

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 114.150 du 27 décembre 2002

A.84.973/VI-15.146

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 25 juin 1999 par la Société anonyme FABRICOM qui demande l'annulation de l'article 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999 modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, publié au Moniteur belge du 28 avril 1999;

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 de droit 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. 2. Dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, les marchés publics de travaux, de fournitures et de services au nom des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 26 sont passés avec concurrence et à forfait, suivant les modes prévus au titre IV du présent livre.

Le Roi fixe l'organisation des modes de passation visés à l'alinéa 1er. Il peut rendre les règles générales d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services en tout ou en partie applicables à l'exécution des marchés publics des pouvoirs adjudicateurs ou à certains d'entre eux.

(...)

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. Suivant l'article 41 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, l'articles 10, précité, est, entre autres, déclaré applicable aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications visés par le titre IV du Livre Ier de la même loi.

3. Le 10 décembre 1998, le Conseil des ministres a approuvé un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

4. L'article 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999 modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, qui fait l'objet de la requête, modifie l'article 65 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, précité, en lui donnant la formulation suivante :

" Art. 65. § 1er. 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 § 1er 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 § 1er 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 §§ 1er 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 39, § 2, de la loi".

5. Le rapport au Roi qui précède l'arrêté royal du 25 mars 1999 attaqué mentionne notamment ce qui suit :

" Ce projet d'arrêté royal tend à assurer, en premier lieu, la transposition de la Directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998. Cette directive modifie en effet la Directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. 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 la directive européenne précitée.

C'est pourquoi, la Directive 93/38/CEE a été modifiée par la Directive 98/4/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 10 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.

Outre les adaptations purement formelles, les remarques formulées par le Conseil d'Etat ont été rencontrées comme il est exposé dans le présent rapport".

En ce qui concerne l'article 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999 attaqué, le rapport au Roi énonce ce qui suit :

- " L'article 26 modifie l'article 65 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 traitant du problème des incompatibilités.
- Cet article 65 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 65 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 39, § 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 39, § 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 39, § 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 39, § 2, 1^o, e, 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 39, § 2, 1^o, e, 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 65 de l'arrêté royal du 10 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 affirme, sans être contredite, que, conformément à son objet statutaire, elle est amenée à déposer régulièrement des soumissions relatives à des marchés publics, notamment dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications; 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 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (...), 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (...), 98/4/CE du Parlement et du Conseil du 16 février 1998, modificative de la Directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (...), et en particulier l'article 4, paragraphe 2, de la Directive 93/38/CEE 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 13 de la directive 98/4/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'ordonner 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}, alinéa 2 et 10, de la loi du 24 décembre 1993, précitée, servir de fondement à l'article 26 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 13 de la directive 98/4/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 26 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 ratifié par la Belgique, 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 veiller à 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 26 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 dans les secteurs concernés 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 septembre 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 92/13/CEE, 93/38/CEE et 98/4/CE, précitées, n'a manifestement pas été respectée, 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 législateur européen 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 26 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 93/38/CEE, précitée, et sur le principe d'égalité entre les soumissionnaires, aux fins de pouvoir apprécier la légalité de l'article 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, précité, eu égard à la présomption irréfragable qu'il introduit

dans le paragraphe 1^{er} et à l'incompatibilité qu'il impose dans le paragraphe 2 de l'article 65 de l'arrêté royal du 10 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 disposition attaquée 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, 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; qu'elle souligne que la référence à la directive 89/665/CEE n'est pas pertinente, celle-ci ne s'appliquant pas aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des télécommunications visés par la disposition attaquée;

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, et de la directive 98/4/CE du 16 février 1998 notamment son article 1^{er}, § 11"; qu'elle affirme que la directive 89/665/CEE, précitée, enjoint aux Etats membres d'assurer des voies de recours rapides et efficaces pour les

entreprises soumissionnaires écartées, en vue de leur éviter des préjudices complémentaires, que l'article 26 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 en ce sens faite au pouvoir adjudicateur, l'effectivité d'un recours juridictionnel n'est pas garantie à l'entreprise liée et que, dès lors, la directive 89/665/CEE n'a pas été valablement transposée, qu'il en est d'autant plus ainsi que l'article 1^{er}, § 11, de la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998, précitée, dispose que "Les entités adjudicatrices exerçant l'une des activités mentionnées aux annexes I, II, VI, VIII et IX communiquent, dans les meilleurs délais à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat ou soumissionnaire écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, et à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire", que le système ainsi transposé ne respecte en aucun cas cette obligation, dès lors qu'une telle communication ne s'opère manifestement pas dans les meilleurs délais, rendant par là même impossible tout recours efficace; 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 ainsi que de la directive 98/4/CE, précitée;

Considérant que la partie adverse répond qu'en vertu des dispositions sur l'information et la motivation de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 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 92/13/CEE, et non 89/665/CEE, précitée, comme invoqué erronément par la requérante;

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 participé 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 immanquablement 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; qu'elle affirme 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, dans son dernier mémoire, la requérante admet que la directive 89/665/CEE, précitée, n'est pas applicable aux marchés publics passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie des transports et des télécommunications, mais soutient qu'existe une directive 92/13/CEE, de contenu identique, et demande que la Cour de Justice des Communautés européennes soit interrogée sur la portée de ses articles 1^{er} et 2;

Considérant que l'interdiction édictée par l'article 26 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 la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, porte en son article 4.2 que "les entités adjudicatrices veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services"; que la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, modifiant la directive 93/38/CEE, précitée, précise, dans son considérant 13, que "les entités adjudicatrices peuvent solliciter, ou accepter, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement de spécifications relatives à

un marché déterminé, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence"; que la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, dispose comme suit, en ses articles 1^{er} et 2 :

" Article premier

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 8, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de passation des marchés ou les règles nationales transposant ce droit en ce qui concerne:

a) les procédures de passation des marchés relevant de la directive 90/531/CEE
et

b) le respect de l'article 3 paragraphe 2 point a) de ladite directive, dans le cas des entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure de passation de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres veillent à ce que les procédures de recours soient accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite l'application d'une telle procédure ait préalablement informé l'entité adjudicatrice de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours.

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:

soit

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 que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice

et

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis de marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause;

soit

c) de prendre, dans les délais les plus brefs, si possible par voie de référé et, si nécessaire, par une procédure définitive quant au fond, d'autres mesures que celles prévues aux points a) et b), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée.

Les États membres peuvent effectuer ce choix soit pour l'ensemble des entités adjudicatrices, soit pour des catégories d'entités définies sur la base de critères objectifs, en sauvegardant en tout cas l'efficacité des mesures établies afin d'empêcher qu'un préjudice soit causé aux intérêts concernés;

d) et, dans les deux cas susmentionnés, d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par la violation.

Lorsque des dommages-intérêts sont réclamés au motif qu'une décision a été prise illégalement, les États membres peuvent prévoir, si leur système de droit interne le requiert et s'il dispose d'instances ayant la compétence nécessaire à cet effet, que la décision contestée doit d'abord être annulée ou déclarée illégale.

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. Les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir, par elles-mêmes, des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation des marchés auxquelles elles se rapportent.

4. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque l'instance responsable examine s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires, celle-ci peut tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. La décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

5. La somme à verser conformément au paragraphe 1 point c) doit être fixée à un niveau suffisamment élevé pour dissuader l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision finale établissant que la violation a bien été commise.

6. Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur un contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national. En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion d'un contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation.

7. Lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle est tenue uniquement de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché, chance qui, à la suite de cette violation, a été compromise.

8. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

9. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance

qui soit une juridiction au sens de l'article 177 du traité et qui soit indépendante par rapport à l'entité adjudicatrice et à l'instance de base.

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante doit avoir les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants."

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 26, 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 de la Communauté européenne :

" 1° La directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, spécialement en son article 4.2, et la directive 98/4/CE, du 16 février 1998, du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/38/CEE, précitée, 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 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, spécialement en ses articles 1^{er} et 2, peut-elle être interprétée en ce sens que l'entité adjudicatrice 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,	Président du Conseil d'Etat,
HANSE,	Conseiller d'Etat,
LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.