

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE
A R R Ê T

n° 250.481 du 30 avril 2021

A. 230.491/VI-21.740

En cause : **1. la société anonyme DC INDUSTRIAL,**
 2. la société anonyme ÉTABLISSEMENTS
 MAURICE WANTY,
 ayant élu domicile chez
 M^e Gauthier ERVYN, avocat,
 avenue de la Toison d'or 77
 1060 Bruxelles

contre :

la société anonyme de droit public SOCIÉTÉ
PUBLIQUE D'AIDE À LA QUALITÉ DE
L'ENVIRONNEMENT, en abrégé « **SPAQuE** »,
ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc SECRETIN, avocat,
rue des Augustins 32
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 5 juin 2020, la SA DC Industrial et la SA Établissements Maurice Wanty demandent l'annulation de « la décision d'attribution prise par le Conseil d'administration de la SPAQuE le 27 mars 2020 du “Marché européen de travaux – procédure ouverte – réhabilitation du site ‘Garocentre Magna Park’ à la Louvière – Réhabilitation des sols” ».

II. Procédure

L'arrêt n° 247.727 du 8 juin 2020 a ordonné la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

L'arrêt a été notifié aux parties.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note, le 22 septembre 2020, demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Par des courriers du 23 septembre 2020, le greffe a informé les parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l'une d'elle ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Retrait de la décision d'attribution attaquée

Le 24 juillet 2020, la partie adverse a informé le Conseil d'État de ce que la décision d'attribution attaquée avait été retirée par une décision du 26 juin 2020. Si la partie adverse a bien communiqué cette décision de retrait, elle est restée en défaut de communiquer une copie des différents courriers de notification de cette décision de retrait aux soumissionnaires concernés et la preuve d'envoi de ces courriers de notification de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer si le retrait intervenu peut être tenu pour définitif. Dans un souci de sécurité juridique, il convient donc de se prononcer sur l'annulation de la décision d'attribution attaquée.

IV. Mise en œuvre de la procédure abrégée prévue à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif peut annuler l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée si, dans les trente jours de la notification de l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

La partie adverse n'a pas introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti.

L'auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Aucune des parties n'a demandé à être entendue

Il convient dès lors d'apprécier si le troisième moyen, qui a été jugé sérieux par l'arrêt de suspension n° 247.727 du 8 juin 2020, justifie l'annulation de

l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé *via* la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

V. Examen du troisième moyen

Les parties requérantes soulèvent, dans leur requête, un troisième moyen, pris de la violation :

- « - de la Loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale de Participations et d'Investissement et les sociétés régionales d'investissement, en particulier ses articles 22 § 2 et 25;
- du Décret wallon du 27 juin 1996 relatif aux déchets, articles 39 et suivants dont en particulier l'article 39undecies;
 - des statuts de la SPAQUE, articles 14, 15 et 16;
 - de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en particulier des articles 35, 61, 66 et 81;
 - 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, notamment en son article 4;
 - de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3;
 - de la Circulaire du 23 mars 2020 relative aux conséquences des mesures sanitaires liées au Covid-19 sur les marchés publics wallons Recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons;
 - et de l'incompétence de l'auteur de l'acte ».

Elles constatent que la décision attaquée a été adoptée le 27 mars 2020 suivant une procédure écrite au moyen d'accords « donnés par mail » par les administrateurs entre le 24 et le 30 mars 2020 alors que l'article 15 des statuts de la partie adverse prévoit que la procédure écrite ne peut être utilisée que « dans les cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social ». Elles font valoir que ni la décision attaquée ni la note préparatoire ne contiennent la moindre justification d'une urgence et d'un intérêt social à adopter la décision par procédure écrite, alors que l'urgence de l'attribution de ce marché est démentie par les rétroactes et documents du marché puisque, relèvent-elles :

- la note préparatoire de la décision attaquée précise que la réhabilitation du site « Garocentre Magna Park » est un mandat qui a été conféré à la SPAQuE par arrêté du 20 avril 2017, soit trois ans auparavant;
- la présente procédure de marché n'est pas la première à porter sur les travaux litigieux, une première procédure ayant déjà été entamée et puis annulée par la SPAQuE elle-même en 2019;
- le cahier spécial des charges impose aux soumissionnaires une durée de validité de leur offre particulièrement longue, de « 360 jours calendaires » prenant cours le 25 février 2020 pour se terminer le 25 février 2021.

Les parties requérantes en déduisent que le conseil d'administration de la partie adverse ne se trouvait pas, le 27 mars 2020, dans des conditions d'urgence et d'intérêt général justifiant le recours à la procédure écrite. Selon elles, la décision attaquée aurait pu être prise dans le cadre d'une réunion physique du conseil d'administration, après la levée des mesures de confinement liées à l'épidémie de la COVID-19. Elles relèvent que, quand bien même des motifs justifiaient l'adoption de la décision attaquée le 27 mars 2020, *quod non*, aucune motivation ne figure dans la décision attaquée. Elles ajoutent que l'adoption de cette décision le 27 mars 2020 est contraire aux recommandations contenues dans la circulaire du 23 mars 2020 relative aux conséquences des mesures sanitaires liées à la COVID-19 sur les marchés publics wallons Recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons (publiée au Moniteur belge le 26 mars 2020), laquelle invitait les pouvoirs adjudicateurs wallons à reporter d'un mois toute attribution de marché public.

Elles considèrent encore que la décision attaquée viole l'article 16 des statuts de la partie adverse qui dispose que « [p]our les points relatifs à l'attribution de marchés publics, un procès-verbal décisionnel sera établi en cours de séance et signé à l'issue de celle-ci par tous les administrateurs présents ». Elles estiment que l'article 16 précité empêche le recours à la procédure écrite, puisqu'une séance doit nécessairement avoir lieu avec un procès-verbal signé à l'issue de celle-ci et qu'à supposer qu'une procédure écrite soit admise pour les décisions d'attribution de marchés publics, cette disposition commande que l'accord des administrateurs sur ces décisions soit donné le jour même, ce qui n'a pas été le cas. Elles ajoutent que la partie adverse a bien méconnu l'article 16 de ses statuts, puisqu'il ressort du dossier administratif que la décision du conseil d'administration du 27 mars 2020 n'a été approuvée que le 24 avril 2020. Il en résulte, selon elles, un nouveau manquement en ce que la décision d'attribution a été notifiée avant même son approbation par le conseil d'administration.

L'arrêt n° 247.727 du 8 juin 2020 a jugé ce troisième moyen sérieux pour les motifs suivants :

« Le moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation des articles 22, § 2, et 25 de la loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale de Participations et d'Investissement et les sociétés régionales d'investissement, des articles 39 et suivants, en particulier de l'article 39*undecies*, du décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets, de l'article 14 des statuts de la SPAQuE et des articles 35, 61, 66 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, à défaut d'indiquer en quoi l'acte attaqué violerait ces dispositions.

Le moyen est également irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de la circulaire relative aux conséquences des mesures sanitaires liées au COVID-19 sur les marchés publics wallons Recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons, publiée au Moniteur belge du 26 mars 2020, dès lors que les parties requérantes ne prétendent ni n'établissent que cette circulaire

énoncerait une règle de droit dont la violation peut être invoquée devant le Conseil d'État.

La décision attaquée a été adoptée au terme d'une procédure écrite électronique, en application de l'article 15, dernier alinéa, des statuts de la partie adverse. Cette disposition se lit comme suit :

“ Article 15 – Réunions

Le Conseil d'administration se réunit chaque fois que l'intérêt de la société l'exige, sur convocation du Président.

[...]

Le Conseil d'administration ne peut délibérer que si la moitié des membres sont présents ou représentés.

[...]

Le Conseil d'administration décide à la majorité des voix des membres présents ou représentés.

En cas de parité des voix, la voix du Président est prépondérante.

Dans les cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social et sauf les décisions où la loi interdit le recours à cette opération, les décisions du Conseil d'administration peuvent être prises par consentement unanime des administrateurs, exprimé par courrier électronique.”

Il ressort de cette disposition que le recours à la procédure écrite électronique requiert une situation exceptionnelle et la nécessité de décider, sans attendre une réunion (physique), en raison de l'urgence et de l'intérêt social.

La partie adverse se fonde sur le courriel adressé le 24 mars 2020 aux administrateurs et sur le préambule du “procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 27 mars 2020” pour affirmer qu'il y a, dans l'acte attaqué et le dossier, une justification admissible du recours à la procédure écrite électronique.

Le courriel adressé aux administrateurs le 24 mars 2020 par la présidente du conseil d'administration, au sujet de la séance prévue le 27 mars, précise ce qui suit :

“ Au regard de la crise sanitaire que traverse aujourd'hui notre pays et des mesures adoptées par les gouvernements fédéral et wallon dans ce cadre, il n'apparaît pas raisonnable de tenir une réunion physique du Conseil d'administration de SPAQuE, telle qu'elle était prévue ce vendredi 27 mars 2020.

Néanmoins, afin d'assurer la continuité nécessaire dans l'action de l'entreprise, je vous propose de recourir, en application de l'article 15 des statuts de SPAQuE, à la procédure électronique.

Les points suivants doivent faire l'objet d'une décision :

1. [...]

2. Attribution du marché de services – réhabilitation Garocentre Magna Park à La Louvière (Doc. CA 27/03/20-02) (NB : malgré la situation actuelle, le marché peut être attribué sans délai, dès lors que l'ordre de commencer les travaux ne sera donné que lorsque les mesures de confinement seront levées);

3. [...]

4. [...]

Vous trouverez, en annexe, les documents qui s'y rapportent.

L'article 15 des statuts de SPAQuE impose, en cas de recours à une procédure écrite, que les décisions fassent l'objet d'un consentement unanime, c'est-à-dire de chacun des membres du Conseil.

Vous trouverez donc également, en pièce jointe, une proposition de décision relative à ces cinq points.

Si vous marquez votre accord sur cette procédure, je vous invite à bien vouloir compléter ce dernier document, à le scanner ou le photographier et à le renvoyer ensuite par mail à l'adresse [...] pour le mercredi 1er avril au plus tard.

J'attire tout spécialement votre attention sur la nécessité de recevoir dans ce délai ce consentement écrit de la part de chaque administrateur, à défaut de quoi les décisions ne pourront être validées.

Par ailleurs, vous trouverez encore en annexe les documents relatifs aux points d'information suivants : [...]"

La proposition de décision jointe en annexe de ce courriel, relativement à l'attribution du marché litigieux, se présente comme suit :

“ 2. Attribution du marché de services Réhabilitation du site ‘Garocentre – Magna Park’ à La Louvière

Proposition de décision :

Au vu du dossier qui lui a été soumis, le Conseil d'administration décide d'attribuer le marché "Réhabilitation du site Garocentre – Magna Park" situé à La Louvière à la société AERTSSEN, qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse pour un montant, toutes tranches et options comprises, de 5.503.128€ HTVA, soit 6.658.785€ TVAC.

D'ACCORD(*) PAS D'ACCORD(*)
[...]
*Biffer la mention inutile ”.

Le “brouillon” du procès-verbal de la séance du 27 mars 2020, produit au dossier administratif, comporte les considérations suivantes :

“ Au regard de la crise sanitaire que traverse la Belgique et des mesures adoptées par les Gouvernements fédéral et wallon dans ce cadre, le Conseil d'administration de SPAQuE a jugé qu'il n'apparaissait pas souhaitable de se réunir physiquement à la date prévue du 27 mars 2020.

Néanmoins, afin d'assurer la nécessaire continuité dans l'action de l'entreprise, il a décidé de recourir, en application de l'article 15 des statuts de SPAQuE, à la procédure électronique.

Le présent procès-verbal consigne les décisions prises par les administrateurs selon cette procédure et les informations communiquées par courriel au Conseil”.

Il convient tout d'abord de constater que les justifications données pour recourir à la procédure écrite électronique sont formulées de manière générale, au regard de la tenue de la séance du 27 mars, et non en particulier au regard de l'attribution du marché litigieux. Si les considérations émises permettent à l'évidence de cerner la situation exceptionnelle faisant obstacle à une réunion physique, à

savoir la crise sanitaire liée à l'épidémie du COVID-19, la nécessité de prendre des décisions sur l'ensemble des points fixés à l'ordre du jour est justifiée par le seul motif qu'il faut "assurer la nécessaire continuité dans l'action de l'entreprise".

La question qui se pose est de savoir si ce motif permet de justifier le recours à la procédure écrite électronique au regard de l'intérêt social et de l'urgence, visés à l'article 15, dernier alinéa, des statuts de la partie adverse. Si la nécessité de poursuivre ses activités – notamment en prenant des décisions liées à son objet social – semble inhérente à l'intérêt social de la partie adverse, aucun élément spécifique n'est apporté quant à l'urgence à statuer et, en particulier, à adopter la décision d'attribuer le marché litigieux, que ce soit dans le courriel du 24 mars 2020 adressé aux administrateurs, dans le "brouillon" du procès-verbal de la séance du 27 mars 2020 produit au dossier administratif, dans une quelconque autre pièce de ce dossier ou même dans les explications fournies par la partie adverse dans ses écrits de procédure.

La seule indication temporelle contenue dans le dossier, qui concerne le point de l'ordre du jour relatif au marché litigieux, tient dans la considération que "l'ordre de commencer les travaux ne sera donné que lorsque les mesures de confinement seront levées" (voir le mail précité du 24 mars 2020). Au moment de l'adoption de la décision litigieuse, rien ne laissait présager la date à laquelle lesdites mesures seraient levées. Or, si l'exécution du marché pouvait attendre un temps indéterminé, il est permis de s'interroger sur les raisons pour lesquelles la décision d'attribution devait être prise sans délai, dans l'urgence, suivant la procédure écrite électronique visée à l'article 15, dernier alinéa, des statuts de la partie adverse.

Les éléments mis en évidence par les parties requérantes, relatifs à la chronologie encadrant la procédure de marché et la durée de validité des offres, tendent également à confirmer l'absence d'urgence à prendre la décision litigieuse, alors que la partie adverse n'apporte, de son côté, aucun élément pour établir de manière suffisante et adéquate l'urgence à statuer.

Une telle démonstration était pourtant requise par l'article 15 des statuts de la partie adverse et le non-respect de cette disposition a pour conséquence que son conseil d'administration n'a *prima facie* pas valablement délibéré sur le point de l'ordre du jour de la séance du 27 mars 2020 ayant donné lieu à l'adoption de l'acte attaqué.

L'intérêt des parties requérantes à ce grief ne semble pas contestable. La procédure de décisions au sein d'un conseil d'administration est en principe collégiale et cet organe fonctionne comme une assemblée délibérante. La procédure écrite électronique réduisant le principe délibératif à sa plus simple expression, elle ne peut s'envisager que dans le respect strict des conditions auxquelles est subordonnée sa mise en œuvre. Vu l'ampleur du marché concerné et le faible écart de points, dans le classement final, entre les offres de la première société classée et des parties requérantes, l'intérêt de ces dernières à la tenue d'un débat "en présentiel" ou, à tout le moins, à un débat organisé dans le strict respect des conditions autorisant le cas échéant sa tenue par procédure écrite électronique paraît évident.

Dans cette mesure, le troisième moyen est sérieux ».

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 247.727, précité. Le troisième moyen est ainsi jugé fondé. En application des articles 17, § 6,

des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, l'acte attaqué est annulé.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

Les parties requérantes demandent de « condamner la partie adverse aux dépens, liquidés à 420 EUR de droits de rôle et 700 EUR d'indemnité de procédure pour la procédure en suspension et à 420 EUR de droits de rôle et 700 EUR d'indemnité de procédure pour la procédure en annulation ».

S'agissant des indemnités de procédure réclamés, les requérantes ne font état d'aucun élément qui pourrait justifier que leur soit accordée une double indemnité de procédure. S'il peut, le cas échéant, leur être octroyée une indemnité de procédure majorée de 20 pourcents, une telle majoration n'est pas due en l'espèce en application de l'article 67, § 2, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 dès lors qu'il est fait application de l'article 11/2 dudit arrêté.

La partie adverse n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité de procédure. Il y a donc lieu d'accorder 700 euros à ce titre aux parties requérantes.

S'agissant des autres dépens, ils sont également mis à la charge de la partie adverse. Il convient toutefois de relever qu'ils se chiffrent à 420 euros et non à 840 euros, comme l'indiquent les requérantes, aucune demande de poursuite de la procédure n'ayant été introduite postérieurement à l'arrêt n° 247.727 précité et les droits n'ayant pas été réclamés.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision du 27 mars 2020 prise par le Conseil d'administration de la SPAQuE d'attribution du « Marché européen de travaux – procédure ouverte – réhabilitation du site “Garocentre Magna Park” à la Louvière – Réhabilitation des sols » est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée aux parties requérantes, à concurrence de la moitié chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre,
le 30 avril 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky