CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 145.382 du 3 juin 2005

A.84.973/VI-15.146

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

ayant élu domicile chez
Mes Johan VANDEN EYNDE et
Jean-Marc WOLTER, avocats,
avenue de la Couronne, n° 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 l'arrêt n° 114.150 du 27 décembre 2002 ordonnant qu'il soit sursis à statuer et posant des questions préjudicielles à la Cour de Justice des Communautés européennes;

Vu l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 3 mars 2005;

Vu l'ordonnance du 3 mai 2005, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 25 mai 2005;

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

Entendu, en leurs observations, Me Jean-Marc WOLTER, avocat, comparaissant pour la requérante et M. Claude DARDENNE, conseiller général, comparaissant pour la partie adverse;

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 éléments utiles à l'examen de la requête ont été rappelés dans l'arrêt n° 114.150, précité; qu'il y a lieu d'y ajouter que la disposition attaquée a été remplacée par l'article 17 de l'arrêté royal du 18 février 2004 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction d'accès à certains marchés et l'introduction de moyens électroniques, un certain nombre d'arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et services, entré en vigueur le 1er mai 2004; qu'en son article 35, cet arrêté royal précise que "les marchés publics publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à remettre offre ou à présenter une candidature est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation";

Considérant que, par le même arrêt, il a été sursis à statuer et les questions préjudicielles suivantes ont été posées à la Cour de Justice des Communautés européennes :

" 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 1er 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 ?";

Considérant que, par son arrêt du 3 mars 2005, la Cour de Justice a dit pour droit :

" 1) La directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, telle que modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, et, plus particulièrement, son article 3, paragraphe 2, la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, telle que modifiée par la directive 97/52, et, plus particulièrement, son article 5, paragraphe 7, la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, telle que modifiée par la directive 97/52, et, plus particulièrement, son article 6, paragraphe 6, ainsi 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, telle que modifiée par la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, et, plus particulièrement, son article 4, paragraphe 2, s'opposent à une règle telle que celle prévue aux articles 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, et 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 service et aux concessions de travaux publics, par laquelle n'est pas admise l'introduction d'une demande de participation ou la remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une 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 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, et, plus particulièrement, ses articles 2, paragraphe 1, sous a), et 5, ainsi 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, et, plus particulièrement, ses articles 1er et 2, s'opposent à ce que l'entité adjudicatrice

puisse 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 que, 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.";

Considérant qu'il ressort de l'arrêt précité de la Cour de Justice des Communautés européennes que la requête est fondée en ses premier moyen, deuxième moyen, seconde branche, et en son troisième moyen,

D E C I D E :

Article 1er.

Est annulé l'article 65 de 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, tel que remplacé par l'article 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999.

Article 2.

Le présent arrêt sera publié par extraits au Moniteur belge.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 173,53 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le trois juin deux mille cinq par :

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

Le Greffier, Le Président,

P. HARMEL. R. ANDERSEN.