

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 245.932 du 25 octobre 2019

A. 221.302/VI-20.953

En cause : **la société anonyme ÉTABLISSEMENTS G.D.A.,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre LEJEUNE et
Guillaume GAILLIET, avocats,
rue des Fories 2
4020 Liège,

contre :

la ville de Liège,

ayant élu domicile chez
M^{es} Nathalie VAN DAMME et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

I. Objet du recours

Par une requête introduite le 25 janvier 2017, la société anonyme ETABLISSEMENTS G.D.A. sollicite "à charge de la ville de Liège, une indemnité visant à réparer le préjudice subi du fait de l'illégalité de la délibération de son collège communal du 18 juillet 2014, décidant de déclarer irrégulière l'offre de la requérante et d'attribuer à AEDI SCHMIDT le marché public de fourniture d'une épandeuse de sel de 5 m³ (lot 1) et de deux épandeuses de sel de 1 m³ (lot 2)".

II. Procédure

Un arrêt n° 236.572 du 29 novembre 2016 a annulé l'acte attaqué.

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'État ont été acquittés.

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

VI^e – 20.953 - 1/11

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 25/3 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 21 juin 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 septembre 2018 à 10 heures.

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

M^e Pierre LEJEUNE, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Pauline ABBA, *loco* M^{es} Nathalie VAN DAMME et Julie BOCKOURT, avocat, comparaisant pour la partie adverse.

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

Le 31 mars 2014, le conseil communal de Liège a décidé de passer, selon la procédure de l'adjudication ouverte, un marché pour la fourniture d'épanduses et d'une lame de déneigement destinées au service de la voirie. Ce marché est divisé en trois lots :

- fourniture d'une épanduse de sel de 5m³ (lot 1)
- fourniture de deux épanduses de sel de 1m³ (lot 2)
- fourniture d'une lame de déneigement et d'une épanduse de sel pour véhicule Multicar Fumo (lot 3).

L'avis de marché est paru au Bulletin des adjudications du 9 avril 2014.

Trois offres, dont celle de la requérante et celle de la société AEBI SCHMIDT, ont été déposées pour le lot n° 1. Trois offres, dont celle de la requérante et celle de la société AEBI SCHMIDT, ont également été déposées pour

le lot n° 2. Il a été procédé à l'ouverture de ces offres le 22 mai 2014. Il ressort des procès-verbaux du dépouillement des offres que la requérante et la société AEBI SCHMIDT ont offert les prix H.T.V.A. suivants :

Lot n° 1 : S.A. ETABLISSEMENTS G.D.A. : 27.000,00 euros
AEBI SCHMIDT: 26.800,00 euros

Lot n° 2 : S.A. ETABLISSEMENTS G.D.A. : 40.000,00 euros
AEBI SCHMIDT: 39.800,00 euros

Le 18 juillet 2014, le collège communal de Liège a décidé d'attribuer les lots 1 et 2 à la société AEBI SCHMIDT.

Par l'arrêt n° 236.572 du 29 novembre 2016, le Conseil d'État a annulé cette décision, pour le motif que la partie adverse n'a pu conclure à la régularité des offres déposées au nom d'AEBI SCHMIDT BELGIUM sans méconnaître l'article 51, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

IV. Sur l'indemnité réparatrice

IV.1 Thèses des parties

A. La requête

La requérante expose que lorsque le mode de passation du marché est, comme en l'espèce, l'adjudication, la loi détermine forfaitairement le montant alloué au soumissionnaire régulier qui est illégalement évincé, soit 10 % de son offre.

Elle explique que son offre avait été déclarée régulière par la partie adverse, que le Conseil d'État ayant jugé irrégulière l'offre de la société AEBI SCHMIDT, il doit être considéré que son offre – qui arrivait en deuxième position derrière l'offre de la société AEBI SCHMIDT – était l'offre régulière la moins disante et que le marché devait dès lors lui être attribué.

Elle estime donc qu'une indemnité de 6.700,00 euros (soit 10 % du montant de son offre) doit lui être attribuée.

Elle demande que cette indemnité soit majorée des intérêts au taux légal depuis le 18 juillet 2014, à savoir la date de la décision du collège communal de la

ville Liège, annulée par le Conseil d'État. Elle demande également que les intérêts soient capitalisés à compter du jour de la requête.

B. Le mémoire en réponse

Se référant à l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, la partie adverse se réfère à l'appréciation du Conseil d'État quant à l'indemnité réclamée à hauteur de 6.700 euros en principal.

S'agissant des intérêts réclamés, elle expose que la requérante ne peut y prétendre à partir du 18 juillet 2014, date des décisions annulées par l'arrêt n° 236.572, dès lors que "le montant de 10 %, prévu à l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, au profit du soumissionnaire régulier le plus bas, est une obligation d'une certaine somme au sens de l'article 1153 C.civ., de sorte qu'une mise en demeure est nécessaire pour faire courir les intérêts (Cass., 24 septembre 2009, *Entr. et Dr.*, 2010, 326 ; voy. également Cass., 15 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, 1104 ; Bruxelles, 12 mars 2002, *R.W.*, 2005-06, 189)". Elle en déduit que les intérêts ne peuvent courir au plus tôt qu'à dater du dépôt de la requête en indemnité.

Elle soutient enfin qu'aucune capitalisation ne peut intervenir, les conditions de l'article 1154 du Code civil (intérêts échus depuis un an) n'étant pas remplies.

C. Le mémoire en réplique

S'agissant des intérêts et de la demande de capitalisation, la requérante ajoute que sa demande se fonde sur la mise en cause de la responsabilité quasi-délictuelle de la partie adverse (articles 1382 et 1383 du Code civil) dès lors que, par son arrêt d'annulation, le Conseil d'État a confirmé le caractère fautif de la décision prise par la partie adverse. Elle explique qu'elle est la partie préjudiciée et qu'il incombe donc à la partie adverse de la rétablir dans l'état où elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise.

Elle souligne que les intérêts compensatoires doivent être regardés comme la réparation du dommage résultant du retard apporté par la partie adverse dans le versement des dommages et intérêts forfaitaires fixé par la loi (Cass., 8 janvier 1973, *Pas.*, I, p. 450; Cass., 25 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 418) et

qu'en conséquence, portant sur une obligation née d'un quasi-délit, les intérêts sur le montant de l'indemnité réparatrice sont dus sans mise en demeure préalable.

Elle observe qu'accepter la thèse proposée par la partie adverse, quand bien même celle-ci aurait été admise par la Cour de cassation, reviendrait à traiter de manière différente des situations identiques, s'agissant de l'indemnisation du dommage subi par la victime d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, alors qu'il n'existe pas de motif raisonnable d'apprécier différemment la prise de cours d'intérêts de retard dans le chef de la requérante, d'une part, et dans le chef d'une autre personne victime d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil en dehors du cadre d'une procédure d'adjudication, d'autre part. Elle estime qu'une telle différence de traitement ne se justifie pas et serait discriminatoire.

Elle en conclut que le montant réclamé en principal doit être majoré des intérêts au taux légal depuis le 18 juillet 2014 et qu'il peut être fait droit à la demande de capitalisation, les intérêts ayant commencé à courir plus d'un an avant le dépôt de la requête en indemnité réparatrice.

D. Le dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse expose que "la réglementation des marchés publics établit une distinction quant à l'étendue du dommage indemnisable selon que la procédure est une adjudication (forfait) ou un appel d'offres (dommage réellement subi)", que l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui prévoit certes que les intérêts publics et privés doivent être pris en considération, est général et ne peut être interprété comme contredisant les dispositions légales spécifiques applicables dans le domaine des marchés publics. Elle souligne qu'il résulte d'ailleurs de l'exposé des motifs de la loi du 16 février 2017 modifiant 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, que l'indemnité forfaitaire peut être accordée sans prendre en considération les intérêts publics et privés.

Selon la partie adverse, l'indemnité forfaitaire de 10% fixée par l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 ne saurait fluctuer au gré des intérêts publics et privés et constitue donc une dette de somme, ce qui entraîne les conséquences suivantes :

- les intérêts ne peuvent courir au plus tôt qu'à dater de la requête en indemnité ;
- aucune capitalisation ne peut intervenir.

E. Le dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante expose que "la partie adverse a finalement payé le montant réclamé en principal, soit la somme de 6.700,00 euros, en date du 7 juin 2017, ce qui constitue un aveu de faute dans son chef, de même qu'une reconnaissance du dommage réclamé en principal par la requérante".

S'agissant des intérêts, la requérante fait valoir que, dès lors que la demande d'indemnisation est soumise à l'appréciation du Conseil d'État, il s'agit d'une dette de valeur, de sorte que les intérêts ont commencé à courir sans qu'une mise en demeure n'ait dû être envoyée au préalable. Elle expose que le dommage est né de la décision de la partie adverse du 18 juillet 2014, annulée par le Conseil d'État, et que, partant, l'existence du dommage est acquise dès la décision du 18 juillet 2014. Elle ajoute qu'à tout le moins, le cahier spécial des charges prévoit que le délai d'exécution est de 120 jours maximum, que le délai de paiement des factures est de 30 jours et que si le marché lui avait été attribué, le paiement aurait dû avoir lieu au plus tard 150 jours après la décision d'attribution, soit le 15 décembre 2014.

S'agissant de la demande de capitalisation, la requérante explique que la gestion de sa trésorerie implique notamment la souscription de crédits dans l'attente du paiement de ses créances et en vue de faire face aux retards de paiement de ses créanciers, que les crédits ainsi souscrits le sont à un taux supérieur au taux légal, ce qui implique que la seule condamnation de la partie adverse à lui payer des intérêts au taux légal depuis la décision du 18 juillet 2014 ne suffit pas à réparer le dommage. Elle souligne par ailleurs qu'elle a été privée de la possibilité d'affecter le bénéfice escompté du contrat (6.700 euros) à des investissements qui auraient eux-mêmes pu générer des intérêts, de sorte que le retard d'indemnisation a entraîné un préjudice complémentaire qui pourrait être compensé par la capitalisation des intérêts au jour de l'introduction de la demande.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Principes

L'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose comme il suit :

- " Art. 11*bis*. Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la

décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence.

La demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité.

En cas d'application de l'article 38, la demande d'indemnité doit être introduite au plus tard soixante jours après la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours.

La partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice.

Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice".

Il résulte de cette disposition que le Conseil d'État est compétent pour accorder une indemnité réparatrice lorsque le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation établit que l'illégalité sanctionnée est à l'origine d'un préjudice qu'il subit et qui n'est pas entièrement réparé du fait de l'annulation. Le requérant doit ainsi faire la démonstration d'un lien de causalité entre l'illégalité constatée et le préjudice dont il se plaint (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 6), cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par la partie adverse et l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11*bis* ne trouvant en outre à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement *ab initio* de l'ordre juridique ou du constat d'illégalité, engendré un préjudice que ceux-ci ne peuvent réparer.

Selon la *ratio legis*, l'indemnité réparatrice constitue une notion autonome qui se distingue tant de la réparation du dommage sur la base des articles 1382 à 1386 du Code civil que de l'indemnité "en équité" de l'article 11 des lois coordonnées précitées, et dont "il convient de laisser au Conseil d'État le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence" (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, pp. 6-7). Par ailleurs, l'obligation pour le Conseil d'État de tenir compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, comme le prescrit l'article 11*bis* précité, se justifie, selon le législateur, "notamment par la nécessité de maintenir un équilibre entre la partie qui poursuit l'annulation et la partie adverse" (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, p. 7) et implique que l'indemnité ne doit pas réparer l'intégralité du préjudice (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 8).

B. Quant au montant réclamé à titre principal

Il résulte de l'arrêt n° 236.572 du 29 novembre 2016 que le marché ne pouvait être attribué, en l'état, à la société AEBI SCHMIDT dès lors que "la partie adverse n'a pu conclure à la régularité des offres déposées au nom d'AEBI SCHMIDT BELGIUM, sans méconnaître l'article 51, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, ainsi que les dispositions régissant l'obligation de motivation formelle qui lui incombait". L'offre de la requérante a été jugée régulière par la partie adverse. Étant classée deuxième, elle pouvait prétendre à l'attribution du marché.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse n'a contesté ni l'existence du préjudice, ni celle d'un lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice.

Il ressort du dernier mémoire de la requérante qu'en date du 7 juin 2017, la partie adverse lui a payé le montant réclamé à titre principal, à savoir 10 % du montant de son offre, soit 6.700 euros. Ce montant correspond à l'indemnité forfaitaire prévue par l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, aux termes duquel :

" Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre. Cette indemnité forfaitaire est éventuellement complétée d'une indemnité en vue de la réparation de l'intégralité du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption au sens de l'article 2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999 le marché public passé par adjudication doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à 10 % du montant HTVA de cette offre".

La requête en indemnité réparatrice a perdu son objet en tant qu'elle porte sur le montant principal. Ce montant n'est pas contesté par la partie adverse qui, dans son dernier mémoire, se limite à demander de déclarer non fondée la demande relative aux intérêts.

C. Quant aux intérêts

La requérante demande que l'indemnité soit majorée des intérêts au cours légal depuis le 18 juillet 2014, à savoir la date de la décision du collège communal de Liège annulée par le Conseil d'État. La partie adverse soutient, quant à elle, que l'indemnité de 10 % constitue une obligation d'une certaine somme au sens

de l'article 1153 du Code civil et que cette disposition prescrit une mise en demeure pour faire courir les intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une telle obligation.

La thèse de la partie adverse ne peut être suivie. En effet, la présente demande, fondée sur l'article 11*bis* des lois coordonnées (et non, comme le soutient la requérante dans son mémoire en réplique, sur les articles 1382 et 1383 du Code civil), tend à la réparation d'un dommage résultant d'une illégalité constatée par le Conseil d'État. Elle ne peut s'analyser comme portant sur une dette de somme à laquelle s'appliquerait l'article 1153 du Code civil. Rien n'empêche le Conseil d'État, statuant sur une telle demande, d'accorder à la partie requérante des intérêts compensatoires à partir de la date de la décision d'attribution du marché litigieux, qui peut être considérée comme la date de la survenance du dommage.

La requérante sollicite par ailleurs que les intérêts soient capitalisés à dater du jour de l'introduction de la requête. En droit civil, la capitalisation des intérêts, prévue par l'article 1154 du Code civil, ne s'applique qu'aux intérêts moratoires, mais il est admis que la capitalisation des intérêts compensatoires puisse être accordée par le juge si le demandeur démontre que l'octroi de ces intérêts ne suffit pas pour indemniser le préjudice subi du fait de l'érosion monétaire et du retard d'indemnisation. De la même manière, si le Conseil d'État, statuant sur la base de l'article 11*bis* des lois coordonnées, peut accorder la capitalisation des intérêts, celle-ci doit être demandée par la partie requérante et cette demande doit comporter des éléments de nature à la justifier, ainsi que l'exige l'article 25/2, § 2, alinéa 2, 4°, du règlement général de procédure. En l'espèce, la requête se limite à formuler la demande sans la motiver. Ce n'est que dans le dernier mémoire, donc tardivement, que la requérante apporte les éléments tendant à justifier sa demande de capitalisation des intérêts, à laquelle il n'y a donc pas lieu de faire droit.

Dès lors que les intérêts ne sont pas capitalisés, ils sont accordés jusqu'à la date à laquelle la partie adverse a payé à la requérante le montant de 6.700 euros à titre d'indemnité.

V. Indemnité de procédure

La requérante demande une indemnité de procédure de 700 euros.

La partie adverse estime que cette indemnité doit être réduite à 140 euros en raison de l'absence de complexité du litige, tenant notamment au caractère forfaitaire de l'indemnité réclamée.

S'il est exact que la partie adverse n'a fait valoir aucun intérêt public de nature à emporter une diminution de l'indemnité calculée sur la base de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 précitée, les contestations relatives aux intérêts ont donné lieu, en la présente affaire, à des argumentations présentant un certain degré de complexité. Par ailleurs, le paiement de l'indemnité réclamée à titre principal est intervenu à la suite du rapport du membre de l'auditorat. Il n'y a pas lieu de s'écarter du montant de base prévu par l'article 67 du règlement général de procédure.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande que soit préservée la confidentialité des offres du soumissionnaire AEBI SCHMIDT qu'elle dépose au dossier administratif.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État et que la pièce concernée est renvoyée à la partie adverse, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La ville de Liège est condamnée à payer à la S.A. ÉTABLISSEMENTS G.D.A. les intérêts, au taux légal, de la somme de 6.700 euros, étant le montant de l'indemnité réparatrice reconnue à cette dernière, à dater du 18 juillet 2014 jusqu'à la date à laquelle cette somme a été payée à la société précitée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 2.

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

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

MM. Imre KOVALOVSKY,
David DE ROY,
Marc JOASSART,
Vincent DURIEUX,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.