CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 256.104 du 22 mars 2023

A. 227.582/VI-21.437

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée INTERMEDIANCE & PARTNERS**,
ayant élu domicile chez
M^es Marc UYTTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles,

contre :

l'Intercommunale de Santé Publique du Pays de Charleroi, en abrégé **l'I.S.P.P.C.**,
ayant élu domicile chez
M^e Olivier JADIN, avocat,
rue Jules Destrée 72
6001 Marcinelle.

Partie intervenante :

la société anonyme VENTURIS,
ayant élu domicile chez
M^e Cédric MOLITOR, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 avril 2019, la SCRL Intermediance & Partners demande l'annulation de « la décision du 4 février 2019 du Conseil d'Administration de l'Intercommunale de Santé Publique du Pays de Charleroi d'attribuer le marché "Recouvrement créances ISPPC SCRL" à la SA Venturis, à la suite du retrait de la première décision d'attribution adoptée le même jour ».

II. Procédure

Par une requête introduite le 25 mars 2019, la SA Venturis demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Un arrêt n° 244.166 du 3 avril 2019 a accueilli la requête en intervention introduite par la SA Venturis, rejeté la demande de suspension d'extrême urgence, décidé que les pièces A et B du dossier de la requérante, le volet II du dossier administratif et la pièce 3 de la partie intervenante demeureraient, à ce stade de la procédure, confidentiels et liquidé les dépens.

Le dossier administratif a été déposé.

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

M. Denis Delvax, premier 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 10 septembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 octobre 2021.

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

M^e^ Marie Bazier, *loco* M^e^ Olivier Jadin, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Cédric Molitor, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu 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

Les faits utiles à l'examen du recours sont exposés dans l'arrêt n° 244.166 prononcé par le Conseil d'État le 3 avril 2019. Il y a lieu de s'y référer, l'examen de la cause dans le cadre de la procédure au fond n'appelant pas d'autres précisions à ce sujet.

IV. Intervention

En tant qu'attributaire du marché litigieux, la SA Venturis a intérêt à intervenir. Il y a donc lieu d'accueillir sa requête en intervention.

V. Troisième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un troisième moyen, pris de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que de 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.

Elle indique qu'il ressort du cahier des charges et des réponses données en cours de procédure qu'il appartient aux soumissionnaires de supporter les frais judiciaires non remboursés par les débiteurs ; qu'une telle obligation n'est pas conforme à la réglementation applicable en matière de tarification des frais judiciaire; que les soumissionnaires ont dû présenter un prix ne comprenant pas les frais judiciaires irrécupérables, qu'ils devront supporter eux-mêmes (insolvabilité, règlement collectif de dettes ou faillite); que l'arrêté royal du 30 novembre 1976 défend aux huissiers de justice « de partager leurs droits, frais ou déboursés avec des tiers hormis des confrères […] et d'accorder à leurs clients une remise partielle ou totale de leurs droits, frais ou déboursés »; et qu'en contraignant les soumissionnaires à supporter certains frais judiciaires, le cahier spécial des charges viole l'arrêté royal susvisé.

Elle ajoute que, dans la note d'observations déposée dans la procédure

en suspension, la partie adverse a relevé que le soumissionnaire peut couvrir un tel risque dans la définition du montant forfaitaire proposé par dossier, que la société Venturis assumera les frais de l'huissier au tarif prescrit par l'arrêté royal de 1976 et, subsidiairement, que la prestation est indirectement payée par la partie adverse, le coût des actes étant intégré dans le prix; que, premièrement, la partie adverse admet que c'est aux soumissionnaires qu'il revient de couvrir le risque et d'appréhender cette couverture; que, deuxièmement, la requérante, qui est une association d'huissiers de justice, ne peut agir comme la société Venturis; que la requérante ne peut supporter elle-même des frais judiciaires; que le cahier des charges crée donc une différence de traitement injustifiée; que, troisièmement, le cahier des charges ne laissait pas sous-entendre que le coût des frais judiciaires serait indirectement pris en charge par le pouvoir adjudicateur; que la motivation de l'arrêt n° 244.166 ne la convainc pas; que le fait de favoriser un règlement amiable ne peut exclure que des frais judiciaires soient encourus; et qu'elle peut valablement quereller le cahier des charges dans le cadre du recours dirigé contre l'acte attaqué.

Faisant écho à l'arrêt n° 244.166 du 3 avril 2019 statuant, en extrême urgence, sur la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué en la présente cause, la requérante fait valoir ce qui suit :

« 22. Lors du recours en extrême urgence introduit par la requérante, ce troisième moyen avait déjà été soulevé. À cette occasion, la partie adverse relevait dans sa note de défense que :

" (…) le soumissionnaire peut couvrir ce risque dans le cadre de la définition du montant forfaitaire proposé par dossier. Il revient donc aux soumissionnaires d'appréhender au mieux cette couverture pour se confronter à la tarification de l'Arrêté Royal du 30.11.1976. (…)

La SA VENTURIS spécifie clairement dans ledit courrier son attitude à l'encontre des frais qui seraient dépensés en pure perte précisant qu'en cas d'insolvabilité imprévisible, qui sont extrêmement rares, elle assumera les frais de l'huissier au tarif prescrit par l'Arrêté Royal de 1976. (…)

À titre subsidiaire, il y a lieu de constater que le cahier spécial des charges ne remet nullement en cause l'Arrêté Royal de 1976 et que si la prestation n'est certes pas payée directement par la partie adverse, le coût des actes exercés par l'huissier en sa qualité d'officier public, est intégré dans le prix des différents soumissionnaires et est donc couvert indirectement."

Trois observations s'imposent selon la requérante :

Premièrement, ainsi que l'admet la partie adverse, c'est bien aux soumissionnaires qu'il appartient de couvrir le risque et d'appréhender cette couverture. Cela signifie donc qu'ils doivent pouvoir supporter au mieux ce risque en présentant un prix avantageux qui ne reprend pas l'éventualité de percevoir de la part du pouvoir adjudicateur le paiement des frais judiciaires irrécupérables.

Deuxièmement, le pouvoir adjudicateur soutient que l'attributaire s'engage, en cas de dépenses exposées en pure perte, à assumer les frais d'huissiers qu'elle contracterait. Celle-ci aurait, selon le rapport d'analyse des offres, établi un protocole de collaboration avec ses huissiers de justice sous-traitants. Il n'est pas interdit à la SA VENTURIS de supporter les frais d'huissiers qui ne seraient pas payés par le pouvoir adjudicateur, du moment qu'elle honore les frais d'huissiers

déboursés.
Cependant, force est de constater que certains soumissionnaires ne sont pas dans la même situation que l'attributaire, qui est une société de recouvrement. La partie requérante, qui est une association d'huissiers de justice ne peut supporter elle-même des frais judiciaires, même si ceux-ci sont partiels, sans violer l'arrêté royal du 30 novembre 1976. Le cahier des charges, tel que libellé, ne s'applique pas de la même manière à l'ensemble des soumissionnaires et crée une différence de traitement injustifiée.
Troisièmement, la partie adverse indique que certaines prestations ne seront pas payées directement par elle, mais que les coûts sont couverts indirectement.
Cela est pourtant contradictoire avec les conditions du marché qui ont été préalablement annoncées aux soumissionnaires puisqu'il était clairement indiqué que "les frais judiciaires non récupérés auprès du débiteur ne seront pas pris en charge par l'Adjudicateur". Il était donc attendu que les soumissionnaires présentent un prix ne couvrant par les frais judiciaires non récupérés. L'on peine à comprendre comment les coûts peuvent être pris en compte par le pouvoir adjudicateur indirectement dès lors qu'il est annoncé aux soumissionnaires qu'ils ne doivent pas les prévoir dans l'établissement de leur prix.
À supposer que les frais présentés seraient tout de même couverts indirectement, rien n'indique que l'entièreté de ces frais est indirectement prise en compte. L'arrêté royal du 30 novembre 1976 interdit pourtant également toute remise partielle sur les frais judiciaires accomplis par les huissiers de justice.

23. Votre Conseil a jugé ce qui suit au contentieux de la suspension :
"Ainsi que l'indique le cahier spécial des charges (III.1.2.1. 'Description de la mission'), l'adjudicataire doit 'privilégier un règlement amiable des dossiers dans des délais raisonnables', l'objectif étant d''entamer la récupération judiciaire lorsque les démarches amiables suffisantes ont échoué pour autant que les dossiers aient une réelle chance d'aboutir à un apurement du principal mais aussi des frais exposés'. (…)
Il est donc attendu des soumissionnaires qu'ils prévoient, dès l'établissement de leur offre, de privilégier la phase amiable en limitant le recours à la phase judiciaire et, tenant compte de leur expertise en lien avec l'objet du marché, de déterminer le risque d'être confrontés *in fine* à un débiteur insolvable en l'intégrant dans le prix forfaitaire.
Dès lors que les soumissionnaires devaient remettre un prix intégrant l'éventualité de devoir supporter des frais judiciaires irrécupérables, il suffit de considérer, dans les limites de l'examen auquel il peut être procédé en extrême urgence, que l'affirmation de la requérante selon laquelle 'le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires doivent supporter eux-mêmes les frais judiciaires non remboursés par les débiteurs' est inexacte" […].
La partie requérante ne peut suivre la considération de Votre Conseil établie *prima facie*.
L'adjudicataire a entendu, dans son cahier spécial des charges, privilégier le traitement amiable des dossiers. La manière de traiter les dossiers à venir se rapporte à l'exécution du marché. Cela ne doit pas être confondu avec les exigences d'établissement du prix. Ainsi, même s'il est attendu des soumissionnaires qu'ils privilégient la phase amiable, de manière à éviter tous frais judiciaires non remboursés, le risque ne de pas percevoir ces frais ne peut être exclu.
Conformément au cahier spécial des charges, le prix présenté ne peut inclure le remboursement de certains frais judiciaires, ce qui est contraire au prescrit de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que l'objet du marché est la récupération de

créance et non la désignation d'huissiers de justice et qu'il ressort du cahier des charges qu'elle privilégie une approche négociée doublée d'une économie de frais et de procédure; que la partie adverse a entendu limiter la phase judiciaire sauf s'il y a une quasi-certitude de pouvoir récupérer les montants en jeu; que l'objectif est d'éviter des frais et procédures inutiles qui permettraient aux huissiers d'effectuer des actes inutiles ou frustratoires; que le soumissionnaire qui assume correctement la phase amiable peut recueillir des informations sur le débiteur; que le nombre de cas où un risque d'absence de couverture des frais judiciaires risque de survenir est donc limité; que ce risque doit être appréhendé de manière statistique par les soumissionnaires qui disposent d'une expérience dans le domaine; que le soumissionnaire peut donc couvrir ce risque dans le cadre de la définition du montant forfaitaire proposé par dossier; que le courrier de justification de la requérante reconnaît que la phase judiciaire représente une fraction minime et que cette phase entraîne des honoraires légaux qu'elle devra prendre en considération et définit une marge bénéficiaire brute lui permettant de couvrir ce risque d'insolvabilité accidentel; que la requérante avait donc parfaitement appréhendé l'illégalité ici dénoncée; que la société Venturis expose, dans son courrier de justification de prix, que la priorité sera donnée au règlement amiable, qu'elle procède à une analyse de solvabilité et demande à ses partenaires huissiers d'y procéder également et qu'elle assumera bien ces frais; qu'il est étonnant que la requérante ait remis une offre alors qu'elle avait parfaitement compris la portée de l'obligation; et que le cahier des charges ne remet pas en cause l'arrêté royal du 30 novembre 1976 puisque le coût des actes exercés par l'huissier en qualité d'officier public est intégré dans le prix proposé et est donc indirectement couvert.

Elle ajoute que l'arrêt n° 244.166 a bien indiqué que « l'affirmation de la requérante selon laquelle "le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires doivent supporter eux-mêmes les frais judiciaires non remboursés par les débiteurs" est inexacte »; que ce motif doit être confirmé ; qu'en effet, le risque d'insolvabilité accidentelle d'un débiteur en phase judiciaire pouvait être pris en compte par le soumissionnaire pour fixer le prix de son offre; que l'argument selon lequel tous les soumissionnaires ne seraient pas dans la même situation est erroné; que l'objet du marché est la récupération de créances et le cahier des charges s'applique à tous les soumissionnaires; que la différence de traitement ne découle que de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 dont la partie adverse n'est pas responsable; qu'il ne peut être contesté que l'objectif de privilégier la voie amiable et de limiter la voie judiciaire aux seuls dossiers « solvables » est légitime et que le cahier des charges permet d'atteindre ce but; que la requérante pouvait évaluer le risque d'insolvabilité accidentelle et l'intégrer à son prix par dossier, comme n'importe quel autre soumissionnaire; que chaque soumissionnaire doit veiller à

intégrer l'intégralité de ces frais dans le prix qu'elle propose, ce que la requérante a certainement fait; que l'attributaire devra effectuer une recherche approfondie sur la solvabilité des débiteurs, de sorte que le risque d'encourir des frais non couverts est limité et le risque peut être intégré dans le prix; que la prise en compte du risque d'insolvabilité ne relève pas de l'exécution du marché mais de la fixation du prix; que c'est à chaque soumissionnaire d'apprécier ce risque et de déterminer un prix; et que le cahier des charges énonce bien que le prix proposé doit intégrer tous les frais, ce qui permet d'intégrer le risque d'insolvabilité accidentelle du débiteur.

C. Mémoire en intervention

L'intervenante renvoie à la note d'observations de la partie adverse et ajoute que le marché couvre la phase amiable et la phase judiciaire; que le cahier des charges indiquait bien qu'il s'agit de privilégier la phase amiable, de cerner la solvabilité des débiteurs, de filtrer les dossiers et d'entamer les poursuites lorsque les démarches amiables ont échoué et qu'il y a une réelle chance d'aboutir à un apurement du principal et des frais exposés; que les soumissionnaires devaient remettre un prix forfaitaire par dossier, couvrant l'ensemble des prestations; que le marché tend donc à éviter les risques d'insolvabilité; que les soumissionnaires devaient donc intégrer un tel risque dans le prix proposé; que le prix proposé par la partie intervenante inclut ce risque, ce qu'elle a expliqué dans la justification de son prix; qu'il ressort des écrits de la partie adverse que la requérante a fait de même; que la requérante ne peut donc soutenir que les soumissionnaires ont dû remettre un prix ne comprenant pas les frais judiciaires irrécupérables; que le Conseil d'État a considéré ce moyen comme non sérieux dans son arrêt n° 244.166; et que le risque de ne pas percevoir les frais judiciaires n'existe pas puisque ce risque a dû être intégré statistiquement dans le prix proposé.

D. Mémoire en réplique

La requérante réplique que le fait de favoriser la phase amiable n'a pas d'incidence sur la question de savoir qui supporte les frais de justice non remboursés par les débiteurs; que le caractère limité des cas de défaillance des débiteurs n'exclut pas leur existence; que le fait de demander à un huissier de supporter un tel coût est contraire à l'arrêté royal du 30 novembre 1976; que, dans une réponse à une question, le pouvoir adjudicateur a bien indiqué qu'il ne supportera pas les frais judiciaires irrécupérables non récupérés auprès des débiteurs; que les soumissionnaires ont dû présenter un prix ne comprenant pas les frais judiciaires étant donné qu'ils devraient les supporter eux-mêmes; que l'arrêt du Conseil d'État est donc fondé sur une lecture inexacte des faits; que, premièrement, c'est bien le

soumissionnaire qui doit proposer un prix couvrant le risque; que, deuxièmement, la requérante ne peut supporter elle-même ces frais en vertu de l'arrêté royal du 30 novembre 1976; et que, troisièmement, puisqu'il est indiqué que les frais non recouvrés ne seront pas payés par le pouvoir adjudicateur, les prix proposés n'ont pas pu inclure ceux-ci, de sorte que ces frais ne sont pas indirectement couverts.

E. Dernier mémoire de l'intervenante

L'intervenante ne formule plus d'observations à propos du troisième moyen.

F. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse ne formule plus d'observations à propos du troisième moyen.

G. Dernier mémoire de la requérante

La requérante formule les observations suivantes :

« -6. La partie requérante ne peut suivre le raisonnement de Monsieur le Premier Auditeur.
Il est inexact d'affirmer que la partie requérante n'aurait pas intérêt au moyen au seul motif que la situation de la partie intervenante n'est pas plus favorable que la sienne.
Monsieur le Premier Auditeur ne tient pas compte du faire que la partie requérante est une association d'huissiers de justice, au contraire de la partie intervenante qui est une société de recouvrement. Il en découle que, à l'inverse de la partie requérante, la partie intervenante n'est pas tenu au respect de l'arrêté royal du 30 novembre 1976.
Leur situation ne peut donc être comparée.
En l'occurrence, la partie requérante ne peut supporter les frais judiciaires sans violer l'arrêté royal du 30 novembre 1975. La partie intervenante, si elle honore effectivement les frais judiciaires déboursés par les huissiers avec lesquels elle collabore, ne viole pas ce même arrêté.
La partie requérante a donc bien intérêt à contester le cahier spécial des charges.
La partie adverse reconnait elle-même, dans son dernier mémoire, que : "Il ne faut pas oublier qu'au contraire de la partie requérante, la partie intervenante n'est pas une étude d'huissiers et qu'elle n'a donc pas à intégrer ces coûts de poursuite judiciaire, au contraire de la partie requérante".
Dans son rapport sur l'affaire, Monsieur le Premier Auditeur ne répond pas à la question de savoir si le fait de demander à un huissier de supporter les coûts de la phase judiciaire est contraire ou non à l'arrêté royal du 30 novembre 1976. Il ne se prononce pas sur la régularité de la composition du prix prévue dans le cahier spécial des charges.
La partie requérante maintient sa position telle qu'exposée dans sa requête en annulation (points 21 à 24) et dans son mémoire en réplique (points 9 à 11) selon laquelle le cahier spécial des charges, en prévoyant que les soumissionnaires doivent supporter eux-mêmes les frais judiciaires non remboursés par les

débiteurs, n'est pas conforme à la règlementation applicable en matière de tarification des frais judiciaires.
Enfin, Votre Conseil s'est récemment prononcé dans une affaire similaire en jugeant qu'il est contraire à l'arrêté du 30 novembre 1976 de solliciter que les huissiers déterminent à l'avance un prix forfaitaire qui inclut notamment des tâches monopolistiques à accomplir, dès lors que ces coûts varient d'un cas à l'autre et que cet arrêté oblige les huissiers de justice à imputer les frais réellement exposés (RvS, n° 247.073, du 18 février 2020).
A la suite de cet arrêt, la Chambre Nationale des huissiers de justice a publié un avis dans lequel elle rappelle que le principe d'un forfait dans le cadre d'un marché mixte été reconnu comme contraire au tarif légal (…).
Elle indique également :

> "Il arrive souvent que, dans le cadre des marchés publics des recouvrement de créances, il soit demandé aux soumissionnaires de proposer un forfait. Ce n'est pas en soi étonnant vu qu'il permet de maximiser la prévisibilité des coûts pour le pouvoir adjudicateur et de faciliter une comparaison des prix entre les différents soumissionnaires.
>
> La question s'est rapidement posée de savoir si le principe du forfait était facilement compatible avec la comptabilisation des coûts dans la phase judiciaire. Dans la présente affaire, la Chambre nationale était d'avis que cela n'était pas le cas, et que le forfait rendait possible la pratique du 'no cure, no pay' déguisé.
>
> (…)
>
> Le Conseil d'État considère qu'il n'est pas acceptable que les prestations tarifiées, qui sont portées en compte à l'avance pour la fixation du forfait, mais qui dans un dossier précis ne sont pas exécutées, soient post factum requalifiées en prestations non tarifées.
>
> Cette sorte de système de vases communicants par le biais duquel des actes ministériels budgétés mais non réalisés à la conclusion du dossier sont censés faire partie de la marge commerciale dégagée au travers du coût des tâches résiduelles, est par conséquent inacceptable.
>
> Je profite de l'occasion pour rappeler de manière ferme que toute pratique constitutive de 'no cure, no pay' est légalement et formellement interdite dans le cadre de la sphère judiciaire et que chaque transgression sera poursuivie par toutes les voies de droit possibles".

En l'espèce, le cahier spécial des charges prévoit que le critère prix porte sur un montant forfaitaire par dossier qui se rapporte uniquement à la seule phase amiable du dossier, étant donné que les soumissionnaires doivent supporter les frais judiciaires non récupérés auprès de débiteurs (…).
Il s'agit donc bien d'une pratique interdite qui viole l'arrêté du 30 novembre 1976. Il en résulte que l'enseignement de l'arrêt n° 247.073 et la portée de l'avis de la Chambre nationale des huissiers de justice s'appliquent au cas d'espèce.
Le moyen est fondé ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En substance, le troisième moyen dénonce les conditions de fixation du prix à proposer par les soumissionnaires, telles que les définissent les documents du marché. La requérante soutient que ces conditions seraient contraires aux prescriptions de 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, dans la mesure où elles impliquent la prise en charge – par l'opérateur économique choisi pour exécuter le marché litigieux – de frais qu'il

serait interdit aux huissiers de supporter, en vertu de l'article 2, 3° et 4°, de cet arrêté royal. Outre le grief de méconnaissance de cette disposition qu'exprimait déjà la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué introduite et traitée en extrême urgence, est spécialement formulé et développé, dans la requête en annulation, celui d'une atteinte à l'égalité entre les soumissionnaires : cette atteinte résulterait – selon la requérante – de ce que les modalités de fixation du prix imposées par les documents du marché et entrant en ligne de compte pour la comparaison des offres au regard du premier des critères d'attribution du marché, seraient à l'origine d'une différence de traitement entre, d'une part, les soumissionnaires qui – telle la requérante – déposent offre en tant qu'association d'huissiers et, d'autre part, ceux qui – à l'instar de l'intervenante – sont des sociétés de recouvrement. Elle fait plus particulièrement valoir, à ce sujet, que les premiers, à la différence des seconds, ne peuvent supporter eux-mêmes des frais judiciaires (même partiels) sans violer la disposition précitée de l'arrêté royal du 30 novembre 1976.

Lu, ou non, en combinaison avec celui de la violation de l'arrêté royal du 30 novembre 1976, le grief particulier de l'atteinte à l'égalité des soumissionnaires différencie le troisième moyen de la requête en annulation du troisième moyen soulevé à l'appui de la demande de suspension et sur lequel se prononce l'arrêt n° 244.166 du 3 avril 2019. La partie adverse l'a expressément relevé au point 27 de son mémoire en réponse. Ce troisième moyen doit donc être traité en tenant compte des écrits de procédure et débats propres à la procédure au fond. C'est précisément au regard du grief de l'atteinte à l'égalité entre les soumissionnaires qu'est principalement examiné le moyen.

L'article I.4 des dispositions administratives du cahier spécial des charges est libellé comme suit :

« Le présent marché consiste en un marché à bordereau de prix.
Le marché à bordereau de prix est celui dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre.
(…)
Le soumissionnaire est censé avoir compris dans les prix, tant unitaires que globaux, tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci.
Ainsi, sont inclus, notamment :
1- Les frais de transport et d'assurance.
2- Les frais administratifs et de secrétariat.
3- Les obligations imposées à l'adjudicataire par l'Adjudicateur dans les "conditions techniques" du présent cahier des charges.
4- Tous droits, taxes, accises ou impositions quelconques à l'exception de la

TVA. »

Par ailleurs, les échanges de “questions-réponses” survenus dans le cours de la procédure de passation du marché litigieux livrent notamment les éléments suivants, que la partie adverse considère elle-même comme faisant partie intégrante du cahier spécial des charges :

« Question 1 :
Point I.10 Critères d'attribution- le critère “coût” à renseigner dans l'inventaire porte sur “un montant forfaitaire par dossier” :
Cela vise-t-il bien un montant forfaitaire par dossier pour la seule phase amiable ?
Réponse : Ce marché vise le recouvrement des créances de l'I.S.P.P.C. s.c.r.l. Nous attendons que vous nous fassiez la proposition la moins-disante. Le montant forfaitaire par dossier couvre le traitement d'un dossier depuis sa transmission jusqu'à sa clôture par l'I.S.P.P.C. s.c.r.l.
(…)
Question 27 :
Point III.1.2 Mission attendue - Nous comprenons bien que tous les frais judiciaires non récupérés auprès du débiteur sont pris en charge par l'Adjudicateur. Est-ce bien correct ?
Réponse : les frais judiciaires non récupérés auprès du débiteur ne seront pas pris en charge par l'Adjudicateur étant donné que nous attendons clairement de l'Adjudicateur [*sic*] qu'il ne propose à l'ISPPC scrl que les dossiers présentant suffisamment de chances d'aboutir en phase judiciaire grâce à la bonne qualité de leur enquête de solvabilité ».

Enfin, l’article 2 de 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 est libellé comme suit :

« Il est défendu aux huissiers de justice :
1° d'exiger pour les actes prévus au présent tarif, des droits, vacations, déboursés, indemnités de déplacement ou frais plus élevés que ceux qui y sont fixés ;
2° de conserver plus d'un mois des sommes remises en paiement par un débiteur pour compte d'un créancier.
Il ne peut être dérogé à cette règle qu'en cas d'opposition ou de saisie-arrêt signifiée avant l'expiration du délai précité ;
3° de partager leurs droits, frais ou déboursés avec des tiers hormis des confrères;
4° d'accorder à leurs clients une remise partielle ou totale de leurs droits, frais ou déboursés ».

Il doit être relevé d’emblée, s’agissant du risque de méconnaissance de l’arrêté royal du 30 novembre 1976, que la partie adverse le tient pour limité, en raison de ce que les soumissionnaires seraient censés évaluer la probabilité de ne pas récupérer certains frais de justice.

La mesure dans laquelle les soumissionnaires intégreront, conformément aux prescriptions litigieuses, cet aléa dans le calcul du montant forfaitaire par dossier et la mesure dans laquelle il sera répercuté sur la partie adverse ne permettent

toutefois pas d'exclure qu'une prise en charge, même limitée, incombe bien à l'attributaire du marché, ce qui – si celui-ci est soumis aux obligations fixées par l'arrêté royal du 30 novembre 1976 – le placera en situation de méconnaissance des obligations lui incombant en vertu de cet arrêté. Même en le minimisant, la partie adverse ne conteste pas, en tant que tel, l'effet que peuvent avoir les prescriptions critiquées quant à une telle méconnaissance de ces obligations réglementaires : en admettant, en effet, au point 40 du mémoire en réponse qu'un risque d'insolvabilité ne peut être écarté, elle reconnaît, implicitement mais certainement, que l'évaluation de ce risque est elle-même aléatoire et peut être sous-estimée à l'épreuve de l'exécution du marché. En outre, et dès lors que les frais irrécupérables *in fine* peuvent ainsi s'avérer plus importants que ceux qui – au titre de la probabilité – ont été intégrés dans la fixation du montant forfaitaire par dossier, le risque de méconnaissance de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 ne pourrait être totalement prévenu que par l'intégration d'un montant de frais sensiblement plus élevé que celui recommandé par l'étude de probabilité, ce qui confronterait les soumissionnaires obligés de procéder de la sorte en raison des obligations que leur impose cet arrêté royal à un désavantage concurrentiel inévitable dans la fixation de leur prix et suffirait déjà à attester – dès ce stade – la différence de traitement que dénie la partie adverse.

C'est au regard des prescriptions litigieuses des documents du marché, mais également de leur portée et de leurs effets tels qu'impose de les prendre en considération leur lecture combinée avec celles des dispositions de l'arrêté royal du 30 novembre 1976, qu'il y a lieu de statuer sur le moyen soulevé et débattu dans le cadre de la présente procédure en annulation.

A. Quant à la recevabilité du moyen

La partie adverse conteste la recevabilité de ce moyen qu'elle estime tardif, déclarant s'interroger sur la raison pour laquelle la requérante a remis offre dans le cadre d'un marché prétendument illégal.

Un arrêt n° 152.173, prononcé par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif (alors dénommée section d'administration) du Conseil d'État le 2 décembre 2005 en cause de s.a. Labonorm c/ Province de Flandre orientale, retient notamment ce qui suit :

« Considérant qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive

d’attribution de ce marché, n’apparaît plus à l’égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une “décision préalable”, parce qu’elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d’attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief; que c’était le cas en l’espèce dès lors que la partie requérante, vu la prescription du cahier spécial des charges qui requérait la possession d’un certificat ISO-9002 dont elle ne disposait pas, pouvait s’attendre à ce que son offre fût refusée et que le marché ne lui fût pas attribué ;
Considérant que la faculté d’introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d’adopter le cahier spécial des charges n’empêche pas que les irrégularités qu’un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu’à l’appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l’illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d’État, elle n’a pas attaqué en tant que telle la décision d’adopter le cahier spécial des charges ;
Considérant que l’exception d’irrecevabilité est dès lors rejetée ».

Il se déduit de cet arrêt – sauf à en priver de sens l’enseignement jurisprudentiel – que la partie requérante peut soulever un moyen dénonçant l’illégalité des documents du marché à l’appui d’un recours dirigé contre la décision d’attribution.

En déposant offre, la requérante ne peut être présumée ni avoir accepté la légalité des conditions de fixation des prix qu’elle critique au travers du moyen, ni *a fortiori* avoir renoncé à critiquer ces conditions dans le cadre d’un recours à diriger, le cas échéant, contre la décision d’attribution du marché.

De manière plus générale, la sanction de l’irrecevabilité du moyen qui – selon la partie adverse – devrait s’attacher à l’absence d’objection adressée au pouvoir adjudicateur porterait une atteinte excessive au droit reconnu au soumissionnaire d’exercer les recours juridictionnels prévus par la loi. C’est d’autant plus le cas lorsque la disposition du cahier spécial des charges n’empêche pas celui-ci de participer utilement à la procédure de passation du marché en cause. Il convient de rappeler le contexte d’une telle procédure où le soumissionnaire se concentre avant tout sur la préparation de l’offre elle-même. Il ne peut, en principe, sauf le cas de la mauvaise foi, lui être reproché de ne pas passer au crible chaque disposition du cahier en vue
d’éventuels litiges juridiques et de ne pas saisir immédiatement le pouvoir adjudicateur ou un juge.

En outre, la thèse de la partie adverse risque de compromettre le nécessaire équilibre entre les préoccupations respectives des opérateurs

économiques et autorités adjudicatrices face à l'organisation des procédures de recours juridictionnels dans le contentieux de la passation des marchés publics et concessions. Elle peut, en effet, impliquer que les autorités adjudicatrices soient inutilement exposées au risque de recours juridictionnels qui, sans être nécessairement dilatoires, seraient prématurés, en ce sens qu'ils ne seraient motivés, dans le chef des opérateurs économiques concernés, que par la seule crainte de voir déclarée irrecevable, au motif de sa tardiveté, une critique de légalité des prescriptions du marché qui ne serait formulée qu'après l'adoption de la décision d'attribution du marché, soit à un stade où, en connaissance suffisante de cause, ils peuvent apprécier l'opportunité de recourir à une procédure juridictionnelle. En l'espèce, s'il doit être considéré que les prescriptions des documents du marché critiquées par le moyen ont notamment pu influer sur la fixation des prix par les soumissionnaires, il ne peut être tenu pour abusif, de la part de la requérante, d'avoir attendu de tenir compte du résultat de l'évaluation des offres au regard du critère « coût » pour formuler des griefs à l'encontre de ces prescriptions.

Dans ces circonstances, l'argument tiré de l'absence d'interrogation ou objection adressée à la partie adverse à un stade antérieur de la procédure, ne peut être admis. Il s'ensuit que l'exception d'irrecevabilité opposée au moyen ne peut être accueillie.

Pour le surplus, la requérante fait valoir, par les critiques sur lesquelles repose le moyen, que les conditions du marché dont elle conteste la légalité l'exposent au risque de méconnaître les obligations que lui impose l'arrêté royal du 30 novembre 1976.

À la supposer vérifiée, l'illégalité alléguée par la requérante affecterait défavorablement celle-ci, de sorte qu'il y a lieu de considérer qu'elle a bien intérêt au moyen. Elle sera également affectée par cette illégalité s'il est considéré que les prescriptions des documents du marché critiquées par le moyen ont notamment pu influer sur la fixation des prix par les soumissionnaires, en contraignant ceux qui sont soumis à l'arrêté royal du 30 novembre 1976 à surévaluer le montant de prise en charge de frais judiciaires irrécupérables.

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré recevable.

B. Quant au caractère fondé du moyen

Dans la mesure où le moyen dénonce une atteinte à l'égalité entre les soumissionnaires, son examen impose de déterminer, d'une part, si une différence de

traitement est bien établie et, dans l'affirmative, si elle est, ou non, admissible au regard des principes et dispositions dont la violation est invoquée.

L'exigence d'égalité de traitement des soumissionnaires découle notamment des articles 10 et 11 de la Constitution. Elle est également consacrée par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Ces dispositions figurent parmi celles dont le moyen invoque la violation.

Il ressort de la combinaison des prescriptions litigieuses du marché que le prix proposé par chaque soumissionnaire (et correspondant à un montant forfaitaire par dossier) devait tenir compte de et intégrer le risque de prise en charge des frais judiciaires qui ne pourraient être récupérés en cas d'insolvabilité du débiteur. Ces frais ne pouvaient être pris en charge, en tant que tels, par la partie adverse, ce qui n'empêche qu'elle était censée y contribuer indirectement, en raison et dans la mesure de leur prise en considération dans la fixation du montant forfaitaire proposé. C'est en ce sens que, dans l'arrêt n° 244.166 du 3 avril 2019, le Conseil d'État a – dans le cadre de la procédure de référé d'extrême urgence – jugé inexacte l'affirmation de la requérante aux termes de laquelle « le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires doivent supporter eux-mêmes les frais judiciaires non remboursés par les débiteurs ».

Tous les soumissionnaires étaient ainsi tenus d'intégrer le risque de prise en charge des frais judiciaires irrécupérables, selon une probabilité qu'il incombait à chacun d'entre eux d'évaluer. Il n'apparaît donc pas que, de ce point de vue particulier, soit en cause une différence de traitement entre les soumissionnaires, selon qu'ils sont – ou non – soumis au respect des obligations imposées par l'arrêté royal du 30 novembre 1976.

Ce constat n'empêche toutefois pas l'existence d'une différence de traitement entre les soumissionnaires, résultant de l'application des prescriptions litigieuses, en raison du fait que l'intégration, dans le montant forfaitaire calculé par dossier, du risque de prise en charge de frais judiciaires irrécupérables, selon une probabilité évaluée par chaque soumissionnaire, n'exclut pas, comme cela a déjà été relevé, que – nonobstant la répercussion sur la partie adverse – ces frais doivent, *in fine*, être supportés – même dans une mesure limitée – par l'opérateur économique auquel est attribué le marché, particulièrement si le montant réel des frais judiciaires non récupérés s'avère plus élevé que celui auquel il avait été évalué pour la fixation du montant forfaitaire proposé par dossier. La partie adverse ne conteste d'ailleurs pas, à proprement parler, cette éventualité. La différence de traitement peut alors se présenter sous deux aspects, ci-après distingués.

D’une part, il s’impose d’avoir égard au fait que les soumissionnaires soumis à l’arrêté royal du 30 novembre 1976 peuvent – à la différence de ceux qui n’y sont pas soumis – être obligés de surestimer, pour la fixation du montant forfaitaire par dossier, l’aléa des frais judiciaires irrécupérables, et ce pour éviter de devoir directement assurer une telle prise en charge qui les contraindrait à méconnaître leurs obligations découlant de cet arrêté royal. Cette incidence sur les conditions économiques de fixation des prix affecte inévitablement les conditions du jeu de la concurrence et, partant, les chances d’accès au marché, selon les opérateurs économiques concernés, puisqu’elle est de nature à octroyer un avantage concurrentiel à ceux qui ne sont pas exposés aux mêmes contraintes, résultant de l’application de l’arrêté royal du 30 novembre 2016. Pour cette raison, une telle différence de traitement qui rompt l’égalité d’accès au marché ne peut, en soi, être admise.

D’autre part, la prise en charge de ces frais par l’opérateur économique – en tant que condition d’exécution du marché, et plus seulement en tant qu’élément susceptible d’influencer les conditions économiques de fixation des prix – confrontera, ou non, celui-ci à une méconnaissance de l’article 2 de l’arrêté royal du 30 novembre 1976, selon qu’il est – ou n’est pas – soumis aux obligations que cette disposition impose aux huissiers de justice. La partie adverse ne conteste pas qu’une telle prise en charge impliquera – si l’opérateur est soumis aux obligations de l’arrêté royal du 30 novembre 1976 – une méconnaissance de celui-ci; elle se borne, au point 33 du mémoire en réponse, à déduire l’absence de « contradiction par rapport audit arrêté royal » du seul fait de l’intégration de ces frais dans le prix des différents soumissionnaires et, partant, de leur répercussion, sans toutefois avoir égard à l’hypothèse où cette répercussion – par intégration dans le montant forfaitaire par dossier – ne permettrait pas de couvrir l’intégralité des frais réels.

Au regard de cette possible méconnaissance de l’arrêté royal du 30 novembre 1976 qui – en vertu de ses dispositions lues en combinaison avec celles des prescriptions critiquées des documents du marché – placerait ainsi dans des situations différentes des catégories d’opérateurs économiques susceptibles de concourir pour l’attribution du marché litigieux, une différence de traitement entre les soumissionnaires doit bien être constatée, comme le pose le moyen, et la partie adverse ne peut être suivie, au point 37 de son mémoire en réponse, lorsque – pour contester une différence de traitement qui entacherait d’illégalité les conditions du marché – elle se retranche derrière le fait que les prescriptions des documents du marché s’appliqueraient à l’ensemble des soumissionnaires et qu’une éventuelle différence de traitement ne pourrait découler que de l’arrêté royal du 30 novembre

1976, de sorte qu’elle n’en serait nullement responsable, et ce alors qu’elle ne pouvait ignorer, en raison de l’objet même du marché, l’effet des dispositions réglementaires de cet arrêté royal.

Pour juger de l’admissibilité de la différence de traitement ainsi établie au regard de ce second aspect, il doit être, avant tout, rappelé que les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination contenues dans les articles 10 et 11 de la Constitution n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Les mêmes règles s'opposent encore à ce que soient traitées de manière identique, sans justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause. Le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

La partie adverse soutient que les modalités de fixation des prix contestées tendent à « privilégier la voie amiable pour le recouvrement de ses créances et [à] limiter drastiquement la voie judiciaire aux seuls dossiers où il est quasiment certain que la créance puisse être récupérée en ce compris les frais nécessaires à cette récupération ». La légitimité d’un tel objectif n’est pas contestée et ne paraît pas devoir l’être.

À supposer que la différence de traitement critiquée contribue à la réalisation de l’objectif poursuivi, encore faut-il que son caractère adéquat puisse être vérifié. L’exigence d’adéquation (dont la proportionnalité constitue l’un des aspects) suppose notamment que l’objectif assigné à la différence de traitement ne puisse pas être réalisé par une mesure moins attentatoire à l’égalité entre les soumissionnaires, ce qui doit ressortir à suffisance des pièces du dossier de la procédure.

Dans le contexte particulier du marché litigieux, le Conseil d’État n’aperçoit pas en quoi – au regard de l’objectif mis en évidence par la partie adverse – il était impossible à celle-ci d’envisager des mesures moins attentatoires aux droits des soumissionnaires à l’égalité de traitement, en particulier dans la définition et la pondération des critères d’attribution ou des conditions d’exécution du marché. S’il n’est pas en son pouvoir de se substituer à la partie adverse dans la définition des conditions du marché, il lui appartient de relever, à la lecture des pièces et écrits de

la procédure, que rien n'atteste une vérification – par la partie adverse – de ce que de telles mesures moins attentatoires pouvaient, ou non, être privilégiées. Aucun élément du dossier administratif ne permet d'établir que seule la différence de traitement critiquée permettait de réaliser l'objectif poursuivi par la partie adverse. Dans ces circonstances, la différence de traitement ne peut, telle qu'elle se présente sous ce second aspect, être tenue pour justifiée.

Dès lors que ne peut être jugée admissible, sous aucun des deux aspects en laquelle elle se présente, la différence de traitement dénoncée par le moyen, celle-ci n'apparaît, pour cette raison, pas conforme aux principes et dispositions qui consacrent l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et dont la violation est invoquée par le moyen. Dans cette mesure, à tout le moins, celui-ci doit être déclaré fondé.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens de la requête, dès lors qu'à les supposer fondés, ils ne pourraient entraîner une annulation plus étendue de l'acte attaqué.

VI. Confidentialité

Au point 14 de la requête en annulation, la requérante sollicite la levée de confidentialité de certains éléments de l'offre de l'intervenante, en vue d'une réouverture des débats sur le premier moyen. La confidentialité de cette offre a été maintenue par le Conseil d'État dans l'arrêt n° 244.166 du 3 avril 2019 statuant, en extrême urgence, sur la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État et qu'il n'y a, en particulier, pas lieu d'examiner le premier moyen de la requête pour lequel la levée de confidentialité est sollicitée, la demande de maintien de confidentialité est devenue sans objet.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

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

La partie adverse ne fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

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

procédure de la requérante.

L'annulation de l'acte attaqué justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la partie adverse, à l'exception des dépens liés à l'intervention qui ont déjà été liquidés par l'arrêt n° 244.166 du 3 avril 2019 statuant sur la demande de suspension.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er .

La requête en intervention introduite par la SA Venturis est accueillie.

Article 2.

La décision du 4 février 2019 du conseil d'administration de l'Intercommunale de Santé Publique du Pays de Charleroi d'attribuer le marché « Recouvrement créances ISPPC SCRL » à la SA Venturis, à la suite du retrait de la première décision d'attribution adoptée le même jour est annulée.

Article 3.

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 VIe chambre, le 22 mars 2023 par :

Imre Kovalovszky,	président de chambre,
David De Roy,	conseiller d'État,
Florence Piret,	conseiller d'État,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Nathalie Roba	Imre Kovalovszky