

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 144.174 du 4 mai 2005

A.162.112/VI-16.923

En cause : **la société de droit canadien OBERTHUR JEUX
ET TECHNOLOGIES, Inc.**

ayant élu domicile chez
Me Yves BRULARD, avocat,
avenue des Arts, n° 46,
1000 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public
LA LOTERIE NATIONALE,
ayant élu domicile chez
Mes Nicole CAHEN et
Pierre-Olivier de BROUX, avocats,
rue Henri Wafelaerts, n° 47-51,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société de droit canadien
POLLARD BANKNOTE LIMITED,**

ayant élu domicile chez
Me Dirk LINDEMANS, avocat,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 29 avril 2005 par la société de droit canadien OBERTHUR JEUX ET TECHNOLOGIES, Inc., qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision du 12 avril 2005 du conseil d'administration de la Loterie Nationale d'attribuer le marché de fabrication de billets de loterie instantanée à la société de droit canadien POLLARD BANKNOTE LIMITED;

Vu les ordonnances des 29 avril et 2 mai 2005, notifiées aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 3 mai 2005 à 11 heures;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président de chambre f.f.;

Entendu, en leurs observations, Mes Yves BRULARD et Gunther LHEUREUX, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Pierre-Olivier de BROUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Damien VERHOEVEN, loco Me Dirk LINDEMANS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être résumés comme suit :

1. Le présent recours a pour cadre le marché de la fabrication de billets de loterie instantanée. Ce marché est pour l'essentiel partagé entre trois concurrents : la requérante, la société de droit américain SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL, Inc. et la société de droit canadien POLLARD BANKNOTE LIMITED, partie intervenante, lesquelles ont des parts de marché respectivement d'environ 30, 40, et 30%.

2. Par un avis de marché publié le 1^{er} août 2003, au Journal Officiel des Communautés européennes et au Bulletin des Adjudications, la partie adverse a lancé, par appel d'offres général, un marché public mixte de services et de fournitures ayant pour objet la production, le conditionnement, le stockage et la livraison de billets de loterie instantanée.

Le cahier spécial des charges précisait les critères de sélection qualitative, les caractéristiques obligatoires inhérentes aux prestations et fournitures, et les critères d'attribution affectés d'un coefficient de pondération, à savoir la "qualité et sécurité : 25 %", la "créativité: 25 %", le "délai de livraison : 12,5 %", les "nouvelles technologies : 25 %", et le "prix : 12,5 %".

3. Le 15 septembre 2003, quatre soumissionnaires ont déposé une offre, à savoir JOOS, SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL, Inc., la requérante et la partie intervenante. Lors de sa réunion du 12 janvier 2004, le conseil d'administration de la Loterie Nationale a pris la décision d'attribuer le marché à la requérante. Par lettre recommandée du 16 janvier 2004, la requérante a été informée que son offre avait été choisie, ce qui a entraîné la conclusion du contrat, et ce pour une durée d'une année, renouvelable trois fois, sans tacite reconduction, sur demande unilatérale de la partie adverse avant l'échéance annuelle (article XVI du cahier spécial des charges).

4. Deux demandes de suspension et un recours en annulation ont été introduits contre cette décision par la société de droit américain SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL. A la suite du rapport établi sur les deux demandes de suspension, rapport concluant à leur rejet à défaut d'intérêt ou, subsidiairement, à défaut de risque de préjudice grave et difficilement réparable, cette société s'est désistée de ces deux demandes de suspension, désistement acté par les arrêts n° 137.340 et n° 137.341 du 19 novembre 2004. Le recours en annulation est pendant sous le n° G/A. 149.235/VI-16.664.

5. Sollicitée par la requérante le 30 juillet 2004 en vue du renouvellement du contrat, la partie adverse lui a fait savoir, par lettre du 3 août 2004, que "(...) nous ne pouvons donner de suite favorable à votre demande et que le contrat qui lie nos deux sociétés viendra à expiration en janvier 2005" et que ses services sont occupés à préparer un cahier des charges dans le cadre d'une nouvelle procédure de marché public.

6. Le 12 octobre 2004, le conseil d'administration de la partie adverse a approuvé le cahier spécial des charges du nouveau marché. Par un avis de marché paru dans le Journal Officiel de l'Union européenne du 22 octobre 2004 et dans le Bulletin des Adjudications du 29 octobre 2004, la partie adverse a lancé, par un nouvel appel d'offres général, un marché public mixte de services et de fournitures ayant pour objet la fabrication de billets de loterie instantanée. Il s'agit du marché litigieux.

Le cahier spécial des charges décrit les critères de sélection qualitative, les prescriptions techniques et les critères d'attribution du marché qui diffèrent du marché précédent quant à leur nombre, leur contenu, leur valeur relative et leur évaluation. Ces critères se présentent comme suit : "Matières premières" (200 points), "Mode d'impression et d'exécution technique" (1000 points), "Technologies nouvelles" (500 points), "Licences, brevets, etc..." (500 points), "Marketing support" (300 points), "Délai de livraison" (500 points), et "Prix" (1000 points), soit au total 4000 points.

7. Quatre soumissionnaires ont déposé une offre avant la date de l'ouverture des offres, le 10 décembre 2004. Il s'agit de la requérante, de SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL, Inc., de CREATIVE GAMES INTERNATIONAL, Inc. et de la partie intervenante.

8. Le 12 avril 2005, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé :

- " De faire siens les motifs du rapport d'évaluation, tel que reproduit en annexe, et par conséquent :
- de ne pas sélectionner la firme CREATIVE GAMES pour n'avoir pas suffisamment répondu aux critères de sélection à caractère technique;
 - d'exclure la firme SCIENTIFIC GAMES en raison de l'introduction d'une offre irrégulière au niveau du contenu;
 - d'attribuer le marché à la firme POLLARD qui a introduit l'offre régulière la plus intéressante (...)"

Il s'agit de la décision attaquée.

9. Par lettres recommandées et par télécopies envoyées le 19 avril 2005, les soumissionnaires évincés dont la requérante sont informés par la partie adverse que leur offre n'a pas été retenue comme étant l'offre la plus intéressante; la décision attaquée est annexée à cette lettre.

Par la même lettre, la partie adverse les informe, en se référant à l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qu'en l'absence d'une information écrite au service Achat et Gestion de Contrats de l'introduction d'un recours dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence, parvenue dans un délai de 10 jours civils, la procédure sera poursuivie.

10. Entre-temps, la partie adverse a demandé à deux reprises à la requérante si elle était prête à proroger pour une durée de 2 mois la collaboration et ce, aux mêmes conditions que celles fixées par le contrat liant la Loterie Nationale et la requérante, dès lors qu'à l'échéance annuelle de ce premier contrat, en janvier 2005, aucun nouveau contrat n'a pu être conclu entre la partie adverse et le fournisseur choisi dans le cadre du nouvel appel d'offres général;

Considérant que la requérante justifie le recours à la procédure d'extrême urgence par la crainte de l'imminence de la notification à l'adjudicataire de la décision d'attribution et, dès lors, de la conclusion du contrat, ainsi que par la décision contenue

dans la lettre du 19 avril 2005 de "rendre cette décision immédiatement exécutoire sous la condition suspensive (...) du recours par les soumissionnaires auprès d'une juridiction dans les 10 jours à compter du lendemain du jour de l'envoi des motifs (art. 21bis L. 24.12.1993).";

Considérant que cette justification, à l'évidence, doit être accueillie, d'autant qu'elle n'est pas contestée par la partie adverse;

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

Considérant, quant à la condition du risque de préjudice grave difficilement réparable, que la requérante fait valoir :

- premièrement, qu'elle "risque de perdre un marché public", ce qui "est à considérer ipso facto comme un préjudice difficilement réparable (cfr Conseil d'Etat, N.V. Herbosch-Kiere, nr.89.076, 24 juillet 2000)";
- deuxièmement, que "le marché concerné est un marché de référence important" eu égard au fait que "lors de marchés futurs similaires, l'expérience dans des services comparables pourra être utilisée comme un critère de sélection qualitatif" et en raison de ce que "le marché belge est le deuxième marché important en Europe pour la requérante et l'un des plus importants marchés européens pour tous les acteurs sur le marché", et "représente plus de 10 % de la production canadienne de la requérante";
- troisièmement, qu'eu égard aux parts de marché des trois leaders de la production des billets de loterie au niveau mondial, "un marché d'une valeur de 2 à 3 millions d'euros est pour chacun d'entre eux un marché important qui influence leur part de marché", que "ce marché public a aussi une valeur symbolique importante" car "le marché belge est un marché de croissance (16% en 2003)", croissance qui "est à attribuer à des produits comme Battleship 2004 for life et Win for life, qui sont produits à l'aide du procédé breveté "FouReal", et qu'elle "risque de subir un préjudice moral" en raison de la non reconduction par la partie adverse d'un contrat ayant le même objet que celui qui constitue aujourd'hui l'objet de la passation du marché et de l'attribution, par la décision attaquée, du nouveau marché à un autre acteur, ce qui "donne l'impression que la partie requérante n'aurait pas exécuté parfaitement ses obligations contractuelles", et qu' "il faut de plus prendre en considération que la

requérante est le seul producteur qui dispose du brevet "FouReal", la perte du marché ne lui permettant plus d'utiliser le procédé breveté coûteux et donnant "l'impression que la requérante ne dispose pas des droits exclusifs au regard dudit brevet";

- quatrièmement, qu'elle "poursuit plutôt une réparation en nature qu'une simple réparation au moyen d'une indemnisation", qu'"à défaut de suspension de l'exécution de la décision d'attribution avant la signification, le dommage encouru par la requérante pourrait encore être indemnisé pécuniairement au moyen d'une action en dommage et intérêts devant le juge civil", qui "est cependant imparfaite, car dans ce cas, seuls les frais inutiles pour la réalisation et l'introduction de l'offre et la perte d'une chance, comprenant le manque à gagner, entrent en considération" et car elle "ne pourra cependant pas exécuter le marché elle-même, ce qui implique qu'elle doit se passer d'un client de référence important et manquer un marché prestigieux";
- cinquièmement, que "le marché concerné générerait un chiffre d'affaires de presque 3 millions d'euros", ce qui "doit être considéré comme difficilement réparable et grave, compte tenu des inconvénients mentionnés ci-haut, parmi lesquels la poursuite d'une réparation en nature et les difficultés lors de l'obtention de l'indemnisation";
- sixièmement, que "la perte du marché aura un impact important sur la capacité de production de la partie requérante (1/10^{ème} de la capacité)";

Considérant, tout d'abord, que l'article 21bis, inséré dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services par l'article 302 de la loi-programme du 9 juillet 2004, est applicable au marché litigieux; qu'en effet, le présent marché a été annoncé en octobre 2004, soit après la date d'entrée en vigueur dudit article 21bis, soit le 15 juillet 2004 comme prévu par l'article 317 de ladite loi-programme; que, pour autant, cet article 21bis n'a pas pour effet de faire présumer l'existence d'un risque de préjudice grave difficilement réparable; que, certes, les directives européennes 89/665 du 21 décembre 1989 et 92/13 du 25 février 1992, dites "directives recours", requièrent "qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit"; que, toutefois, ces directives ne sont pas directement applicables en droit interne, et que le soin a été laissé aux Etats membres de les transposer dans leur législation nationale (cf. notamment l'article 5 de la directive 89/665), ce qu'a tenté de faire la loi-programme du 9 juillet 2004 en insérant un article 21bis dans la loi du 24 décembre 1993 précitée;

Considérant que cette loi-programme du 9 juillet 2004 n'a pas modifié les lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, et en particulier leur article 17, § 2, qui persiste à exiger, pour que la suspension de l'exécution notamment d'une

décision d'attribution d'un marché public puisse être ordonnée, que soit établi le risque d'un préjudice grave difficilement réparable qu'entraînerait l'exécution immédiate de la décision attaquée;

Considérant, ensuite, en ce qui concerne les chefs de préjudice invoqués par la requérante, qu'en soi, la perte d'un marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable; qu'en effet, la perte d'une commande publique et, dès lors, d'une part de marché dans le domaine considéré, est inhérente à toute procédure de mise en concurrence; qu'elle ne le peut que si elle s'accompagne de circonstances particulières démontrant, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la requérante, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activité;

Considérant, quant aux préjudices financiers vantés par la requérante, que force est de constater que cette dernière procède par allégations dénuées de toute pièce susceptible de les étayer; qu'elle ne produit ni statuts ni pièces comptables qui auraient pu démontrer l'importance du marché convoité sur l'ensemble de ses activités; qu'elle n'établit pas davantage dans quelle mesure la perte du marché litigieux compromettrait gravement son équilibre financier et, éventuellement, sa survie;

Considérant, en ce qui concerne la perte d'un marché de références, que constitue un tel marché celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; que la requérante ne démontre pas que de telles caractéristiques sont remplies en l'espèce, notamment quant à son ampleur et quant à sa rareté; qu'en outre, la requérante a déjà exécuté pendant plusieurs années, de 1998 à aujourd'hui, des marchés similaires pour le compte de la partie adverse et peut donc se prévaloir d'une telle référence; qu'il ressort également du dossier que la requérante a près de 30% de parts de marché au niveau mondial dans le domaine considéré et qu'elle dispose de références importantes et multiples de par le monde (39 références en Amérique du Nord; 29 références en Amérique Centrale et du Sud; 21 références en Europe; 4 références au Moyen-Orient; 6 références en Afrique; 6 références en Océanie; 3 références en Asie centrale; et 2 références en Asie); que, pour le surplus, la perte d'une référence telle que celles exigées en vue de la sélection qualitative, ne peut être confondue avec celle d'un marché de référence; que tel n'est évidemment pas le cas en l'espèce, et que la perte d'une référence ordinaire ne saurait justifier un risque de préjudice grave difficilement réparable;

Considérant, en ce qui concerne le préjudice moral, que la décision attaquée ne comporte aucun jugement péjoratif quant à l'offre formulée par la requérante, en sorte que celle-ci ne peut sérieusement prétendre qu'elle porte atteinte à sa réputation; que, bien au contraire, il ressort de la décision attaquée et de ses annexes que l'offre de la requérante est une offre de grande valeur dès lorsqu'elle est classée première pour cinq des sept critères d'attribution et que le seul motif de son éviction est le critère du prix, ce qui ne laisse pas présumer qu'elle ne pourrait exécuter parfaitement ses obligations contractuelles;

Considérant qu'en ce qui concerne la possession du brevet "FouReal", le cahier spécial des charges n'impose pas, comme le soutient la requérante, un processus particulier d'impression pour masquer sur le billet de loterie la zone à gratter, mais exige, comme caractéristique du produit à livrer, la couverture de cette zone par une pellicule opaque; qu'à cet égard, il ressort des pièces déposées par la partie adverse que la partie intervenante dispose également d'un procédé permettant de rencontrer cette exigence; que le préjudice issu d'une contrefaçon éventuelle du brevet de la requérante n'est pas établi;

Considérant que l'une des conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que soit accueillie une demande de suspension, n'est pas remplie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

L'intervention de la société de droit canadien POLLARD BANKNOTE LIMITED en la présente cause est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à charge de la partie requérante à concurrence de 175 euros et à charge de la partie intervenante à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, siégeant en référé, le quatre mai deux mille cinq par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, président f.f.
M ^{me} VAN HOVE,	Greffier.

Le Greffier,	Le Président f.f.,
--------------	--------------------

F. VAN HOVE.

P. NIHOUL.