

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

ARRET

n° 140.844 du 18 février 2005

A.76.719/VI-14.376

En cause :

1. LA SOCIETE ANONYME BOUCHER,
2. LA SOCIETE ANONYME JOLY, aux droits de laquelle succède LA SOCIETE ANONYME WEGEBO,

ayant élu domicile chez
Me Xavier LEURQUIN, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles,

contre :

LA REGION DE BRUXELLES-CAPITALE,
représentée par son Gouvernement.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 11 décembre 1997 par la société anonyme BOUCHER et la Société anonyme JOLY qui demandent l'annulation de "la décision, de date inconnue, prise par la partie adverse (la Région de BRUXELLES-CAPITALE):

- d'abandonner la procédure d'attribution d'un marché public de travaux de réaménagement des abords de la Porte de Hal sur le territoire de la Ville de Bruxelles et de la Commune de Saint-Gilles, selon le mode d'appel d'offres général;
- d'initier une nouvelle procédure d'attribution du même marché, selon le mode de l'adjudication publique";

Vu la "requête complémentaire en annulation" introduite le 15 janvier 1998 par les mêmes requérantes qui y prennent un "moyen nouveau manifestement fondé";

Vu l'arrêt n° 129.101 du 10 mars 2004 rouvrant les débats et fixant l'affaire à l'audience du 30 juin 2004;

Vu l'avis provisoire de M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Xavier LEURQUIN, avocat, comparaissant pour les requérantes, et Me Luc DEPRE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, M. THIBAUT, Auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen des requêtes ont été rappelés par ledit arrêt n° 129.101 du 10 mars 2004; que, toutefois, il y a lieu de tenir compte de ce que la S.A. ROUTES ET CONSTRUCTIONS (ou WEGEBO) a adressé au Conseil d'Etat, en annexe à son dernier mémoire complémentaire du 29 avril 2004, un extrait du procès-verbal de son conseil d'administration du 23 avril 2004 décidant de "reprenre l'instance au Conseil d'Etat, référencée sous le n° A. 76.719/VI/14.376 qui avait été introduite, notamment par s.a. JOLY, les 11 décembre 1997 et 15 janvier 1998";

Considérant, quant à la régularité de la décision d'ester prise par la S.A. BOUCHER, que la pièce annexée à la requête indique qu'elle a été prise le 5 décembre 1997 par son conseil d'administration composé de Philippe STULEMEIJER, Fernand ROSSEY et Jacques RORIF, tous administrateur;

Considérant que l'article 10 des statuts de la S.A. BOUCHER, dans leur version coordonnée au 7 novembre 1994 jointe à la requête, prévoit notamment que "la société est administrée par un conseil composé de trois membres au moins, actionnaires ou non" et que "les mandats ne peuvent sauf réélection, excéder une durée de six ans";

Considérant que ces mêmes statuts indiquent que la S.A. BOUCHER fut constituée par acte notarié du 14 décembre 1955, et qu'ils furent modifiés les 2 octobre 1970, 17 mai 1973, 4 mars 1974, 15 avril 1980, 30 juin 1980, 8 août 1986, 15 juin 1987, 23 juin 1988, 18 août 1989, 29 septembre 1989, 8 décembre 1989 et 7 novembre 1994; qu'ils indiquent les références des publications au Moniteur belge; que l'on peut ainsi considérer que les statuts et leurs modifications successives ont été régulièrement publiés;

Considérant, par ailleurs, qu'il apparaît des pièces annexées au dernier mémoire des requérantes du 8 décembre 2003, notamment :

- que l'assemblée générale extraordinaire du 23 juin 1988 (Annexe au Moniteur belge du 20 juillet 1988, N° 880720 - 25), après avoir accepté la démission de trois administrateurs, dont celle d'Alfred BOUCHER, a décidé de nommer trois nouveaux administrateurs: Thierry LACOURT, dont le mandat viendrait à expiration après l'assemblée ordinaire de 1990, Jacques RORIF et Philippe STULEMEIJER, dont les mandats prendraient fin immédiatement après l'assemblée générale ordinaire de 1995; (pièce 24)

- que l'assemblée générale extraordinaire du 8 décembre 1989 (Annexe au Moniteur belge du 4 janvier 1990 - N° 900104 - 19) a accepté la démission de l'administrateur LACOURT; (pièce 25)

- que le conseil d'administration du 8 octobre 1990 (Annexe au Moniteur belge du 9 novembre 1990 - N° 901109 - 300), réglant les pouvoirs délégués par le conseil d'administration, renseigne comme administrateur Daniel L. BOUCHER, l'extrait conforme étant signé par Daniel L. BOUCHER et Jacques RORIF, tous deux administrateur; (pièce 26)

- que le conseil d'administration du 13 janvier 1992 (Annexe au Moniteur belge du 5 mars 1992 - N° 920305 - 317), réglant de nouveau les pouvoirs délégués par le conseil d'administration, renseigne encore Daniel L. BOUCHER comme administrateur, l'extrait conforme étant à nouveau signé par Daniel L. BOUCHER et Jacques RORIF, tous deux administrateur; (pièce 28)

- que l'assemblée générale ordinaire du 25 mai 1992 (Annexe au Moniteur belge du 19 juin 1992 - N° 920619 - 221) a pris acte de la démission d'Alfred BOUCHER, "administrateur depuis l'assemblée générale ordinaire du 28 mai 1990", l'extrait du procès-verbal de l'assemblée étant signé par Ph. STULEMEIJER et Jacques RORIF, tous deux administrateur délégué; (pièce 29)

- que le conseil d'administration du 28 février 1995 (Annexe au Moniteur belge - N° 950328 - 330) a pris acte de la démission de Daniel L. BOUCHER de son mandat d'administrateur, et a appelé en remplacement F. ROSSEY, nomination à ratifier par la prochaine assemblée générale; (pièce 31)

- deux annexes au Moniteur belge, l'une du 8 janvier 1997, l'autre du 3 février 1998, font état de décisions prises les 7 novembre 1996 et 26 novembre 1997, par le conseil d'administration et présentant Messieurs STULEMEIJER et RORIF en tant qu'administrateurs; (pièces annexées au dernier mémoire complémentaire du 29 avril 2004)

- que l'assemblée générale ordinaire du 29 avril 1998 (Annexe au Moniteur belge du 11 août 1998 - N° 980811 - 121) a accepté la démission de leurs mandats d'administrateur de Philippe STULEMEIJER, Fernand ROSSEY et Jacques RORIF; (pièce 32)

Considérant que l'ensemble de ces pièces permet de considérer qu'à la date du 5 décembre 1997, Philippe STULEMEIJER et Jacques RORIF avaient bien la qualité d'administrateur; que, partant, la décision d'ester prise le 5 décembre 1997 le fut de manière régulière;

Considérant, quant à la régularité de la décision d'ester prise par la S.A. JOLY, que la pièce annexée à la requête indique qu'elle a été prise le 10 décembre 1997 par le conseil d'administration, dont la composition n'est pas précisée, l'extrait conforme étant signé par Bruno TABARIE, président, et Philippe DUBRU, administrateur;

Considérant que l'article 9 des statuts adoptés lors de la constitution de la société, le 15 septembre 1975, prévoit que "la société est administrée par un conseil d'administration composé de quatre membres au moins, nommés pour six ans au plus par l'assemblée générale et en tout temps révocables par elle"; que, toutefois, l'assemblée générale extraordinaire du 17 septembre 1979 a ramené le nombre de membres du conseil d'administration de quatre à trois; que l'article 10 desdits statuts dispose notamment que "il (le conseil d'administration) ne peut délibérer que si la majorité de ses membres est présente ou représentée", et que "les décisions sont prises à la majorité des voix (...)" ;

Considérant que l'assemblée générale ordinaire du 9 mai 1996, à l'issue de laquelle venait à échéance le mandat de chaque administrateur, a décidé :

- " - de reconduire les mandats de Monsieur TABARIE en qualité de Président et de Monsieur DUBRU en qualité d'Administrateur pour une durée de six ans (échéance à l'issue de l'A.G.O. de 2002).
- de nommer Monsieur Etienne DEWULF en qualité d'Administrateur en remplacement de Monsieur Guy DELENS, pour une durée de six ans (échéance à l'issue de l'A.G.O. de 2002).";

Considérant que la première nomination statutaire suivante paraît avoir été, selon les pièces produites, la nomination de Yvo DERDAELE en qualité d'administrateur par le conseil d'administration du 21 décembre 1999;

Considérant qu'il résulte de ces pièces que les publications au Moniteur belge requises ont été accomplies, et que la décision d'ester, prise par la majorité du conseil d'administration, soit deux des trois membres le composant, fut régulière;

Considérant qu'il apparaît ainsi que les décisions d'ester prises tant par la S.A. BOUCHER que par la S.A. JOLY furent régulières;

Considérant qu'il reste que la S.A. ROUTES ET CONSTRUCTIONS (WEGEBO) prétend succéder aux droits de la S.A. JOLY, dont elle décida, le 23 avril 2004, de reprendre l'instance; qu'elle explique, dans son dernier mémoire complémentaire introduit le 29 avril 2004, que par acte reçu par le notaire POSSOZ en date du 30 mai 2000, la S.A. JOLY lui a cédé sa branche d'activité à Bruxelles, communément appelée «Agence JOLY-Bruxelles»; qu'elle produit, à cet égard, notamment un extrait, publié aux Annexes du Moniteur belge du 21 juin 2000, relatif à la cession d'une branche d'activité par la S.A. JOLY à la S.A. ROUTES ET CONSTRUCTIONS (WEGEBO);

Considérant que la partie adverse, dans son dernier mémoire complémentaire introduit le 1^{er} juin 2004, estime que la décision de reprise d'instance prise le 23 avril 2004 par le conseil d'administration de la S.A. WEGEBO, quatre ans après l'acte notarié consacrant la cession de branche d'activité, est tardive, de sorte qu'il y a lieu de considérer le recours irrecevable;

Considérant que l'article 58 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la Section d'administration du Conseil d'Etat ne prévoit aucun délai endéans lequel, hormis en cas de décès, celle-ci doit intervenir; que la reprise d'instance ne pourrait être déclarée irrecevable pour tardiveté;

Considérant plus fondamentalement qu'en l'espèce, il n'est ni contestable ni contesté que la S.A. JOLY a apporté à la S.A. WEGEBO sa branche d'activité à Bruxelles, que cet apport est opposable aux tiers et que cette branche d'activité inclut à l'évidence les travaux aux abords de la Porte de Hal;

Considérant qu'en vertu de l'article 174/55 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (Titre IX du Livre Premier du Code de commerce alors en vigueur), "l'apport d'une branche d'activité entraîne de plein droit le transfert à la société bénéficiaire des actifs et passifs s'y rattachant";

Considérant que, compte tenu de ce que le transfert des actifs et passifs se rattachant à la branche d'activité cédée s'opère de plein droit, par l'effet de la loi, c'est à bon droit que la S.A. ROUTES ET CONSTRUCTIONS (WEGEBO), en suite de la notification du rapport de l'auditeur rapporteur du 14 octobre 2003, s'est déclarée aux droits de la S.A. JOLY pour transmettre, le 8 décembre 2003, un dernier mémoire, commun avec la S.A. BOUCHER, et demander la poursuite de la procédure; qu'il y a lieu de considérer que ce mémoire introduit le 8 décembre 2003 valait reprise d'instance, et que l'acte formel de reprise d'instance du 23 avril 2004 était bien superflu; que, compte tenu de cet apport de branche d'activité, la S.A. JOLY n'a plus d'intérêt au présent recours, ce qu'elle ne conteste pas, et la S.A. WEGEBO est recevable et fondée à poursuivre l'instance mue initialement par la S.A. JOLY; qu'il y a lieu de lui en donner acte;

Considérant, enfin, que l'arrêt n° 129.101 du 10 mars 2004 invitait les parties à s'expliquer sur la persistance de l'intérêt des requérantes au présent recours dès lors qu'elles n'ont pas jugé opportun d'attaquer la décision d'attribution du marché litigieux, décision prise le 15 décembre 1997;

Considérant qu'à cet égard, les parties requérantes, dans leur dernier mémoire complémentaire introduit le 29 avril 2004, font valoir qu'en l'espèce, une première opération complexe s'est clôturée par la décision attaquée du 19 novembre 1997 mettant fin à la procédure d'attribution du marché par appel d'offres général, et qu'une seconde opération complexe, tout à fait distincte, autonome et indépendante juridiquement de la première, a été recommencée "ab initio" pour se terminer par la décision d'attribution du 15 décembre 1997; qu'elles estiment ainsi que l'intérêt au recours dirigé contre la décision clôturant la première procédure doit être apprécié indépendamment de la seconde; qu'à titre subsidiaire, elles demandent, pour résoudre ce qu'elles croient constituer une contradiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, que la question soit soumise à l'assemblée générale du Conseil d'Etat;

Considérant que la partie adverse, dans son dernier mémoire complémentaire introduit le 1^{er} juin 2004, se réfère à la jurisprudence de l'arrêt n° 78.788 du 17 février 1999 en cause LOMBET pour soutenir que, faute pour les requérantes d'avoir

attaqué la décision d'attribution du 15 décembre 1997, elles ont perdu intérêt au présent recours;

Considérant que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur, après avoir décidé de ne pas donner suite à une première procédure d'attribution, prend la décision d'attribuer le marché au terme d'une seconde procédure, la question de savoir si le soumissionnaire, qui a attaqué la première décision mais non la seconde, conserve l'intérêt légal requis pour poursuivre l'annulation de la première, a donné lieu à une jurisprudence divergente; qu'en vue d'assurer l'unité de la jurisprudence, il y a lieu de renvoyer l'affaire à Monsieur le Premier Président, afin qu'il apprécie l'opportunité de la renvoyer à l'assemblée générale de la Section d'administration, conformément à l'article 92, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973;

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Il est donné acte à la société anonyme ROUTES ET CONSTRUCTIONS (WEGEBO) de ce qu'elle poursuit l'instance initialement introduite par la société anonyme JOLY.

Article 2.

Il est sursis à statuer.

Article 3.

L'affaire est soumise à Monsieur le Premier Président afin d'être éventuellement traitée en assemblée générale de la Section d'administration.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
dix-huit février deux mille cinq par :

MM. ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
HANSE,	Conseiller d'Etat,
LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.