

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 250.130 du 17 mars 2021

A. 222.829/VI-21.064

En cause : **la Société privée à responsabilité limitée
MOSAÏC (TBC-POST)**, en faillite
ayant élu domicile chez
M^e Marc MATTHYS, avocat,
boulevard du Lambermont 376
1030 Bruxelles,

contre :

la commune de Fosses-la-Ville,
représentée par son collège communal
ayant élu domicile chez
M^e Christophe THIEBAUT, avocat,
chaussée de Marche 458
5101 Erpent.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 août 2017, la SPRL Mosaïc (TBC-POST) demande l'annulation de la décision de la commune de Fosses-la-Ville adoptée le 22 juin 2017.

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

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

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 23 octobre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 25 novembre 2020.

Le droit visé 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 a été acquitté.

M. David De Roy, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Anthony Godfroid, *loco* M^e Marc Matthys, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Clément Reygaerts, *loco* M^e Christophe Thiebaut, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth Willemart, premier auditeur, a été entendue 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

1. Le 29 décembre 2016, le collège communal de la partie adverse attribue à la requérante, à l'issue d'une procédure négociée sans publicité, le marché de services ayant pour objet l'enlèvement, le traitement et l'affranchissement du courrier de l'administration communale, d'un montant de 37.339, 05 euros HTVA.

2. Le 6 juin 2017, la partie adverse adresse à la requérante un exemplaire du procès-verbal de mise en demeure que son collège communal a approuvé le 1^{er} juin 2017, en application de l'article 44 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (ci-après : « l'arrêté royal du 14 janvier 2013 »).

Il est reproché à la partie requérante le non-respect des délais de

distribution prévus par le cahier spécial des charges, de nombreuses erreurs de distribution et l'existence de nombreuses plaintes de citoyens n'ayant pas reçu leurs courriers.

3. Le 19 juin 2017, la requérante fait suite au procès-verbal de mise en demeure et tente de répondre point par point aux reproches qui lui sont adressés.

4. Le 22 juin 2017, la partie adverse décide :

« [...] Considérant néanmoins de multiples erreurs de distribution, non délivrance et non affranchissement du courrier, du retard dans la distribution et le retour des recommandés non réclamés,..., comme précisé dans le procès-verbal de mise en demeure constaté par Madame S. CANARD, Directrice générale, le 29 mai 2017 ;
[...]
Considérant les multiples plaintes des citoyens relatant les difficultés quant à la réception des recommandés, les délais de distribution non respectés et ce à répétition, dont la dernière nous est arrivée le 19 juin 2017, (annexe 1) :
“suite à votre courrier du 13 avril 2017 que vous avez envoyé par recommandé le 24/04/2017 par la firme TBC Post reçu seulement par bepost ce lundi 12/06/2017, je tiens à vous dire que toutes les procédures de réception du recommandé mises en place par la firme privée TBC qui ne s’est pas présentée au siège social ont été remplies de ma part, pour preuve ci-joint la copie de demande de procuration postale de cette firme du 24/04/17, leur réception et le traitement du transfert du recommandé du 24/04/2017 et le dernier mail du 10/05/17 s’excusant d’une faute de traitement de la procédure, je n’ai aucune responsabilité dans leur logistique du suivi courrier. [Sic] (...)”
Considérant que le pouvoir adjudicateur a permis à multiples reprises à TBC-Post d’adapter et d’améliorer son service;
Considérant que le coût d’envoi du courrier est augmenté par son envoi dédoublé : envoi recommandé ET normal, vu l’absence de certitude que les envois recommandés seront délivrés selon les formes prescrites;
Considérant que le geste commercial de 200 € proposé par TBC-Post dans son courrier susvanté ne répond aucunement aux manquements relatés et aux engagements attendus;
Considérant qu’il y a lieu de prendre des mesures d’office;
Considérant que, tenant compte des éléments précités, les manquements doivent être reconnus comme de nature à entacher l’exécution du marché, d’irrégularités manifestes et qu’il est donc recommandé de résilier le marché;
[...]
Considérant complémentirement que les manquements relevés lors de l’exécution du présent “marché de services de l’enlèvement, de traitement et de l’affranchissement du courrier” sont d’extrême importance. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit prévu à l’article 48 de l’AR du 14 janvier 2013 d’exclure l’adjudicataire défaillant de ses marchés pour une période déterminée pour lui donner la possibilité d’adapter ses services aux besoins et obligations des pouvoirs publics;
Après en avoir délibéré;
À l’unanimité;
DECIDE

Article 1^{er}: de résilier le “marché de services de l’enlèvement, de traitement et de l’affranchissement du courrier” à partir du 28 juin 2017.

Article 2 : d’exclure l’adjudicataire défaillant des marchés de services postaux pour une durée de 3 ans.

Article 3 : de régulariser les versements anticipatifs sur base d’un décompte détaillé fourni par l’adjudicataire défaillant.

Article 4 : à défaut de transmission des pièces justificatives, une procédure judiciaire sera entamée devant le tribunal compétent.

Article 5 : d’informer l’adjudicataire TBC-Post, (...) de cette décision par envoi recommandé. ».

Cette délibération du 22 juin 2017 constitue l’acte attaqué par le présent recours. Elle est notifiée par un courrier du même jour, qui précise ce qui suit :

« Conformément à l’article 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 et de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, vous disposez d’un délai de 15 jours à partir du jour suivant la date de l’envoi de la présente lettre, afin d’introduire éventuellement une demande de suspension auprès d’une juridiction. Ce recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d’État par une procédure d’extrême urgence.

Conformément à 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 publics de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que vous pouvez également introduire un recours en annulation contre cette décision auprès du Conseil d’État. Ce recours doit être introduit sous peine d’irrecevabilité dans les 60 jours après la présente notification. Le recours est introduit par une demande datée qui doit être signée par vous ou par un avocat. La demande doit être envoyée soit par lettre recommandée adressée au greffe du Conseil d’État, rue de la Science, 33 à 1040 Bruxelles, soit par procédure électronique via le site <http://conseildetat.be/?page=e-procedure&lang=fr>. »

5. Le 3 juillet 2017, la partie requérante cite la partie adverse devant le Président du Tribunal de Première instance de Namur, division Namur, et demande, sous le bénéfice du référé, à celui-ci d’ :

« Écarter, suspendre ou annuler la décision du 22 juin 2017 et ordonner la poursuite de la relation contractuelle;
À défaut, condamner la Commune à retirer ou, à tout le moins, suspendre, sa décision du 22 juin 2017 afin de pouvoir constater la poursuite de la relation contractuelle;
en toute hypothèse, interdire à la Commune de réattribuer le marché si celui-ci n’a pas encore fait l’objet d’une attribution et suspendre l’exécution du nouveau contrat si celui-ci a déjà été conclu.
Prononcer l’irrégularité de la mesure d’exclusion d’office des marchés publics de la Commune pour une durée de 3 ans;
[...] ».

6. Le 19 juillet 2017, le Président du Tribunal de première instance de Namur, division Namur, considère que la demande est recevable mais non fondée dès lors que, entre autres, « sur le plan de l'apparence de droit, TBC-Post n'établit pas que la décision du 22 juin 2017 de la commune de Fosses-la-Ville serait manifestement irrégulière ».

L'ordonnance ainsi rendue précise :

« 3. Compétence

Le juge des référés peut intervenir au provisoire à l'égard d'une autorité administrative, notamment en matière de marchés publics, lorsque l'urgence est invoquée dans la citation, ce qui est le cas en l'espèce. Le juge des référés est donc compétent. ».

IV. Compétence du Conseil d'État

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante considère que, l'acte attaqué étant un acte administratif unilatéral émis par une autorité administrative, le recours relève de la compétence du Conseil d'État. À l'appui de sa thèse, elle invoque la position défendue par la partie adverse devant le juge des référés, ainsi que le courrier de notification de l'acte attaqué qui précise lui-même qu'un recours en annulation peut être introduit auprès du Conseil d'État.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse fait valoir que le Conseil d'État n'est pas compétent pour se prononcer sur des contestations relatives à l'exécution d'un contrat, de telle sorte que le recours est, selon elle, irrecevable tant à l'égard de la décision de résiliation du marché du 22 juin 2017, que de la décision de la même date d'exclure la partie requérante des marchés de services postaux de la partie adverse pour une durée de 3 ans. Elle relève que la compétence du Conseil d'État s'examine au regard de l'objet de l'acte attaqué. Elle soutient qu'en l'espèce, l'objet du recours porte sur l'exécution du contrat de marché public passé entre la partie adverse et la partie requérante et qu'il s'agit dès lors d'une contestation portant sur des droits civils, qui relève de la compétence exclusive des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Le

fait que la décision d'exclusion litigieuse relève de l'exécution du marché est, à ses yeux, confirmé par le fait que les moyens invoqués par la partie requérante reposent notamment sur la violation de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 qui a pour objet de régler les questions relatives à l'exécution des marchés publics.

La partie adverse constate également que, dans le cadre de l'ordonnance du 19 juillet 2017, le juge des référés s'est considéré comme compétent pour connaître d'une demande similaire à celle formulée dans le cadre du présent recours.

C. Mémoire en réplique

Pour réfuter l'exception d'incompétence soulevée par la partie adverse, la partie requérante concentre son argumentation sur la décision d'exclure la partie requérante des marchés de services postaux de la partie adverse pour une durée de trois ans.

Elle soutient que la mesure d'exclusion prévue par l'article 48 de l'arrêté du 14 janvier 2013 est une sanction distincte et détachée de l'exécution du contrat. Elle relève que la partie adverse a d'abord décidé de résilier le contrat litigieux, avant d'adopter la décision d'exclusion litigieuse. Par conséquent, selon la partie requérante, le contrat a cessé d'exister avant que la partie adverse n'adopte la décision d'exclure la partie requérante.

Elle souligne également que, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, la structure du contexte réglementaire n'a pas de portée normative et constate que :

« Ainsi, par exemple, l'article 38/6 de l'actuel arrêté du 14 janvier 2013 [...] concerne les modifications substantielles des marchés en cours. Or, selon la jurisprudence de la Cour de justice, une modification substantielle d'un marché revient à passer un nouveau marché, de sorte que dans cette hypothèse également l'arrêté "exécution" dépasse son simple objet principal, à savoir, l'exécution des marchés publics. »

Elle relève que la position défendue par la partie adverse est en contradiction manifeste avec celle défendue par cette dernière antérieurement dans le cadre de la procédure en référé.

Elle souligne également que :

« Par contre, le deuxième acte [la décision d'exclusion], qui intervient postérieurement la résiliation et qui, comme le souligne la partie adverse, n'est pas connexe au premier acte, ne porte pas sur l'exécution du contrat, qui avait cessé d'exister ».

Concernant la portée qu'il convient de donner à l'ordonnance du 19 juillet 2017, la partie requérante rappelle que seule la Cour de cassation est compétente pour régler les conflits d'attribution entre les juridictions de l'ordre judiciaire et le Conseil d'État. Elle considère, par ailleurs, que la compétence du juge des référés judiciaire pour trancher en urgence les conflits relevant de la protection des droits subjectifs des individus ne prive pas le Conseil d'État de sa compétence d'annulation des actes administratifs des autorités administratives.

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante déclare s'en référer à la sagesse du Conseil d'État sur ce point.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse déclare partager la conclusion du rapport de l'auditeur, selon laquelle le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître du présent recours.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Ainsi que le relève le rapport de l'auditeur, sans que des objections soient ultérieurement émises à ce propos tant dans les derniers mémoires qu'en termes de plaidoiries, le recours, qui se donne formellement pour objet l'annulation de « la décision de la Commune de FOSSES-LA-VILLE adoptée le 22 juin 2017 », doit s'analyser comme tendant à l'annulation de la décision de résilier le marché litigieux (article 1^{er} du dispositif de la délibération du 22 juin 2017), d'une part, et de la décision d'exclure la requérante de la participation aux marchés publics de la partie adverse pour une durée de trois ans (article 2 du dispositif de la délibération du 22 juin 2017), d'autre part.

La question de la compétence du Conseil d'État pour connaître de ce recours doit être examinée à l'égard de chacune de ces décisions.

A. Quant à la compétence du Conseil d'État pour connaître du recours en annulation de la décision de résiliation du marché litigieux

Le Conseil d'État est, en règle, sans compétence pour censurer l'acte par lequel une autorité administrative met fin à un contrat lorsque cet acte (fût-il adopté sur la base du pouvoir d'appréciation de l'autorité) procède de l'exécution du contrat. En effet, le recours introduit devant le Conseil d'État contre un acte – certes unilatéral – de résiliation s'identifie en une contestation portant exclusivement sur l'exécution du contrat litigieux, lorsque cette résiliation est motivée par les manquements du cocontractant de l'autorité à ses obligations contractuelles.

La requérante ne conteste pas que les motifs et faits énumérés dans l'acte attaqué ont trait à la manière dont la requérante s'est acquittée de ses obligations dans le cadre du marché qui lui avait été attribué, et aux reproches que lui adresse la partie adverse à ce propos. Ce sont donc bien des considérations liées à l'exécution, ou à l'inexécution, par la requérante, de ce marché qui ont amené la partie adverse à résilier celui-ci.

Au vu de ces éléments, le Conseil d'État est sans compétence pour connaître du recours, en tant que celui-ci est dirigé contre la décision de résiliation du marché litigieux, qui fait l'objet de l'article 1^{er} du dispositif de la délibération du 22 juin 2017.

B. Quant à la compétence du Conseil d'État pour connaître du recours en annulation de la décision d'exclusion de la requérante de la participation aux marchés de la partie adverse pour une durée de trois ans

La décision d'exclure la requérante de la participation aux marchés publics de la partie adverse pour une durée de trois ans a été prise, ainsi que cela ressort de la délibération du collège communal de la partie adverse adoptée le 22 juin 2017, sur le fondement de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

Cette décision a été prise au terme d'une procédure ouverte par l'établissement d'un « procès-verbal de mise en demeure », dressé par la directrice générale de la partie adverse le 29 mai 2017, approuvé par le collège communal de celle-ci le 1^{er} juin 2017 et adressé à la requérante le 6 juin 2017. Le courrier par

lequel ce procès-verbal a été transmis à la requérante porte notamment la référence à l'article 44 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité.

Il ressort des écrits et pièces soumis à la contradiction des débats que la partie adverse a entendu – dans le cadre de cette procédure qui a mené à l'adoption de la décision d'exclusion de la requérante – mettre en évidence des manquements qu'elle reprochait à celle-ci, au regard des obligations qui lui incombaient dans le cadre du marché litigieux. Le procès-verbal de mise en demeure relève notamment que la requérante ne respecte pas la clause III.1.3.2. du cahier spécial des charges, relative à la distribution des envois.

Tels qu'applicables en l'espèce, les articles 44 et 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sont libellés comme suit :

« Art. 44. § 1^{er}. L'adjudicataire est considéré en défaut d'exécution du marché :
1° lorsque les prestations ne sont pas exécutées dans les conditions définies par les documents du marché;
2° à tout moment, lorsque les prestations ne sont pas poursuivies de telle manière qu'elles puissent être entièrement terminées aux dates fixées;
3° lorsqu'il ne suit pas les ordres écrits, valablement donnés par le pouvoir adjudicateur.

§ 2. Tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par envoi recommandé. L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par envoi recommandé adressé au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés.

§ 3. Les manquements constatés à sa charge rendent l'adjudicataire passible d'une ou de plusieurs des mesures prévues aux articles 45 à 49, 85 à 88, 123, 124, 154 et 155. »

« Art. 48. Sans préjudice des sanctions prévues dans le présent arrêté, l'adjudicataire en défaut d'exécution peut être exclu par le pouvoir adjudicateur de ses marchés pour une durée déterminée. L'intéressé est préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée. Les sanctions prévues à l'alinéa précédent s'appliquent sans préjudice de celles établies par l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux. »

La décision d'exclusion attaquée en l'espèce constitue ainsi l'une des mesures qu'un pouvoir adjudicateur peut prendre lorsque sont constatés, à charge de l'adjudicataire, des manquements dans l'exécution d'un marché. Au regard de ces

dispositions, d'une part, et des données du cas d'espèce, d'autre part, cet acte apparaît être relatif à l'exécution du contrat conclu entre la partie adverse et la requérante, et la contestation que celle-ci élève par l'introduction du présent recours porte sur cette exécution.

Il s'ensuit que la décision attaquée ne constitue pas un acte susceptible de recours devant le Conseil d'État, ce que ne remettent pas en cause les arguments exposés par la requérante au fil de ses écrits de procédure, lesquels appellent les observations suivantes :

- La mention de la lettre de communication de la décision attaquée à la requérante, selon laquelle un recours peut être formé devant le Conseil d'État contre cette décision, ne peut méconnaître l'article 144 de la Constitution et n'a pas pour effet de rendre le Conseil d'État compétent pour juger d'un recours formé à l'encontre de celle-ci. Dans le même ordre de considérations, il ne peut davantage être tiré argument de la thèse soutenue par la partie adverse dans le cadre de la procédure devant le président du tribunal de première instance de Namur.
- Pour les motifs exposés ci-dessus, l'adoption d'une décision d'exclusion d'un adjudicataire défaillant des marchés du pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 relève de l'exécution du marché. Le moment de l'adoption d'une telle décision n'est pas susceptible d'influer sur la nature de celle-ci. Au surplus, le fait que la délibération de la partie adverse du 22 juin 2007 englobe plusieurs décisions distinctes énumérées l'une à la suite de l'autre ne permet pas, à lui seul, de considérer que l'une d'entre elles serait adoptée antérieurement aux autres ou aurait vocation à sortir ses effets antérieurement, de telle sorte que la résiliation du contrat litigieux serait intervenue préalablement à la décision d'exclusion de la requérante des marchés à venir de la partie adverse pour 3 ans.
- Dès lors qu'il ne peut ainsi être raisonnablement contesté – au vu de son enjeu et des questions qui y sont débattues – que, par le présent recours, la requérante élève une contestation relative à l'exécution du marché litigieux, il est vain de se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation citée par la requérante et de tenter de tirer argument du sens et de la portée de l'article 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, pour en inférer qu'une contestation relative à la mesure d'exclusion visée à l'article 48 du même arrêté royal devrait – en dépit de ce

qu'elle est édictée par cet arrêté royal établissant les règles générales d'exécution des marchés publics – être considérée comme étrangère à l'exécution du marché. L'argument développé à cet égard par la partie requérante n'est, dès lors, pas pertinent.

- Enfin, dès lors que le présent recours élève une contestation relative à l'exécution du marché litigieux en raison de manquements reprochés à la requérante et échappe, pour cette raison, à la compétence du Conseil d'État, est également dénué de pertinence l'argument du mémoire en réplique selon lequel, en substance, la compétence du juge judiciaire pour trancher, en référé, les conflits en urgence relevant de la protection des droits subjectifs des individus ne prive pas le Conseil d'État de sa compétence d'annulation des actes administratifs des autorités administratives, un tel argument supposant à tout le moins que le juge judiciaire et le Conseil d'État disposent chacun d'une compétence propre pour connaître des demandes qui leur sont soumises, ce qui n'est précisément pas le cas du Conseil d'État en l'espèce.

Le Conseil d'État étant incompétent pour annuler la décision d'exclusion de la requérante, le recours introduit à cette fin doit être rejeté.

V. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La requérante n'a fait État d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée. En revanche, dans son dernier mémoire, elle a relevé que le courrier de communication de l'acte attaqué identifiait le Conseil d'État comme instance de recours, au sens 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 publics de travaux, de fournitures et de services. Elle a fait valoir que, par la désignation du Conseil d'État, la partie adverse l'a induite en erreur dans l'introduction de son recours. Elle en a conclu que l'indemnité de procédure et les autres dépens devaient être laissés à la partie adverse.

Il n'est pas contesté que la partie adverse est celle qui obtient gain de

cause au sens de l'article 30/1, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Par ailleurs, dès avant l'introduction du présent recours au Conseil d'État, la requérante avait saisi le président du tribunal de première instance de Namur d'une contestation tendant notamment à l'annulation de la délibération prise par la partie adverse le 22 juin 2017, demande dont – par ordonnance du 19 juillet 2017 – ledit président s'est expressément déclaré compétent pour connaître. La requérante ne peut donc être suivie lorsqu'elle soutient avoir été induite en erreur par la partie adverse.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

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

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

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 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, le
17 mars 2021 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky