

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION

A R R Ê T

n° 66.538 du 4 juin 1997

A. 74.430/IV-16.632

74.431/IV-16.633

En cause :

1. la S.A. KUMPEN,
2. la S.A. BETONAC,

formant ensemble l'association momentanée KUMPEN-BETONAC,
ayant élu domicile chez
Mes L. VAN HOUT et X. LEURQUIN, avocats,
ayant leur cabinet à BRUXELLES,
rue Saint-Bernard 98

contre :

1. la Région flamande, représentée par le
Gouvernement flamand,
ayant élu domicile chez
Me P. PEETERS, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
rue Brederode 13,
2. la Société publique des déchets de la
Région flamande (OVAM),
ayant élu domicile chez
Me P. LUYPAERS, avocat,
ayant son cabinet à HEVERLEE-LOUVAIN,
Ijzerenmolenstraat 105

parties intervenantes :

1. la S.A. Aannemingsbedrijf AERTSSEN,
 2. la S.A. INDAVER,
- formant ensemble l'association momentanée AERTSSEN-INDAVER,
ayant élu domicile chez
Mes C. DE WOLF et B. DELTOUR, avocats,
ayant leur cabinet à BRUXELLES,
avenue de Tervueren 268A.

LE PRÉSIDENT DE LA IV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 23 mai 1997 par laquelle la S.A. KUMPEN et la S.A. BETONAC demandent la suspension d'extrême urgence de l'exécution « de la décision de date inconnue de la seconde partie défenderesse attribuant à l'association momentanée AERTSSEN-INDAVER et donc pas aux parties requérantes le marché public pour l'enlèvement d'office de déchets de caoutchouc à Anvers, Zeebruges et Willebroek (cahier des charges n° 960502), et/ou de la décision de la première partie défenderesse, datant probablement du 21 mai 1997, par laquelle elle a donné son accord de principe pour l'attribution du marché à l'association momentanée AERTSSEN-INDAVER »;

Vu la requête de la même date par laquelle les requérantes demandent, à l'occasion de leur demande de suspension précitée, des mesures provisoires assorties d'une astreinte;

Vu les requêtes de la même date qui diffèrent seulement des précédentes en ce qu'elles concernent l'enlèvement de déchets de caoutchouc à Genk et Saint-Trond (cahier des charges n° 960501);

Vu les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, notamment les articles 17 et 18;

Vu les notes des parties défenderesses;

Vu les ordonnances du 26 mai 1997, fixant l'affaire à l'audience du 30 mai 1997 à 10 heures 30;

Entendu M. J. BORRET, président de chambre, en son rapport;

Entendu en leurs observations Me L. VAN HOUT, avocat, qui comparaît pour les parties requérantes, Me P. PEETERS, avocat, qui comparaît pour la première partie défenderesse, Me P. LUYPAERS, avocat, qui comparaît pour la seconde partie défenderesse et Mes C. DE WOLF et B. DELTOUR, avocats, qui comparaissent pour les parties intervenantes;

Entendu M. J. STEVENS, auditeur, en son avis conforme;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

1. Considérant que la S.A. Aannemingsbedrijf AERTSSEN et la S.A. INDAVER demandent, par des requêtes du 29 mai 1997, à pouvoir intervenir dans le référé administratif;

2. Considérant que, vu leur lien de connexité étroit, toutes les demandes sont jointes; qu'en l'espèce les moyens d'annulation sont exactement les mêmes dans les deux affaires;

3. Considérant qu'il suffit pour rejeter les demandes de constater le défaut de moyens sérieux d'annulation;

4.1.1. Considérant que le premier moyen d'annulation est pris :

- « - de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution,
- de la violation de l'égalité de traitement des soumissionnaires,
- de la violation de l'article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services,
- de la méconnaissance de la concurrence équitable et effective, qui est un droit et une obligation,
- de la violation des principes généraux d'administration, notamment du principe d'impartialité, du principe d'indépendance, du principe de confiance et du principe de la sécurité juridique ainsi que de la violation de l'interdiction des conflits d'intérêts;
- et de l'excès de pouvoir »;

Considérant que les requérantes aperçoivent les irrégularités qu'elles dénoncent dans la circonstance que le soumissionnaire à qui les marchés ont été attribués « entretient des liens personnels, économiques, financiers et/ou structurels » avec les deux parties défenderesses; qu'elles visent plus précisément la S.A. INDAVER, membre de l'association momentanée à qui les marchés ont été attribués; qu'elles décrivent comme suit les liens avec les parties défenderesses :

« En premier lieu, la Région flamande (la première partie défenderesse) est propriétaire à 100% de la S.A. Vlaamse Milieu Holding, qui est à son tour l'actionnaire de référence de la S.A. INDAVER.

Ensuite, l'OVAM (la seconde partie défenderesse), qui fut par ailleurs fondée par la première partie défenderesse et qui est soumise au pouvoir de gestion de cette dernière, est elle-même l'un des fondateurs de la S.A. INDAVER; le siège social de la S.A. INDAVER était d'ailleurs établi jusque tout récemment au siège de l'OVAM.

Enfin, il y a lieu d'observer qu'au moins un des administrateurs de l'OVAM, en l'occurrence l'ingénieur F. PARENT, qui est administrateur général de l'OVAM, est administrateur et même président du conseil d'administration de la S.A. INDAVER. »;

4.1.2. Considérant que la première partie défenderesse rétorque que la seule circonstance qu'il existe des liens structurels entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire à qui le marché a été confié ne peut faire naître une présomption

juris et de jure d'intervention irrégulière; qu'elle considère qu'il peut seulement y avoir attribution irrégulière lorsqu'il s'avère en réalité que le soumissionnaire concerné a tiré un avantage concurrentiel des liens structurels; que la seconde partie défenderesse abonde en ce sens; que les deux parties soutiennent ensuite que le seul élément concret que les requérantes mentionnent, à savoir la double qualité de Frank PARENT, ne peut mettre en évidence un avantage concurrentiel puisque cette personne s'est récusée pour l'ensemble de la procédure qui a conduit aux décisions attaquées;

4.1.3. Considérant qu'il ne semble exister aucune disposition légale pour interdire aux personnes morales qui présentent des liens structurels avec l'autorité de se porter candidates pour des marchés attribués par celle-ci; qu'une telle interdiction ne semble pas non plus pouvoir résulter des règles de droit dont les requérantes invoquent la violation; que lors de l'attribution du marché, l'administration ne peut certes pas avantager ces personnes morales en raison des liens structurels; que les requérantes ne contestent cependant pas que l'existence du seul élément concret qu'elles mentionnent qui, en l'espèce, pourrait faire penser à un tel avantage, n'est pas prouvée; que le moyen n'est pas sérieux;

4.2.1. Considérant que les requérantes tirent leur deuxième moyen d'annulation:

- « - de la violation, au mépris de l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, des principes de bonne administration, notamment l'interdiction des conflits d'intérêts,
- de la violation de l'obligation de s'abstenir de collaborer et d'inciter à l'adoption de décisions administratives illégales, de les tolérer et/ou de les admettre,
- et de l'excès de pouvoir ».

4.2.2. Considérant que l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976 dont la violation est alléguée interdit à « tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne chargée d'un service public » d'intervenir dans la passation de marchés publics dès qu'il a un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires;

Considérant que, dans la mesure où les requérantes veulent fonder leur moyen sur l'intervention de Frank PARENT, le Conseil peut renvoyer à la constatation faite au point 4.1.3., selon laquelle il n'est pas prouvé que cette personne est intervenue dans l'attribution des marchés attaqués;

Considérant que, dans la mesure où les requérantes veulent soutenir que la Région flamande tombe sous le coup de l'article 6 précité de par ses liens structurels avec la S.A. INDAVER, le Conseil tient à se limiter aux considérations suivantes, compte tenu du fait qu'il se prononce dans le cadre d'un référé, qui plus est un référé d'extrême urgence;

Considérant que la Région flamande est une personne morale; qu'à défaut d'éléments précis fournis par les parties et d'éléments immédiatement disponibles indépendamment des parties, le Conseil laisse en suspens la question de savoir si cette personne morale -à ne pas confondre avec son organe, le Gouvernement flamand, qui, en l'espèce, est sans doute par ailleurs l'organe de l'OVAM- avait pour mission, dans les présentes affaires, de passer elle-même les marchés ou bien seulement d'autoriser l'OVAM à le faire ou, troisième possibilité, ne devait en aucun cas agir en droit;

Considérant que si la première ou la deuxième hypothèse est exacte, la conception des requérantes implique que, dès qu'une entreprise avec laquelle la Région flamande a des liens structurels soumissionne pour un marché qui, première hypothèse, doit être passé par la Région flamande ou, deuxième hypothèse, dont la Région flamande doit autoriser la passation, cette Région ne peut accomplir sa mission; que cela pose la question de savoir qui pourra alors passer le marché à la place de la Région flamande ou pourra donner l'autorisation de le passer; qu'on n'aperçoit pas d'emblée si la Région flamande pourrait être remplacée, et le cas échéant par qui, qu'en attendant les requérantes ne laissent pas, serait-ce *prima facie*, entrevoir de solution;

Considérant qu'il ne semble pas non plus qu'on puisse résoudre la question en considérant que, dans les hypothèses formulées, la Région flamande pourrait effectivement passer les marchés ou en autoriser la passation, étant entendu que, dans ce cas, les marchés ne pourraient être attribués à l'entreprise avec laquelle la Région a des liens; que cela reviendrait à empêcher ladite entreprise de concourir; qu'ainsi l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976 serait la disposition légale conférant néanmoins au premier moyen d'annulation le caractère sérieux requis; que pas même les requérantes ne prêtent une telle portée à l'article 6 puisqu'elles n'y ont pas recours pour fonder leur premier moyen d'annulation; que cette portée s'avère par ailleurs inconciliable avec le sens de cet article; qu'il n'a en effet pas pour objet d'exclure des entreprises de la concurrence, mais d'empêcher que des entreprises en concurrence soient avantagées illicitement ou en donnent l'apparence;

Considérant que dans l'état actuel de l'instance, le Conseil ne considère pas le moyen comme suffisamment étayé pour lui reconnaître le caractère sérieux requis pour une suspension;

4.3.1. Considérant que les requérantes invoquent dans un troisième moyen d'annulation que les marchés ne pouvaient être attribués aux parties intervenantes parce que l'une d'entre elles, la S.A. INDAVER, n'est pas entrepreneur ou n'est en tout cas pas un entrepreneur agréé et parce qu'elle n'est pas soumise à la commission paritaire de la construction; qu'elles entendent pouvoir faire valoir cette dernière objection parce que les employeurs dont les travailleurs relèvent quant à eux de la commission, supportent les charges sociales les plus élevées et que la S.A. INDAVER bénéficie ainsi d'un avantage illicite faussant la concurrence;

4.3.2. Considérant que les parties intervenantes apportent la preuve que la S.A. INDAVER est agréée comme entrepreneur; que les requérantes ne contestent pas la force probante de cette pièce;

Considérant qu'en vertu de l'article 11, § 1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, une association momentanée d'entrepreneurs est admise à exécuter des travaux lorsque l'un des associés au moins dispose de l'agrément requis; qu'il n'est pas contesté que la première partie intervenante est titulaire de l'agrément requis; que les requérantes veulent laisser entendre à tort que dans les présentes affaires, les cahiers des charges des marchés attaqués imposent que, lorsqu'une association momentanée soumissionne, tous les associés doivent être des entrepreneurs agréés; que le seul texte extrait des cahiers des charges qu'elles citent est celui en vertu duquel la soumission d'une association momentanée peut être admise à condition que chacun des associés « se porte garant entièrement et pour la totalité du montant des travaux »; que ce texte, qui ne figure même pas dans la rubrique « agrément » mais dans la rubrique « enregistrement » n'est rien de plus qu'une répétition superfétatoire ou un rappel du prescrit de l'article 175 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales en vertu duquel les membres d'une association momentanée sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité;

Considérant que les requérantes ne prétendent pas que, légalement, le personnel d'un entrepreneur ne peut relever que de la commission paritaire de la construction; que ce n'est que dans l'hypothèse où elles soutiendraient une telle chose, et la soutiendraient à bon droit, que l'avantage qu'elles visent pourrait être considéré comme illicite;

Considérant que le troisième moyen d'annulation n'est pas sérieux;

5. Considérant qu'à défaut de moyens sérieux d'annulation, les demandes doivent être rejetées,

D É C I D E :

Article 1^{er}

Les demandes n^{os} A. 74.430/IV-16.632 et 74.431/IV-16.633 sont jointes.

Article 2

Les demandes d'intervention de la S.A. Aannemingsbedrijf AERTSSEN et de la S.A. INDAVER dans les référés administratifs sont accueillies.

Article 3

Les demandes sont rejetées.

Article 4

Les dépens des demandes de suspension, liquidés à la somme de vingt-huit mille francs, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de quatorze mille francs chacune.

Les dépens des interventions, liquidés à la somme de vingt mille francs, sont mis à la charge des parties intervenantes, à concurrence de dix mille francs chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le quatre juin 1900 nonante-sept par :

M. J. BORRET, président de chambre,
Mme S. VAN AELST, greffier.

Le greffier

Le président

S. VAN AELST

J. BORRET

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1er, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.