

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 245.313 du 20 août 2019

A. 228.771/VI-21.552

En cause : **l'Association sans but lucratif TERALIS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS, Sophie JACQUES et
Thomas DERIDDER, avocats,
Place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

la ville de Charleroi.
ayant élu domicile chez
M^{es} Marc UYTENDAELE et
Sébastien KAISERGRUBER, avocats
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 août 2019, l'association sans but lucratif TERALIS demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par le Collège communal [de la ville de Charleroi] le 19 mars 2019 aux termes de laquelle l'offre de la partie requérante a été déclarée irrégulière et la concession a été attribuée à la société anonyme DEL-TOUR".

II. Procédure

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.

Par une ordonnance du 7 août 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 août 2019.

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

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Sophie JACQUES et Thomas DERIDDER, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Sébastien KAISERGRUBER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, 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. Exposé des faits utiles

Au cours de sa séance du 20 novembre 2018, le collège communal de la ville de Charleroi a décidé d'approuver "le principe de la concession de services pour l'organisation de «voyages en avion» à destinations des aînés", d'approuver "les clauses et conditions du cahier spécial des charges N° 2/2018" et d'approuver "le projet d'avis de concession".

Un avis de concession est paru au Bulletin des Adjudications le 4 décembre 2018.

Le cahier spécial des charges précise les voyages concernés de la manière suivante :

- " - *Citytrip* de 3 à 4 jours, à Budapest, dans la première quinzaine du mois de mai 2019, incluant entrées et visites guidées (si possible avec audio-guide) en formule demi-pension
- Circuit d'environ 6 jours, en Italie, dans la région des *Cinque Terre*, en formule pension complète, incluant visites et entrées des sites, avec départ prévu entre le 17 et 20 mai 2019
- Séjour d'environ 10 jours à Majorque, en formule *all inclusive*, avec départ prévu vers le 20 juin 2019
- Séjour balnéaire d'environ 10 jours en *all-in* sur une île grecque courant septembre
- Circuit d'environ 8 jours en pension complète au Portugal, courant octobre "

La requérante, la société anonyme Del-Tour et un troisième opérateur ont déposé une offre.

Au cours de sa séance du 19 mars 2019, le collège communal de la ville de Charleroi a décidé "d'attribuer la concession à la société Del-Tour" et de considérer le rapport d'analyse des offres comme faisant partie intégrante de sa délibération. Il s'agit de l'acte attaqué. Le rapport d'analyse des offres précise, en ce qui concerne l'offre de la requérante, que "le Cahier Spécial des Charges prévoyait que le circuit au Portugal soit en pension complète. Or, la [requérante] propose pour ce séjour une demi-pension. L'offre ne respecte pas les prescriptions techniques de la concession. Nous sommes en présence d'une irrégularité substantielle, l'offre de cette société ne peut être retenue".

IV. Qualification de l'opération et identification des règles applicables à la présente demande de suspension

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soutient que l'opération litigieuse ne peut être qualifiée de concession, mais doit s'analyser comme un marché public de telle sorte 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 est applicable à la présente espèce.

Se référant à la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et à la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, elle explique que le critère déterminant pour qualifier une concession réside dans le transfert du risque d'exploitation. Elle observe que si ce risque peut être limité, il ne peut être nul et qu'il doit trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Elle relève que "le risque ainsi circonscrit ne tient donc pas à des aléas de gestion inhérents à tout contrat, mais à l'exploitation même du service, en fonction des variations de l'offre et de la demande" et qu'à "la différence d'un prestataire de service dans le cadre d'un marché public, le concessionnaire ne se limite pas à «prester» un service, mais il l'«exploite», c'est-à-dire qu'après l'avoir mis sur pied, il le «gère», en assure la délivrance dans le temps auprès d'«usagers» et assume le risque lié aux fluctuations de l'offre, de la demande, ou des deux, pour ce service".

Se référant au cahier spécial des charges, elle n'aperçoit pas, en l'espèce, quel service sera exploité par le concessionnaire, de quelle importance et de quelle nature est le risque transféré au concessionnaire et quelle est la contrepartie de ce droit d'exploitation. Elle fait valoir ce qui suit :

" Le constat que le prétendu concessionnaire ne se voit pas confier un service qu'il exploitera et qu'aucun risque n'existe est même conforté par la lecture des documents du marché.

En effet, premièrement, le prétendu concessionnaire n'est pas dans l'obligation de réserver les différents moyens de transport et de logement préalablement à la confirmation que le voyage aura bien lieu (et donc indépendamment de toute commande de celui-ci). Cette confirmation n'intervient, en toute hypothèse, que si la Ville reçoit la confirmation de participation de «25 personnes payantes».

L'on pourrait invoquer que le risque est constitué de cette pré-réservation pour 25 personnes. Néanmoins, la Ville a tenu à prévoir une modalité de révision des prix en cas de «changement d'un paramètre pouvant avoir une influence», et notamment le manque de place dans un hôtel ou un avion, ou d'une excursion supprimée sur place par l'organisateur.

Le prétendu concessionnaire n'a, dès lors, pas d'investissement à effectuer.

[...] Deuxièmement, le fait que le prétendu concessionnaire assume un risque, fut-il limité, lié aux variations possibles de l'offre, de la demande, ou des deux, pour ce service ne permet pas de qualifier l'opération de concession de services. Ainsi, par analogie, l'on peut considérer que, dans le cadre d'un marché public de services passé par accord-cadre, le prestataire de services assume également le risque de ne pas voir l'ensemble des commandes effectuées.

En tout état de cause, ce risque n'est pas susceptible d'affecter l'amortissement des investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des services. Le risque est ainsi nul".

Elle considère que l'opération rencontre, par contre, toutes les conditions définissant un marché public au sens de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle en veut pour preuve que les prestations commandées font l'objet d'une identification par le code CPV63500000-7 "Services d'agences de voyages, de voyagistes et services similaires".

La requérante expose ensuite que si le Conseil d'État devait qualifier l'opération comme une concession de services, le droit commun du référé administratif s'appliquerait.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

La détermination des règles de procédure applicables en la présente espèce est liée à la nature juridique de l'opération. S'il s'agit d'un marché public, 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 est applicable. Il s'agit de la seule hypothèse dans laquelle cette législation serait applicable. En effet, la partie requérante ne conteste pas que la valeur de l'opération - si elle devait être qualifiée de concession - est largement inférieure au seuil de 5.548.000 euros prévu par 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 de telle sorte que, conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, cette législation ne s'appliquerait pas en l'espèce. Il en résulte que la loi du 17 juin 2013 précitée ne serait alors pas non plus applicable dès lors qu'il ressort de l'article 3, alinéa 2, ainsi que de l'article 28, alinéa 3, de cette loi que ses dispositions ne s'appliquent qu'aux concessions relevant de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Si l'opération ne peut être qualifiée de marché public, il conviendrait alors d'appliquer - ainsi que le reconnaît la requérante - 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.

Les écrits de procédure et les débats qui se sont tenus lors de l'audience du 19 août 2019 témoignent de la difficulté de qualifier l'opération litigieuse.

La requérante explique les raisons qui, selon elle, impliquent que l'opération litigieuse ne peut être qualifiée de concession de services et en déduit que l'opération constitue un marché public de services.

Le constat qu'une opération ne rencontre pas, le cas échéant, les conditions définissant une concession n'implique, toutefois, pas que cette opération doive être automatiquement qualifiée de marché public. D'autres formes de mises en concurrence pourraient, en effet, également être envisagées. La requalification de la présente opération comme étant un marché public suppose, dès lors, que la requérante établisse que cette opération rencontre la définition d'un marché public.

L'article 2, 17°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics définit le marché public comme étant "le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, en ce compris les marchés passés en application du titre 3 par les entreprises publiques visées au 2° et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, visées au 3°". Il définit également, en son point 21°, le marché public de services comme étant "le marché public ayant pour objet la prestation de services autres que ceux visés au 18°", le 18° définissant le marché public de travaux.

Ainsi que le relève la partie adverse, les prestations qui font l'objet d'un marché public sont conçues à tout le moins au bénéfice du pouvoir adjudicateur dont elles ont vocation à servir l'intérêt économique. Le fait que le contrat soit à titre onéreux implique, en effet, que ce contrat comporte un intérêt économique direct pour ceux qui le conclut. Cet intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur n'exclut pas que les bénéficiaires finaux des prestations soient des tiers

au contrat pour autant que le pouvoir adjudicateur ait l'obligation - légale ou contractuelle - d'organiser ou de prendre en charge les prestations concernées.

En l'espèce, la partie adverse soutient qu'il s'agit "d'un service conçu au bénéfice d'usagers dont les intérêts économiques diffèrent de l'autorité concédante". La requérante n'établit pas - et le Conseil d'État n'aperçoit *prima facie* pas - en quoi l'opération litigieuse présenterait un intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur qui permettrait de conclure à l'existence d'un contrat onéreux dès lors, d'une part, que les bénéficiaires des prestations sont des tiers et que, d'autre part, il n'est pas établi que la partie adverse aurait une quelconque obligation d'organiser des voyages en avion pour ses aînés.

Sans qu'il ne soit dès lors besoin, à ce stade, de qualifier précisément l'opération litigieuse (concession ou autre forme de mise en concurrence), il suffit de constater, dans le cadre d'un examen mené en extrême urgence, que la requérante n'établit pas que cette opération rencontre les critères d'un marché public tels que définis par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics de telle sorte 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 applicable et qu'il convient, dès lors, d'appliquer en l'espèce l'article 17 de lois coordonnées sur le Conseil d'État.

V. Des conditions de la suspension

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 inconvénients 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'article 8, alinéa 1^{er}, 4°, 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 inconvénients 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 explique que le contrat entre la partie adverse et la société anonyme Del-Tour est déjà conclu et qu'il est en mesure de sortir ses effets. Elle souligne également que le contrat court jusqu'au 8 novembre 2020, qu'il porte "sur des voyages qui pour certains, selon le cahier spécial des charges, sont déjà passés - pour trois des cinq voyages proposés" et que même si "on peut supposer que les dates de ces voyages seront réexaminées par la Ville; le contrat est cependant particulièrement court". Elle estime qu'elle a fait toute diligence pour saisir le Conseil d'État dès réception de la notification en date du 23 juillet 2019, ce qui, selon elle, ressort des échanges de courriers avec la partie adverse des 23, 24 et 25 juillet à l'occasion desquels elle s'est procuré le rapport d'analyse des offres et a fait valoir ses arguments auprès de la partie adverse. Elle observe qu'elle a, de sa propre diligence, respecté le "délai particulièrement réduit de la loi du 17 juin 2013". Elle conclut son argumentation comme suit :

" Il ressort de ce qui précède que:

- Le dommage de la partie requérante se réalise depuis le lendemain de la notification de l'attribution du marché au soumissionnaire Del-Tour, puisque le contrat est conclu depuis cette date;
- Il y a urgence à ce que la partie requérante agisse devant votre Conseil pour faire suspendre l'acte attaqué, dès lors que celui-ci engendre pour elle un dommage;
- Cette urgence est incompatible à la fois, au vu de la durée du marché, avec le traitement de l'affaire en annulation et en suspension.

Dès lors, la procédure en suspension d'extrême urgence est, si la commande en cause devait être considérée comme une concession, la seule à être en mesure de prévenir utilement le dommage craint par la partie requérante.

Rappelons qu'il s'agit d'une commande d'un montant de plus de 750.000 € TVAC, soit un montant extrêmement important pour ce secteur".

La requérante ne conteste pas que la convention litigieuse a été conclue entre la partie adverse et la société anonyme Del-Tour à la suite du courrier de notification daté du 18 juillet 2019. Une éventuelle suspension de l'exécution de la décision attaquée, qui ne peut opérer qu'*ex nunc*, n'aurait dès lors aucun effet en soi sur le contrat proprement dit. Seule une action éventuelle devant le juge judiciaire, dirigée cette fois contre le contrat proprement dit, pourrait être de nature à éviter la survenance du dommage que la requérante allègue. L'effet positif que pourrait avoir, le cas échéant, un arrêt de suspension prononcé par le Conseil d'État sur l'action judiciaire est tout à fait hypothétique. Il en va de même pour ce qui concerne l'attitude que pourrait adopter la partie adverse à la suite d'un tel arrêt.

Par ailleurs, si la requérante expose que l'exécution de l'acte attaqué lui cause un dommage et souligne l'importance de l'opération dans ce secteur d'activités, la requête ne comporte pas la moindre indication permettant d'établir que ce dommage présente, pour la requérante, une gravité suffisante pour justifier que soit ordonnée la suspension de l'exécution de l'acte attaqué. La requête ne contient ainsi aucun élément par lequel la requérante prétendrait démontrer que sa demande de suspension satisfait à la condition d'urgence visée à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, précité. Elle n'invoque, en effet, aucun inconvénient grave qui lui serait irrémédiablement causé si l'exécution de l'acte attaqué ne pouvait être suspendue avant l'issue de la procédure en annulation.

La demande de suspension d'extrême urgence doit, en conséquence, être rejetée.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

Le rejet de la demande justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la charge de la requérante.

VII. Confidentialité

La requérante demande la confidentialité de son offre "de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises, si une partie intervenante devait se manifester en cours de procédure ou si la procédure devait être recommencée". Il s'agit de la pièce 7 de son dossier.

La partie adverse sollicite la confidentialité des offres de la requérante et de la société anonyme Del-Tour afin de ne pas porter atteinte au secret des affaires. Il s'agit des pièces A et B du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation des pièces sur lesquelles ces demandes de maintien de confidentialité portent n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces A et B du dossier administratif ainsi que la pièce 7 du dossier déposé par la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

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

Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie ROBA

Nathalie VAN LAER