

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 173.073 du 2 juillet 2007

G./A.142.455/VI-16.576

En cause : **la société anonyme EO DESIGN PARTNERS,**

ayant élu domicile chez
Me Alain BERENBOOM, avocat,
rue de Florence, n° 13,
1000 Bruxelles,

contre :

la société de droit public PORT DE BRUXELLES,

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

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 8 octobre 2003 par la société anonyme EO DESIGN PARTNERS qui poursuit l'annulation de "la décision administrative du 14 juillet 2003 attribuant le marché du Cahier spécial des charges numéro 865 - Etude pour une signalétique générale dans le domaine du Port de Bruxelles";

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 10 janvier 2007 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 14 mai 2007, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 13 juin 2007;

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

Entendu, en leurs observations, Me Sandrine CARNEROLI, loco Me Alain BERENBOOM, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Jean-Marc WOLTER, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur;

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 cause sont les suivants :

1. La partie adverse figure sur la liste des organismes d'intérêt public de catégorie B prévue par la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public et est chargée, selon l'article 2, alinéa 3, de l'ordonnance du 3 décembre 1992 relative à l'exploitation et au développement du canal, du port, de l'avant-port et de leurs dépendances dans la Région de Bruxelles-Capitale, de "la gestion, l'exploitation et le développement du canal, du port, de l'avant-port, des installations portuaires et de leurs dépendances dans la Région de Bruxelles-Capitale".

2. Le 12 octobre 1998, la partie adverse, à la suite des travaux de réaménagement et de réaffectation du bassin Béco à des espaces publics et à des activités de loisirs liées à la voie d'eau, consulte, dans le cadre d'un "appel d'offres restreint", six sociétés, dont la requérante, en vue de placer, à cet endroit, une "signalisation appropriée directionnelle et de localisation" en leur demandant pour le 5 novembre 1998 de lui :

" faire parvenir une offre concernant :
- une recherche de programmation de cette signalisation : le type de signalisation à implanter, la quantité et le contenu;
- la production et la mise en place d'une telle signalisation, qui devra être installée avant le 30 avril 1999."

Cette consultation précise qu'"il est à noter qu'ultérieurement, des travaux d'aménagement seront mis en oeuvre sur l'autre rive du bassin Béco (verdurisation, espaces de promenade). Dans un souci d'harmonisation, une réflexion pour l'ensemble du bassin Béco (rive droite et rive gauche) devra donc avoir lieu et devra être finalisée pour octobre 1999".

3. Le 23 novembre 1998, la partie adverse avertit la requérante de sa désignation comme attributaire du marché portant sur "la signalisation du bassin Béco".

Il ressort du rapport au conseil de direction de la partie adverse que cette désignation ne porte en réalité que sur la recherche de programmation concernant cette signalisation et non plus sur la production et la mise en place de la signalisation pour la rive gauche du bassin Béco pour laquelle il est dorénavant prévu de lancer un appel d'offres distinct.

Par lettre du 25 janvier 1999, la partie adverse rappelle à la requérante que :

" (...) l'étude que nous vous avons commandée (...) comprend :
1) la définition d'un programme général pour le domaine portuaire et l'examen des possibilités de déclinaisons;
2) la programmation des besoins spécifiques au bassin Béco, l'implantation des divers supports, le design des éléments de signalisation, la charte graphique, les plans de production et la réalisation des documents graphiques de production."

4. Le 9 mars 1999, la requérante envoie la facture de ses prestations à la partie adverse en y indiquant spécialement les éléments rappelés ci-dessus.

5. Début 2001, la partie adverse indique qu'elle a sollicité "la partie requérante et d'autres (...) dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité, visant à poursuivre la programmation initiée, courant 2001".

Le 21 mars 2001, la requérante dépose une offre de prix "pour l'assistance à la maîtrise d'ouvrage, l'étude de la programmation et l'établissement des documents de production nécessaires à la réalisation de la signalisation de situation du domaine du Port de Bruxelles". Elle y expose, pour ce qui concerne la programmation générale, que ses prestations portent sur "la vérification et l'adaptation du principe de programmation établi en 1999 par notre bureau d'études".

La partie adverse précise, dans son mémoire en réponse, que "cette procédure n'a pas été poursuivie".

6. Le 13 décembre 2002, le Bulletin des Adjudications publie un avis relatif à un marché public à passer selon le mode de la procédure négociée avec publicité et ayant pour objet une "mission d'étude et d'assistance technique ayant pour but la réalisation d'une signalétique situationnelle, intégrée dans le domaine portuaire et sur base de concepts établis précédemment".

7. Le 14 février 2003, la direction de la partie adverse prend la décision de recourir à une procédure négociée avec publicité pour un marché public ayant le même objet.

8. Le cahier spécial des charges n/865 régit le marché public annoncé.

Il décrit l'objet de l'entreprise comme étant "la réalisation d'une étude pour une signalétique générale dans le domaine du Port de Bruxelles". Il indique, comme mode de passation, la "procédure négociée avec publicité" et motive le recours à cette procédure en se référant à l'article 17, § 2, 2/, b, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, disposition relative à la répétition d'ouvrages ou de services similaires.

Il précise encore que les études "comportent essentiellement des prestations de nature intellectuelle" dont notamment "la lecture, l'adaptation et le dessin de plans" ainsi que "la rédaction d'un cahier des charges, d'un métré et autres documents spécifiés". Il attire l'attention sur le fait que "l'étude doit respecter le concept établi précédemment". Le point 5 "Utilisation de documents existants - Confidentialité" spécifie que la partie adverse met à la disposition du bureau d'études "l'étude et les concept de cette signalisation". Comme annexe technique, le cahier spécial des charges reprend l'ensemble de l'étude préalable réalisée par la requérante dans le cadre du premier marché.

Pour le surplus, le cahier spécial des charges se réfère à 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.

9. Le 12 mai 2003, la requérante dépose une offre. A la demande de la partie adverse, deux précisions sont apportées le 18 juin 2003.

10. Le 9 juillet 2003, la direction technique de la partie adverse établit un rapport d'examen des offres reçues rédigé comme suit :

" Concerne: CSC 865 - Etude pour une signalétique générale dans le Port de Bruxelles
Procédure négociée avec publicité

Le CSC 865 a fait l'objet d'une procédure négociée avec publicité.

Sept entreprises se sont fait connaître (2 NL et 5 FR).

Elles ont toutes été désignées comme capables de mener à bien l'étude envisagée et ont donc toutes été sélectionnées et reçu le cahier des charges afin de leur permettre de remettre leur offre.

Parmi ces entreprises, seules trois ont remis prix:

SAMYN Partners: 31.194 EUR HTVA pour 26 balises piétonnes certaines
682.96 EUR HTVA par pièce pour 24 balises piétonnes
supplémentaires éventuelles
d'où un total de 47.585.04 EUR HTVA.

EO Design: Etude + documents techniques + documents graphiques + documents relatifs à l'adjudication pour la désignation de l'entrepreneur réalisation: 63.420 EUR HTVA, forfaitaire.

QUO VADIS: Etude d'implantation + design + CSC + graphisme + estimation budgétaire = 66.360 EUR HTVA, forfaitaire.

Le prix de SAMYN est très bas, mais il est en fait moins «forfaitisé» que les offres de ses concurrents. En effet, SAMYN s'est basé sur les renseignements figurant dans les annexes du CSC, qui indiquaient un certain nombre (26) de balises «sûres», qui seraient donc exécutées, et un autre nombre (24) pour des balises dont l'opportunité restait à discuter.

En ce qui concerne les 125 balises murales, dont le modèle figurait en annexe du CSC, la quantité précise avait été omise. EO et QUO VADIS ne l'ignoraient pas, vu qu'ils avaient participé d'une manière ou d'une autre à l'étude précédente.

Par conséquent, afin de mettre tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité, une demande de renseignements complémentaire a été envoyée aux trois bureaux, en demandant de préciser que le prix comprenait bien les mêmes éléments de base, à savoir: 50 balises grand modèle et 125 balises murales.

EO Design et QUO VADIS ont maintenu leur première offre, tandis que pour SAMYN, les prix unitaires des 24 balises «non certaines» ont été ajoutées aux balises certaines, ce qui fait donc un total de 50 pièces. SAMYN a également rentré le tarif supplémentaire pour les 125 balises murales (12.500 EUR HTVA). Ceci porte donc l'offre de SAMYN de 47.585,04 EUR à 60.085,04 EUR HTVA.

Tous les soumissionnaires se sont engagés à étudier un système alphanumérique compatible avec la situation portuaire.

Les offres de EO et QUO VADIS sont forfaitaires, mais incluent des concepts déjà établis dans l'étude précédente, entre autres le graphisme et le design.

L'offre de SAMYN est la moins disante, et est établie avec beaucoup de détails, la démarche intellectuelle à la base témoigne d'un pragmatisme fondamental dans cette phase de l'étude, vu que le concept de design est déjà établi.
De plus, la démarche de calcul des prix est indiquée, ce qui démontre du sérieux.

Il émet également des suggestions hors CSC, qui ne sont pas sans intérêt, et qu'il faudra éventuellement examiner lors des travaux.

Dans le cas où moins de balises que les 50 estimées seraient étudiées, le prix de SAMYN pourrait également être revu à la baisse sur base d'un tarif connu dès maintenant.

Par conséquent, je propose de désigner SAMYN comme adjudicataire du marché d'études CSC 865, et de le notifier dès que possible, mais en tout cas dès que la problématique de l'approbation des budgets d'intégration urbaine aura été résolue.

Proposition de décision

Dans le cadre de CSC 865, le Conseil de Direction décide d'attribuer le marché à SAMYN pour un montant de 60.085,04 € HTVA.

Il charge la Direction Technique du suivi du dossier, en ce compris de notifier la modification de la décision à SAMYN et à EO et QUO VADIS que leur offre n'a pas été retenue."

11. Le 17 juillet 2003, la partie adverse décide de désigner le bureau SAMYN and PARTNERS comme adjudicataire du marché public querellé. Il s'agit de l'acte attaqué.

Le même jour, la partie adverse notifie cette décision au bureau retenu et informe la requérante que son offre n'a pas été retenue.

12. Le 24 juillet 2003, la requérante demande à prendre connaissance de la décision motivée d'attribution du marché public ainsi que des documents remis par l'adjudicataire.

Le 8 août 2003, la partie adverse envoie une copie de la décision motivée d'attribution;

Considérant, quant à la recevabilité du recours, que la partie adverse soutient, dans son mémoire en réponse, que la cession, au profit de la partie adverse, du bénéfice sans restriction du travail préalablement presté par la requérante est clairement rappelée dans le cahier spécial des charges et n'a pas été critiquée par la requérante, ni directement ni sous forme de réserve, dans son offre du 12 mai 2003, que c'est postérieurement à l'attribution du marché public à une autre société que "la requérante a, subitement, découvert qu'elle serait titulaire de droits en sa qualité d'auteur de l'étude préalablement réalisée, droits qu'elle n'aurait pas cédés" alors même que le cahier spécial des charges reproduisait son étude en "précisant le droit de la partie adverse seule à pouvoir autoriser la reproduction de ces documents, dessins et plans", que c'est donc bien l'adoption du cahier spécial des charges qui fait grief à la partie requérante, que dans cette mesure, ce dernier "ne peut être considéré comme un acte simplement préparatoire à l'acte" attaqué, que la requérante était en mesure de le critiquer dès la publication de l'avis de marché, au plus tard à sa réception, ou, à défaut

de preuve d'envoi, lorsqu'elle a remis son offre, que le recours, en ce qu'il vise en réalité le cahier spécial des charges, est manifestement tardif et irrecevable;

Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre la décision attaquée, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'Etat, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges; que l'exception d'irrecevabilité est dès lors rejetée;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la violation "des articles 1^{er}, §§ 1^{er} et 2, et 3, §§ 1^{er} et 3, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, en ce que l'acte attaqué impose la reproduction et l'adaptation des oeuvres réalisées par la requérante (de sorte que) le droit d'auteur exclusif de la requérante est violé"; qu'elle subdivise son moyen en trois branches; qu'en une première branche, elle fait valoir que l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 s'oppose à ce que l'oeuvre soit reproduite ou communiquée au public sans autorisation de l'auteur, qu'en l'espèce, les plans et dessins de ses oeuvres sont intégralement reproduits en annexe au cahier spécial des charges qui indique que le soumissionnaire doit "respecter le concept établi précédemment", que, d'une part, la partie adverse a pris une mesure qui porte atteinte à son droit exclusif de reproduction en l'absence d'autorisation écrite et préalable de sa part, que, d'autre part, la partie adverse ne cache pas son intention de réaliser une oeuvre dérivée de celle réalisée précédemment par la requérante sans autorisation écrite et préalable, portant de la sorte atteinte à son droit d'adaptation, qu'elle se voit obligée de mettre ses oeuvres à disposition de tiers concurrents sans juste et préalable indemnité, qu'en effet, l'acte attaqué ne prévoit pas le versement de rémunérations à son profit; qu'en une deuxième branche, elle soutient qu'en prenant l'acte attaqué, la partie adverse prend une décision qui porte atteinte au droit moral à l'intégrité de son oeuvre reconnu par l'article 1^{er}, §1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 car l'adaptation de l'oeuvre implique nécessairement son altération; que, dans une troisième branche, elle prétend que la cession de ses droits d'auteurs en faveur de la partie adverse n'existe pas en violation de l'article 3, §§ 1^{er} et 3, de la loi du 30 juin 1994;

Considérant que, dans le mémoire en réponse, la partie adverse excipe de l'incompétence du Conseil d'Etat pour connaître du moyen, celui-ci ayant pour objet une contestation relative à un droit subjectif de nature civile;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la partie requérante avance que l'objet véritable et direct du recours est l'annulation d'une décision administrative et non pas la reconnaissance d'un droit subjectif civil, qu'elle se prévaut d'un intérêt propre et distinct étant celui d'obtenir l'annulation de la décision du 14 juillet 2003, incompatible avec l'ensemble des règles qui figurent dans l'arsenal juridique belge, que l'acte attaqué procède d'une appréciation de la propriété du droit d'auteur sur les plans et dessins reproduits dans le cahier spécial des charges, que la partie adverse a présumé que ces plans et dessins lui appartenaient, que c'est la mise en oeuvre d'un pouvoir discrétionnaire qui a abouti à ce constat de propriété, que l'atteinte portée aux droits d'auteur n'est qu'une conséquence de cette appréciation, que les cours et tribunaux rappellent systématiquement que les plans et dessins sont des oeuvres protégées par la loi du 30 juin 1994 précitée, que la doctrine considère que les oeuvres d'architecte sont protégées par le droit d'auteur même si elles sont réalisées au profit d'une personne publique et qu'il en va de même des plans et dessins qui constituent l'expression d'une oeuvre architecturale protégée sous forme de graphique, qu'il n'y a eu aucune cession de droits d'auteur, que la seule existence d'un marché public de services ne sous-entend aucune renonciation aux droits d'auteurs, que l'article 14, § 3, du cahier des charges précise que le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas du fait du marché la propriété des droits intellectuels nés, mis au point ou utilisés à l'occasion de l'exécution du marché et que le cahier spécial des charges portant sur l'étude et l'aménagement de la signalétique du bassin Béco ne déroge pas à ce principe;

Considérant que la contestation soulevée dans le moyen unique a trait à la propriété intellectuelle des plans et dessins annexés au cahier spécial des charges; que la requérante entend par ce moyen obtenir l'annulation de la décision attaquée pour violation de ses droits patrimoniaux intellectuels; que le moyen a ainsi pour objet véritable et direct la protection des droits intellectuels qu'elle prétend siens et que la partie adverse aurait violés en permettant l'exploitation, la diffusion ou l'adaptation; que le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître d'un moyen invoquant la violation de droits civils; que l'exception doit être accueillie;

Considérant que l'auditeur rapporteur soulève d'office un moyen pris de l'illégalité du recours à la procédure négociée avec publicité; qu'il fait état de ce que le cahier spécial des charges relatif au marché public querellé invoque l'article 17, § 2,

2/, b, de la loi du 24 décembre 1993 précitée pour motiver le recours à la procédure négociée alors que, d'une part, le dossier administratif ne permet pas d'identifier clairement une décision motivée de recourir à la procédure négociée et que, d'autre part, deux des conditions imposées par l'article 17, § 2, 2/, b, précité ne sont pas remplies, le premier marché public ne mentionnant aucunement la possibilité d'une procédure négociée ultérieure et la période de trois ans calculée à partir de la conclusion le 23 novembre 1998 du premier marché étant venue à échéance lors du lancement du marché public querellé;

Considérant que, comme le relève à juste titre la partie adverse dans son dernier mémoire, le marché public querellé a trait à une activité visée à l'article 32, 2/, de la loi du 24 décembre 1993, à savoir, dans le secteur des transports, "l'exploitation d'une aire géographique en vue de mettre des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux"; qu'il s'ensuit que le marché public litigieux fait partie des secteurs dits spéciaux visés au titre IV du livre Ier de la loi du 24 décembre 1993, titre 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"; que dans ces quatre secteurs d'activités, les marchés publics sont, en vertu de l'article 39, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, "passés, au choix du pouvoir adjudicateur, par adjudication publique ou restreinte, par appel d'offres général ou restreint, conformément aux articles 14 à 16, ou par une procédure négociée définie à l'article 17, § 1^{er}, et respectant les règles de publicité établies par le Roi"; que, par conséquent, pour le présent marché, la partie adverse pouvait choisir librement la procédure négociée avec publicité et n'était pas tenue aux hypothèses strictes et limitativement énumérées à l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993; que, certes, le cahier spécial des charges se réfère expressément à l'article 17, § 2, 2/, b, de la loi du 24 décembre 1993 précitée; que, toutefois, cette erreur est sans conséquence sur la légalité de la décision de recourir à la procédure négociée avec publicité, et par là de la décision attaquée, dès lors que la partie adverse peut se prévaloir d'un autre fondement légal et admissible pour fonder sa compétence de recourir à une telle procédure; que le moyen ne peut être retenu,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M^{me} WILLOT-THOMAS,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} SCHMITZ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

M.-L. WILLOT-THOMAS.