

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

A R R Ê T

n° 248.182 du 27 août 2020

A. 229.986/VI-21.690

En cause : **la société en commandite simple BBA Capital,**
 ayant élu domicile
 avenue de l'Observatoire 4/17
 1180 Bruxelles,

contre :

la Loterie Nationale,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Manon DE THIER, Véronique VANDEN ACKER et
 François VISEUR, avocats,
 avenue Louise 140
 1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 décembre 2019, la société en commandite simple BBA Capital demande, d'une part, la suspension de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de « la décision de la Loterie nationale envers ma société "BBA Capital", dont la candidature n'a pas été sélectionnée en vue de fournir des tickets à gratter, à cette grande institution ».

II. Procédure

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^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

Avec l'accord de toutes les parties, l'affaire est traitée conformément à l'article 3 de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 « concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite » et aux arrêtés royaux des 4 et 18 mai 2020 prorogeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite.

Le rapport a été notifié aux parties.

Une ordonnance du 23 juin 2020 a fixé la procédure applicable à la présente affaire et a été notifiée aux parties.

La requérante a déposé une note complémentaire le 1^{er} juillet 2020.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État a émis un avis conforme.

A la suite de la communication de cet avis aux parties le 24 juillet 2020, les débats sont clos et l'affaire est prise en délibéré.

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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. Par un avis de marché publié le 19 juillet 2019 sur le Bulletin des Adjudications (BDA), la Loterie Nationale lance un marché public de fournitures ayant pour objet "l'impression de billets à gratter" (pièce 1).

Cet avis a également été publié cinq jours plus tard au Journal Officiel de l'Union européenne (TED) (pièce 2).

2. La procédure choisie est la procédure concurrentielle avec négociation selon l'article 38 de la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016 et la durée du marché est d'un an sans reconduction tacite. Ce marché peut être prolongé à 3 reprises pour une période de 1 an.

La séance d'ouverture des candidatures est fixée au 12 septembre 2019 à 11h.

3. Cinq sociétés ont introduit une candidature dans les délais :
- BBA Capital SCOMM (Belgique)
 - Eagle Press Private Limited (Inde)

- IGT Global Solutions Corporation (Etats-Unis)
- Pollard Banknote Limited (Canada)
- Scientific Games International Limited (Royaume-Uni)

4. Le 4 décembre 2019, après une analyse des différentes candidatures, la Loterie Nationale a rejeté la candidature de trois entreprises dont celle de la BBA Capital SCOMM (pièce 15).

Le rapport d'évaluation concernant cette non-sélection se lit comme suit :

4.2 Capacité économique et financière

SOCIETE	
BBA CAPITAL	1
EAGLE PRESS	-
IGT GLOBAL SOLUTIONS CORPORATION	-
POLLARD BANKNOTE	2
SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL	2

(1) Les comptes annuels relatifs aux trois années écoulées doivent être communiqués si ceux-ci ne sont pas disponibles sur le site Internet de la Centrale des bilans de la Banque Nationale de Belgique (www.centraledesbilans.be). Les entreprises étrangères restent tenues de communiquer leurs bilans consolidés, leurs chiffres d'affaire, leurs pertes et leurs bénéfices relatifs aux trois années écoulées.

La capacité économique et financière des entreprises est appréciée sur base d'une évaluation des ratios financiers selon D&B. La Loterie Nationale se charge elle-même de demander les rapports à D&B.

- Un indicateur de risque D&B de minimum 2 sur une échelle de 1 à 4 (ou 5), où 1 correspond à un risque de crédit faible et 4 au risque le plus élevé;
- Un score de défaillance D&B de minimum 60 sur une échelle de 1 à 100, où 1 correspond au risque de faillite le plus élevé et 100 au risque le plus faible.

Les sociétés qui ne satisfont pas aux exigences ci-dessus sont écartées de l'attribution, à moins que notre propre analyse financière des comptes annuels des trois derniers exercices ne nuance cette image négative.

Les candidats suivants ne satisfont pas au score de défaillance et à l'indicateur de risque :

BBA CAPITAL

Score de défaillance: 16

Indicateur de risque: 3

EAGLE PRESS

Indicateur de risque: 3

Score de défaillance : non mentionné

IGT Global Solutions Corporation

Score de défaillance: 49

Indicateur de risque: non mentionné

L'absence de bilans et de comptes annuels pour BBA CAPITAL à la centrale des bilans de la Banque nationale empêche toute analyse financière de cette société par nos soins. BBA CAPITAL a été créée en septembre 2019.

4.3 Capacité technique et professionnelle

SOCIETE	1	2	3
BBA CAPITAL	-	⊕	⊕
EAGLE PRESS	-	⊕	⊕
IGT GLOBAL SOLUTIONS CORPORATION	⊕	⊕	⊕
POLLARD BANKNOTE	⊕	⊕	⊕
SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL	⊕	⊕	⊕

(1) Une liste des marchés de référence prouvant au moins la connaissance et l'expérience (approfondies) du soumissionnaire de l'impression de données de jeu variables sur les billets à gratter, y compris la création active de ces données de jeu variables. Également une liste des marchés de référence faisant au moins référence à l'exécution de 80 millions (80 000 000) de billets à gratter par an. La présentation d'une référence qui répond à toutes ces caractéristiques sans qu'il ne soit obligatoire d'avoir acquis l'expérience dans le cadre d'un seul et même marché de référence. Seules les références des loteries certifiées WLA sont éligibles. Elles ont été réalisées au cours des trois dernières années et doivent être (suffisamment) prouvées par des certificats; (2) Par l'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter; (3) Par une déclaration attestant que l'entreprise travaille conformément aux normes WLA Security Control Standard et ISO27001.

BBA CAPITAL n'a pas fourni de marchés de référence. BBA CAPITAL sous-traitera une partie du marché à papeo.fr. La partie qui sera sous-traitée n'est pas indiquée. La DUME mentionne que le candidat fera appel à la capacité de tiers. S'il s'agit également de PAPEO, leur site web ne fait pas mention d'une expérience en impression de données variables sur des billets à gratter.

EAGLE PRESS n'a pas de références de loteries certifiées WLA représentant un volume annuel de plus de 80 millions. Les références fournies ne satisfont en tout cas à aucun des deux critères. Eagle Press ne donne par ailleurs pas de détails sur les volumes annuels (seulement un chiffre global pour plusieurs années).

IGT GLOBAL SOLUTIONS, POLLARD BANKNOTE et SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL disposent d'une capacité technique et professionnelle suffisante pour exécuter le marché.

5. Cette décision de non-sélection a été notifiée le 18 décembre 2019 (pièce 17).

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. Note d'observations

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande de suspension, en faisant notamment valoir ce qui suit :

« 2.2. Absence d'exposé des moyens (article 2 de l'Arrêté du Régent du 23 août 1948)

9. Conformément à l'article 2 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, la requête doit être datée, signée et contenir :

“3° l'objet de la demande ou du recours et un exposé des faits et des moyens”.

(la partie adverse souligne)

Pour être recevable, la requête doit contenir au moins un moyen. Or, « le moyen doit être l'indication d'une irrégularité qui devrait, selon le requérant, entraîner l'annulation ou la suspension de l'acte attaqué. Il doit également comporter la règle de droit qui a été enfreinte et l'indication de la manière dont elle a été enfreinte 5 ».

Il serait, en effet, inadmissible d'annuler un acte alors que la partie adverse n'a pu saisir correctement ce que le requérant lui reprochait.

10. Dans le cas d'espèce, la partie adverse ne trouve pas les moyens qui seraient soulevés par la partie requérante.

Le recours introduit n'expose aucun moyen c'est-à-dire ni la mention de la règle de droit qui aurait été enfreinte, ni la manière dont elle aurait été violée par l'acte attaqué.

Par conséquent, la requête doit être déclarée irrecevable d'un point de vue du contenu et le recours doit être rejeté ».

B. Note complémentaire de la requérante

Dans sa note complémentaire déposée le 1^{er} juillet 2020, la requérante fait valoir ce qui suit :

« Après lecture de la réponse de la partie adverse, ma position est plus que confortée compte tenue de la recommandation de cette procédure de recours en suspension et/ou annulation qui m'a été proposée par ce même partie. Vous trouverez cette information dans les annexes du dossier, que je vous ai communiqué, (Cf annexe 1, daté du 18-12-2019).

Ma démarche se justifie, comme précédemment cité dans le dossier par le fait que la société BBA Capital s'associe avec la société Eagle Press Private Limited, qui dispose d'un enregistrement auprès de la WLA (World Lottery Association) et est membre associée de cette organisation. Ainsi, l'impression des tickets sont réalisables grâce à ce nouveau partenaire. Cependant, je comprends que le mauvais choix de partenaire initial, dont je n'avais pas parfaitement mesuré l'incompatibilité avec la réglementation WLA indispensable, ainsi que la très récente arrivée de ma candidature à cet appel d'offre n'ont pas forcément joué en ma faveur.

Toutefois, ma première grande surprise fut de constater que ma société fut la seule nationale et européenne à concourir pour l'obtention de ce contrat, malgré sa jeunesse. A l'heure actuelle, dans la situation socio-économique extrêmement délicate, de crise nationale et mondiale qui se profile devant nous, à cause des répercussions de ce fléau sanitaire de Covid-19. Chômage en croissance, liquidations judiciaires, faillites, précarité, famine et j'en passe, ont déjà commencé à montrer leurs ombres dans notre pays et à l'international même, d'ailleurs.

Avec une application de politique monétaire ultra-conservatrice et un rejet du multilatéralisme, le président des Etats-Unis d'Amérique Donald TRUMP a bel et bien donné la température : «Amérique first». Nous avons tous bien compris son message, à savoir que les intérêts de son pays passe avant tout. Peu importe les devoirs, engagements et urgences nécessaires et qui plus est, promis envers les grandes institutions internationales (OMS, ONU, OTAN, OMC) qu'il a désormais renoncé à soutenir.

Enfin, que dire de plus sur le Brexit dont l'Angleterre a majoritairement et officiellement voté l'adhésion, et qui est d'application depuis le soir du vendredi 31 janvier dernier. Préférant adopter une politique de partenariat commerciale avec les Etats-Unis d'Amérique de Donald TRUMP au détriment de l'Union européenne avec laquelle les échanges étaient confortables jusque là.

Bien que respectant la politique d'échange libérale, surtout liée aux affaires commerciales, la réponse administrative et judiciaire par cette objection se justifie de part le désir de préférence nationale ajouté des ambitions et stratégies, toujours nationales que défend BBA Capital.

Notamment de création d'emplois et rachats d'entreprises en liquidations/faillites. En considération de la portée financière de cet appel d'offre et donc, du contrat qui en découlera au profit du Canada, de l'Angleterre ou des Etats-Unis d'Amérique; un dédommagement à hauteur de deux cent millions d'euros (200.000.000 €) est demandé à l'institution de la Loterie Nationale au bénéfice de la société BBA Capital.

Ma plaidoirie écrite est certes plus portée sur la réalité politique et économique, qui n'est pas à négliger dans toute affaire économique internationale (car je suis issu de cette formation justement), que sur les détails de textes légaux que la partie adverse exploitera plus aisément, je n'en doute guère. Par ailleurs, mon expérience de trahison de la part de mon ancienne avocate m'a bien évidemment motivé à assurer seul la défense des intérêts de ma société devant votre haute juridiction.

Je vous prie d'agréer, Madame Muriel VANDERHELST, Monsieur le Président f.f. de la VIème chambre, l'expression de ma très haute considération.

Boyer BAZELAIS
Président et Administrateur Général ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Les articles 14 et 15 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 :

- « Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession 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 de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession »;
- « Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

En l'espèce, il s'impose de relever, à la suite de la partie adverse, que la requête ne contient l'exposé d'aucun moyen, c'est-à-dire qu'elle ne désigne pas les règles de droit qui auraient été enfreintes, ni la manière dont elles l'auraient été, par l'acte attaqué. Par ailleurs, la requérante ne conteste pas les motifs fondant la décision de non-sélection attaquée, mais se borne à, selon les termes de la requête, « apporte[r] de nouveaux éléments en faveur de [l]a société en vue de concourir à l'obtention de ce contrat ».

Ce faisant, elle semble inviter le Conseil d'État à réformer la décision litigieuse, ce qui n'est pas de sa compétence. Même à s'en tenir à l'intitulé de sa requête qui fait notamment état d'un « recours en suspension », force est de constater qu'en n'invoquant aucune illégalité dont serait entaché l'acte attaqué et en ne faisant *a fortiori* pas valoir en quoi une telle illégalité l'aurait lésée ou aurait risqué de la léser, la requérante n'introduit pas une demande de suspension répondant aux exigences fixées par les articles 14 et 15 précités.

La demande de suspension doit, pour cette raison, être déclarée irrecevable et être rejetée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
27 août 2020 par :

David De Roy,
Katty Lauvau,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty Lauvau

David De Roy