CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.925 du 10 juillet 2015

G./A. 216.129/VI-20.480

En cause : 1. **la société anonyme TPF UTILITIES**,

2. **la société anonyme NEWELEC**,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuel van NUFFEL, avocat,
avenue Louise, n° 81,
1050 Bruxelles,

contre :

la société civile sous forme de société coopérative à responsabilité limitée SOCIETE WALLONNE DES EAUX,

ayant élu domicile chez
Me Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme BALTEAU,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Luc FLAGOTHIER, avocat,
boulevard Piercot, n° 4/14,
4000 Liège.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e^ CHAMBRE DES VACATIONS, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite, au moyen de la procédure électronique, le 15 juin 2015, la société anonyme (S.A.) TPF UTILITIES et la S.A. NEWELEC sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 22 mai de la partie adverse d'attribuer le marché mixte portant sur l'équipement et l'entretien des installations de production, d'adduction d'eau et de télégestion de ses installations à la s.a. BALTEAU (lots B et C) et à la s.a. DEGREMONT (lots A et D)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 17 juin 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 2 juillet 2015 à 10 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

La S.A. BALTEAU a, par une requête introduite le 1er juillet 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Me Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Mes Bruno LOMBAERT et Mathieu THOMAS, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Me Jean-Luc FLAGOTHIER, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu en son avis conforme.

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

III. DESISTEMENT DE LA SECONDE REQUERANTE

La seconde requérante a informé le Conseil d'Etat de ce qu'elle se désistait de sa demande.

Rien ne s'oppose à ce désistement dans le cadre de la procédure de référé.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La S.A. BALTEAU a introduit le 1er juillet 2015 une requête par laquelle elle demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DE LA DEMANDE

V. 1. Thèses des parties

En termes de plaidoiries, la première requérante soutient que son intérêt au recours subsiste nonobstant le désistement de la deuxième requérante. Elle discute l'enseignement de l'arrêt "Espace Trianon et Sofibail" prononcé par la Cour de justice de l'Union européenne le 8 septembre 2005, dont elle estime contestable le point 20. Elle souligne le fait que l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ouvre l'accès au recours, non à tout soumissionnaire, mais à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, ce qui l'incite à considérer que, nonobstant l'enseignement jurisprudentiel livré par l'arrêt "Espace Trianon et Sofibail", reste ouverte la question de l'accès au recours pour chacun des membres d'une société momentanée, considéré individuellement. Elle ajoute que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne laisse d'ailleurs incertaine la solution retenue dans l'arrêt "Espace Trianon et Sofibail", la Cour ayant déjà admis la recevabilité du recours introduit isolément par un seul membre d'un groupement, dans un arrêt "Consorzio Elisoccorso San Raffaele" du 4 octobre 2007 (C-492/06). Elle invoque enfin une décision du tribunal de première instance de Bruxelles qui a admis qu'une action en responsabilité soit introduite par un seul des membres d'une société momentanée, en considérant que celui-ci agissait au nom et pour compte des deux autres membres dans le cadre d'une action oblique, le demandeur étant par ailleurs créancier de ses deux partenaires.

La partie adverse observe que la première requérante tente, dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, de remettre en cause une jurisprudence bien établie, jurisprudence qui a d'ailleurs été validée par la Cour de justice de l'Union européenne et n'a pas à être abandonnée au vu des termes en lesquels l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 conçoit l'accès au recours, la volonté du législateur ayant été d'éviter une conception trop stricte de l'accès au recours, qui ferait obstacle à ce que

celui-ci soit fermé à des opérateurs qui n'ont pu participer au marché pour des motifs qu'ils estiment illégaux. Elle revient ensuite sur la notion d'intérêt à agir qui, dans le contentieux des marchés publics, s'identifie dans l'obtention d'une nouvelle chance de devenir l'attributaire du marché litigieux. Elle observe à cet égard qu'en l'espèce la société T.P.F. UTILITIES n'obtiendrait pas une telle chance, dès lors que l'offre déposée n'émanait pas de cette société considérée individuellement, mais du groupement qu'elle a formé avec la société NEWELEC, pour laquelle, du reste, la chance jouerait d'ailleurs contre son gré, eu égard à sa volonté de désistement. S'agissant enfin de la jurisprudence du tribunal de première instance dont la première requérante entend se prévaloir, la partie adverse fait valoir qu'à suivre cette jurisprudence, il faudrait considérer que la société T.P.F. UTILITIES se substituerait à la société NEWELEC contre son gré.

L'intervenante déclare n'avoir pas entendu la première requérante invoquer des particularités du cas d'espèce, qui justifieraient un revirement de la jurisprudence "Espace Trianon et Sofibail". Elle estime qu'à suivre la première requérante il faudrait admettre jusqu'à l'intérêt au recours de personnes tout à fait étrangères au marché litigieux. Elle insiste enfin sur ce que c'est bien le groupement qui est soumissionnaire dans le marché litigieux.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit:

" A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1° le droit communautaire en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics;
2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;
3° les documents du marché".

En l'espèce, la requête a été introduite par deux personnes morales agissant au nom du groupement sans personnalité juridique qu'elles ont formé pour déposer leur candidature et leur offre conjointement dans le cadre du marché public litigieux.

Dans ce contexte, sont, en toute hypothèse, vaines les considérations se rapportant à la qualité et l'intérêt à agir de l'une des personnes morales, considérée individuellement, dès lors que la recevabilité de la demande doit être examinée au regard des circonstances dans lesquelles elle a été introduite et, plus particulièrement, du fait qu'elle l'a été au nom d'un groupement sans personnalité juridique qui a fait acte de candidature et déposé offre, justifiant ainsi de son intérêt à l'obtention du marché et satisfaisant ainsi *prima facie* à l'une des exigences édictées par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, précitée.

Il n'y a, par ailleurs, pas lieu, d'avoir égard à la jurisprudence du tribunal de première instance de Bruxelles qu'invoque la première requérante. En effet, si cette juridiction semble avoir admis la recevabilité d'une action introduite par un seul des trois membres d'une société momentanée, c'est – pour autant qu'il soit possible d'en juger sur la base de la relation donnée de cette décision en termes de plaidoiries – parce que ce membre avait la qualité de créancier à l'égard des deux autres. Cette qualité n'est pas sérieusement démontrée dans le chef de la société T.P.F. UTILITIES.

Lorsqu'un groupement sans personnalité juridique a fait acte de candidature et déposé une offre dans le cadre d'un marché public, l'action en justice introduite en son nom ne sera déclarée recevable que pour autant que tous les membres de ce groupement aient décidé conjointement et régulièrement d'agir, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association.

Cette exigence n'a de sens que pour autant que tous les membres du groupement restent à la cause pendant toute la durée de la procédure et qu'aucun d'entre eux ne se désiste au cours de celle-ci.

La société NEWELEC a déclaré se désister du recours qu'elle a introduit, avec la société T.P.F. UTILITIES et il est décidé, par ailleurs, que rien ne s'oppose à ce désistement dans le cadre de la procédure de référé.

Dans ces circonstances, la demande ne peut qu'être déclarée irrecevable.

VI. CONFIDENTIALITE

Les requérantes déclarent déposer leur offre à titre confidentiel.

La partie adverse demande également que soit maintenue la confidentialité des neuf pièces qu'elle vise comme constituant son "dossier administratif confidentiel".

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité. Celle-ci doit, par ailleurs, être étendue aux annexes 3 et 5 à 10 de l'offre de la société BALTEAU, que celle-ci-joint à sa requête en intervention.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la S.A. BALTEAU est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Le désistement de la S.A. NEWELEC est décrété dans la procédure de référé.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 aux parties n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 5 .

L'offre des requérantes, annexée à sa requête, les pièces du "dossier administratif confidentiel" et les annexes 3 et 5 à 10 à l'offre de la société BALTEAU, annexées à la requête en intervention, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre des vacations, le 10 juillet deux mille quinze par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Vanessa WIAME,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vanessa WIAME. David DE ROY.