

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 255.226 du 8 décembre 2022

A. 237.634/VI-22.449

En cause : **la société à responsabilité limitée WPD BENELUX**,
ayant élu domicile chez
M^e Aurélie KETTELS, avocat,
avenue Constantin de Gerlache 41
4000 Liège,

contre :

la commune de Bons-Villers,
représentée par son Collège communal,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jérôme DENAYER et
Sophia AZZOU, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 novembre 2022, la société à responsabilité limitée WPD Benelux demande, d'une part, l'annulation et, d'autre part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée par le Collège communal de la Commune de Bons-Villers [...], le 18 octobre 2022, décision par laquelle il décide, dans le cadre de l'attribution du marché relatif à l'étude de la réalisation et l'exploitation d'un projet agrivoltaïque sur son territoire, de considérer l'offre de la requérante irrégulière d'une part, et d'attribuer le marché à un tiers d'autre part ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 7 novembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 novembre 2022.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70, du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

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

M^e Stéphane Rixhon, *loco* M^e Aurélie Kettels, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Jérôme Denayer, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1.1. La Commune de Bons-Villers, partie adverse, a publié un appel à candidats pour l'étude, la réalisation et l'exploitation d'un projet agrivoltaïque. Le Cahier Spécial des Charges relatif à ce marché [...] précisait notamment ce qui suit :

“ Article 9 – Forme et contenu de l'offre

Les offres sont établies en français et contiennent les documents suivants :

- ☐ Le formulaire d'offre dûment complété
- ☐ Les attestations permettant de vérifier le critère lié à l'expérience du candidat (*cf. supra*)
- ☐ L'attestation de visite
- ☐ Une note d'intention détaillant le montage juridique et économique du projet proposé
- ☐ Un plan permettant d'avoir une vue d'ensemble du projet proposé
- ☐ Une note d'intention détaillant :
 - les installations photovoltaïques ; notamment la puissance, les modalités d'installations, dimensions, emplacement, l'équivalent “ménage”, le nombre de panneaux prévus
 - un descriptif des moyens/installations mis en œuvre pour préserver et améliorer la biodiversité (sans utilisation de produits non homologués en agriculture biologique)
 - un descriptif de l'activité agricole proposée (sans utilisation de produits non homologués par l'agriculture biologique).

Article 10 – Analyse des offres

L'offre retenue sera celle qui :

- ☐ répondra aux clauses techniques minimales fixées dans le présent cahier spécial des charges ;
- ☐ aura obtenu le plus grand nombre de points après addition des points obtenus compte tenu des critères suivants :

CRITÈRES D'ATTRIBUTION	NOTE /100
<p>1. Le prix (cfr. Formulaire d'offre)</p> <p>➤ les points sont attribués selon la formule suivante :</p> <p>$[\text{Montant de l'offre considérée} / \text{montant de l'offre le plus élevé}] \times 70$</p>	/70
<p>2. Le projet démontre la possibilité de commercialisation de la production de x% dans un rayon de maximum 50 km autour de la zone de production.</p> <p>▪ Points à attribuer à l'offre pour ce critère =</p> <p>$[\text{Pourcentage de l'offre} / \text{Pourcentage le plus élevé}] \times 15$</p>	/15
<p>3. Le projet permet la participation des citoyens</p> <p>L'apport financier des citoyens représentera xxxx % du coût total de l'investissement à financer par l'adjudicataire (cfr. Formulaire d'offre).</p> <p>➤ Points à attribuer à l'offre pour ce critère =</p> <p>$[\text{Pourcentage de l'offre} / \text{Pourcentage le plus élevé}] \times 15$</p>	/15

1.2. La partie requérante a remis offre dans le cadre de ce marché.

Cette offre était notamment constituée du document-type émis par la partie adverse et dûment complété par la requérante [...] ainsi que d'une présentation de l'implantation du projet [...].

1.3. Comme souligné par la partie adverse en son courrier du 18 octobre 2022, reçu le 20 octobre 2022 par la requérante, l'offre de cette dernière rencontrait l'ensemble des prescriptions minimales techniques.

Toutefois, la partie adverse a estimé devoir la considérer comme étant irrégulière, au motif qu'elle contiendrait une réserve ne permettant pas de comparer effectivement les redevances proposées par les candidats, soit une irrégularité substantielle selon elle.

1.4. La mention ainsi qualifiée de réserve par la partie adverse, a son siège dans le document de présentation de l'implantation du projet déposé par la requérante avec son offre [...] ; l'extrait précisément en cause est libellé comme suit :

“ La commune des Bons Villers fixe le droit de superficie de 25 ans, pendant lesquelles le partenaire est tenu responsable de l'installation, l'exploitation et la maintenance des panneaux photovoltaïques, et l'exploitation du sol entre autres. Une convention de droit de superficie sera signée avec le développeur 3 mois après avoir obtenu toutes les autorisations nécessaires pour l'implantation du projet agrivoltaïque. Chaque année le partenaire acquittera une redevance annuelle, indexée annuellement selon l'indice de santé avec comme référence l'indice de Décembre 2021.

Selon les estimations préalables, la partie photovoltaïque formera un projet avec une puissance de 4.7 MWc ou la capacité totale ne dépassera pas 5 MWc en réalité. Etant donné que la redevance dépend de la capacité et la production de la partie photovoltaïque, wpd propose une redevance annuelle de 4.000 euros par an et par MW installé, soit une redevance totale de 20.000 euros/an”.

Quant au formulaire d’offre en tant que tel, il est libellé comme suit au titre du critère d’attribution relatif à la redevance dont question :

N° critère	Description	Durée	Indemnité/ Redevance annuelle	Total TTC
1.a.	Indemnités pour le droit d'exclusivité Min. 500 € TTC	2 ans	...650,00...€/an	1300,00...€
1.b	Redevances durant le droit de superficie Montant annuel de minimum 4000 € TTC	25 ans	...20.000,00€/an	500.000,00...€
Total TTC				501.300,00...€

NB : Les prix unitaires doivent être mentionnés avec 2 chiffres après la virgule. La quantité de produits x le prix unitaire doivent être à chaque fois arrondis à 2 chiffres après la virgule.

Afin d’adopter une lecture correcte de ce document, il convient de préciser que la requérante a personnellement complété, à la ligne “1.b”, les montants repris dans les deux dernières colonnes, soit “20.000,00 euros” par an d’une part, et le montant total de “500.000,00” euros d’autre part.

Le reste des inscriptions présentes dans cette ligne du tableau était préexistant, comme il ressort dans la version originale du document-type, telle qu’intégrée dans le C.S.C.

1.5. A la réception de la décision de ne pas retenir son offre, la requérante a immédiatement pris contact avec la partie adverse, tout d’abord oralement. Il lui a été indiqué que la Commune craignait que l’engagement quant au montant de la redevance ne soit pas ferme.

Le représentant de la requérante a alors exposé que tel n’était aucunement le cas, comme il ressortait clairement de l’offre en tant que telle, soit du tableau qu’elle

avait complété de manière claire. La redevance était bien un prix fixe (annuel et sur 25 ans).

Le 20 octobre 2022, la requérante a complété cette explication orale par l'envoi d'un mail à la partie adverse [...] :

“ Bonjour Madame Jeurissen,
Je vous remercie pour votre email/correspondance et je vous confirme la teneur de notre conversation téléphonique de ce matin par laquelle je m'étonnais de la décision du Collège de ne pas retenir notre offre.
Et je vous confirme également que l'interprétation qui a été faite du point page 9 pt VII de notre document de présentation est erronée et est à la base de la réserve ayant mené à la décision du Collège en notre défaveur.
Le seul objectif de ce point était d'expliquer comment nous arrivions à cette redevance de fixe de 20.000 €/an. Il n'entrait pas dans notre intention de lier celle-ci à la capacité que nous pourrions installer sur les terrains objet de cet appel à candidats ; l'optimisation de la surface disponible étant exclusivement de notre ressort.
Pourriez-vous, s'il vous plaît, transmettre mon email à Monsieur Bourgmestre et Monsieur le Directeur Général en leur transmettant notre souhait de revoir la décision du Collège à la lumière de ces explications.
D'avance merci”.

Aucune suite écrite n'a été réservée à cet envoi.

1.6. L'acte attaqué est la décision par laquelle le Collège a décidé de considérer l'offre de la requérante irrégulière et a, en conséquence, décidé d'attribuer le marché à un autre candidat (selon les informations dont dispose la requérante, l'attributaire est le seul autre candidat ayant déposé offre, lequel sera appelé en la présente requête, le “seul concurrent”) ».

IV. Régime juridique de la demande de suspension

Au vu de différentes questions soulevées par la partie adverse et à l'occasion des débats tenus en extrême urgence, l'examen de la demande de suspension impose de définir préalablement le régime juridique de celle-ci, en déterminant si elle constitue la demande de suspension visée à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ou celle que régit l'article 17 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Plus particulièrement, il convient de déterminer si l'opération litigieuse doit être qualifiée de concession de travaux ou services ou de marché public, ou si elle est étrangère à ces notions.

IV.1. Thèses des parties

A. Note d'observations

Au titre des développements de la note d'observations à l'occasion desquels elle conteste que soient rencontrées les conditions d'introduction d'une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence fixées par l'article 17 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la partie adverse soutient notamment que l'opération litigieuse ne relèverait pas de celles auxquelles la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions est applicable. À ce sujet, elle fait en particulier valoir ce qui suit :

« 13. Si la partie requérante fait référence à l'application de la loi du 17 juin 2013, en précisant qu'il ne lui est pas nécessaire de démontrer l'urgence de sa demande – l'article 15 de ladite loi rendant en effet compétent Votre Conseil pour suspendre l'exécution de décisions administratives, en extrême urgence, “sans que la preuve de l'urgence doive être apportée” –, elle fait toutefois abstraction de son champ d'application, lequel ne la rend pas ici applicable.

Que ce soit en vertu de l'article 3 ou de l'article 28, le champ d'application de la loi est défini en ce sens qu'elle ne s'applique qu'aux marchés “qui relèvent de la loi relative aux marchés publics”. Et l'article 28, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics précise que “ne sont pas soumis à l'application de la présente loi [...] les marchés publics de services ayant pour objet :

1° l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens”.

Le régime de la loi du 17 juin 2013 n'est donc pas applicable au contrat en cause, portant sur la cession d'un droit réel (droit de superficie). La partie requérante ne conteste d'ailleurs pas la qualification donnée au contrat. [...] ».

B. Plaidoiries

À l'audience du 23 novembre 2022, la requérante a soutenu que l'opération litigieuse devait bien être qualifiée de « marché public » auquel est applicable la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Elle estime que la partie adverse, dont la note d'observations se borne à viser l'article 28 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ne conteste pas vraiment cette qualification de marché public, laquelle – selon la requérante – ressort à suffisance du contexte de l'opération, tel qu'en rendent compte les documents élaborés à l'origine de celle-ci par la partie adverse. Elle considère que n'est pas en cause un marché de services portant principalement sur des biens et que le droit de superficie dont il est question n'est que l'accessoire d'un service public que la partie adverse entend mettre en œuvre, de sorte que l'opération doit bien être qualifiée de marché public.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions sont libellés comme suit :

- « Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions ;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné ;
 - 3° les documents du marché ou de la concession ».
- « Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
- 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés ;
 - 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.
- Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.
- L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.
- La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.
- La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

L'application du régime organisé par ces dispositions suppose notamment que les décisions faisant l'objet des recours qu'elles organisent se rapportent à une concession ou un marché, au sens de l'article 2, 1° et 1°/1, de cette loi du 17 juin 2013 précitée, lequel est libellé comme suit :

- « Art. 2. Au sens de la présente loi, on entend par :
- 1° marché : le marché public ou le marché de travaux, de fournitures ou de services, l'accord-cadre et le concours au sens de la loi relative aux marchés publics ou de la loi défense et sécurité, selon le cas ;

1^o/1 concession : la concession de services ou la concession de travaux visée à l'article 2, 7^o, de la loi relative aux concessions ».

En l'espèce, la requérante plaide précisément que l'opération litigieuse doit être qualifiée de marché public, tout en invoquant que serait en cause la mise en œuvre d'un service public dont la partie adverse aurait la charge. Il convient donc de déterminer – pour les besoins du traitement de la présente demande de suspension introduite selon la procédure d'extrême urgence – si cette opération relève d'un « marché » ou d'une « concession », au sens des dispositions précitées.

Il ressort de l'« Appel à candidats pour l'étude, la réalisation et l'exploitation d'un projet agrivoltaïque », et plus particulièrement de l'« article 3 – Objet » que l'opération litigieuse a pour objet de concéder, sur des parcelles dont est propriétaire la partie adverse, un droit de superficie :

- « dans le but :
- d'y installer et d'exploiter une installation photovoltaïque permettant d'accroître le part d'énergie verte sur le marché ;
 - de valoriser la parcelle sur le plan de l'agriculture durable et de la biodiversité ; et ce, sans utilisation de produits non homologués en agriculture biologique ».

L'article 1^{er} de ce même appel à candidats décrit comme suit le contexte dans lequel s'inscrit l'opération ainsi projetée :

- « La Commune des Bons Villers est propriétaire de deux parcelles présentant une superficie totale d'approximativement 6,2 hectares situées à Frasnès-lez-Gosselies, à proximité de la N5. Consciente de l'urgence climatique, notre commune souhaite mettre à profit cette ressource foncière pour participer à la réduction de l'empreinte carbone ; tout en valorisant ses terres sur le plan de l'agriculture durable et sur plan environnemental.
- L'objectif au travers du présent appel à projet est donc de mettre à profit ces parcelles pour la production d'énergie verte, au travers de l'installation et de l'exploitation de panneaux photovoltaïques, tout en assurant une exploitation des terres propice à la préservation de la biodiversité et à l'agriculture durable, et ce sans utilisation de produits non homologués en agriculture biologique.
- Sur le plan juridique, cette mise à disposition se concrétiserait par l'octroi d'un droit de superficie d'une durée de 25 ans ce qui permettra au partenaire de gérer de manière autonome et indépendante les installations placées, ainsi que le terrain mis à disposition ».

Au vu de ces indications et de ce que les pièces de la procédure permettent de considérer à propos de cette opération, dans le cadre de débats en extrême urgence, et contrairement à ce que suggère la partie adverse dans sa note d'observations, l'article 28, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ne suffit pas à écarter la qualification de « marché public » invoquée par la requérante. Cette disposition exclut du champ d'application de la loi les marchés publics de services ayant pour objet : « l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens

immeubles ou concernant des droits sur ces biens ». Or la partie adverse n'indique pas et – il n'apparaît pas, *prima facie* – que l'opération en cause dans le cas d'espèce, qui n'a pas pour objet l'acquisition – mais bien l'octroi – de droits réels sur un terrain par le pouvoir adjudicateur, relèverait de l'hypothèse visée par la disposition précitée.

La réfutation de cet argument de la partie adverse ne suffit toutefois pas à établir que l'opération litigieuse serait un « marché » ou une « concession ».

Ainsi que cela ressort de l'examen de la cause, l'opération litigieuse doit s'analyser comme consistant en l'octroi, en faveur d'un opérateur choisi après une mise en concurrence, de droits réels (à savoir, essentiellement, un droit de superficie) sur une parcelle appartenant à la partie adverse, pour permettre à cet opérateur d'affecter cette parcelle au développement d'un projet « agrivoltaïque », impliquant l'installation et l'exploitation d'une installation photovoltaïque permettant d'accroître la part d'énergie verte sur le marché, d'une part, et la valorisation de la parcelle sur le plan de l'agriculture durable et de la biodiversité, d'autre part.

La requérante affirme qu'il s'agit bien, en l'espèce, d'un marché public, mais sans identifier les prestations qui, faisant l'objet de cette opération, devraient – au titre d'objet d'un tel marché – être assurées par l'opérateur retenu au bénéfice économique de la partie adverse, à savoir pour les besoins du propre fonctionnement de celle-ci ou de l'accomplissement de missions dont elle assumerait la charge. Le Conseil d'État n'identifie pas de telles prestations et il doit, par ailleurs, être relevé, à la lecture de l'article 1^{er} de l'appel à candidats précité, que la partie adverse entend permettre à cet opérateur de gérer de manière autonome et indépendante les installations placées, ainsi que le terrain mis à disposition, ce qui sert la thèse de l'absence de réponse à un besoin économique de l'autorité, que les prestations auxquelles s'engagerait un opérateur, en faisant offre et par la conclusion du contrat, auraient vocation à apporter. La qualification de « marché public » ne peut donc, *prima facie*, être retenue en l'espèce.

La requérante soutient, par ailleurs, que le droit de superficie à concéder dans le cadre de l'opération litigieuse ne serait que l'accessoire d'un service public que la partie adverse entend mettre en œuvre, thèse qui pourrait être comprise en ce sens que – selon la requérante – cette opération devrait être qualifiée de « concession de service ». Cette thèse appelle l'observation suivante : alors que la concession de services apparaît être, de manière générale, un mode de gestion de services que l'autorité a vocation à offrir à un public d'usagers pour répondre aux besoins de ceux-ci, mais qu'elle choisit d'« externaliser » en attribuant à un opérateur

économique sa gestion, aucune prestation relevant de tels services et que l'opérateur choisi aurait la charge d'assurer n'a, en l'espèce, été identifiée par les parties et ne paraît pouvoir l'être à la lecture des écrits et pièces de la procédure. Apparaît, à cet égard, indifférente, la circonstance que la partie adverse aurait considéré comme relevant de l'intérêt communal la conception d'un projet agrivoltaïque en raison de l'accroissement escompté de la part d'énergie verte sur le marché et de la valorisation d'une parcelle dans le cadre de l'agriculture durable et de la biodiversité. Une telle dimension d'intérêt communal n'implique pas, *ipso facto*, que serait en jeu l'organisation d'un service aux usagers, dont la partie adverse aurait la charge et dont elle choisirait d'externaliser la gestion dans le cadre d'une concession. Il n'apparaît donc pas, pour ce que permet d'en juger la présente procédure en extrême urgence, que l'opération litigieuse doive être qualifiée de « concession ».

Dès lors que – pour les motifs ainsi exposés – l'applicabilité de la loi du 17 juin 2013 précitée à l'opération litigieuse n'est pas établie, il s'impose de statuer sur la présente demande de suspension conformément aux dispositions des lois coordonnées sur le Conseil d'État, et notamment à l'article 17 de celles-ci.

V. Urgence et extrême urgence

V.1. Thèses des parties

A. Note d'observations

Sous le titre « 2. Examen de la recevabilité du recours » de la note d'observations, la partie adverse conteste que soient rencontrées les conditions d'introduction d'une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence fixées par l'article 17 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Outre les développements du point 13 relatifs à la qualification de l'opération litigieuse et reproduits dans l'exposé des thèses des parties sous le titre « IV. Régime juridique de la demande de suspension » du présent arrêt, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- « 10. Conformément à l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, une demande de suspension peut être introduite à l'encontre d'un acte administratif, à la double condition :
- de démontrer l'urgence incompatible avec le délai de traitement de l'affaire en annulation,
 - de démontrer l'existence d'au moins un moyen sérieux susceptible *prima facie* de justifier l'annulation de l'acte administratif.

Il s'agit de la demande de suspension ordinaire.

Lorsque la partie requérante démontre une urgence incompatible avec le délai de traitement de la demande de suspension – dite ordinaire –, l'article 17, § 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'État prévoit la possibilité d'introduire une demande de suspension d'extrême urgence, laquelle suppose donc la démonstration d'une extrême urgence.

De façon constante, sur la condition d'extrême urgence, Votre Conseil relève ce qui suit :

“ La procédure d'extrême urgence doit [...] demeurer exceptionnelle parce qu'elle réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense de la partie adverse, l'instruction du dossier ainsi que la contradiction des débats. Conformément à l'article 17, § 4, précité, cette procédure dérogatoire à la procédure de référé ordinaire n'est envisageable que 'dans les cas d'extrême urgence incompatibles avec le délai de traitement de la demande de suspension'. Elle ne se conçoit donc que lorsque la procédure de référé ordinaire serait impuissante à prévenir utilement les conséquences dommageables irréversibles susvisées. Le requérant doit aussi avoir fait toute diligence pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'État dès que possible, selon la procédure adéquate. Cette double condition de diligence du requérant et d'imminence du péril sont des conditions de recevabilité de la demande d'extrême urgence”.

A cet égard, Votre Conseil ajoute qu'“en principe, un délai de saisine qui dépasse les dix jours ne témoigne pas d'une volonté dans le chef d'un requérant de faire cesser rapidement le préjudice dont il se plaint, sauf à démontrer qu'il a été confronté à des circonstances dont il n'est pas responsable et qui l'ont empêché d'agir plus vite”.

En outre, “l'urgence requise [...] et dont le requérant est tenu de justifier, suppose qu'il y ait une crainte sérieuse d'un dommage grave, voire irréparable, qu'il subirait s'il devait attendre l'issue de la procédure en annulation”, sachant que “la preuve de l'urgence incombe au requérant et que cette preuve doit être apportée dans ou avec la demande de suspension”.

11. Dans sa requête, la partie requérante expose être préjudiciée par l'acte attaqué en ce qu'il emporte l'attribution du contrat à une entreprise tierce, lui causant une perte de bénéfices et une impossibilité d'accroître son expérience dans ce domaine très spécifique.

Sur l'extrême urgence en tant que telle, la partie requérante expose que seul le recours à la suspension d'extrême urgence permettrait d'empêcher la conclusion du contrat à une entreprise tierce, en vue ensuite de lui donner une nouvelle chance de se voir attribuer le contrat.

Sur la gravité du préjudice, elle se réfère à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

Selon la partie requérante, “les conditions d'introduction d'une procédure de suspension en extrême urgence, sont donc intégralement respectées, sans que la requérante ne doive démontrer les éléments spécifiques de l'urgence qui la touche”.

12. En l'occurrence, la partie requérante indique, dans son exposé des faits, qu'elle a réceptionné le courrier du 18 octobre 2022 de la commune des Bons Villers – l'informant du rejet de son offre – le 20 octobre 2022 (requête de la partie requérante, page 4).

Elle précise d'ailleurs en outre que, le jour-même (soit le 20 octobre 2022), elle a adressé un e-mail à la commune des Bons Villers en vue de contredire l'analyse reproduite dans le courrier du 18 octobre 2022 et l'inviter à "revoir la décision du Collège à la lumière de ces explications".

Il en résulte qu'au plus tard le 20 octobre 2022, la partie requérante a pris connaissance de l'acte attaqué, et qu'elle a introduit son recours le 4 novembre 2022, soit quinze jours plus tard.

Conformément aux principes dégagés de la jurisprudence de Votre Conseil, la partie requérante ne démontre pas avoir fait preuve d'une diligence à agir en extrême urgence contre l'acte attaqué.

13. [...]

Le régime de la loi du 17 juin 2013 n'est donc pas applicable au contrat en cause, portant sur la cession d'un droit réel (droit de superficie). La partie requérante ne conteste d'ailleurs pas la qualification donnée au contrat.

Il lui appartenait donc bien de respecter les conditions prescrites par l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et dégagées par la jurisprudence de Votre Conseil. A défaut de l'avoir fait – la requête étant dépourvue de toute démonstration de l'urgence de la situation, tant au niveau de l'imminence du péril qu'au niveau de la diligence à saisir Votre Conseil –, la demande de suspension ne peut être accueillie.

14. Enfin, si la partie requérante a sollicité, comme le lui permettait la commune des Bons Villers, une copie de l'acte attaqué dans son intégralité, cette circonstance n'est pas de nature à revoir cette analyse et donc à rendre le recours de la partie requérante recevable.

D'une part, en effet, le courrier envoyé à la partie requérante reprenait l'intégralité des motifs la concernant, de sorte qu'à son égard, elle avait parfaitement connaissance des motifs justifiant le rejet de son offre – étant ceux lui "causant préjudice" –.

La meilleure preuve, c'est que depuis la prise de connaissance de l'intégralité de l'acte attaqué, la partie requérante n'a émis aucun autre grief que ceux développés avant la réception de l'acte. Elle avait donc une connaissance suffisante de l'acte attaqué pour introduire sa requête – ce qu'elle a fait –, et donc pour que le délai de recours commence à courir.

D'autre part, il faut à tout le moins souligner que ce n'est que le 3 novembre 2022, soit quatorze jours après la prise de connaissance de l'intégralité des motifs rejetant son offre, que la partie requérante a sollicité une copie de l'acte attaqué (un jour seulement avant d'introduire sa requête).

Rien que cette démarche témoigne elle-même d'un manque de diligence dans son chef, en vue de saisir Votre Conseil, et le cas échéant, de se trouver dans les conditions pour saisir Votre Conseil.

15. Compte tenu de ces éléments, la condition de recevabilité de la demande de suspension d'extrême urgence tenant à la démonstration de l'urgence n'est pas remplie.

Le recours de la partie requérante doit donc être déclaré irrecevable et, partant, être rejeté ».

B. Plaidoiries

Après avoir soutenu, à titre principal, que l'opération litigieuse devait bien être qualifiée de « marché public », justifiant que lui soit appliqué le régime organisé par la loi du 17 juin 2013 précitée, la requérante a fait état – lors de l'audience du 23 novembre 2022 – des éléments qui, selon elle, attestent – en toute hypothèse – que sa demande répond aux conditions fixées par l'article 17 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Elle a ainsi fait valoir que l'introduction d'une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence n'était pas soumise à un délai préfix de quinze jours, de sorte qu'il n'y a pas de raison de considérer – au regard de celui que fixe la loi du 17 juin 2013 pour l'introduction des demandes de suspension qui relèvent de ce régime spécifique – que celui dans lequel elle a introduit sa demande devrait être considéré comme excessif au point de devoir décider qu'elle n'a pas fait preuve de la diligence requise. Elle a, par ailleurs, soutenu avoir démontré l'urgence requise à l'aide des considérations émises, en termes de requête, sous le titre « 2.1. Recevabilité » de celle-ci.

Les développements de la requête exposés sous les titres « 2.1. Recevabilité » et « 2.2. Extrême urgence » se lisent comme suit :

« 2.1. RECEVABILITE

2.1.1. Sur le plan personnel, la partie requérante est incontestablement préjudiciée par l'acte attaqué puisqu'il emporte l'attribution d'un marché pour lequel elle avait remis offre, à une entreprise tierce qui était la seule concurrente de la partie requérante.

Partant, celle-ci perd l'ensemble des bénéfices immédiats de l'obtention de ce marché, ce qui suffit déjà à établir son préjudice ; par ailleurs, elle perd également l'expérience qu'elle pourra développer encore – en surplus de celle déjà largement acquise par le passé – aux fins de poursuivre dans le futur ses missions dans ce domaine très spécifique.

L'acte attaqué lui cause donc incontestablement préjudice.

2.1.2. Ce préjudice est d'autant plus prégnant que notamment, la requérante était le seul concurrent de l'attributaire du marché.

Très clairement du reste, les moyens développés par la requérante pourraient amener la partie adverse à devoir lui attribuer le marché, après avoir constaté que son offre n'était en réalité pas irrégulière.

La requérante tirerait donc un avantage essentiel et incontestable de la suspension de l'acte attaqué, tout autant que de son annulation.

2.1.3. Pour autant que de besoin, rappelons encore que la partie requérante a bien intérêt à obtenir le marché litigieux, son offre étant parfaitement régulière et n'étant touchée par aucun motif d'exclusion.

2.2. EXTREME URGENCE

2.2.1. La notification de la décision d'attribution à la société concurrente emportera la conclusion du marché litigieux à ce tiers.

Seule la suspension de l'acte attaqué, selon la procédure d'extrême urgence, permettra donc d'empêcher cette conclusion.

Seule cette suspension permettra du reste à la partie requérante, d'espérer se voir attribuer ce marché.

2.2.2. S'agissant de la gravité du préjudice causé à la partie requérante, il convient de s'en référer à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 susvisée qui dispose notamment :

“ Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés ;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé”.

Les conditions d'introduction d'une procédure de suspension en extrême urgence, sont donc intégralement respectées, sans que la requérante ne doive démontrer les éléments spécifiques de l'urgence qui la touche ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

En vertu de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, 1°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la suspension de l'exécution d'un acte peut être ordonnée à tout moment s'il existe une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation.

L'urgence requise en vertu de cette disposition, et dont le requérant est tenu de justifier, suppose qu'il y ait une crainte sérieuse d'un dommage grave, voire irréparable, qu'il subirait s'il devait attendre l'issue de la procédure en annulation. Cette crainte doit porter sur une atteinte aux intérêts dont le requérant se prévaut et les inconvénients qu'il invoque doivent, pour satisfaire à la condition d'urgence imposée par la disposition précitée, lui être personnels. Il faut, en outre, que le requérant ait fait toute diligence pour saisir le Conseil d'État afin de prévenir utilement le dommage qu'il craint.

L'article 8, alinéa 1^{er}, 4°, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État dispose, par ailleurs, que

la demande de suspension contient « un exposé des faits qui, selon le requérant, justifient l'urgence de la suspension [...] demandée [...] ».

Il s'en déduit que la charge de la preuve de l'urgence incombe au requérant et que cette preuve doit être apportée dans ou avec la demande de suspension.

Par ailleurs, le recours à la procédure d'extrême urgence visée à l'article 17, § 4, des lois sur le Conseil d'État, précitées, qui réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause, doit rester exceptionnel et ne peut être admis, outre l'imminence du péril que la procédure a pour objet de prévenir, qu'à la condition que le requérant ait fait toute diligence pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'État dès que possible.

À supposer que le recours à la procédure d'extrême urgence puisse être admis dans le cas d'espèce, encore faut-il que soit établie l'urgence visée à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, précité, urgence qu'il incombe à la requérante de démontrer.

En termes de plaidoiries, la requérante estime s'être acquittée de l'obligation de démonstration de l'urgence, en faisant état, sous le titre « 2.1. Recevabilité » de sa requête du préjudice que lui causerait l'adoption de l'acte attaqué, qui bénéficie à son concurrent, ce préjudice consistant, selon elle, en la perte de l'ensemble des bénéfices immédiats de l'obtention de ce marché, ce qui suffirait déjà à établir son préjudice, ainsi qu'en la perte de l'expérience qu'elle pourrait développer encore grâce à l'opération litigieuse, dans la perspective de missions futures dans ce domaine des projets agrivoltaïques. La requérante ne peut sérieusement soutenir avoir démontré, sous ce titre 2.1 de sa requête, l'urgence requise, alors que sous le titre « 2.2. Extrême urgence », elle prétendait ne pas être tenue de « démontrer les éléments spécifiques de l'urgence qui la touche ». Par ailleurs, et en toute hypothèse, elle demeure en défaut d'établir concrètement les éléments de préjudice ainsi allégués.

Il ressort des développements qui précèdent qu'au vu de la requête, la condition d'urgence qu'il y aurait à statuer sur la présente demande de suspension n'est pas remplie. Il n'y a donc, en toute hypothèse, pas lieu de vérifier le respect des conditions du recours à la procédure d'extrême urgence visées à l'article 17, § 4, précité.

L'une des conditions requises par l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour que celui-ci puisse ordonner la suspension de l'exécution des actes attaqués fait défaut.

La demande de suspension ne peut en conséquence être accueillie, et ce sans qu'il faille examiner d'autres causes éventuelles de rejet de cette demande.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des deux offres déposées dans le cadre de l'opération litigieuse et qu'elle a versées au dossier administratif. Elle motive sa demande comme suit :

« 35. Conformément à l'article 87, § 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, une partie peut solliciter de conférer à des pièces, un caractère confidentiel, pour autant qu'elle en justifie les motifs.

En l'occurrence, la commune des Bons Villers dépose les offres déposées par les deux opérateurs économiques, dans le cadre de l'"appel à candidats" qu'elle a lancé.

Ces offres contiennent, par définition, les conditions commerciales proposées par chacun des opérateurs économiques, et contiennent concrètement des renseignements dont la divulgation pourrait porter préjudice aux intérêts commerciaux de ces entreprises, et pourrait être de nature à altérer la nécessaire concurrence entre celles-ci.

La commune des Bons Villers a, elle-même, une obligation de garantir la concurrence entre ces entreprises.

De manière donc à garantir le respect du "secret des affaires", la commune des Bons Villers sollicite de donner un caractère confidentiel aux pièces A et B, qui sont respectivement l'offre déposée par la s.a. Ether Energy et par la partie requérante ».

La partie adverse invoquant ainsi la protection du secret des affaires, prévue par l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État et sa demande n'étant pas contestée, il y a lieu de faire droit à celle-ci et de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces sur lesquelles elles portent.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2

Les pièces A et B du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 8 décembre 2022, par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy