CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.813 du 19 décembre 2012

G./A.199.762/VI-19.080

En cause : **la société anonyme GROUPE DE BOECK,**

ayant élu domicile chez
Me Vincent OST, avocat,
chaussée de la Hulpe, n° 120,
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Ministre de la Justice,

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Irène MATHY, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 23 mai 2011, la société anonyme GROUPE DE BOECK demande l'annulation de :

" la décision du 25 mars 2011 du Ministre de la Justice d'attribuer le marché de services relatif à la consultation pour le compte du SPF Justice d'une banque de données sous forme électronique de documentations juridiques destinées aux magistrats de l'Ordre judiciaire à la société Wolters Kluwer Belgium".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Un arrêt n° 212.877 du 29 avril 2011 a ordonné la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

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

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 5 novembre 2012, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 5 décembre 2012.

M. le Conseiller d'Etat, Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Céline DELHOUX, loco Me Vincent OST, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Evelyne DEMARTIN, loco Mes Bruno LOMBAERT et Irène MATHY, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Les faits utiles ont été énoncés dans l'arrêt n^o^ 212.877.

III. 2. Des pièces complémentaires au dossier administratif ont été déposées dans le cadre de la procédure en annulation.

III. 3. Il en ressort que, le 21 septembre 2009, le Ministre de la Justice a soumis le dossier au secrétaire d'Etat au Budget.

Le Ministre de la Justice a indiqué que l'inspecteur des Finances avait "accepté le principe de ce marché, le lancement de la procédure ainsi que le cahier spécial des charges", tout en adressant "quelques remarques à l'administration", et a précisé que le marché était estimé à 2.100.000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Il a formulé ensuite la demande d'avis en ces termes :

" 4. Décision du Conseil des Ministres, avis de M. le secrétaire d'Etat au Budget. Dès le début des travaux, il a été pris en compte que le marché serait présenté à l'approbation du Conseil des Ministres avant la publication de l'avis préalable de marché.

Etant donné que l'estimation du marché est inférieure au seuil obligatoire d'approbation par le Conseil des Ministres pour les marchés de services (2.200.000 €), l'IF a estimé ne pas devoir se prononcer sur ce point ; la responsabilité de le présenter au Conseil des Ministres est celle de l'administration.

Enfin, la présente vous est adressée pour accord préalable en vue d'une fixation rapide de ce dossier au Conseil des Ministres".

III. 4. Le 26 octobre 2009, le Ministre de la Justice a adressé une "note au Conseil des Ministres", mentionnant notamment ce qui suit :

" 5. Accord préalable.

L'accord du Secrétaire d'Etat du Budget a été obtenu le 20 octobre 2009.

L'accord du Conseil des Ministres est requis sur base de l'article 2 de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 qui stipule : « avant d'entamer toute procédure de passation, les propositions de marchés publics visés à l'article 6, alinéa 1er, de la loi doivent être soumises, avec l'indication du mode de passation à l'accord du Conseil des ministres dans les cas ci-après :

[…]

Bien que l'estimation du marché se situe en dessous du montant prescrit et que la réglementation prévoie un seuil de 15 % au-delà de l'estimation du marché en cas d'attribution plus élevée, le S.P.F. Justice souhaite toutefois obtenir l'aval du Conseil des Ministres.

[…]

9. Proposition de décision.

Soumis au Conseil des Ministres pour accord en ce qui concerne la signature du cahier spécial des charges et le lancement de la procédure négociée sans publicité européenne pour la passation d'un marché public de services".

III. 5. La proposition de décision contenue au point 9 de la note du 26 octobre 2009, a été approuvée par le conseil des ministres du 30 octobre 2009.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

La requérante prend un premier moyen "de la violation des articles 6 et 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2, 3 et 4 de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral, de l'article 30 de la directive 2004/18/CE [du Parlement européen et du Conseil du 31

mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services] et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs".

La requérante reproduit, à peu de choses près, le développement du premier moyen contenu dans la requête en suspension d'extrême urgence résumé en ces termes par l'arrêt n° 212.877 du 29 avril 2011 :

" […] qu'elle soutient que le choix d'appliquer une procédure négociée sur la base de l'article 17, § 3, 4°, de la loi du 24 décembre 1993 n'a fait l'objet d'aucune motivation alors que le recours à cette procédure doit faire l'objet d'une décision motivée formellement; qu'elle indique que la partie adverse ne pouvait motiver cette décision a posteriori; qu'à titre subsidiaire, la requérante fait valoir que même si cette décision était motivée, les motifs ne seraient pas exacts car la nature des services concernés ne justifiait pas que la partie adverse applique une procédure négociée; qu'enfin, elle précise que le choix d'une procédure négociée a réduit ou supprimé les garanties dont elle aurait bénéficié dans une procédure d'appel d'offres".

Dans la requête en annulation, la requérante ajoute notamment que :

" […] le dossier administratif ne contient aucune motivation préalable émanant de l'autorité compétente en vertu de l'article 6 de la loi de 1993, à savoir le Ministre de la Justice. Le Conseil des Ministres n'était pas compétent pour décider de la passation du marché selon la procédure négociée (art. 2 et s. de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 visé au moyen)".

Dans le mémoire en réponse, à la suite de l'arrêt ayant ordonné la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, la partie adverse insiste tout d'abord sur le fait que le marché ne devait pas obligatoirement recevoir l'accord préalable du Conseil des ministres en vertu de l'arrêté royal du 14 octobre 1996. Elle en déduit que "la décision prise par le Conseil des Ministres à cette occasion ne constitue dès lors pas un accord préalable au lancement du marché, mais, tout au plus, une prise de connaissance, pour information, de la décision de lancement du marché adoptée préalablement par l'autorité compétente, le Ministre de la Justice. Cette décision est contenue dans la note adressée au conseil des Ministres le 26 octobre 2009 en vue d'obtenir, eu égard à l'importance politique du dossier, son «aval» quant au lancement du marché en cause (pièce n° 8bis du dossier administratif)".

La partie adverse reproduit ensuite l'essentiel de l'argumentation de sa note d'observations, résumée en ces termes par l'arrêt n° 212.877 du 29 avril 2011 :

" Considérant que la partie adverse répond que les motifs, justifiant l'utilisation d'une procédure négociée, ont été exposés au cours de la procédure administrative qui a précédé la décision du Conseil des ministres du 30 octobre 2009 d'appliquer la procédure précitée et précise que cette décision est fondée sur ces motifs; qu'elle

estime n'avoir donc pas recouru à une motivation a posteriori; qu'elle indique que, pour ce type de services, elle était incapable de définir précisément les prestations attendues de telle sorte que l'utilisation de la procédure négociée était indispensable; qu'elle ajoute que la décision d'appliquer une procédure négociée n'est pas visée par la loi précitée du 29 juillet 1991 car elle ne produit pas d'effets juridiques par elle-même; qu'enfin, elle précise que l'article 30 de la directive 2004/18/CE précitée ne lui imposait pas davantage une obligation de motivation formelle ".

Dans le mémoire en réplique, la requérante affirme que le mémoire en réponse n'apporte pas d'arguments autres que ceux auxquels l'arrêt de suspension, prononcé sur avis conforme de l'auditeur, a déjà répondu.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les pièces de la procédure, en particulier les pièces 8bis et 9 du dossier administratif, ne permettent pas de suivre la partie adverse dans la présentation des faits que contient son mémoire en réponse.

Il ressort de la pièce 8bis du dossier administratif que le Ministre de la Justice a souhaité recueillir "l'accord préalable" du conseil des ministres sur le lancement du marché.

Cette pièce ne constitue pas une décision du ministre, comme le soutient pour la première fois la partie adverse dans le cadre de la procédure en annulation, mais une note se concluant par une proposition de décision du conseil des ministres.

La décision par laquelle le conseil des ministres donnait son accord sur le lancement la procédure aurait dû être suivie d'une décision du Ministre de la Justice de lancer le marché, selon la procédure négociée avec publicité, moyennant justification explicite des circonstances permettant de faire usage de cette procédure d'exception sur la base de l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

En raison du caractère exceptionnel de cette procédure, ces circonstances doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir d'établir que ces circonstances existent effectivement.

Il incombe dès lors au pouvoir adjudicateur, préalablement au lancement de cette procédure ou lors de son lancement, de prendre une décision d'y recourir par laquelle il justifie l'existence d'une ou plusieurs des circonstances mentionnées par l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

En l'espèce, il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse aurait pris, comme elle le devait, préalablement au lancement de la procédure négociée ou lors de son lancement, une telle décision assortie de la justification nécessaire.

La décision du conseil des ministres du 30 octobre 2009 ne constitue pas cette décision.

Celle-ci ne pouvait être adoptée que par le Ministre de la Justice, sur le fondement de l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 qui réserve à chaque ministre, dans les limites de ses attributions, la compétence de prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique.

Sans qu'il soit besoin de rechercher si son autorisation était requise en l'espèce, le conseil des ministres s'est limité, par sa décision précitée du 30 octobre 2009, à donner son accord préalable au Ministre de la Justice pour lui permettre de décider d'entamer la procédure de passation du marché public litigieux selon la procédure négociée avec publicité, conformément à l'article 2, § 1er, de l'arrêté royal du 14 octobre 1996, précité.

Le conseil des ministres n'a pas décidé à la place du Ministre de la Justice de faire application de la procédure négociée.

Son accord semble avoir été considéré erronément par la partie adverse comme la décision requise de recourir à la procédure négociée avec publicité.

Le Ministre de la Justice lui-même s'est abstenu de prendre une telle décision et de justifier l'existence d'une ou de plusieurs des circonstances exceptionnelles permettant d'en faire usage.

En tant qu'il est pris de la violation de l'article 17, § 3, de la loi précitée du 24 décembre 1993, le premier moyen est fondé.

L'examen des deuxième et troisième moyens ne pourrait conduire à une annulation aux effets plus étendus.

Il n'est dès lors pas nécessaire de les examiner.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision du 25 mars 2011 du Ministre de la Justice d'attribuer le marché public de services relatif à la consultation pour le compte du service public fédéral Justice d'une banque de données, sous forme électronique, de documentations juridiques destinées aux magistrats de l'ordre judiciaire à la société WOLTERS KLUWER BELGIUM.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 475 euros sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le dix-neuf décembre deux mille douze par :

Mme	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
	David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
Mme	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Odile DAURMONT.