité est prescrite ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication par extraits ou par mention aux Annexes du Moniteur belge, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance".

En l'espèce, il n'est pas contesté que la décision d'introduire le présent recours a été prise le 1^{er} avril 2011 par le conseil d'administration de la requérante, composé conformément aux nominations des administrateurs, décidées le même jour lors d'une assemblée générale extraordinaire.

A la requête étaient notamment joints le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration, ainsi qu'une attestation établie par le notaire SLEDSSENS, de laquelle il ressort d'une part qu'à l'occasion de l'assemblée générale extraordinaire du 1^{er} avril 2011, la démission d'Etienne LIVEMONT, en tant qu'administrateur, a été acceptée, et d'autre part qu'ont été nommés administrateurs, la société coopérative à responsabilité limitée ECOPLAN, Friedel MAERTENS, la société anonyme IDESCA et Hans WUYTS.

S'il devait y avoir lieu de considérer le Conseil d'Etat comme étant un "tiers" au sens de la disposition précitée, il s'imposerait de constater que la requérante prouve qu'en accédant à ces pièces, il a eu connaissance de la délibération par laquelle ont été nommés les administrateurs à l'intervention desquels a été prise la décision d'agir, avant la publication de cette délibération aux Annexes du Moniteur belge.

Par ailleurs, et alors que les décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire de la requérante, du 1^{er} avril 2011, avaient été publiées aux annexes du Moniteur belge le 18 avril 2011, la partie adverse et les bénéficiaires de l'acte attaqué ont été informés de l'introduction du présent recours par des courriers que leur a adressés le greffe du Conseil d'Etat le 14 juin 2011, soit à une date à laquelle les pouvoirs des administrateurs leur étaient opposables.

Dans ces circonstances, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

Il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre à l'auditeur désigné par l'Auditeur général d'examiner les moyens de la requête.

VI. CONFIDENTIALITE

La partie requérante souhaite garder la confidentialité de son offre.

La partie adverse demande également que soit maintenue la confidentialité de l'offre de la requérante, ainsi que celle de la partie financière de la soumission des parties intervenantes.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces n^{os} 5 et 7 du dossier de la requérante, ainsi que de la farde E, de la pièce n^o 4 de la farde F et des deux classeurs contenant l'offre d'EDIFICE INTERNATIONAL dans le dossier administratif.

**PAR CES MOTIFS,
DÉCIDE**

Article 1^{er}

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, est chargé de poursuivre l'instruction de l'affaire et de rédiger un rapport complémentaire.

Article 3.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 4.

Les pièces n^{os} 5 et 7 jointes à la requête et, dans le dossier administratif, la farde E, la pièce n^o 4 de la farde F, ainsi que les deux classeurs contenant l'offre d'EDIFICE INTERNATIONAL demeureront, à ce stade de la procédure, confidentiels.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

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

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
Serge BODART,	Conseiller d'Etat,
Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE.

Odile DAURMONT.