

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 250.898 du 15 juin 2021

A. 225.982/VI-21.305

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
INTERMEDIANCE & PARTNERS,**
ayant élu domicile chez
M^e Philippe HERMAN, avocat,
rue T'Serclaes de Tilly 49-51
6061 Montignies-sur-Sambre,

contre :

la commune de Tubize
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet du recours

Par une requête introduite le 23 août 2018, la SCRL Intermediance & Partners sollicite l'octroi d'une indemnité réparatrice, à charge de la partie adverse, à la suite de l'arrêt n° 241.933 du 26 juin 2018.

II. Procédure

La contribution et le droit visé respectivement aux articles 66, 6°, et 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.

M. Constantin Nikis, 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 avril 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 mai 2021.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Lise De Coninck, *loco* M^e Philippe Herman, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Alice Troisfontaines, *loco* M^e Marie Vastmans, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme au présent arrêt.

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 utiles à l'examen de la demande

Par un arrêt n° 241.933 du 26 juin 2018, le Conseil d'État a annulé, à la demande de la requérante, « la délibération du collège communal de Tubize du 20 mai 2016 décidant d'attribuer le marché de services juridiques de désignation d'huissier de justice pour les années 2016, 2017 et 2018 à l'Étude de Maître AVAUX ».

Le Conseil d'État juge fondée la première branche du premier moyen de la requête, aux termes du raisonnement suivant :

- « Le rapport d'examen des offres attribue les notes suivantes aux sociétés ayant fait offre :
- pour le premier critère (méthodologie organisationnelle et relationnelle) (sur 60 points) :
 - 1.1 Rapports avec l'administration communale (sur 30 points) :
INTERMEDIANCE & PARTNERS S.C.R.L. : 30
S.P.R.L. HUISSIER AVAUX: 30
 - 1.2. Rapports avec les tiers (sur 30 points) :
INTERMEDIANCE & PARTNERS S.C.R.L. : 20
S.P.R.L. HUISSIER AVAUX: 30
 - pour le second critère (prix) (sur 40 points) :
INTERMEDIANCE & PARTNERS S.C.R.L. : 30
S.P.R.L. HUISSIER AVAUX: 40
 - total (sur 100 points) :
INTERMEDIANCE & PARTNERS S.C.R.L. : 80
S.P.R.L. HUISSIER AVAUX: 100

Il ressort du cahier spécial des charges que le premier critère d'attribution porte sur la "méthodologie relationnelle et organisationnelle proposée (délai d'élaboration et de transmission des projets et autres documents, délai et modalités d'organisation et de tenue de réunions avec le client, gestion personnelle des dossiers par l'huissier désigné ou par le biais de délégations ou de collaboration etc.)".

Les offres devaient être déposées pour le 18 décembre 2015 au plus tard.

Le 10 décembre 2015, la requérante interroge le pouvoir adjudicateur en ces termes :

" 3) Pourriez-vous nous indiquer si la méthodologie relationnelle et organisationnelle proposée doit se limiter uniquement aux rapports entre le soumissionnaire et l'administration communale ou si elle doit également détailler les relations avec les tiers intervenants dans le cadre de la gestion personnelle des dossiers ? Dans ce dernier cas, pourriez-vous communiquer une liste exhaustive des tiers pour lesquels la note doit tenir compte".

À la même date, le pouvoir adjudicateur répond à la question de la partie requérante de la manière suivante :

" Elle se limite uniquement aux rapports entre le soumissionnaire et l'administration communale".

La partie adverse explique elle-même que le 26 janvier 2016, soit après la clôture du dépôt des offres, elle a demandé à la requérante de lui fournir une "note complémentaire concernant la méthodologie relationnelle afin de détailler les rapports avec les tiers dans le cadre de la gestion personnelle de leur dossier".

Non seulement la partie adverse ne conteste pas le constat, fait par l'auditeur rapporteur, selon lequel une telle demande n'a pas été adressée à la s.p.r.l. HUISSIER AVAUX, mais en outre, il résulte de l'offre de cette dernière, à laquelle le Conseil d'État a accès nonobstant son caractère confidentiel, qu'elle y avait spontanément exposé la méthodologie relationnelle avec les tiers.

Il ressort de la chronologie et de l'exposé qui précèdent que des éléments de l'offre non prévus par le cahier spécial des charges ont été demandés à la requérante postérieurement au dépôt des offres, et que ces éléments ont été pris en considération au titre d'un sous-critère d'attribution, à concurrence de 30 points, soit la moitié des 60 points relatifs au critère concerné. Il apparaît également que l'un des soumissionnaires avait mentionné ces éléments dans son offre, et qu'alors même que la requérante avait interrogé la partie adverse avant la date limite fixée pour le dépôt des offres en lui demandant s'il fallait inclure dans la "méthodologie relationnelle et organisationnelle" les "relations avec les tiers intervenants dans le cadre de la gestion personnelle des dossiers", il lui a été explicitement répondu que le critère en cause ne portait que sur les "rapports entre le soumissionnaire et l'administration communale".

La partie adverse ne s'est donc pas limitée à préciser le premier critère, tel qu'il avait été porté à la connaissance des soumissionnaires. Elle l'a divisé en deux sous-critères, dont l'un portait sur un élément qui avait été explicitement écarté préalablement au dépôt des offres, à savoir les rapports avec les tiers. Ce faisant, elle a modifié ledit critère en cours d'examen des offres. Dès lors que l'un des soumissionnaires avait fait offre également sur la question de la relation avec les tiers, c'est à juste titre que la requérante soutient que l'adoption, après le dépôt des offres, de ce sous-critère nouveau a porté atteinte aux principes consacrés par l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. S'avère indifférente à cet égard la circonstance, alléguée par la partie adverse, que la requérante a pu présenter

une note complémentaire relative aux rapports avec les tiers, dès lors que, dans les circonstances de l'espèce, c'est en soi la subdivision du critère "méthodologie organisationnelle et relationnelle" en deux sous-critères dont l'un amène à comparer les offres au regard d'un aspect que la partie adverse avait expressément exclu, à savoir les "rapports avec les tiers", qui méconnaît les principes susvisés, indépendamment de la manière dont le pouvoir adjudicateur a mis en œuvre ce sous-critère.

Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse dans son mémoire en réponse, la requérante n'a nullement suggéré que les rapports avec les tiers soient pris en considération pour l'appréciation du critère "méthodologie relationnelle et organisationnelle". En effet, elle n'a fait que demander si la méthodologie relationnelle et organisationnelle se limitait aux rapports entre le soumissionnaire et l'administration communale, ce à quoi la partie adverse a répondu par l'affirmative.

Par ailleurs, il ne peut être sérieusement reproché à la requérante de ne pas avoir contesté, lors du dépôt de sa note complémentaire, voire au préalable, la légalité de l'ajout du sous-critère relatif aux relations avec les tiers, dès lors qu'elle pouvait légitimement craindre que sa candidature en soit déforcée.

La partie adverse conteste la recevabilité du moyen au motif que, à le supposer fondé, il ne serait pas de nature à restituer à la requérante une chance de se voir attribuer le marché, ce qui revient à dire que, même vérifiée, l'illégalité dénoncée ne pourrait, en toute hypothèse, faire grief à la requérante. Elle soutient plus précisément que même si la requérante avait obtenu le maximum pour le premier critère, elle aurait toujours été classée en seconde position eu égard aux notes attribuées pour le second critère.

Dès lors, d'une part, que la prise en considération des "rapports avec les tiers" revient à mettre en œuvre le critère d'attribution "méthodologie organisationnelle et relationnelle" d'une manière non conforme à ce qu'imposaient les documents du marché, et, d'autre part, qu'une mise en œuvre respectueuse du critère annoncé aurait peut-être amené la partie adverse à porter sur les offres une appréciation différente, ce dont il n'appartient pas au Conseil d'État de préjuger, il ne peut être considéré que l'illégalité dénoncée par le moyen n'aurait pas causé grief à la requérante. L'exception d'irrecevabilité opposée au moyen doit être rejetée.

Le [premier] moyen est fondé en sa première branche.

[...]

La seconde branche du moyen et les autres moyens, s'ils étaient fondés, ne pourraient mener à une annulation plus étendue. Il n'y a dès lors pas lieu de les examiner. »

IV. Préjudice matériel résultant de l'illégalité constatée par l'arrêt d'annulation n° 241.933 du 26 juin 2018

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante expose sa demande comme suit :

« L'illégalité de l'acte est établie par Votre arrêt d'annulation du 26 juin 2018.

La partie adverse n'a pas procédé à la réfection de son acte et le marché a été pratiquement exécuté jusqu'à son terme par l'étude de l'huissier de justice AVAUX.

Il ne pourra jamais être attribué à la requérante.

La requérante considère que son préjudice matériel consiste en la perte d'une chance de se voir attribuer le marché de services juridiques pour lequel elle a soumissionné.

La perte d'une chance constitue un préjudice au sens de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État (CE, 19 janvier 2016, n°233.506, VAN DEN BROECK, CE, 27 octobre 2017, n°239.690, LIBERT, CE, 19 janvier 2017, n°237.095 VAN DEN BROECK).

Pour déterminer la valeur économique de cette perte de chance, la requérante détermine d'abord le bénéfice qu'elle aurait réalisé si le marché lui avait été attribué.

Son calcul s'établit comme suit :

Le coût moyen par dossier est de 201,41 € (pièce 1)

Le cahier spécial des charges prévoit l'accomplissement de 350 actes par an.

Le chiffre d'affaires s'élève à $3 \times 350 \times 201,41 = 211.480,50$ €.

La marge bénéficiaire de la requérante étant de 40 % (pièce 2), le bénéfice manqué est de $211.480,50 \text{ €} \times 0,4 = 84.592,20$ €.

L'indemnisation de la perte d'une chance ne peut consister dans le montant total du préjudice subi ou de l'avantage perdu.

Compte tenu de la présence de deux offres, la requérante évalue par conséquent la valeur économique de la perte de chance à 50 % du bénéfice espéré, soit $84.592,20 \text{ €} : 2 = 42.296,10$ €.

La requérante demande également la condamnation de la partie adverse aux intérêts compensatoires au taux légal depuis le 1^{er} juillet 2017, date moyenne et aux intérêts moratoires judiciaires ensuite, à partir du prononcé de l'arrêt à intervenir jusqu'à parfait paiement.

À titre subsidiaire, la requérante demande à la partie adverse de communiquer tous documents utiles permettant de déterminer le montant des honoraires perçus par l'étude de l'huissier de justice AVAUX dans le cadre de l'exécution du marché public et à défaut pour elle de s'exécuter volontairement, elle demande sa condamnation à la production de ceux-ci ».

En annexe de sa requête, la requérante produit une note de calcul, qu'elle a elle-même établie, du coût moyen d'un dossier type « villes & commune » qu'elle évalue à un montant de 201,41 euros HTVA. Ce montant tient compte des types d'opérations donnant droit à des honoraires, de la fréquence de ces opérations par dossier ainsi que du coût moyen pour chaque opération. Plus précisément, le chiffre d'affaires moyen d'un dossier (201,41 euros HTVA) est obtenu en réalisant la somme des honoraires moyens calculés par dossier pour chaque type d'opération,

ces honoraires moyens étant eux-mêmes calculés en multipliant le coût moyen pour chaque opération par la fréquence de ces opérations par dossier.

La requérante produit également, en annexe de sa requête, un document à l'entête de son association, intitulé « Extrait comptable », relatif à l'exercice couvrant la période du 1^{er} janvier 2017 au 31 décembre 2017, qui contient les éléments suivants :

« [...] »

EXTRAIT COMPTABLE	
Exercice	: 33 - 2017 (01/01/2017 au 31/12/2017)
Comptes	: Généraux – Comptes de résultats
Type de situation	: Exercice non clôturé – Situation au 22/08/2018
Devise	: EURO (€)
Charges	
60 - Approvisionnements et marchandises	843.690,08
61 - Services et biens divers	1.140.928,05
62 - Rémunérations, charges sociales et pensions	860.704,06
64 - Autres charges d'exploitation	6.067,02
65 - Charges financières	22.451,14
Total des charges	2.873.840,35
Produits	
70 - Chiffres d'affaires	4.988.398,93
74 - Autres produits d'exploitations	7.456,95
75 - Produits financiers	769,09
Total des produits	4.996.624,97
Marge brute	
Total des charges	-2.873.840,35
Total des produits	4.996.624,97
Marge brute	2.122.784,62
Marge bénéficiaire brute	
$(>)42,84\% = \frac{2.122.784,62 \text{ EUR}}{4.996.624,97 \text{ EUR}}$	
[...] »	

B. Mémoire en réponse

Selon la partie adverse, « la formule de calcul proposée par la partie requérante ne repose sur aucun élément objectif et tangible ».

En ce qui concerne le chiffre d'affaires lié au marché litigieux, elle fait valoir les éléments suivants :

- dès lors que le cahier spécial des charges indique que « le nombre d'actes est estimé à 350 par an », ce nombre constitue « une estimation du nombre d'actes à accomplir sur une année sur laquelle il convient de se fonder pour évaluer le chiffre d'affaires réalisé dans le cadre du marché litigieux »;

- la « note de calcul » sur laquelle la requérante se base pour évaluer le coût moyen d'un dossier à 201,41 euros HTVA est de provenance inconnue; elle n'est ni « signée ni datée et n'est établie sur aucun document susceptible d'en déterminer l'origine »;
- la requérante « ne mentionne pas davantage les sources sur lesquelles elle se fonde pour établir le coût moyen de prestations par dossier ni la liste desdites prestations »; les « coûts moyens » pour chaque opération ne sont, en tout cas, pas déterminés par référence à l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale ainsi que celui de certaines allocations;
- certaines opérations de la liste établie par la requérante font double emploi avec d'autres opérations (« avertissement – sommation » avec « mise en demeure », « nouveau jour de vente » avec « signification jour de vente », « renseignement sur véhicule » avec « recherche d.i.v. ») tandis que certaines opérations ne sont pas d'application dans le cadre du marché litigieux (« avis de passage », « cession », « copie conforme de saisie (art. 1524 CJ) », « différence sur solde », « renseignements euros db », « frais de port », « recommandé »);
- les « coûts moyens » par opération se basent sur les tarifs de 2018 et non sur les tarifs des années 2016 et 2017, de sorte que ces tarifs ne sont pas exacts, ce qu'elle détaille en renvoyant à la pièce 11 de son dossier, intitulée « note de calcul du coût moyen d'un dossier annoté[e] par l'huissier Avaux [attributaire du marché] »;

À titre subsidiaire, la partie adverse propose d'établir le coût moyen d'un dossier sur la base des informations fournies par l'huissier de justice AVAUX dans un courriel du 8 novembre 2018, à savoir 123,97 € HTVA. Ce courriel n'est cependant pas produit au dossier administratif.

En ce qui concerne le bénéfice escompté, la partie adverse conteste le document « Extrait comptable » produit par la requérante qui fixe un taux de marge bénéficiaire égal à 40 % du chiffre d'affaires. Elle relève que ce document semble avoir été rédigé par la requérante sur la base de l'exercice couvrant la période du 1^{er} janvier 2017 au 31 décembre 2017, alors que les derniers comptes annuels enregistrés par la requérante à la Banque Carrefour des Entreprises et à la Banque Nationale de Belgique concernent l'exercice couvrant la période imposable du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2016, desquels il apparaît que le taux de marge

bénéficiaire de la requérante ne serait que de 22 %. Elle en déduit que l' « Extrait comptable » produit est manifestement incomplet et non contradictoire et ne peut, dès lors, être pris en considération pour fixer le bénéfice escompté par la requérante sur le marché litigieux, le taux de 40 % avancé par celle-ci étant manifestement abusif.

Elle estime, à titre subsidiaire, que la marge bénéficiaire devrait être calculée *ex aequo et bono* à un forfait de 10 % de la soumission, en s'inspirant, d'une part, de 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 – la partie adverse faisant valoir que la jurisprudence des tribunaux judiciaires applique ce forfait par analogie pour les procédures négociées avec ou sans publicité – et, d'autre part, du rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 24 avril 2014 relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui indique la possibilité d'allouer une indemnité réparatrice forfaitaire de 10 % de la soumission en cas de marché public passé selon la procédure d'adjudication.

En conclusion, la partie adverse soutient, à titre principal, que la requérante « reste en défaut de démontrer la réalité du préjudice qu'elle prétend avoir subi » et, à titre subsidiaire, établit ce préjudice à 6.508,43 € HTVA, suivant le raisonnement qui suit :

- « • coût moyen par dossier : 123,97 EUR HTVA;
- nombre de dossiers traités par an : 350 (x 3 années);
- chiffre d'affaires : 3 x 350 x 123,97 EUR HTVA = 130.168,50 EUR HTVA;
- bénéfice escompté : 10 % = 13.016,85 EUR HTVA.

Toutefois, comme l'indique à juste titre la partie requérante, l'indemnisation de la perte d'une chance ne peut consister dans le montant total du préjudice subi ou de l'avantage perdu.

Dès lors, compte tenu de la présence de deux offres, la valeur économique de la perte de chance est de 50 % du bénéfice espéré, soit 13.016,85 EUR HTVA / 2 = 6.508,43 EUR HTVA. »

Pour ce qui concerne le point de départ des intérêts compensatoires, la partie adverse soutient qu'il est fixé à partir du moment où la dette de valeur est convertie en dette de somme, c'est-à-dire à dater de l'arrêt à intervenir qui doit évaluer le préjudice subi.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique que la perte d'une chance d'obtenir un marché public constitue un dommage dans le chef du soumissionnaire évincé et un préjudice au sens de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Elle affirme

ainsi démontrer le préjudice dans son principe et considère que « ce que conteste la partie adverse, c'est l'évaluation économique de la perte de chance à laquelle procède la requérante ».

Elle soutient que « les contestations de la partie adverse quant aux éléments à prendre en compte pour le calcul du coût moyen d'un dossier ne sont pas fondées, le relevé établi par la requérante contenant tous les actes nécessaires au recouvrement des créances tarifés sur base de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 », que « la partie adverse fonde son calcul sur le coût moyen des dossiers de recouvrement de créances de l'huissier AVAUX pour la Région wallonne » - ce qui n'est pas transposable au présent marché – et que « si la marge bénéficiaire pour l'ensemble [du] chiffre d'affaires [de la requérante] est de 22 %, la marge bénéficiaire dont il faut tenir compte est celle réalisée dans les contentieux du même type, soit le recouvrement de créances communales ».

Elle ajoute que le marché litigieux étant, à présent, totalement exécuté, « la partie adverse doit pouvoir à ce stade déterminer avec certitude le nombre de dossiers qui ont été effectivement confiés à l'huissier AVAUX et (...) déterminer le coût par dossier, voire le coût pour l'ensemble des dossiers des années 2016 et 2017 ». Elle estime qu'en ne produisant pas ces données, la partie adverse « ne collabore pas utilement à la charge de la preuve » et qu'il faut l'y contraindre.

Selon elle, l'application « par analogie » du système d'indemnisation forfaitaire établi pour les adjudications par l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics de travaux et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services « n'est pas possible dans la mesure où, vu la nature du marché, il n'existe pas de "montant" de l'offre ».

Elle relève enfin que « la partie adverse confond les notions d'intérêts compensatoires et d'intérêts moratoires », que « les intérêts compensatoires "compensent le délai qui s'écoule entre le moment où un dommage est causé, engendrant une créance de valeur jusqu'au moment où le juge fixe le montant de la réparation et transforme la créance de valeur en une créance de somme [et] réparent le préjudice subi par suite du paiement différé de l'indemnité à laquelle le préjudicié avait droit à la date à laquelle le dommage lui a été causé (sur cette définition. cfr not. Cass., 22 octobre 2003, Pas, I, 1669 - Cass, 26 octobre 2005, Pas, I, 2044)" », que sa créance est dès lors une créance de valeur et non une créance de somme et que « c'est par conséquent à bon droit que la requérante postule la condamnation de la partie adverse au paiement des intérêts de nature compensatoire pour la période située entre le jour de son éviction et le jour du prononcé de l'arrêt à

intervenir et ensuite au paiement des intérêts moratoires, du jour du prononcé de l'arrêt à intervenir qui procédera à la transformation de la créance de valeur en créance de somme, jusqu'à parfait paiement ».

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse maintient qu'à titre principal, la demande d'indemnité réparatrice n'est pas fondée, à défaut pour la requérante de démontrer la réalité du préjudice qu'elle prétend subir et qu'à titre subsidiaire, le montant de ce préjudice est de 6.508,43 euros HTVA, suivant le calcul développé dans son mémoire en réponse.

À titre infiniment subsidiaire, la partie adverse joint, en pièces 13 et 14, une copie du courrier du 17 juin 2020 que lui a adressé l'étude de l'huissier de justice AVAUX ainsi que son annexe, desquels il résulte que le montant total des sommes payées à cette étude pour les années 2016, 2017 et 2018 dans le cadre du marché litigieux s'élève à 205.309,36 euros HTVA. Elle considère que « sur la base de la formule de calcul proposée par monsieur le premier auditeur, la valeur économique de la perte de chance est de 10.265,46 euros HTVA (soit 205.309,36 euros HTVA/2 x10 %).

La partie adverse s'en réfère, pour le surplus, aux développements de son mémoire en réponse.

E. Dernier mémoire de la partie requérante

La requérante expose que le relevé produit par la partie adverse, en annexe de son dernier mémoire (pièce 14), « ne contient aucune référence pour l'année 2018 de sorte qu'il est incomplet et qu'il appartient à la partie adverse de produire un relevé pour l'année 2018 ».

Elle ajoute que le calcul du bénéfice escompté ne peut être fixé à 10 % du montant des honoraires perçus par l'adjudicataire dans le cadre de l'exécution du marché. Elle explique que la fixation de l'indemnité à 10 % du montant de la soumission est une règle qui a pour seul objectif de réduire à forfait la réparation du dommage subi, que celle-ci s'applique exclusivement aux marchés attribués par adjudication, dont le seul critère d'attribution est le prix, qu'il ne s'agit pas d'une évaluation *ex aequo et bono* du bénéfice pouvant être attendu d'un marché public, qu'une telle indemnisation porte atteinte au droit du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'obtenir une réparation plus importante de son préjudice, qu'elle est donc

d'interprétation stricte et qu'elle ne peut être étendue aux autres procédures. Elle affirme que l'extension de cette indemnisation forfaitaire aux autres procédures n'est pas conforme à la volonté du législateur qui n'a pas entendu réduire à un forfait le montant de l'indemnité réparatrice.

Elle établit, en conséquence, son préjudice comme il suit :

« Sur base d'un chiffre d'affaires de 205.309,36 € (sous réserve des procédures de 2018 comme exposé plus haut), d'une marge bénéficiaire de 40 % sur le recouvrement des créances communales, d'une perte de chance évaluée à 50 %, l'indemnité réparatrice pourra être établie comme suit :

$205.309,36 \text{ €} \times 40 \% \times 50 \% = 41.061,87 \text{ €} \text{ »}.$

Dans le dispositif de son dernier mémoire, elle demande, dès lors, que la partie adverse soit condamnée « à lui payer une indemnité réparatrice évaluée à la somme principale sous réserve de 41.061,87 €, à majorer du montant des honoraires pour les procédures de 2018 ($\times 40 \% \times 50 \%$), des intérêts compensatoires au taux légal depuis le 1^{er} juillet 2017 et des intérêts judiciaires moratoires ensuite, du jour du prononcé de l'arrêt à intervenir jusqu'à parfait paiement ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

La demande d'indemnité réparatrice se fonde sur l'article 11*bis*, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, inséré par la loi du 6 janvier 2014, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014, qui dispose que« [t]oute 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 ».

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).

Seule l'illégalité constatée par un arrêt prononcé dans le cadre du recours en annulation peut conduire à l'octroi d'une indemnité réparatrice et justifier la mise en œuvre du régime dérogatoire de responsabilité objective prévue par l'article 11*bis* précité.

Par l'arrêt n° 241.933 du 26 juin 2018, le Conseil d'État constate que les offres ont été comparées au regard d'un sous-critère d'attribution qui n'était pas prévu par le cahier spécial des charges et avait été expressément exclu par le pouvoir adjudicateur, méconnaissant ainsi les principes consacrés par l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Il appartient à la requérante de démontrer un lien de causalité entre l'illégalité ainsi constatée et le préjudice dont elle se plaint, cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par la partie adverse. En outre, l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11*bis* ne trouve 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. La charge de la preuve de l'existence de ce préjudice et la détermination du montant de l'indemnité réparatrice incombent également à la requérante.

La requérante expose que le préjudice subi consiste dans la perte du bénéfice escompté si le marché lui avait été attribué.

Pour établir le montant de ce préjudice, la requérante produit un certain nombre de pièces, des chiffres et une méthode de calcul tendant à établir la marge bénéficiaire qu'elle aurait pu générer en exécutant le marché.

La requérante établit, d'abord, une « note de calcul » qui vise à déterminer le chiffre d'affaires moyen d'un dossier de « recouvrement de créances communales » (soit 201,41 euros HTVA) qu'elle multiplie ensuite par le nombre de dossiers présumés qu'elle aurait reçus sur une période de trois ans (soit 3 x 350), si elle avait remporté le marché litigieux. Elle arrive à un montant total de 211.480,50 euros HTVA, censé représenter le chiffre d'affaires généré par l'exécution de ce marché pour les années 2016, 2017 et 2018. À titre subsidiaire,

comme mode alternatif de preuve devant servir à déterminer ce montant, la requérante demande à la partie adverse de communiquer le montant des honoraires effectivement perçus par l'étude de l'huissier de justice AVAUX dans le cadre de l'exécution du marché.

La partie adverse soutient, à titre principal, que la requérante ne démontre pas la réalité de son préjudice, en disputant les éléments de la « note de calcul ». Elle affirme que certaines opérations reprises dans la liste de la requérante ne sont pas d'application dans le cadre du marché litigieux, font double emploi ou sont surévaluées, voire sous-évaluées dans certains cas. La partie adverse fonde ces affirmations sur des annotations qui, selon ses déclarations, auraient été rédigées par l'huissier de justice AVAUX, attributaire du marché. Se référant à un « coût moyen des dossiers » que lui aurait transmis cet huissier de justice (soit 123,97 euros HTVA), la partie adverse fait valoir, à titre subsidiaire, que le montant du chiffre d'affaires pour les trois années d'exécution du marché à prendre en considération s'élève 130.168,50 euros HTVA (soit 123,97 euros HTVA x 3 x 350), au lieu du montant de 211.480,50 euros HTVA avancé par la requérante. En annexe de son dernier mémoire, la partie adverse produit, à la demande de l'auditeur chargé de l'instruction de l'affaire, le relevé des sommes payées à l'étude de l'huissier de justice AVAUX dans le cadre du marché litigieux, lesquelles s'élèvent au total à un montant de 205.309,36 euros HTVA. Ce montant est retenu, à titre infiniment subsidiaire, par la partie adverse comme base de calcul pour déterminer le préjudice subi par la requérante.

Dans son dernier mémoire, la requérante s'appuie également sur ce dernier montant pour calculer son préjudice, tout en exigeant de la partie adverse qu'elle produise le relevé des honoraires payés pour l'année 2018, lesquels n'apparaissent pas dans le document produit par la partie adverse. Quelques jours avant l'audience, la partie adverse transmet, à la demande de l'auditeur rapporteur, un courrier signé par l'huissier de justice AVAUX qui « atteste n'avoir reçu aucun dossier de la ville de Tubize pour l'année 2018 ».

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que la requérante n'établirait pas la réalité de son préjudice, mais ne produit elle-même, pour contester les éléments fournis dans la requête et ses annexes, que des annotations manuscrites, très succinctes et dont l'auteur n'est pas identifié. L'affirmation selon laquelle le « coût moyen des dossiers » s'élèverait, en réalité, à 123,97 euros n'est aucunement détaillée et semble concerner « des dossiers de la Région wallonne », dont il n'est pas démontré qu'ils présentent les mêmes caractéristiques que les dossiers de « recouvrement des créances de la ville de Tubize », l'extrait produit, dans le

mémoire en réponse, mentionnant expressément que « ce contentieux [de la Région wallonne] permet le solde de nombreux dossiers sur mise en demeure ».

Dans ce contexte où les parties s'opposent sur l'évaluation du coût moyen d'un dossier, il y a lieu, pour évaluer le préjudice subi par la requérante, de prendre comme base de calcul le montant de 205.309,36 euros HTVA, correspondant aux honoraires effectivement perçus par l'adjudicataire pour l'exécution du marché litigieux. Ainsi que l'expose monsieur le premier auditeur dans son rapport :

« S'agissant de l'évaluation du préjudice subi par la requérante, on observe que les parties s'opposent sur l'évaluation du coût moyen d'un dossier. Par contre, comme le marché litigieux est totalement exécuté, la partie adverse est à même de déterminer le montant total des sommes payées à l'adjudicataire, la S.P.R.L. "Huissier Avaux", pour les années 2016, 2017 et 2018 dans le cadre du marché public litigieux. Ce montant est le seul qui, en l'espèce, puisse servir de base pour évaluer le préjudice subi par la requérante, parce qu'il est le seul qui présente le mérite d'être précis et incontestable [...] ».

Il convient, par ailleurs, de constater que ce montant de 205.309,36 euros HTVA n'est pas très éloigné des prévisions établies par la requérante sur la base de sa « note de calcul ».

Quant à la marge bénéficiaire susceptible d'être réalisée sur le montant précité, la requérante avance un taux de 40%. Elle reste cependant en défaut de démontrer que ce taux particulièrement élevé devrait être appliqué au marché litigieux. Comme le relève la partie adverse, l'« Extrait comptable » qu'elle produit est manifestement incomplet et ne peut être pris en considération, ce d'autant qu'à suivre le raisonnement de la requérante, il devrait être tenu compte du « contentieux » en cause, à savoir « le recouvrement de créances communales » alors que le document en question ne livre aucune information sur ce type de contentieux.

En l'absence d'estimation vérifiée contradictoirement, il convient de fixer le bénéfice escompté sur le marché litigieux à 10 % du chiffre d'affaires généré dans le cadre de l'exécution du marché litigieux. Certes, comme le relève la requérante, le législateur n'a, à la différence de la procédure d'adjudication, pas prévu de montant d'indemnité forfaitaire lorsqu'un soumissionnaire est irrégulièrement évincé à l'occasion d'un marché passé par appel d'offres ou en procédure négociée. Force est toutefois de constater qu'en fixant à 10 % l'indemnité forfaitaire due au soumissionnaire irrégulièrement évincé (article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services), il a procédé à une évaluation *ex aequo et bono* du bénéfice pouvant être attendu d'un

marché public. Il peut d'ailleurs être relevé que c'est déjà le même pourcentage qui avait été retenu par l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et qui le sera par l'article 16 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. La circonstance que le marché est attribué, en appel d'offres ou en procédure négociée, à l'offre économiquement la plus avantageuse est, en règle, sans incidence sur le pourcentage de bénéfice pouvant en être attendu. L'article 11bis des lois coordonnées, qui impose au Conseil d'État de tenir compte des intérêts publics et privés, permet le recours à une telle méthode, pour éviter de longues et coûteuses expertises qui seraient nécessaires à l'établissement du dommage exactement subi. En effet, ainsi qu'il a été souligné ci-avant, l'indemnité réparatrice constitue une notion autonome se distinguant en particulier de la réparation du dommage sur la base des articles 1382 à 1386 du Code civil.

En l'espèce, un taux de marge bénéficiaire de 10 % sur le montant de 205.309,36 euros HTVA doit, en conséquence, être retenu, soit un montant de 20.530,94 euros.

Pour ce qui concerne le lien de causalité, la requérante ne prétend pas que, sans l'illégalité constatée par l'arrêt n° 241.933 du 26 juin 2018 – qui conclut à l'irrégularité de l'examen des offres sur la base d'un sous-critère d'attribution non prévu par le cahier spécial des charges et expressément exclu par le pouvoir adjudicateur, elle aurait nécessairement obtenu le marché. Un autre concurrent était en lice et le marché lui a *in fine* été attribué. En revanche, comme le soutient la requérante, il peut être tenu pour établi que l'illégalité constatée a fait disparaître une probabilité, pour elle, d'obtenir le marché. Le préjudice consiste dès lors dans cette perte de chance d'obtenir le marché et partant le bénéfice escompté lors de son exécution.

Quant à l'évaluation de cette perte de chance, les parties conviennent qu'il n'est pas possible de déterminer la manière dont les offres auraient été évaluées sans l'irrégularité commise. Les deux offres, dont celle de la requérante, ont été considérées comme complètes et régulières; les deux soumissionnaires en lice avaient donc une chance d'obtenir le marché. Dès lors qu'il ne peut être raisonnablement considéré que la requérante avait plus ou moins de chances d'emporter le marché que son seul concurrent si l'irrégularité en cause n'avait pas été commise, cette chance peut être évaluée à 50 %.

L'indemnité réparatrice s'établit dès lors à 50 % de 20.530,94 euros, soit à un montant de 10.265,47 euros.

Quant aux intérêts, la requérante demande que le montant de l'indemnité à lui accorder soit majoré des intérêts au taux légal depuis le 1^{er} juillet 2017. Elle distingue les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires, qui sont les uns et les autres des montants destinés à réparer le préjudice résultant du paiement différé d'une créance à laquelle elle a droit. Les intérêts compensatoires compensent le délai qui s'écoule entre la survenance du dommage et le moment où le juge fixe le montant de la réparation, transformant ainsi une créance de valeur en une créance de somme. Les intérêts judiciaires moratoires sont dus à partir de la décision de justice jusqu'au complet paiement.

La présente demande fondée sur l'article 11*bis* des lois coordonnées tend à la réparation d'un dommage résultant d'une illégalité constatée par le Conseil d'État. Saisi d'une telle demande, le Conseil d'État peut accorder à la requérante des intérêts compensatoires à partir de la date de la décision d'attribution du marché litigieux (en l'espèce, le 20 mai 2016), qui peut être considérée comme la date de la survenance du dommage, ainsi que des intérêts moratoires, à partir de l'arrêt à intervenir jusqu'au complet paiement. Toutefois, il y a lieu de prendre en compte que la requérante limite le point de départ de sa demande de calcul des intérêts compensatoires à la date du 1^{er} juillet 2017.

V. Demande de confidentialité

La partie adverse demande, pour ne pas nuire au secret des affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises, la confidentialité des pièces qui figurent dans le « dossier administratif confidentiel » qu'elle a déposé et qui contient les offres des soumissionnaires et le complément d'offre transmis par la requérante. Il s'agit des pièces A, B et C de ce dossier. Elle indique « par ailleurs et plus fondamentalement » que certaines informations figurant dans la pièce D contiennent des données confidentielles, telles que les noms et prénoms de ses débiteurs. Elle précise cependant produire en pièce 14 de son dossier administratif les extraits non confidentiels de la pièce D.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État, cette demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

VI. Indemnité de procédure

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Une indemnité réparatrice de 10.265,47 euros est accordée à la requérante, à charge de la partie adverse, augmentée des intérêts compensatoires calculés au taux légal depuis le 1^{er} juillet 2017 et des intérêts moratoires calculés au taux légal depuis la date de l'arrêt à intervenir jusqu'à complet paiement.

Article 2.

La partie adverse 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 requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 15 juin 2021 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky