

REFERE ADMINISTRATIF. —
Demande de suspension et de mesures
provisoires. — Procédure d'extrême
urgence. — MARCHÉ PUBLIC. —
Décision prise mais non encore
formalisée. — Recours recevable. —
MOYENS SERIEUX. — Défaut de
motivation formelle. — Modification
de l'offre initiale. — PREJUDICE
GRAVE ET DIFFICILEMENT
REPARABLE (non).

Cons. d'Etat (ch. réf.),
 17 novembre 1993

Siég. : M. Geus, prés.; MM. Hanotiau et Leroy,
 conseillers d'Etat.

Aud. : M. Nihoul, aud. adj.

Plaid. : MM^{es} Putzeys, Leurquin, Van Hout,
 Lambert, Maussion, Hannequart et Delvaux.

(s.a. Van Hool c. Soc. rég. wallonne du Trans-
 port et s.a. Espace Mobile International —
 Arrêt, n° 44936).

*Lorsque la société requérante, qui a été évincée
 d'un marché public, détient plus des trois
 quarts des parts de marchés, en ce compris
 pendant les cinq dernières années, et qu'il res-
 sort, d'autre part, du dossier administratif
 qu'aucune critique n'a été adressée aux pro-
 duits de la requérante, le préjudice moral
 qu'elle invoque, à savoir une perte de réfé-
 rences en Belgique et en Région wallonne, ne
 peut être considéré comme grave. Il en va de
 même de l'usage que la presse a fait de la
 liberté qui lui est constitutionnellement garan-
 tie, à propos de ce litige, d'autant plus que les
 articles de presse auxquels la requérante se
 réfère n'ont pas le caractère de dénigrement
 qu'elle leur prête.*

*Lorsque le chiffre d'affaires lié au marché liti-
 gieux ne représente qu'environ 5 % du chiffre
 d'affaires de la société requérante, le préjudice
 allégué, qui résulterait de la perte du marché,
 ne peut être considéré comme grave et difficile-
 ment réparable.*

*Quant à la perte d'emplois alléguée, que la
 requérante a évalué à 204 emplois pour trois
 ans, elle est aléatoire, vu qu'il n'est actuelle-
 ment nullement exclu que la requérante ac-
 quière d'autres marchés.*

*Le préjudice allégué par la requérante ne pou-
 vant être tenu pour grave, la demande de sus-
 pension doit être rejetée.*



Exceptions d'irrecevabilité

I. — La partie adverse argue du caractère illé-
 gitime de l'intérêt de la requérante en raison de

manœuvres dolosives dont elle aurait fait
 preuve lors de l'introduction de son recours,
 manœuvres consistant en la production de
 pièces internes de la partie adverse (note du 2
 septembre 1993 au conseil d'administration;
 lettre du 14 septembre 1993 du ministre régio-
 nal wallon des Transports au conseil d'adminis-
 tration).

Quoi que l'on puisse penser de la notion d'inté-
 rêt légitime qui, pour moi, est un des acces-
 soires poussiéreux du contentieux administra-
 tif, l'exception soulevée par la partie adverse ne
 concerne pas tant l'intérêt au recours de la so-
 ciété requérante mais a plutôt trait à l'admissi-
 bilité des pièces produites par cette dernière.

Relatif à l'admissibilité d'un mode de preuve,
 le vice éventuel affectant le dépôt de ces pièces
 me paraît pouvoir être couvert dès lors que ces
 pièces font partie du dossier administratif et
 devaient en toute hypothèse être déposées par
 la partie adverse.

Tel est en tout cas l'enseignement de l'arrêt
 Bertrand du 18 novembre 1987 (n° 28852)
 dans lequel le Conseil d'Etat a jugé que « des
 notes de l'administration au ministre, dont
 l'une comporte des appréciations et avis donnés
 au ministre par l'administration chargée de mener
 (en l'espèce, une instruction disciplinaire)
 ne revêtent aucun caractère confidentiel et de-
 vaient être versées au dossier; qu'il devait en
 être d'autant plus ainsi que (...) ces pièces pou-
 vaient légitimement être considérées par (le re-
 quérant) comme revêtant une importance pri-
 mordiale pour sa défense ».

En conclusion, l'exception ne me paraît pas
 affecter l'intérêt de la requérante et donc la
 recevabilité du recours; en outre, les pièces liti-
 gieuses n'ont pas le caractère confidentiel que
 leur prête la partie adverse. Pour le surplus, il
 n'appartient pas au Conseil d'Etat de se pro-
 noncer, dans le cadre d'un contentieux objectif
 de légalité, sur l'existence ou non de manœuvres
 dolosives. D'autres procédures existent à cet effet.

II. — La partie adverse revient, dans une se-
 conde exception, sur l'irrecevabilité du recours
 déduite de l'inexistence le 6 octobre 1993 de la
 décision attaquée, exception qu'elle avait déjà
 soulevée dans le cadre de la procédure de sus-
 pension d'extrême urgence.

L'arrêt du 7 octobre 1993 accueillant la de-
 mande de suspension d'extrême urgence (1) a
 déjà tranché cette question en des termes très
 nets à la suite d'une instruction d'audience dé-
 taillée sur ce point. Aucun élément nouveau
 n'est avancé à cet égard par la partie adverse et
 n'est de nature à ébranler sur ce point la conclu-
 sion de l'arrêt précité du 7 octobre 1993, à
 savoir qu'« il faut déduire des éléments de fait
 que la décision a bien été prise ce 6 octobre
 1993 et que la demande de suspension n'est
 prématurée ni comme attaquant une décision
 inexistante ni comme attaquant une décision
 préparatoire ».

Je pourrais m'en tenir à cet élément, lequel se
 trouve renforcé par le fait que le procès-verbal

de la réunion du conseil d'administration de la
 partie adverse dans lequel est consignée la déci-
 sion querellée, porte bien la date du 6 octobre
 1993; il atteste donc de l'existence à cette date
 de la décision litigieuse.

Toutefois, je voudrais faire pièce à deux argu-
 ments avancés par la partie adverse :

1. — Selon celle-ci, « la décision ne peut être
 considérée comme existante qu'à partir du mo-
 ment où, conformément à l'article 24 des sta-
 tuts, les procès-verbaux ont été signés » par les
 personnes compétentes. Cette thèse me paraît
 opérer une sérieuse confusion entre le fond et la
 forme, entre l'existence d'une décision — le
negotium — et sa consignation dans un écrit —
 l'*instrumentum* —. Autrement dit, la partie ad-
 verse fait de la forme une condition d'existence
 de la décision querellée alors que cette exi-
 gence en est une condition de validité, comme
 nous le verrons lors de l'examen du deuxième
 moyen.

L'acte attaqué ne doit pas attendre sa formalisa-
 tion pour exister; au contraire, sauf texte exprès
 inexistant en l'espèce, pour pouvoir être signée
 et consignée, la délibération doit d'abord s'être
 tenue et être clôturée avant d'être formalisée.
 La décision d'attribution du marché existe dès
 son adoption, en l'absence de forme solennelle
 obligatoire.

En effet, le procès-verbal des réunions du con-
 seil d'administration et le registre de ses délibé-
 rations prévus par les statuts de la S.R.W.T. ne
 constituent pas en eux-mêmes une décision ou
 un élément constitutif de celle-ci; ils sont des-
 tinés à attester de l'authenticité de la décision.

Or, l'existence d'une décision non formalisée
 suffit pour introduire un recours devant le Con-
 seil d'Etat (2).

Surabondamment, la thèse de la partie adverse
 ne pourrait être accueillie que pour autant que,
 entre le 6 octobre et le 18 octobre (date du dépôt
 du dossier administratif), un nouveau conseil
 d'administration se soit prononcé à ce sujet, ce
 qui n'est ni affirmé, ni démontré.

2. — La partie adverse ose la comparaison
 avec le délibéré d'un organe juridictionnel.
 Cette comparaison n'est pas pertinente. D'une
 part, la décision d'un organe juridictionnel
 n'existe que par sa prononciation en audience
 publique conformément aux textes constitu-
 tionnels et légaux applicables, une telle forme
 solennelle n'étant pas requise en l'espèce.

D'autre part, la prononciation suffit; la mise en
 forme par écrit de la décision ne conditionne à
 nouveau pas son existence.

La partie adverse tente, en réalité, de faire coïn-
 cider la forme et le fond alors qu'en l'occurrence,
 ils ont été dissociés. Cette dissociation
 n'affecte pas l'existence de la décision liti-
 gieuse, mais éventuellement sa validité (cf.
 deuxième moyen).

(1) J. Salmon, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 101; C.E., 'Meynaert', n° 41567, 12 janv. 1993, J.T., 1993, p. 474, obs. D. Lagasse.

I. — Deuxième moyen.

1. — Il est pris du défaut de motivation formelle de la décision attaquée, ce que contestent les parties adverse et intervenante sur le vu de l'extrait du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de la S.R.W.T. du 6 octobre 1993 qui figure dans le dossier administratif déposé le 18 octobre 1993.

2. — Dès lors qu'un acte administratif doit être motivé formellement — et nul ne conteste qu'en l'occurrence, la décision attaquée est un de ces actes qui doivent l'être (3) —, il doit être assorti, dès sa communication, des motifs qui le justifient. La motivation formelle fait, en effet, partie intégrante de l'acte. La forme et le fond doivent, de ce point de vue, se rejoindre et coïncider dans un même acte ou, à tout le moins, dans une même opération de connaissance (4).

C'est ce que tente de réaliser la partie adverse en inversant à tort les données du raisonnement. Dans sa seconde exception d'irrecevabilité, elle soutient, en effet, que la décision attaquée n'existe que lorsqu'elle est coulée dans les formes exigées par ses statuts. Or, pour les raisons qui ont été exposées ci-dessus, je ne peux me rallier à une telle thèse qui, du point de vue de l'existence de l'acte, fait primer l'*instrumentum* sur le *negotium* en l'absence de formalités solennelles obligatoires.

Alors que la décision querellée a bien été prise le 6 octobre 1993 comme en atteste l'extrait du procès-verbal déposé au dossier, l'arrêt de suspension provisoire du 7 octobre 1993 constate irrémédiablement que « lors de l'audience du 6 octobre 1993, la partie adverse a reconnu que (...) la décision avait été prise, mais non encore formalisée ». Invitée, en outre, à produire les motifs de sa décision, la partie adverse s'est déclarée « dans l'impossibilité matérielle de faire état des motivations précises de la décision attaquée, motivations qui seraient en cours de rédaction ». Il s'ensuit que le fond et la forme sont bien dissociés, ce qui est inadmissible au regard de l'exigence de la motivation formelle, laquelle doit être contemporaine à l'acte.

3. — La conclusion est sévère. Elle oblige, en effet, les autorités administratives soumises à l'obligation de motiver formellement leurs actes, de délibérer en même temps sur le dispositif de la décision et sur ses motifs et de les consigner par écrit lors de la même réunion, ce qui peut éventuellement poser des problèmes dans la pratique.

Mais n'est-ce pas là le vœu du législateur de 1991 ? Comme la doctrine le rappelle, « l'obligation de motivation formelle, outre qu'elle constitue un frein contre l'arbitraire administratif, est une garantie de meilleure administration » (5); elle « astreint l'administration à

mieux délibérer sa décision » (6). Dès lors qu'elle communique sa décision, elle est tenue d'en dévoiler en même temps sa motivation; ou alors, elle se tait et ne fait connaître sa délibération que lorsque l'*instrumentum* est prêt.

Raisonner autrement ouvre la porte à la rédaction *a posteriori* des motifs, voire à leur délibération *post factum*, ce qui réduit à néant les objectifs poursuivis sous le couvert de cette exigence de forme. Cette pratique a été vigoureusement condamnée par le Conseil d'Etat de France dans un arrêt Leblanc et Tissier du 5 mai 1986 (7) à propos d'un arrêté préfectoral insuffisamment motivé et qui avait été complété en cours de procédure par l'exposé des motifs : « l'autorité ne saurait légalement, notamment au vu d'un pourvoi, tenter de régulariser sa décision en mettant fin, rétroactivement, à l'illegalité qui l'entache ». La jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique et la doctrine belge vont dans le même sens. Selon la formule de l'arrêt Wintam-Willebroeck (8), « tolérer que de nouveaux motifs soient substitués à ceux sur lesquels repose en fait la décision entreprise reviendrait à admettre que soit rendue inopérante la garantie que constitue un examen et une étude approfondis de l'affaire par l'autorité avant qu'elle ne se prononce dans un sens déterminé et ne s'attache à faire prévaloir sa solution ».

En produisant, postérieurement à l'adoption et à la connaissance de la décision, sa motivation, la partie adverse contrevient aux exigences de la motivation formelle. Le moyen m'apparaît donc sérieux.

A titre subsidiaire, à supposer que l'on considère que l'extrait du procès-verbal déposé le 18 octobre 1993 puisse tenir lieu de motivation formelle à la décision du 6 octobre 1993 en s'y intégrant en quelque sorte rétroactivement, encore faut-il considérer que cette motivation ne répond qu'imparfaitement aux exigences en la matière. En effet, pour ce qui est des critères de sélection des offres, de leur régularité et de leur conformité, la décision du 6 octobre 1993 se réfère expressément à la note au conseil d'administration du 6 octobre 1993 qui y est jointe, note qui se réfère sur ces points à la note au conseil d'administration du 2 septembre 1993, laquelle n'est pas jointe à la décision. Les éléments contenus dans ce document ne peuvent dès lors être pris en considération, de sorte que la partie adverse n'a pas motivé formellement sa décision en ce qui concerne l'examen des critères de sélection des offres, de leur régularité et de leur conformité. Sur ces points, la décision se borne à faire référence à un avis ou rapport dont le soumissionnaire évincé n'a pas eu connaissance (9).

II. — Quatrième moyen.

Il concerne les lettres des 3, 23 et 24 août 1993 de la s.a. E.M.I. à la S.R.W.T., lettres qui sont postérieures à l'ouverture des soumissions, qui a eu lieu le 7 juin 1993.

(6) D. Lagasse, « L'incidence en matière de marchés publics de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de la loi du 19 juillet 1991 instaurant un référé administratif devant le Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 1992, p. 95.

(7) *Rec. Lebon*, 1986, p. 128.

(8) N° 13214, 13 nov. 1968, cité par R. Andersen et P. Lewalle, *op. cit.*, p. 83.

(9) C.E., s.a. E.I.T., n° 23460, 2 sept. 1983.

(3) Que ce soit en vertu de l'article 44, alinéa 7, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 ou en vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

(4) Nous nous référons ici à la pratique des annexes contenant les motifs de l'acte attaqué, pratique admise dans certaines conditions par la jurisprudence du Conseil d'Etat : voy. R. Andersen et P. Lewalle, « La motivation formelle des actes administratifs », *A.P.T.*, 1993/2, p. 76.

(5) R. Andersen et P. Lewalle, *op. cit.*, p. 63.

Deux questions se posent :

1. — Ces lettres apportent-elles des modifications à l'offre initiale d'E.M.I. ?

2. — Si oui, ont-elles influencé le choix de la partie adverse ?

1. — D'un examen rapide du dossier, il apparaît que la plupart des informations contenues dans les trois lettres précitées figuraient déjà dans la soumission d'E.M.I. Tout au plus sont-elles précisées, valorisées, voire chiffrées, ce qui ne me paraît contredire ni la lettre ni l'esprit de l'article 44, alinéa 5, de l'arrêté royal du 22 avril 1977.

Toutefois, l'offre d'E.M.I. me paraît avoir été modifiée sur trois points importants par des suggestions postérieures à l'ouverture des soumissions :

— la consommation de combustible : pour les lots 2 et 3, celle-ci passe de 35,5 l/100 kms dans l'offre à 45 l/100 kms dans la note du 24 août 1993, soit une augmentation de 28,5 %; pour les lots 4, 5 et 6, elle passe de 54,5 l/100 kms dans l'offre à 45 l/100 kms dans la note du 24 août 1993, soit une diminution de 17,5 %.

Certes, l'offre d'E.M.I. était accompagnée, sur ce point et pour chacun des lots, d'une note 1 faisant état d'une diminution de 5 à 8 % des montants repris dans l'offre, cette diminution étant précisée dans la note du 3 août 1993 comme étant de 8 %. On est toutefois loin des écarts contenus dans la note du 24 août 1993 et retenus par la partie adverse;

Quant au caractère non comparable des données fournies sur ce point dans l'offre d'E.M.I. et dans celle des autres soumissions (10), j'observe que le cahier des charges était très précis sur les données attendues; il appartenait donc à E.M.I. de prendre ses précautions à cet égard et d'apporter dans son offre les nuances requises;

— le remplacement du moteur : les 2 remplacements prévus dans l'offre sont annulés dans la note du 23 août 1993;

— le remplacement de la boîte de vitesses : de 3 dans l'offre, elle est ramenée par la note du 23 août 1993 à 1,25.

La modification de l'offre d'E.M.I. sur ces trois points par les lettres des 3, 23 et 24 août 1993 est confirmée par la lettre du 28 septembre 1993 de la S.R.W.T. dans laquelle celle-ci demande à E.M.I. de confirmer que ces nouveaux chiffres constituent bien des éléments de l'offre afin de pouvoir leur appliquer les pénalités contractuelles.

2. — La deuxième question me paraît également appeler une réponse affirmative. E.M.I. insiste, dans ses notes, sur l'importance de ces éléments; il ressort de la lettre du 14 septembre 1993 du ministre régional wallon des Transports et de la note au conseil d'administration du 6 octobre 1993, que ces éléments ont été en grande partie déterminants du changement

(10) La société E.M.I. soutient que les données de son offre sont objectives et non optimisées par rapport à des conditions favorables telles que le rodage, le trajet parcouru...

d'appréciation des services administratifs de la partie adverse (11).

Le moyen me paraît dès lors sérieux.

Préjudice grave et difficilement réparable

1. — A cinq reprises, les troisième et sixième chambres du Conseil d'Etat, statuant en référé à propos de procédures d'appel d'offres (12), ont conclu pareillement au rejet de la demande de suspension :

— C.E., s.a. Constructions électriques Schreder, n° 35635, 5 oct. 1990 (13);

— C.E., Société de droit italien « Breda Costruzioni Ferroviarie S.P.A. », n° 37516, 10 juill. 1991;

— C.E., s.a. Société informatique européenne, n° 38268, 6 déc. 1991 (14);

— C.E., s.a. Pagem, n° 38383, 20 déc. 1991;

— c.e., s.a. 2000 Plus, n° 42458, 26 mars 1993.

2. — Dans ces cinq affaires, comme en l'espèce, les requérantes soutenaient que la décision d'attribuer le marché à une société tierce risquait de leur porter un préjudice grave difficilement réparable.

Selon elles, le préjudice pécuniaire subi consistait en :

— l'impossibilité d'obtenir une réparation en nature à la suite de la passation du contrat (n° 38383);

— l'impossibilité d'obtenir une réparation pécuniaire suffisante ou satisfaisante au cas où le marché serait annulé (n°s 35635 et 38383);

— les difficultés financières (n° 35635) ou les difficultés d'existence (n° 38383) résultant de la décision d'écarter l'offre de la requérante;

— la perte de la valeur du marché (n°s 37516 et 38268), la perte de marchés complémentaires (n° 37516), ainsi que la privation d'un chiffre d'affaires important (n° 38383).

Quant au préjudice moral, il consistait, selon les requérantes, en :

— la perte d'une référence ou d'un avantage publicitaire en vue de marchés ultérieurs (n°s 35635, 38268 et 38383);

— l'atteinte à l'image de marque de la requérante (n°s 37516 et 38268).

3. — Le Conseil d'Etat, troisième et sixième chambres, rejette invariablement les thèses des requérantes. Il considère que le préjudice pécuniaire ne peut être tenu pour difficilement réparable; au contraire, il est normalement toujours réparable lorsqu'il est le fait d'une autorité administrative dont la décision est annulée pour excès de pouvoir. D'autre part, il n'est établi, dans aucune espèce, que la perte du marché serait de nature à mettre gravement en péril l'équilibre financier des sociétés requérantes. Pour ce qui concerne le préjudice moral, le Conseil d'Etat a relevé dans chaque espèce que les motifs pour lesquels l'offre de la requérante

avait été écartée n'étaient pas la conséquence de critiques qui l'empêcheraient de bénéficier d'autres marchés ultérieurs (atteinte à l'image de marque). Une perte de référence ou de prestige est, d'autre part, aléatoire.

4. — Alors que la troisième et la sixième chambre du Conseil d'Etat apprécient avec une grande sévérité la justification du risque de préjudice grave difficilement réparable, au point que l'on peut se demander quels fondements, autres que ceux énoncés sous le point 2 ci-dessus, pourraient être avancés par les requérantes en vue de faire admettre l'existence d'un tel risque, la quatrième chambre admet plus aisément la justification de ce risque. Cette dernière a ainsi suspendu la décision d'attribuer le marché dans cinq arrêts :

— C.E., s.a. Van Goethem en Zoon, n° 35657, 16 oct. 1990 (15);

— C.E., s.a. Aralco, n° 37387, 28 juin 1991;

— C.E., s.a. A.E.G., n° 37788, 1^{er} oct. 1991;

— C.E., s.a. Reyniers et De Coene, n° 40733, 13 oct. 1992 (16);

— C.E., s.a. Egta Contractors, n° 40734, 13 oct. 1992.

Le premier de ces arrêts de suspension admet que la décision de la partie adverse de ne pas consulter la requérante à l'occasion d'une adjudication restreinte cause à celle-ci un préjudice immédiat grave difficilement réparable, par le fait, d'une part, que son existence en tant qu'entreprise hautement spécialisée dépend de missions très spécialisées telles qu'en l'espèce et, d'autre part, qu'elle risque de perdre un personnel hautement spécialisé.

Dans les deuxième, quatrième et cinquième affaires, la requérante attaquait la décision de la partie adverse de ne pas l'avoir choisie comme cocontractante; dans la troisième affaire, la requérante critiquait la décision de la partie adverse d'abandonner une procédure précédemment engagée et de recommencer une nouvelle procédure d'appel d'offres. Les arrêts considèrent que le risque de préjudice supporté par chacune des requérantes résulte de la perte financière (importante) (n°s 37387, 37788 et 40733), de la perte du prestige commercial lié à l'exécution du marché (n°s 37387 et 40733) ou d'une référence importante (n° 37788), ainsi que de la privation presque absolue des chances d'être désignée pour des projets ultérieurs (n°s 37788 et 40734). Ces arrêts privilégient donc l'aspect préventif en raison de l'impossibilité d'obtenir la réparation en nature par la suite, le contrat étant souvent conclu, voire exécuté.

Que choisir ?

5. — Il me paraît que la suspension a par essence un effet préventif, celui-ci consistant à empêcher que des situations irrémédiables se créent. L'on vise donc à éviter la politique du fait accompli, lequel est souvent consommé lors de la prononciation de l'arrêt d'annulation.

Votre Conseil est sensible à cet élément dans les affaires d'urbanisme et d'environnement dans lesquelles le Conseil d'Etat privilégie à juste titre la réparation en nature, par exemple, la possibilité d'obtenir la démolition de la construction irrégulièrement bâtie.

Je n'aperçois pas les raisons pour lesquelles il ne devrait pas en être de même en matière de

marchés publics, du moins lorsque la réparation en nature est encore possible, c'est-à-dire lorsque le contrat n'est pas encore conclu, ni exécuté. En effet, le contrat étant intervenu ne paraît pas pouvoir être remis en cause par un tiers évincé devant les cours et tribunaux (17) de sorte qu'un éventuel arrêt de suspension, impuissant à affecter l'existence de ce contrat, ne peut épargner le risque de préjudice grave allégué (18).

La non-suspension de la décision d'attribution du marché risque d'entraîner sa notification au soumissionnaire retenu, c'est-à-dire la conclusion du contrat, et son exécution. Forte de l'éventuel arrêt d'annulation, la requérante ne pourrait plus exercer son droit en nature, c'est-à-dire retrouver la possibilité d'obtenir le contrat.

De ce point de vue, le préjudice, c'est-à-dire la perte du marché, m'apparaît donc difficilement réparable.

6. — Est-il grave ?

6.1. — Du point de vue moral, celui-ci consisterait en la perte d'un marché de références au niveau régional et international, ce qui entraînerait une perte de prestige ou de réputation.

Ce préjudice doit être relativisé pour deux raisons : l'éviction de l'offre de la requérante n'est pas imputable à des critiques qui l'empêcheraient de bénéficier ultérieurement d'autres marchés, le cas échéant, auprès de la Région wallonne; l'offre de la requérante n'a, en effet, pas été retenue non pas en raison d'une mise en cause quelconque de la qualité technique de ses produits mais pour des motifs de meilleur confort et de meilleure finition. D'autre part, la requérante peut produire, en particulier pour la Région wallonne, de nombreuses références récentes : 235 bus dans les trois dernières années et 353 véhicules en cinq ans; il en va de même pour la Belgique, la requérante ayant fourni, dans les cinq dernières années, l'essentiel des nouvelles acquisitions (19).

6.2. — Du point de vue matériel, le préjudice subi résulterait de l'importance financière du marché et de la perte d'emplois : cette importance doit être relativisée en fonction de la situation financière de Van Hool (20) ($\pm 5\%$ du

(17) Dans un arrêt du 25 mars 1993, la cour d'appel de Bruxelles a toutefois jugé que « les règles relatives aux marchés publics doivent être considérées comme d'ordre public compte tenu de leur finalité (...). Tout tiers intéressé a la possibilité de s'opposer à l'exécution de pareille convention (entachée d'une nullité absolue) soit, comme en l'espèce, en demandant la suspension, soit en en faisant constater la nullité » (*Entr. et dr.*, 1993, p. 233). Or, selon l'enseignement de la Cour de cassation, le vice de consentement ou son absence n'entache la convention que de nullité relative (Cass., 21 oct. 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 174 et *R.C.J.B.*, 1972, p. 415, note Fr. Rigaux; voy. également, *Civ. Namur* [réf.], 27 avril 1992, *J.T.*, 1992, p. 497).

(18) C.E., s.a. Marcel Coulier, n° 35459, 13 juill. 1990; C.E., Société de droit anglais Dollar Land, n° 36204, 10 janv. 1991; C.E., s.a. Eurosense Technologies, n° 37039, 22 mai 1991, *Entr. et dr.*, 1992, p. 252, avis J. Stevens; C.E., s.a. Egemin, n° 41243, 1^{er} déc. 1992; C.E., de Coppin de Grinchamps et crts, n° 41393, 16 déc. 1992; C.E., s.a. Protection intégrale, n° 44766, 27 oct. 1993.

(19) 100 % à Bruxelles, 86,51 % en Région flamande et 73,24 % en Région wallonne.

(20) C.E., T.M.V.W., n° 41476, 22 déc. 1992.

(11) C.E., Castelain, n° 11568, 21 déc. 1965; C.E., s.a. Matagne et Mievis, n° 17004, 2 mai 1975; C.E., s.a. Socogetra et s.a. Stefens Electro, n° 23090, 30 mars 1983; C.E., s.p.r.l. Vandeweyer, n° 35217, 19 juin 1990.

(12) En matière d'adjudication, voy. C.E., s.a. Orbeta, n° 40548, 30 sept. 1992 (arrêt de rejet).

(13) *Entr. et dr.*, 1991, p. 433.

(14) *J.T.*, 1992, p. 78.

(15) *Entr. et dr.*, 1991, p. 455.

(16) *Entr. et dr.*, 1993, p. 43.

chiffre d'affaires annuel; $\pm 6\%$ de la production annuelle de véhicules); quant à la perte d'emplois, elle n'est pas établie avec suffisamment de certitude et n'apparaît pas en relation directe avec la perte du marché.

Conclusion

1. — Recevabilité du recours.
2. — Existence de deux moyens sérieux.
3. — Risque de préjudice difficilement réparable.
4. — Absence de préjudice grave.

Je conclus à la non-confirmation de la suspension provisoire et de la mesure provisoire décidées par l'arrêt n° 44399 du 7 octobre 1993.

Pierre NIHOUL,
Auditeur adjoint



Vu la requête introduite le 6 octobre 1993 par la s.a. Van Hool qui demande, selon la procédure d'extrême urgence :

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, « la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable »;

Considérant que la partie requérante expose que l'exécution immédiate de l'acte attaqué risque de lui causer un préjudice grave et difficilement réparable; qu'elle soutient que la gravité du préjudice est fonction de l'importance du marché et que le caractère irréparable résulte de ce que « par la décision attaquée, la requérante perd son droit à obtenir le marché litigieux »; qu'elle souligne que son préjudice moral tient à ce qu'« une campagne de presse a été orchestrée dans de nombreux journaux de la Région wallonne visant à jeter la suspicion et à émettre des insinuations graves et négatives à l'égard de la requérante », que « le marché concerné est un marché de référence au niveau régional » et « au niveau international » et qu'il s'agit d'un accord-cadre qui entraînera d'autres commandes d'autobus; qu'elle ajoute que le préjudice matériel consiste dans une perte d'emplois, « dès 1994, de l'ordre de 204 personnes, chaque année, durant trois ans, soit un total de 612 personnes menacées à bref délai » et qu'elle perdrait « un chiffre d'affaires de l'ordre de 2.000.000.000 de F minimum »; qu'elle estime que la réparation en nature doit prévaloir sur la réparation par équivalent;

Considérant que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, pas plus que son annulation, n'aurait pour conséquence que le marché devrait être attribué à la requérante; qu'ainsi elle n'aurait pas pour effet d'octroyer à la requérante une réparation en nature du préjudice qu'elle allègue;

Considérant, quant au préjudice moral vanté, que la partie adverse constate, sans être contredite, que la s.a. Van Hool « détient, sur l'ensemble du parc national actuellement en service dans les transports publics, 75,38 % à Bruxelles (S.T.I.B.), 84,60 % en Région flamande (V.V.M.) et 82,15 % en Région wallonne (S.R.W.T.), soit 82,03 % au total » et qu'elle « a fourni, dans les cinq dernières années, les nouvelles acquisitions à concurrence de 100 % à Bruxelles (S.T.I.B.), 86,51 % en Région flamande (V.V.M.) et 73,24 % en Région wallonne, ayant livré en particulier à cette dernière 270 véhicules dans les trois dernières années », dont 235 à la S.R.W.T.;

Considérant qu'il s'ensuit que le préjudice invoqué par la requérante quant à une perte de références en Belgique et en Région wallonne ne peut être considéré comme grave; qu'au surplus, la partie adverse ne peut être tenue pour responsable de l'usage que la presse fait de la liberté qui lui est constitutionnellement garantie; que l'argumentation de la requérante est d'autant moins pertinente que les articles de presse auxquels elle se réfère n'ont pas le caractère de dénigrement qu'elle leur prête; que, d'ailleurs, il ressort du dossier administratif qu'aucune critique n'est adressée aux produits de la requérante;

Considérant, quant au préjudice matériel, que le marché litigieux, en ce qui concerne les lots 2 à 6 qui seuls sont réellement contestés, représente une valeur totale de 1.797.719.210 F pour trois ans, soit près de 600.000.000 de F par an; que le chiffre d'affaires de la s.a. Van Hool en 1992 a été de 12.200.000.000 de F; que, dès lors, la circonstance que la requérante n'obtiendrait pas le marché critiqué ne peut constituer un préjudice grave et difficilement réparable;

Considérant que la perte d'emplois que la requérante a, par la suite, évaluée à 204 emplois pour trois ans, est aléatoire; qu'en effet, il n'est actuellement nullement exclu que la requérante acquière d'autres marchés;

Considérant que le préjudice allégué par la requérante ne peut être tenu pour grave;

Considérant qu'une des conditions requises pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué fait défaut; que les demandes de suspension et de mesures provisoires ne peuvent être accueillies,

Décide :

Article 1^{er}. — La demande en intervention introduite par la s.a. Espace Mobile International, en abrégé « E.M.I. », dans les procédures en référé et en annulation est accueillie.

Article 2. — Les demandes de suspension et de mesures provisoires sont rejetées.

Article 3. — La suspension provisoire et la mesure provisoire décidées par l'arrêt n° 44399 du 7 octobre 1993 ne sont pas confirmées.

NOTE. — L'arrêt publié ci-dessus fait suite à l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 octobre 1993, n° 44399, publié dans notre *Journal*, du 16 octobre 1993, p. 647.

AMENAGEMENT DU TERRITOIRE.

— CARRIERE. — Exploitation. — Permis de modifier le relief du sol (permis de bâtir). — Permis d'exploitation. — **DECRET REGIONAL WALLON DU 27 OCTOBRE 1988 SUR LES CARRIERES. — Modification de la législation antérieure. — EXTENSION DE L'EXPLOITATION. — PERMIS D'EXTRACTION. — Travaux exécutés sans avoir sollicité et obtenu le permis d'extraction. — ENVIRONNEMENT. — Protection. — Droit subjectif. — ACTION EN REFERE. — Urgence. — Notion. — Intérêts en présence. — Balance.**

Liège (1^{re} ch.), 21 septembre 1993

Siég. : M. Godefroid, prés.; M. Echement et Mme Vieujean, conseillers.

Plaid. : MM^{es} Carlier, Daout (barreau de Namur), Putzeys et Gehlen (barreau de Bruxelles).

(a.s.b.l. Environnement Beez Long Sart et crts c. s.a. Gralex).

Vu l'ordonnance rendue le 16 octobre 1992 par le président du tribunal de première instance de Namur statuant en référé dans le cadre de l'article 584 du Code judiciaire;

Attendu que les circonstances de la cause se résument comme suit :

L'intimée exploite la carrière de Beez; les appelants sont voisins de cette exploitation; suivant la législation en vigueur à l'époque, l'intimée obtient le 27 juillet 1987 un arrêté de l'Exécutif régional wallon lui accordant le permis de modifier le relief du sol et le 3 novembre 1987 un arrêté du ministre de la Région wallonne ayant l'aménagement du territoire dans ses attributions l'autorisant de poursuivre l'exploitation et d'étendre celle-ci sur les parcelles cadastrées commune de Namur, 27^e division, section B n° 202 pie, 203 A pie, 205 A, 206 A pie et 208 M5 pie; par un arrêt du 21 juin 1989, le Conseil d'Etat annule le permis de modifier le relief et par un arrêt du 27 septembre 1989, cette juridiction annule l'arrêté ministériel du 3 novembre 1987 mais uniquement en tant qu'il autorise l'extension de l'exploitation.

Le 22 novembre 1989, l'intimée obtient un nouveau permis de modifier le relief du sol et le 20 avril 1990 un nouveau permis d'étendre l'exploitation; par un arrêt du 9 décembre 1991, le Conseil d'Etat annule le permis de bâtir octroyé le 22 novembre 1989; aucun recours n'est pris contre le permis d'étendre l'exploitation. Le 9 juin 1992, les appelants introduisent la présente procédure en référé; ils invoquent que, malgré l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 décembre 1991, l'intimée poursuit la modification du relief du sol dans la zone reprise au permis de bâtir annulé et que cette attitude leur cause un

préjudice irrémissible par l'atteinte à l'environnement, à la santé et aux bâtiments; ils demandent qu'il soit fait interdiction à l'intimée de modifier le relief du sol et d'extraire dans la zone pour laquelle le permis a été annulé et de la condamner à défaut d'obtempérer à une astreinte de 200.000 F par jour d'exploitation jusqu'à l'obtention du permis d'extraction;

Attendu que le premier juge relève à juste titre que la mesure d'interdiction sollicitée l'est au titre du préjudice dont les appelants, alors demandeurs, exposent qu'il serait porté à leurs droits subjectifs de propriétaires ou d'habitants établis à proximité de la carrière dans le cadre de l'exploitation de laquelle l'intimée, alors défenderesse, continuerait à modifier le relief du sol et à extraire en une zone pour laquelle l'un des permis administratifs requis a été annulé; que judicieusement, le premier juge observe également qu'il convient pour le juge des référés de n'intervenir que lorsque la procédure de droit commun n'est point susceptible, en raison du temps nécessaire à sa mise en œuvre et/ou en raison du caractère impropre ou inadéquat de la protection effective qu'elle est en mesure d'assurer, de fournir concrètement à des droits subjectifs menacés d'un péril sérieux et actuel ou imminent, une sauvegarde adéquate et efficace, sans laquelle ces droits viendraient à dépérir de manière irréparable;

Attendu qu'il convient préalablement pour le juge des référés d'examiner sommairement le fondement des droits des parties qu'il y a lieu de rappeler que sous l'empire de l'ancienne législation, l'exploitation d'une carrière nécessitait l'obtention de deux permis : le permis de modifier le relief du sol (permis de bâtir) et le permis d'exploitation; qu'en l'espèce, l'intimée ne dispose que d'un permis d'exploitation accordé le 20 avril 1990, le permis de bâtir du 22 novembre 1989 ayant été annulé;

Attendu que depuis lors, le décret du 27 octobre 1988 sur les carrières est entré en vigueur (juin 1990); que selon l'article 4 de ce décret, les carrières et leurs dépendances sont soustraites au régime des établissements dangereux, insalubres et incommodes et ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un permis d'extraction visé à l'article 14; qu'en vertu de l'article 5, ces permis sont délivrés en conformité avec les prescriptions des plans de secteur; que l'article 14 dispose que le permis d'extraction tient lieu du permis de déboiser et de modifier le relief du sol prévu par le Code wallon de l'aménagement du territoire; qu'en vertu des articles 3 et 17 de l'arrêté du 31 mai 1990 de l'Exécutif régional wallon, toute demande de permis d'extraction ainsi que d'extension de l'exploitation comporte notamment une notice d'évaluation préalable des incidences sur l'environnement visée au titre II du décret du 11 septembre 1985; qu'en vertu de l'article 10 de ce décret, l'autorité compétente peut, si elle estime que les incidences risquent d'être importantes, prescrire l'établissement d'une étude d'incidences sur l'environnement; que cette étude doit permettre à l'autorité compétente de déterminer les mesures à prendre pour réduire les inconvénients causés pour l'environnement par l'exploitation (art. 15 du décret du 27 octobre 1988 sur les carrières);

Attendu qu'en l'espèce, l'intimée ne disposant pas de permis valable de modifier le relief du sol en ce qui concerne les parcelles reprises à la

demande d'extension de l'exploitation, elle ne peut sous l'empire de l'ancienne législation procéder à cette exploitation;

Attendu que l'intimée invoque l'article 26, alinéa 1^{er}, du décret sur les carrières; que cet article édicte que les permissions et les autorisations octroyées avant l'entrée en vigueur du décret tiennent lieu du permis d'extraction;

Attendu que l'intimée ne dispose pour les parcelles litigieuses que d'un permis d'exploitation accordé avant l'entrée en vigueur du décret; qu'il fallait également un permis de bâtir; que l'article 26 du décret n'a pas pour but de régulariser une situation irrégulière, mais d'éviter à ceux qui disposaient des autorisations nécessaires avant l'entrée en vigueur du décret de devoir demander l'octroi du nouveau permis d'extraction; que le **permis d'exploitation ancien n'équivaut pas au permis d'extraction actuel** (voy. réponse du ministre compétent à la question écrite n° 42 du député Eerdekens du 21 mai 1991 - C.R.W., sess. 1990-1991, B.Q.R., n° 4, pp. 43 et 44);

Attendu qu'au niveau des apparences qui est celui du juge des référés, l'intimée ne peut légalement procéder à l'exploitation des parcelles visées dans la demande d'extension avant d'avoir demandé et obtenu l'actuel permis d'extraction;

Attendu qu'il résulte des propos tenus par le directeur technique de l'intimée à la séance du 5 février 1992 de la commission de conciliation des carrières de Beez, qu'il souhaite « d'abord procéder à la coupe des arbres sans tarder et, ensuite, découvrir du terrain pour préparer les futures extractions... », que l'intimée ne conteste pas avoir poursuivi la modification du relief du sol dans la zone demandée d'extension de concession visée par le permis de bâtir du 22 novembre 1989 annulé par le Conseil d'Etat »;

Attendu qu'il y a lieu d'examiner si, *in concreto*, les agissements de l'intimée, consistant à étendre l'exploitation sur des parcelles pour l'exploitation desquelles elle ne dispose pas des autorisations nécessaires, troublent gravement les droits subjectifs des appelants;

Attendu que la sauvegarde de leur environnement immédiat constitue un droit subjectif des appelants; que cette sauvegarde est actuellement garantie par les dispositions légales régissant l'évaluation des incidences sur l'environnement, applicables à l'octroi du permis d'extraction, lesquelles sont énumérées ci-dessus; que, **concrètement, les appelants peuvent exiger que la notice d'évaluation préalable des incidences, et le cas échéant une étude d'incidence, soient réalisées afin que soient fixées en connaissance de cause les mesures à prendre par l'intimée pour réduire les inconvénients causés à leur environnement par cette extension de l'exploitation**;

Attendu qu'il ne s'agit pas simplement de réclamer le respect de la légalité objective;

Attendu que l'urgence réside dans le fait que, **pour éviter toute atteinte irrémissible à l'environnement, les mesures adéquates doivent être prises préalablement à l'extension de l'exploitation**;

Attendu qu'il échet de relever que, dans son rapport qui précède l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 décembre 1991 annulant le permis de bâtir, le premier auditeur a cru utile « d'attirer l'attention de la partie adverse sur ses obligations en matière d'étude d'incidence, vu l'incidence non seulement importante, mais littéralement énorme du permis attaqué sur l'environnement » (note au bas de la page 39), émettant l'avis qu'il serait inconcevable d'esquiver cette étude d'incidence « à propos d'un pareil bouleversement de l'environnement » (p. 40);

Attendu qu'il n'est pas exclu que la notice d'évaluation ou l'étude d'incidence éventuelle impose des conditions différentes de celles prévues notamment par la convention du 27 novembre 1980;

Attendu qu'il ne s'agit pas d'arrêter l'exploitation, mais bien plutôt d'aménager les conditions de son extension; qu'est sans portée l'argument suivant lequel l'extension projetée se trouve en zone d'extraction au plan de secteur;

Attendu qu'au vu des considérations qui précèdent, il apparaît que les prétentions apparemment légitimes des appelants dépassent la simple réparation qu'ils pourraient obtenir dans le contexte de la théorie juridique des troubles anormaux du voisinage;

Attendu que le fait que la carrière soit exploitée de longue date n'empêche que l'intimée soit tenue de respecter la législation en vigueur et d'obtenir un permis d'extraction avant de procéder à l'extension de son exploitation; qu'est sans influence l'obtention par l'intimée d'un arrêté du collège échevinal de Namur en date du 27 novembre 1991 portant modification du permis d'extraction en vue d'établir de nouvelles installations, alors que l'arrêt du Conseil d'Etat annulant le permis de bâtir a été prononcé postérieurement, soit le 9 décembre 1991;

Attendu qu'en ce qui concerne la balance des intérêts en présence, il n'apparaît pas à suffisance que la suspension momentanée de l'extension de l'exploitation conduise l'intimée à une situation à ce point difficile qu'il faille sacrifier l'environnement des appelants, parce que les mesures adéquates n'auraient pas été prises, aux intérêts financiers immédiats de l'intimée;

Attendu qu'en ce qui concerne la demande d'astreinte, l'intimée plaide que « rien ne permet de présumer que la concluante entendrait se soustraire à une éventuelle condamnation »; qu'eu égard à cette déclaration, il y a lieu de réserver à statuer sur ce point en attendant l'attitude qu'elle adoptera suite au présent arrêt;

Par ces motifs :

La Cour,

Reçoit l'appel;

Réformant la décision attaquée, **interdit à l'intimée de poursuivre la modification du relief du sol et d'extraire dans la zone d'extension concernée par le permis de bâtir annulé du 22 novembre 1989, jusqu'à l'obtention du permis d'extraction**;

Réserve à statuer sur la demande d'astreinte.