

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 114.149 du 27 décembre 2002

A.84.600/VI-15.112

En cause : **LA SOCIÉTÉ ANONYME FABRICOM,**

ayant élu domicile chez
Mes Johan VANDEN EYNDE et
Jean-Marc WOLTER, avocats,
avenue de la Couronne 340
1050 Bruxelles,

contre :

L'ETAT BELGE, représenté par
le Premier Ministre.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 8 juin 1999 par la Société anonyme FABRICOM qui demande l'annulation de l'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999 modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, publié au Moniteur belge du 9 avril 1999, deuxième édition;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 12 mars 2002 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 8 novembre 2002, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 27 novembre 2002;

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

Entendu, en ses observations, Me Jean-Marc WOLTER, avocat, comparaissant pour la requérante;

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 éléments utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services contient, entres autres, les dispositions qui suivent :

" Article 1er. § 1er. Les marchés publics de travaux, de fournitures et de services au nom des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 sont passés avec concurrence et à forfait, suivant les modes prévus au titre II du présent livre, mais sous réserve de ce qui est prévu au § 2 du présent article et à l'article 2.
Le Roi fixe l'organisation des modes de passation visés à l'alinéa 1er, ainsi que les règles générales d'exécution des marchés publics.

(...)

Art. 10. § 1er. Sans préjudice de l'application d'autres interdictions résultant d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire, il est interdit à tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public d'intervenir d'une façon quelconque, directement ou indirectement, dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public dès qu'il a un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires.

§ 2. L'existence de cet intérêt est présumée :

1° dès qu'il y a parenté ou alliance, en ligne directe jusqu'au troisième degré et, en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré, entre le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne physique chargée d'un service public et l'un des soumissionnaires ou toute autre personne physique qui exerce pour le compte de l'un de ceux-ci un pouvoir de direction ou de gestion;

2° lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public est, lui-même ou par personne interposée, propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises soumissionnaires ou exerce, en droit ou en fait, lui-même ou par personne interposée, un pouvoir de direction et de gestion.

§ 3. Lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public détient, soit lui-même, soit par personne interposée, une ou plusieurs actions ou parts représentant au moins 5 p.c. du capital social de l'une des entreprises soumissionnaires, il a l'obligation d'en informer l'autorité compétente.

Tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public se trouvant dans l'une des situations visées au § 2 est tenu de se récuser.

2. A une date indéterminée, le Conseil des ministres a chargé la Commission des marchés publics d'examiner l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics "afin de relever les éventuels problèmes d'application et les solutions possibles".

3. Le 9 octobre 1998, le Conseil des ministres a approuvé le projet modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité.

4. L'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, qui fait l'objet de la requête, modifie l'article 78, précité, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, en lui donnant la formulation suivante :

" Article 78. § 1^{er}. N'est pas admise à introduire une demande de participation ou à remettre une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services.

§ 2. L'entreprise liée à toute personne visée au § 1^{er} n'est pas admise à introduire une demande de participation ou à remettre une offre, sauf si elle établit qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Au sens du présent article, on entend par «entreprise liée» toute entreprise sur laquelle la personne visée au § 1^{er} peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur cette personne ou qui, comme celle-ci, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise :

1° détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou

2° dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou

3° peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Avant d'écarter éventuellement une entreprise en raison de l'avantage injustifié dont elle est présumée bénéficier, le pouvoir adjudicateur doit inviter par lettre recommandée cette entreprise à fournir dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que, selon le cas d'espèce, l'invitation n'autorise un délai plus long, des justifications portant notamment sur ses liens, sur son degré d'autonomie et sur toute circonstance permettant de constater que l'influence dominante n'est pas établie ou est sans effet sur le marché considéré.

§ 3. Les §§ 1^{er} et 2 ne s'appliquent pas :

1° aux marchés publics comportant à la fois l'établissement d'un projet et son exécution;

2° aux marchés publics passés par procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 2, de la loi".

5. Le rapport au Roi qui précède l'arrêté royal attaqué mentionne notamment ce qui suit :

" Ce projet d'arrêté royal tend à assurer, en premier lieu, la transposition de la Directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997. Cette directive modifie en effet respectivement les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux. En effet, l'Accord sur les marchés publics conclu en 1994 dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (désormais l'Organisation mondiale du Commerce) créait par certaines de ses dispositions des conditions plus favorables pour les pays-tiers que celles prévues par les directives européennes du régime classique.

C'est pourquoi, ces directives ont été modifiées par la Directive 97/52/CE afin d'offrir, au sein de la Communauté, aux entreprises et aux produits des Etats-membres des possibilités d'accès au moins aussi favorables que celles prévues par les dispositions de l'Accord pour les entreprises et les produits des pays-tiers signataires de l'Accord.

Plusieurs dispositions de l'Accord avaient déjà été intégrées dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Certaines modifications supplémentaires doivent cependant être apportées, notamment pour introduire de nouveaux seuils pour la publicité européenne. Les modèles d'avis annexés à l'arrêté sont également adaptés.

A l'occasion de cette transposition et tenant compte de l'expérience résultant de l'application de la nouvelle réglementation relative aux marchés publics, la Commission des marchés publics a également proposé certains aménagements et clarifications du texte de l'arrêté royal. Ceux-ci seront exposés dans le commentaire article par article".

En ce qui concerne l'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999 attaqué, le rapport au Roi énonce ce qui suit :

" Article 32. L'article 32 modifie l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 traitant du problème des incompatibilités.

Cet article 78 a repris en l'étendant aux marchés de fournitures et de services une disposition similaire se trouvant auparavant à l'article 50, § 1er, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Tenant compte de l'expérience résultant de l'application de la nouvelle réglementation, il a paru utile de remanier la disposition afin, d'une part, de clarifier certains points et, d'autre part, d'y introduire quelques assouplissements sans que l'objectif poursuivi, celui de la sauvegarde d'une concurrence loyale, soit remis en cause.

Au § 1er, il a été jugé préférable de s'écarter du libellé actuel. En effet, il est apparu que la portée du texte suscitait des questions, notamment en ce qui concernait la préparation d'un marché. Désormais, le texte prévoit une incompatibilité pour toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement d'un marché. Cette disposition vise non seulement l'adjudicataire mais également toute personne ayant participé à l'étude en qualité, par exemple, de sous-traitant et toute personne ayant presté à titre gratuit.

En effet, l'étude d'un marché comporte normalement les prestations de conception et d'établissement du cahier spécial des charges, ce qui entraîne une interdiction de remettre offre pour la personne ayant étudié en ce sens le marché.

De même, une mission de recherche, d'expérimentation ou de développement de travaux, de fournitures ou de services procure à celui qui en est chargé un avantage tel que la concurrence sera faussée s'il participe à un marché ultérieur qui est en rapport étroit avec cette mission.

Il faut cependant que cette mission soit directement liée au marché considéré. Ainsi, un architecte adjudicataire d'un marché de services portant sur l'établissement d'un schéma directeur d'une zone urbaine à rénover ne sera pas frappé d'incompatibilité pour des marchés portant sur des services d'architecture relatifs à des ouvrages se situant dans cette zone.

Le § 2 de l'article 78 a été remanié pour tenir compte des adaptations apportées au § 1er. La notion d'entreprise liée n'a pas été modifiée.

Le § 3 a été assez sensiblement remanié car il est apparu à l'expérience que les hypothèses permettant de déroger à la règle de l'incompatibilité prévue aux §§ 1er et 2 devaient être élargies. Ainsi, au 2°, les cas permettant la passation du marché par procédure négociée au sens de l'article 17, § 2, de la loi ont été repris. Auparavant, seul le cas de la procédure négociée dans le cadre du concours de projets était mentionné, ce qui s'est avéré trop restrictif. En effet, dans la plupart des hypothèses mentionnées à l'article 17, § 2, permettant le recours à la procédure négociée sans publicité, soit un lien nécessaire est établi avec des prestations antérieures, comme par exemple en cas de marchés complémentaires, soit il existe une impossibilité matérielle, lorsque par exemple le pouvoir adjudicateur doit recourir à une entreprise déterminée ou doit faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles. Une certaine souplesse a aussi été prévue pour des marchés de valeur relativement faible, ceux visés à l'article 17, § 2, 1°, a, de la loi qui font suite à une phase d'études préliminaires ne représentant elle-même qu'un pourcentage réduit de ce montant.

Les cas justifiant la procédure négociée étant de stricte interprétation, le pouvoir adjudicateur ne peut cependant abuser du recours à cette procédure en invoquant par exemple systématiquement l'article 17, § 2, 1°, f, afin de tourner la règle de l'incompatibilité. Ce cas vise notamment les services qui ne peuvent, en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un prestataire de services déterminé. Or l'article 14 du cahier général des charges impose au pouvoir adjudicateur de régler de façon précise dans le cahier spécial des charges l'utilisation des résultats des prestations intellectuelles par lui-même ou par un tiers. Il en résulte que le cas de l'article 17, § 2, 1°, f, ne pourra être invoqué qu'en tenant compte de l'application de cette dernière disposition".

Considérant que la partie adverse fait valoir que "la question peut être posée de savoir si la requérante justifie de l'intérêt requis"; qu'elle énonce que l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, est entré en vigueur le 1^{er} mai 1997 et que la disposition attaquée, qui le modifie, se révèle à la fois plus précise et plus souple;

Considérant que, selon ses statuts, la requérante a pour objet principal "l'entreprise de tous travaux dans le secteur des transports de force et de fluide"; qu'elle a encore pour objet la fabrication et le commerce sous toutes ses formes de tous appareils, matériels et pièces de mécanique en général et spécialement de tout appareillage de précision ou autre, pour les industries de transport, de l'eau, de l'électricité, du gaz ou de toute autre force ou fluide, ainsi que pour les industries connexes; qu'elle a donc un intérêt suffisant à contester une disposition réglementaire qui, telle celle qui est attaquée, prévoit une incompatibilité qui fait obstacle à l'attribution d'un marché public à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ce marché; que c'est en vain que la partie adverse reproche à la requérante de ne pas avoir attaqué la même disposition

dans sa version antérieure, dès lors que, quelle que soit la portée de la nouvelle disposition par rapport à l'ancienne, cette nouvelle disposition constitue une nouvelle manifestation de volonté de la partie adverse, manifestation qui opère novation à l'égard des normes nouvellement édictées; que l'exception ne peut être retenue;

Considérant que la requérante prend un moyen, le premier de la requête, de la violation "des articles 37, 105 et 108 de la Constitution (...), des dispositions des Directives 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (...), 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (...), 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36 CEE et 93/37 CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement, en particulier les articles 3, § 2, de la Directive 92/50/CEE, 5, § 7, de la Directive 93/36/CEE, introduit par l'article 2.1.b. de la Directive 97/52/CE, et 6, § 6, de la Directive 93/37/CEE, introduit par l'article 3.1.b. de la Directive 97/52/CE et des dispositions de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en particulier, de ses articles 1er, alinéa 2, 10 et 13"; qu'en une première branche, elle fait valoir que les dispositions de droit européen citées au moyen, en particulier le considérant 10 de la directive 97/52/CE, précitée, obligent le pouvoir adjudicateur à traiter sans discrimination les différents soumissionnaires potentiels, en ce compris ceux qui ont participé à la phase préparatoire du marché, pourtant visés au § 1^{er} de la disposition attaquée, qui ne peuvent être écartés que s'il est établi que par cette seule participation, ils bénéficient d'un avantage faussant le jeu normal de la concurrence; qu'en une seconde branche, elle affirme que les dispositions de la Constitution citées au moyen sont violées par la disposition attaquée en ce que l'article 108 n'autorise le Roi qu'à faire les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, que si l'arrêté royal attaqué vise dans son préambule, de manière générale, la loi du 24 décembre 1993, précitée, l'article 10 de celle-ci se limite à imposer des comportements déterminés aux personnes physiques ou morales qui sont chargées d'un service public et qu'il ne peut servir de base légale à la disposition attaquée, laquelle vise indifféremment, d'une part, les personnes chargées d'un service public visé à l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993, et, d'autre part, celles qui ne sont pas chargées d'un tel service public; qu'elle affirme que c'est l'article 73 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics qui a été pris en

application de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993, précitée; qu'elle fait valoir encore que la disposition attaquée ne trouve pas davantage de base légale dans l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, précitée, qui charge le Roi de fixer l'organisation des modes de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services au nom des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 ainsi que les règles générales d'exécution des marchés publics; qu'elle dit ne pas apercevoir comment "la délégation au Roi du pouvoir d'organiser les modes de passation des marchés publics, lui permettrait, indépendamment du règlement de ceux-ci, d'instaurer des règles qui leur sont préalables, sous forme d'interdiction, portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie"; qu'elle affirme que si l'article 245, alinéa 2, du Code pénal, punit "(...) toute personne exerçant une fonction publique, qui, soit directement, soit par interposition de personnes ou par actes simulés, aura pris ou reçu quelque intérêt que ce soit dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont elle avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance, ou qui, ayant mission d'ordonnancer le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire, y aura pris un intérêt quelconque (...)", cette disposition n'est pas applicable "à celui qui ne pouvait favoriser, par sa position, ses intérêts privés, et qui aura agi ouvertement" et qu'elle laisse dans tous les cas au juge le soin d'apprécier le caractère licite ou illicite des liens évoqués, sur la base de leur examen concret; qu'elle conclut que l'article 245 du Code pénal ne peut, pas plus que les articles 1^{er}, § 1^{er}, alinéas 2 et 10, de la loi du 24 décembre 1993, précitée, servir de fondement à l'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999 attaqué, que celui-ci est donc manifestement dénué de toute base légale tant en droit européen qu'en droit belge et qu'en l'adoptant, le Roi a outrepassé la délégation qui lui a été donnée par le législateur, en ne se contentant pas de dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit;

Considérant que la partie adverse répond, quant à la première branche, qu'outre le considérant 10 de la directive 97/52/CE précitée, il faut tenir compte de l'article VI, 4, de l'Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994, dans le cadre du GATT, accord qui a été approuvé par la loi du 23 décembre 1994, publiée au Moniteur belge le 23 janvier 1997, que, selon cette disposition, "Les entités ne solliciteront ni n'accepteront, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché", que cette disposition, rédigée en termes négatifs, n'interdit pas aux pouvoirs adjudicateurs de se tenir au courant des évolutions techniques, mais vise à éviter que les principes d'égalité et de non-discrimination entre entreprises

candidates ou soumissionnaires à un marché soient violés par un "dialogue technique" mené avec l'une d'entre elles, dont le résultat déterminerait les clauses du cahier spécial des charges du marché concerné; que, quant à la seconde branche, elle affirme que le fondement de l'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999 attaqué doit être recherché "dans le principe fondamental de la concurrence établi à l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, précitée, d'une part, et dans l'accord précité sur les marchés publics, d'autre part;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen "du non-respect du principe d'égalité et de l'obligation de transposition des directives européennes en droit belge"; qu'en une première branche, elle fait valoir que, lorsqu'elle attribue un marché public, l'autorité doit respecter l'égalité entre les soumissionnaires, que le principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires est de l'essence même de l'ensemble des "directives marchés publics", ainsi qu'il ressort de l'arrêt de la Cour de Justice du 22 juin 1993, Commission c/ Royaume de Danemark, alors que l'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, précité, détermine d'importantes discriminations, puisqu'en l'absence de toute rupture du jeu normal de la concurrence, des entreprises sont empêchées de participer à l'attribution ou de se voir attribuer des marchés de travaux, de fournitures ou de services en raison du caractère irréversible de la présomption instaurée par son paragraphe 1^{er}; qu'elle affirme, en une seconde branche, que l'obligation de transposition des directives européennes 89/665/CEE du Conseil des Communautés européennes, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics de travaux et de fournitures, ainsi que des directives 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE et 97/52/CE, précitées, n'a manifestement pas été respectée par le Roi, que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes impose que cette transposition se fasse dans un cadre juridique clair, conforme au principe d'égalité, que le 10^{ème} considérant précédant la directive 97/52/CE, précitée, autorise le pouvoir adjudicateur à solliciter ou à accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, à la seule condition que celui-ci n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence, que le législateur européen a, dans tous les cas, permis d'apporter la preuve que la concurrence n'a pas été faussée, que le même législateur ayant réglé la matière de manière exhaustive, les autorités nationales doivent, dans l'exercice de transposition, veiller à prendre, en application du principe de proportionnalité, les seules mesures nécessaires et appropriées au regard du but poursuivi, alors que l'article 32 attaqué de l'arrêté royal du 25 mars 1999 introduit des dispositions inutiles et totalement contraires au principe d'égalité entre les soumissionnaires; qu'elle demande

à ce que la Cour de Justice des Communautés européennes soit saisie d'une question préjudicielle sur l'interprétation de la directive 92/50/CEE, précitée, et sur le principe d'égalité entre les soumissionnaires, aux fins de pouvoir apprécier la légalité de l'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, précité, eu égard à la présomption irréfutable qu'il introduit dans le paragraphe 1^{er} et à l'incompatibilité qu'il impose dans le paragraphe 2 de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité;

Considérant que la partie adverse répond, quant à la première branche, que la requérante ne démontre pas en quoi la disposition attaquée établirait une distorsion manifeste entre personnes morales privées intéressées aux marchés publics et un prestataire préalablement intéressé à la préparation de ce marché, que la même disposition tend à éviter que le jeu normal de la concurrence soit faussé par l'existence d'une influence dominante de personnes ou d'entreprises au sein de groupes économiques ou industriels, que la définition de l'entreprise liée est inspirée de l'article 2 de la directive 93/37/CEE, des articles 1^{er} et 13 de la directive 93/38/CEE, ainsi que des articles 25, 41^{ter} et 57, 8°, de la loi du 24 décembre 1993; qu'elle affirme que la disposition attaquée n'impose pas de critères de sélection complémentaires mais instaure un processus permettant de vérifier si l'influence dominante n'est pas établie ou est sans effet sur le marché considéré, que la même disposition est également applicable aux entreprises dans lesquelles les pouvoirs publics, directement ou indirectement, ont des participations, qu'elle vise les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que l'étude du marché soit effectuée à titre gratuit ou à titre onéreux, et qu'elle a pour objectif de clarifier le texte antérieur par abandon de la notion de "préparation" d'un marché; que, quant à la seconde branche, la partie adverse fait valoir que la réglementation des marchés publics est notifiée officiellement, lors de ses adaptations, à la Commission européenne dont les services procèdent à un contrôle effectif et systématique de tous les textes notifiés et que la Commission n'a jamais émis la moindre critique au sujet de la disposition attaquée, en manière telle qu'il n'est pas utile de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés européennes;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen "du non-respect du principe d'égalité et de l'obligation de transposition des directives européennes en droit belge, en particulier de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, précitée, notamment de son article 2.1.A"; qu'elle affirme que la directive précitée enjoint aux Etats membres d'assurer des voies de recours rapides et efficaces aux entreprises soumissionnaires écartées, en vue de leur éviter des préjudices complémentaires, que cependant l'article 32 attaqué de l'arrêté royal du 25 mars 1999, précité, n'impose

nullement au pouvoir adjudicateur de répondre à l'entreprise qualifiée de liée ou de prendre position sur la réponse de celle-ci, que le système instauré permet, dès lors, au pouvoir adjudicateur, agissant à n'importe quel moment et donc jusqu'à la fin de la procédure, d'écarter l'entreprise liée en raison de l'avantage injustifié dont elle est présumée bénéficier, et qu'en l'absence de toute obligation de répondre faite au pouvoir adjudicateur, l'effectivité d'un recours juridictionnel n'est pas garantie à l'entreprise liée, que, dès lors, la directive 89/665/CEE, particulièrement en ses articles 2 et 5, n'a pas été valablement transposée; qu'elle demande qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour de Justice des Communautés européennes relative à l'interprétation de la directive 89/665/CEE, précitée, et du principe général d'égalité devant exister entre soumissionnaires;

Considérant que la partie adverse répond qu'en vertu des dispositions sur l'information et la motivation de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, et en application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, le pouvoir adjudicateur qui, après demande de justification, conclut à l'existence d'une incompatibilité dans le chef de l'entreprise liée, doit prendre une décision motivée et la communiquer au candidat ou au soumissionnaire concerné, décision qui pourra faire l'objet de recours juridictionnels et notamment du référé administratif, dans le respect de la directive 89/665/CEE, précitée;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen "de la violation du principe de proportionnalité, de (la) liberté de commerce et de l'industrie, de l'article 16 de la Constitution et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales"; qu'elle affirme que l'objectif du législateur, tant européen que belge, n'est pas d'interdire de façon absolue qu'une entreprise ou une personne ayant participé à la phase préparatoire d'un marché, puisse, directement ou via une entreprise qui lui est liée, de quelque manière que ce soit, participer à ce marché, que le simple fait d'avoir pris part à la phase préparatoire ne peut en aucun cas constituer d'office un avantage discriminatoire illégal faussant la concurrence; qu'elle affirme que, par un jugement du 22 janvier 1996, le Tribunal administratif de Paris a jugé qu'une société qui avait été préalablement associée à la conception d'un programme ne pouvait être, par cette seule circonstance, écartée d'un marché attribué par le ministre de la Justice s'il n'était pas démontré in concreto qu'à l'occasion de ce préalable, elle avait recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats et ce alors même qu'elle avait participé à l'élaboration du cahier des charges de ce marché (A.J.D.A., 1996, p.166) et que par un arrêt du 29 juillet 1998, le Conseil d'Etat de France avait par la

suite confirmé cette interprétation; qu'elle soutient qu'en instaurant une présomption irréfragable dans le chef de toute personne ayant participé à la phase préparatoire d'un marché public et une "présomption réfragable" dans le chef de toute entreprise qui leur est liée sans toutefois que cette présomption puisse être renversée à un moment utile, le Roi a violé le principe de proportionnalité qui doit guider son action, et qu'en raison des discriminations qu'il implique, ce système viole la liberté de commerce et d'industrie ainsi que l'article 16 de la Constitution et l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il conduira les actionnaires de l'entreprise liée à renoncer à leurs droits légitimes d'actionnaires en vue de créer une autonomie exceptionnelle de nature à permettre le renversement de la présomption, que ces actionnaires, quoique parfaitement étrangers aux participations qui fondent le conflit d'intérêt et l'interdiction de soumissionner, verront la valeur de leurs actions diminuer par la privation d'opportunités de marchés publics et qu'ils seront ainsi privés d'une partie de leur propriété sans indemnité aucune;

Considérant que la partie adverse répond que l'objectif de la réglementation des marchés publics est la sauvegarde de l'intérêt général, la bonne utilisation des deniers publics, le respect de la législation sur la concurrence et la mise en oeuvre d'une concurrence correcte pour les marchés publics, que la disposition attaquée n'a ni pour but ni pour effet d'annuler tout avantage résultant de l'expérience et du savoir-faire acquis par une entreprise, qu'elle se limite à empêcher qu'un concepteur puisse remettre une offre pour le projet qu'il a conçu, situation faussant inmanquablement le jeu normal de la concurrence, et que, quant aux entreprises liées, le renversement de la "présomption réfragable" pourra être fait en temps utile puisque le pouvoir adjudicateur doit interroger l'entreprise liée avant de pouvoir prendre éventuellement la décision, motivée, de l'écarter de la procédure de passation du marché, que le principe de proportionnalité et celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne sont en rien violés par la disposition attaquée, mais qu'au contraire, l'absence d'une telle disposition serait génératrice de privilèges et de discriminations;

Considérant que l'interdiction édictée par l'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, précité, se fonde sur la présomption selon laquelle la personne physique ou morale qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement des travaux, fournitures ou services, bénéficie, de par sa participation à ces opérations préalables, d'un avantage qui fausse les conditions normales de la concurrence;

Considérant que l'article 3, § 2, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, précitée, porte que "Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services"; que l'article 5, § 7, de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, précitée, porte que "Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents fournisseurs"; que l'article 6, § 6, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, précitée, porte que "Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents entrepreneurs"; que le considérant 10 de la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, précitée, porte que "(...) les pouvoirs adjudicateurs peuvent solliciter ou accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence"; que l'article 2, 1), b), de la même directive porte que "Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents fournisseurs"; que l'article 3, 1), b), de la même directive porte que "Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents entrepreneurs"; que la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, précitée, dispose notamment que:

" Article 2

1 . Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er prévoient les pouvoirs permettant :

a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs.

(...)

Article 5

Les États membres mettent en vigueur les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 21 décembre 1991 . Ils communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne, d'ordre législatif, réglementaire et administratif, qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive .".

Considérant que le Roi tient de l'article 43, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, précitée, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires, y compris l'abrogation, l'ajout, la modification ou le remplacement des dispositions légales, pour assurer la transposition des dispositions obligatoires résultant du Traité instituant la Communauté européenne et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci; que sur la base de cette habilitation, le Roi a pu prendre, en application des dispositions des directives précitées, toute mesure en vue de prévenir les discriminations dans la passation des marchés

publics visés; que l'arrêté royal du 25 mars 1999, précité, apparaît comme un règlement fondé sur cette habilitation; que, selon les termes de son préambule et de ceux du Rapport au Roi qui le précède, son article 32, qui constitue la disposition attaquée, se donne pour objectif d'empêcher qu'une personne puisse tirer un avantage contraire à la libre concurrence, de l'étude, de la recherche, de l'expérimentation ou du développement portant sur l'objet d'un marché public pour se voir attribuer celui-ci; que, toutefois, la disposition attaquée exclut, en termes absolus et sans aucune distinction, de la participation au marché ou de la remise des offres, la personne chargée de l'étude, de la recherche, de l'expérimentation ou du développement, et, consécutivement, l'entreprise réputée liée à celle-ci; qu'elle ne laisse à cette personne, au contraire de ce qui est prévu à l'égard de l'entreprise liée, aucune possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, elle n'a pu obtenir, par l'une de ces opérations, un avantage qui serait de nature à rompre l'égalité dans la concurrence et qu'elle ne prévoit pas expressément que le pouvoir adjudicateur doive se prononcer dans un délai déterminé sur les justifications données par l'entreprise liée tendant à prouver que l'influence dominante n'est pas établie ou est sans effet sur le marché considéré;

Considérant que les moyens précités, et les réponses qui leur sont données par la partie adverse, font ressortir que l'appréciation de la légalité de la disposition attaquée est fonction de l'interprétation qu'il convient de donner aux directives précitées; qu'il s'impose, en application de l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne, de surseoir à statuer, et de poser les questions préjudicielles qui suivent à la Cour de Justice des Communautés européennes,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

Les questions préjudicielles suivantes sont posées à la Cour de Justice des Communautés européennes :

- " 1° La directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, spécialement en son article 3.2, la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, spécialement en son article de la 5.7, la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant

coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, spécialement en son article 6.6, et la directive 97/52 du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux, spécialement en ses articles 2.1.b) et 3.1.b), combinées au principe de proportionnalité, à la liberté du commerce et de l'industrie et au respect du droit de propriété, garanti notamment par le protocole du 20 mars 1952 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent-elles à ce que ne soit pas admise à introduire une demande de participation ou à remettre une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence ?

2° La réponse à la question précédente serait-elle différente si les directives précitées, lues en combinaison avec les mêmes principe, liberté et droit, étaient interprétées comme ne visant que les entreprises privées ou ayant effectué des prestations à titre onéreux?

3° La directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, spécialement en ses articles 2, 1. a), et 5, peut-elle être interprétée en ce sens que le pouvoir adjudicateur peut refuser, jusqu'à la fin de la procédure d'examen des offres, que participe à la procédure, ou remette une offre, l'entreprise liée à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services, alors qu'interrogée à cet égard par le pouvoir adjudicateur, cette entreprise affirme qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence ?".

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-sept décembre deux mille deux par :

MM. ANDERSEN,
HANSE,
LEWALLE,
HARMEL,

Président du Conseil d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.