

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 243.410 du 16 janvier 2019

A. 227.039/VI-21.385

En cause : **la société anonyme PRONTOPHOT,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Laurent GODFROID et
Renaud SIMAR, avocats,
rue de l'Industrie 26-38
1040 Bruxelles,

contre :

la ville de Namur,

ayant élu domicile chez
M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat,
rue Jean-Baptiste Brabant 56
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 décembre 2018, la société anonyme PRONTOPHOT demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 11 octobre 2018 de la Ville de Namur, par laquelle la concession de service est attribuée à la société AUTOMATED PRODUCTS SERVICE".

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 décembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 janvier 2019 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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'État ont été acquittés.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Laurent GODFROID, Renaud SIMAR et Pauline ABBA, avocats, comparaisant pour la partie requérante et M^e Sophie BAUDOIN, *loco* M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Luc DONNAY, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

La partie requérante expose comme suit les faits de la cause:

" [...] Par une délibération du 12 juillet 2018, le Collège communal de la Ville de Namur approuve le cahier spécial des charges GI/2018/001 relatif à une concession de service portant sur l'installation, l'exploitation et l'entretien des cabines photos pour la Maison des Citoyens de la Ville de Namur.
Cette décision est fondée sur une délégation de compétence donnée par le Conseil communal au Collège en date du 28 janvier 2016, portant sur « pour la Ville (...), le choix de mode de passation et la fixation des conditions des marchés publics et concessions de travaux et de services pour toutes les dépenses relevant du budget ordinaire et pour les dépenses relevant du budget extraordinaire inférieures à 60.000 euros HTVA ».

[...] Quatre sociétés sont consultées :

- Automated Products Service, rue de la Presse 4 à 1190 Bruxelles,
- Prontophot, Boulevard Paepsem 8a à 1070 Anderlecht,
- Stad, Z.l Avon, 553 avenue des Chasséens à 13120 Gardanne,
- Photometric, 49 Rue Henri René à 34000 Montpellier.

[...] Deux offres sont remises dans le délai imparti expirant le 5 septembre 2018 par la requérante et l'adjudicataire de la concession, soit:

- La SA Automated Products Service, rue de la Presse 4 à 1190 Bruxelles,
- La SA Prontophot, Boulevard Paepsem 8a à 1070 Anderlecht.

[...] Par une décision du 11 octobre 2018, la Ville de Namur décide notamment :

- «de sélectionner les deux soumissionnaires répondant aux critères de sélections qualitatives,
- de considérer les offres de APS, datée du 5 septembre 2018 et de Prontophot, datée du 3 septembre 2018, figurant au dossier, comme complètes et régulières,
- d'approuver le rapport d'examen des offres, daté du 4 octobre 2018, figurant au dossier,
- d'attribuer la concession de service public portant sur l'installation, l'exploitation et l'entretien des cabines photos de la Maison des Citoyens au soumissionnaire ayant obtenu le meilleur score, au vu des critères d'attribution

établi dans le cahier spécial des charges n° GI/2018/001, à savoir la société Automated Products Services (APS) (numéro d'entreprise: BE 0890.373.787), dont le siège social est établi rue de la Presse 4 à 1000 Bruxelles, aux conditions fixées par le cahier spécial des charges n° GI/2018/001, pour une redevance mensuelle fixée à 2.750C TVAC à charge du concessionnaire. Le prix des photos étant fixé à 5 euros,

- de transmettre la présente décision à la Tutelle, conformément au CDLD ».

Il s'agit de l'acte attaqué [...].

La décision fait sien le rapport d'analyse des offres du 4 octobre 2018.

[...] La requérante est informée de cette décision par un courrier du 11 décembre 2018.

[...] Par un courrier du 20 décembre 2018 [...], la Ville de Namur demande à la SA PRONTOPHOT, concessionnaire en place, de reprendre ses cabines photos avant le 31 décembre 2018".

IV. Identification des dispositions applicables

Aux termes du cahier spécial des charges, l'opération concernée porte sur "l'installation dans l'Hôtel de Ville au sein de la Maison des Citoyens [...] de 3 cabines photos et l'entretien de celles-ci".

La partie adverse a qualifié le contrat en cause de concession de services et elle a appliqué la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Dans son courrier du 11 décembre 2018, elle indique que, conformément aux articles 15, 23 et 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, elle dispose d'un délai de 15 jours afin d'introduire éventuellement un demande de suspension auprès d'une juridiction et que "ce recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence". La requérante a introduit la présente demande de suspension en invoquant les dispositions de la loi du 17 juin 2013, précitée, spécialement ses articles 15 et 23.

Il convient de déterminer si les dispositions des lois des 17 juin 2016 et 17 juin 2013, précitées, sont applicables en l'espèce.

Aux termes de l'article 3, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession dispose comme suit:

- " La présente loi s'applique à la passation et l'exécution des concessions de travaux et de services.
Toutefois, en ce qui concerne les concessions de services, la présente loi s'applique uniquement aux concessions d'une valeur égale ou supérieure au seuil fixé par le Roi.
En outre, en ce qui concerne les concessions de travaux passées par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ou par les entreprises publiques agissant

hors cadre de leurs taches de services public telles que définies par une loi, un décret ou une ordonnance, la présente loi s'applique uniquement aux concessions d'une valeur égale ou supérieure au seuil fixé par le Roi".

Selon l'article 4 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, le seuil visé à l'article 3, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, de la loi est de 5.548.000 euros.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a estimé que la valeur de la concession est de 31.000 euros par an. Cette valeur n'est pas contestée dans la requête. La durée de la concession étant de 24 mois sous réserve de la possibilité d'une reconduction tacite pour une durée de 12 mois, la valeur devant être prise en considération est, au maximum, de 93.000 euros, ce qui s'avère largement inférieur au seuil de 5.548.000 euros.

En conséquence, il convient de considérer, au stade de la procédure en référé, qu'en tout état de cause, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ne s'applique pas en l'espèce, et ce, indépendamment du sort qui devrait être réservé au deuxième moyen de la requête, qui tend à contester la qualification de "concession de services", la requérante soutenant que l'opération en cause devrait s'analyser comme une concession domaniale. Eu égard à la valeur estimée de la "concession", celle-ci n'est pas régie par ladite loi.

Il s'ensuit que la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions n'est pas non plus applicable en la présente espèce. En effet, il résulte de l'article 3, alinéa 2, ainsi que de l'article 28, alinéa 3, que ses dispositions ne s'appliquent qu'aux concessions relevant de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, indépendamment de la question de savoir si la valeur de la concession atteint ou non le montant fixé pour la publicité européenne.

En conséquence, il convient d'appliquer en l'espèce l'article 17 de lois coordonnées sur le Conseil d'État, à l'exclusion des dispositions de la loi du 17 juin 2013, en particulier de ses articles 15 et 31. La circonstance, alléguée par la requérante dans sa requête et à l'audience, que la partie adverse a elle-même appliqué le délai d'attente prévu par la loi du 17 juin 2013 s'avère à cet égard indifférente, dès lors que ni l'autorité ni la partie requérante ne peuvent déterminer elles-mêmes les dispositions applicables aux recours.

V. Des conditions de la suspension

V.1. Thèse de la requérante

En l'espèce, à propos des conditions de la suspension, la requérante expose que le choix de la procédure de suspension d'extrême urgence se justifie "par l'imminence de la notification de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de quinze jours prévu par l'art. 11 de la loi du 17 juin 2013, ainsi que par les art. 15 et 24 de la même loi qui imposent de saisir [le Conseil d'État] par le biais d'une telle procédure". Elle ajoute qu'en tout état de cause, "une procédure au fond ne pourrait aboutir qu'à un moment où le contrat aurait été définitivement attribué, voire exécuté, de sorte qu'une telle procédure ne pourrait [lui] permettre [...] d'avoir une chance de se voir attribuer la concession".

Par ailleurs, à la suite de l'exposé de son deuxième moyen, qui tend à contester la qualification de "concession de services" retenue par la partie adverse, la requérante, apparemment consciente de ce qu'il lui serait objecté qu'à suivre sa thèse, la loi du 17 juin 2013 ne serait pas applicable, expose que "la requalification de ce contrat ne saurait entraîner l'irrecevabilité de la requête, dans la mesure où la partie adverse s'est volontairement abstenue de conclure le contrat, en application d'un délai d'attente volontaire". Après avoir souligné que "l'acte unilatéral détachable attribuant le contrat, quelle que soit la nature de ce dernier, est un acte unilatéral attaquant devant le Conseil d'État, en l'absence de conclusion de ce contrat", elle fait valoir que "l'extrême urgence reste démontrée par l'imminence de la conclusion de ce contrat, à l'échéance du délai d'attente appliqué par la partie adverse".

À l'audience, elle allègue qu'en tout état de cause, quelle que soit la législation applicable, l'urgence doit être considérée comme établie dès lors, d'une part, qu'elle a agi avec diligence et, d'autre part que le recours à la présente procédure est le seul moyen d'empêcher que le contrat soit conclu.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Aux termes de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la suspension de l'exécution d'un acte administratif ne peut être ordonnée que s'il existe une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation. L'urgence ne peut résulter de la seule circonstance qu'une décision au fond interviendra dans un avenir plus ou moins lointain. Elle ne peut être reconnue que lorsque le requérant établit que la mise en œuvre de l'acte attaqué présenterait des

inconvenients d'une gravité suffisante pour qu'on ne puisse les laisser se produire en attendant l'issue de la procédure au fond.

Le § 4 du même article prévoit la mise en œuvre d'une procédure dérogatoire dans les cas d'extrême urgence incompatibles avec le traitement ordinaire de la demande de suspension. L'extrême urgence requise à l'appui du recours à cette procédure encore plus spécifique que celle du référé ordinaire, suppose que cette procédure exceptionnelle soit à même de prévenir utilement le dommage craint par le requérant alors que même le référé ordinaire ne le pourrait pas.

L'urgence au sens de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, est une condition de fond de tout référé. Elle ne se confond pas avec l'extrême urgence visée par l'article 17, § 4, laquelle constitue seulement une condition de recevabilité du recours à la procédure extrêmement rapide prévue par cette dernière disposition. En d'autres termes, il peut s'avérer justifié de recourir à une procédure d'extrême urgence dans certains cas où la procédure en référé ordinaire serait impuissante à prévenir le dommage ou l'inconvénient craint, ce qui n'empêche pas que l'examen de la demande de référé révèle que la condition de fond de l'urgence, c'est-à-dire la condition de fond qui justifierait qu'une suspension puisse être prononcée, n'est pas remplie parce que le dommage ou l'inconvénient craint n'est pas avéré ou qu'il ne présente pas un certain degré d'importance.

L'article 8, alinéa 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État exige que la demande de suspension contienne "un exposé des faits qui, selon le requérant, justifient l'urgence de la suspension ou des mesures provisoires demandées". Dans l'exposé des faits justifiant l'urgence que doit contenir sa demande de suspension, le requérant doit établir *in concreto* que l'exécution immédiate de la décision attaquée risque, si elle n'est pas suspendue, d'entraîner pendant l'instance en annulation des inconvenients suffisamment graves. Cette démonstration de l'urgence ne peut se limiter à un exposé théorique, se cantonner à la seule évocation de précédents ou encore tenir en des considérations générales, mais doit contenir les éléments de fait précis permettant d'apprécier les risques concrets que l'exécution immédiate de la décision attaquée pourrait entraîner pour le requérant. Le Conseil d'État ne peut avoir égard qu'aux éléments avancés dans la demande de suspension.

En l'espèce, la requérante se prévaut, à titre principal, des dispositions de la loi du 17 juin 2013, lesquelles ne sont pas applicables en l'espèce. Pour le surplus, elle se limite à indiquer, dans sa requête, que le recours à la procédure en annulation ne lui permettrait pas de retrouver une chance de se voir attribuer la concession. Il peut être considéré que tel est l'inconvénient qui découlerait, selon elle, de l'exécution

immédiate de l'acte attaqué, et que l'introduction de la présente demande de suspension tend à éviter. Toutefois, la requête ne comporte pas la moindre indication permettant d'établir que cet inconvénient présente, pour la requérante, une gravité suffisante pour justifier que soit ordonnée la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Une des deux conditions prévues par l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État pour que celui-ci puisse ordonner la suspension de l'exécution d'un acte administratif fait défaut. La demande de suspension ne peut donc être accueillie.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement d'une indemnité de procédure de 700 euros. La partie adverse ayant obtenu gain de cause en la présente espèce, il y a lieu de faire droit à cette demande.

VII. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres contenues aux pièces 16 et 17 du dossier administratif.

Ces pièces n'étant pas essentielles à la solution du litige dans le cadre de la présente procédure, il y a lieu de maintenir la confidentialité de ces pièces.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 16 et 17 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros, est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

La contribution prévue à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure, liquidée à la somme de 20 euros, est mise à la charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le seize janvier deux mille dix-neuf par :

M.	Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.