

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

À R R Ê T

n° 252.191 du 23 novembre 2021

A. 225.370/VI-21.257

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
INTERMEDIANCE & PARTNERS,**

ayant élu domicile chez
M^e Aurélia PSALTI, avocat,
rue de la Régence 23
1000 Bruxelles,

contre :

la ville d'Andenne,

ayant élu domicile chez
M^e Claire DOYEN-BIVER, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 20 juillet 2018, la société coopérative à responsabilité limitée Intermediance & Partners demande l'annulation de « la décision du collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse du 11 mai 2018 de refuser d'intégrer la requérante dans la liste des opérateurs consultés dans le cadre du marché public passé par procédure négociée sans publication préalable ayant pour objet les prestations d'huissier de justice » ainsi que « l'éventuelle décision d'attribution du marché précité ».

II. Procédure

Par un arrêt n° 241.890 du 25 juin 2018, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension de l'exécution de la décision précitée du 11 mai 2018.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 21 avril 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 mai 2021.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Nathan Moureaux, *loco* M^e Aurélia Psalti, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 241.890 du 25 juin 2018.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à attaquer la décision d'attribution du marché (deuxième acte attaqué), dès lors qu'elle n'a pas remis d'offre.

La requérante réplique que, bien qu'elle ait manifesté son souhait de participer à la procédure de passation du marché litigieux, elle s'est vu refuser la possibilité de soumettre une offre spontanée, que, comme elle n'a pas été consultée par la partie adverse, elle n'a pas pu prendre connaissance des documents du marché, qu'il lui était donc formellement impossible de déposer une offre et que, pour maintenir son intérêt à agir contre le refus de l'intégrer à la liste des opérateurs consultés (premier acte attaqué), elle se devait de contester la décision qui attribue le marché à un concurrent (deuxième acte attaqué). Elle en déduit qu'elle a bien intérêt à demander l'annulation de la décision d'attribution du marché.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 de loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, que l'article 31 de la même loi rend applicable aux marchés n'étant pas soumis à la publicité européenne, dispose que l'instance de recours peut annuler des décisions prises par les autorités adjudicatrices pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante.

En l'espèce, l'intérêt de la requérante à attaquer la décision d'attribution du marché litigieux (deuxième acte attaqué) n'est pas contestable. Le marché litigieux a pour objet des services relevant spécifiquement de l'expertise de la requérante et celle-ci a, par un courriel du 29 mars 2018 et un courrier du 30 mars 2018, demandé expressément à participer à la procédure de passation de ce marché. Elle a, de ce fait, démontré, à suffisance, son intérêt à obtenir celui-ci. Par sa requête, elle conteste la légalité du refus de l'intégrer dans la liste des opérateurs consultés, ce qui l'a privée d'une chance d'emporter le marché et a pu conduire la partie adverse à l'attribuer à un

autre opérateur économique, au détriment de la requérante. Les violations qu'elle allègue l'ont donc bien lésée ou, à tout le moins, ont risqué de la léser.

L'exception d'irrecevabilité du recours, tirée du défaut d'intérêt à agir de la requérante, ne peut être accueillie.

V. *Moyen unique*

V.1. *Thèses des parties*

A. *Requête*

La requérante soulève un moyen unique, pris de la violation « des articles 10, 11, 33, 108 et 159 de la Constitution, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en particulier ses articles 2, 26°, 4, 5 et 42, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, en particulier ses articles 18 et 76, des articles 49, 56, et 101 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, des principes généraux de la légitime confiance, de la motivation matérielle des actes administratifs et *patere legem quam ipse fecisti*, des principes généraux de transparence, de concurrence et d'égalité des soumissionnaires, de l'autorité de chose jugée de votre arrêt n° 227.909 du 26 juin 2014, Buelens, Mathay & Associates, de l'arrêt 7 décembre 2000, Telaustria (aff. C-324/98) de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'arrêt du 22 juin 1989, Fratelli Costanzo (aff. C-103/88) de la Cour de justice de l'Union européenne, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4, 5 et 29/1 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, de la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes; ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Dans une première branche, la requérante fait grief à l'acte attaqué de refuser de l'intégrer dans la liste des opérateurs consultés dans le cadre du marché passé par procédure négociée sans publication préalable, sans autre motif que le renvoi à l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui dispose que « dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, les offres spontanées sont rejetées par le pouvoir adjudicateur, sauf décision expressément motivée », alors que

« cette disposition est manifestement contraire aux principes, dispositions et décisions de justice visés au moyen en vertu desquels les pouvoirs adjudicateurs doivent agir avec transparence et traiter les opérateurs de façon égale dans le respect des règles fondamentales de la concurrence », que l'article 93, alinéa 1^{er}, précité, doit donc être écarté sur pied de l'article 159 de la Constitution » et que « la première décision attaquée qui prend appui sur cette disposition doit être invalidée ».

Dans les développements qu'elle consacre à la première branche de son moyen, ainsi que dans les observations liminaires de la requête auxquelles ces développements renvoient, elle expose que le droit de l'Union européenne et le droit national consacrent le principe général de concurrence à l'égard de tous les marchés publics, même ceux dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens. Selon elle, si le pouvoir adjudicateur dispose, dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant au choix des opérateurs à consulter, il faut que ce choix « ne soit pas entaché d'arbitraire et qu'il soit adopté dans la transparence, en permettant aux intéressés de comprendre les raisons de ce choix ». Elle estime que, contrairement à ce qui a pu être jugé dans l'arrêt rejetant sa demande de suspension, l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics n'affranchit nullement le pouvoir adjudicateur de son obligation de motiver la décision par laquelle il refuse de prendre en considération une offre spontanée ou d'intégrer dans la liste des opérateurs consultés un opérateur qui le demande.

Elle estime qu'en l'espèce, la partie adverse ne pouvait refuser sa demande d'être intégrée dans la liste des opérateurs consultés « sans justifier à tout le moins les raisons d'un tel choix opéré en opportunité » et qu'« en raison de l'absence de motivation tant matérielle que formelle du premier acte attaqué, celui-ci est donc manifestement contraire au principe général de concurrence ». Elle maintient que l'arrêt Buelens, Mathay & associates du Conseil d'État, n° 227.909 du 26 juin 2014, est tout à fait transposable à la présente espèce et cite également l'arrêt Igretec, n° 104.014 du 27 février 2002 qui va dans le même sens.

Elle fait ensuite valoir que l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, adopté postérieurement aux arrêts précités et sur lequel se fonde l'acte attaqué, est contraire au principe général de concurrence ainsi qu'aux principes de transparence et d'égalité consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution et par les lois du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les

communes puisque « lus isolément ou en combinaison avec les législations relatives à la motivation formelle des actes administratifs – dont la loi du 29 juillet 1991 – les articles 10 et 11 de la Constitution imposent [...] à un pouvoir adjudicateur de motiver et d'expliquer ses choix notamment lorsqu'il décide, dans le cadre d'une procédure sans publication préalable ou dans le cadre d'une procédure informelle de mise en concurrence, de consulter tel ou tel opérateur ou de ne pas consulter tel ou tel autre » et que « lues isolément ou en combinaison avec les législations relatives à la publicité de l'administration – dont la loi du 12 novembre 1997 – ces dispositions constitutionnelles imposent également d'agir avec transparence vis-à-vis des opérateurs économiques, notamment en leur permettant d'avoir accès aux documents d'un marché ou d'une procédure concurrentielle, en vue d'éventuellement remettre une offre – à moins que le pouvoir adjudicateur n'expose les raisons pour lesquelles il décide de refuser un tel accès ».

Elle reproduit un extrait du rapport au Roi afférent à l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal précité du 18 avril 2017, qui indique que « le rejet d'offres spontanées ne nécessite pas de motivation du pouvoir adjudicateur » et que « cette disposition s'écarte de la jurisprudence du Conseil d'État (notamment l'arrêt 227.909 du 26 juin 2014) », et s'interroge sur les raisons de s'écarter de cette jurisprudence, qui applique les principes fondamentaux précités, en précisant que l'avis de la section de législation du Conseil d'État ne permet pas de faire la lumière sur ce point. Elle estime que l'option prise par le Roi est manifestement contraire à l'article 76 de la directive 2014/24/UE qui impose aux États membres de mettre en place des règles nationales afin de garantir que les pouvoirs adjudicateurs respectent les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques. Elle relève aussi qu'il ressort des travaux parlementaires se rapportant à l'article 34 de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions (régime assoupli pour les services sociaux et autres services spécifiques) que le législateur a pris position sur la question avant l'adoption par le Roi de l'article 93, en se référant explicitement à la jurisprudence du Conseil d'État jusque-là applicable :

« À cet égard, on rappellera la jurisprudence récente du Conseil d'État sur les offres spontanées en procédure négociée sans publicité. S'il n'existe pas de droit à remettre offre pour ces opérateurs, le refus de les consulter, malgré leur demande, ou le refus de prendre en considération une offre spontanée de ceux-ci est une dérogation au principe de concurrence. Ce refus ne sera valable que s'il est motivé et que les motifs avancés sont corrects dans les faits et légitimes en droit (C.E., n° 227.909 du 26 juin 2014) » (Doc.parl.Ch., session 2015-2016, 9 mars 2016, n° 1708/001, p. 59).

Elle en déduit que le Roi a sciemment, et en violation de l'article 108 de la Constitution, adopté une disposition réglementaire manifestement contraire à la

volonté du législateur.

Elle estime, pour l'ensemble de ces motifs, que l'application de l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, doit être écartée sur pied de l'article 159 de la Constitution, que la première décision attaquée, qui prend appui sur cette disposition, doit être annulée et que la décision d'attribution intervenue au terme de la procédure de passation litigieuse doit également être annulée. Elle répète que, dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, le refus de consulter un opérateur, malgré sa demande, ou le refus de prendre en considération son offre spontanée, tandis que le marché a pour objet des services relevant spécifiquement de l'expertise de cet opérateur, est contraire au principe général de concurrence, sauf si une telle décision est motivée et que les motifs avancés sont exacts, pertinents et admissibles.

Subsidiairement, si le Conseil d'État devait estimer que l'acte attaqué trouve un fondement suffisant dans l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016, elle demande que l'une ou l'autre des questions préjudicielles suivantes soient posées à la Cour constitutionnelle ou à la Cour de justice de l'Union européenne :

- « Les articles 2, 26°, et 42, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec le principe général de concurrence, s'ils doivent être interprétés en ce sens que dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, un pouvoir adjudicateur peut refuser, sans motifs, de consulter un opérateur, malgré sa demande, ou de prendre en compte son offre spontanée ? »
- « Les articles 49, 56 et 101 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi que les Directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, lus en combinaison avec les principes généraux de concurrence, de transparence et d'égalité des soumissionnaires, permettent-ils qu'un pouvoir adjudicateur refuse, sans justifications, de consulter un opérateur malgré sa demande, ou de prendre en compte sa candidature spontanée dans le cadre d'une commande publique pour laquelle cet opérateur avait manifesté son intérêt ? ».

Dans une deuxième branche, la requérante reproduit le courrier que la partie adverse lui a adressé le 6 novembre 2015 et affirme que le collège communal avait réagi favorablement à sa demande d'être consultée dans le cadre des futures procédures concurrentielles à organiser par ses services. Elle soutient qu'en adoptant l'acte attaqué, la partie adverse « a trahi la confiance légitime que la requérante avait placée [dans la partie adverse] lorsqu'elle lui avait garanti qu'elle serait consultée » et « n'a pas respecté la règle qu'elle s'était elle-même fixée ». Elle fait grief à l'acte attaqué de ne pas expliquer les raisons de son revirement d'attitude. Elle expose que le principe de légitime confiance a valeur législative, que l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, qui est une disposition réglementaire devait céder le

pas face à ce principe général et que, comme elle l'a déjà défendu dans le cadre de la première branche de son moyen, l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016 n'affranchit pas le pouvoir adjudicateur de ses obligations en matière de motivation formelle et matérielle des actes administratifs, celui-ci devant indiquer les raisons pour lesquelles il opère un revirement d'attitude. Subsidiairement, la requérante demande que les questions préjudicielles formulées dans la première branche de son moyen soient posées à la Cour constitutionnelle et/ou à la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans une troisième branche, la requérante soutient que l'article 93 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, duquel s'autorise l'acte attaqué, est contraire au droit européen de la concurrence, notamment « à la directive 2014/24/UE et à son article 76, ainsi qu'aux articles 49, 56, 101 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » de sorte que la partie adverse « aurait dû en écarter spontanément l'application conformément à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Fratelli Costanzo* visé au moyen ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que les observations liminaires qui contiennent des considérations générales sur le principe de concurrence, développées dans la requête, ne peuvent être prises en considération, dès lors qu'elles ne sont pas intégrées à un moyen. Elle ajoute que, compte tenu du principe de territorialité de l'exécution des missions d'huissier de justice, reprises comme services spécifiques dans la réglementation relative aux marchés publics, ce type de marché ne présente aucun intérêt transfrontalier de sorte que les principes de droit de l'Union et les dispositions du TFUE visées au moyen ne sont pas applicables au cas d'espèce. Selon elle, il en va de même des directives, de la jurisprudence *Telasturia* du 7 décembre 2000 et des autres arrêts de la Cour de justice cités dans la requête. Elle en déduit que la question préjudicielle suggérée par la requérante est sans pertinence puisque les dispositions visées ne sont pas applicables au cas d'espèce. Quant aux considérations liées au droit belge, elles sont, selon elle, également dénuées de pertinence dans la mesure où elles ne tiennent compte ni du principe de mise en concurrence tel qu'il est prévu par la loi relative aux marchés publics qui s'applique dans le cas d'espèce, ni des circonstances de fait puisqu'aucune offre n'a été déposée par la requérante.

Quant au moyen unique, sur l'ensemble des trois branches, elle expose que le marché litigieux qui a pour objet des prestations d'huissier de justice est régi par la loi du 17 juin 2016 et ses arrêtés d'exécution, que le mode de passation de ce marché est la procédure négociée sans publicité en raison du faible montant du

marché (moins de 135.000 euros), qu'il ne s'agit donc pas d'une procédure concurrentielle, que le montant estimé du marché litigieux étant inférieur au seuil européen, les dispositions et principes de droit européen visés au moyen ne sont pas applicables au cas d'espèce, que le principe de l'autorité de chose jugée n'est pas violé en l'espèce, « les cas de jurisprudence n'[ayant] pas été rendus dans le cadre d'un objet identique entre les mêmes parties notamment », qu'« [i]l est généralement admis que dans pareille procédure, la consultation de 3 prestataires potentiels suffit pour assurer une mise en concurrence raisonnable au regard de l'ampleur du marché », ce qui a été respecté en l'espèce, qu'à défaut d'intérêt transfrontalier, les principes de droit européen et les dispositions du TFUE visés au moyen ne sont pas applicables au cas d'espèce, que les directives ne sont pas non plus applicables, que « [l]es différents courriers de la commune ne peuvent en rien être considérés comme un engagement de consulter systématiquement la partie requérante dans le cadre des marchés d'huissier passés par procédure négociée sans publicité d'autant qu'ils datent d'une époque ancienne d'une part, et d'autre part, compte tenu de la circonstance que la législation a été modifiée entre-temps sur bien des points », que « l'acte attaqué est bien une décision qui refuse le principe d'une offre spontanée puisqu'à l'époque où la partie requérante a demandé à être intégrée dans la procédure, les offres avaient déjà été remises et étaient en cours d'analyse » et que « comme votre conseil l'a souligné dans l'arrêt n° 241.890 du 25 juin 2018, même si l'article 93 de l'arrêté était illégal, encore faudrait-il tenir compte de l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016 qui définit la procédure négociée sans publicité ». La partie adverse reproduit l'extrait de l'arrêt qui juge que « l'acte attaqué paraît, *prima facie*, trouver un fondement suffisant dans l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016, précitée, de sorte que, à les supposer sérieux, les griefs relatifs à l'application de cet article 93 au cas d'espèce ne pourraient utilement conduire à une suspension de l'exécution de l'acte attaqué ». La partie adverse estime que la requérante n'apporte aucun élément de nature à contredire cette position.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique qu'elle « opère, dans sa requête en annulation, des renvois non équivoques entre les observations liminaires et le moyen unique soulevé de sorte qu'ensemble, ils forment un tout » et que ces observations sont donc bien recevables, l'article 2, § 1^{er}, du règlement général de procédure ne s'opposant pas au développement d'observations liminaires, même si elles ne sont pas intégrées dans le moyen. Prétendre le contraire serait, selon elle, « verser dans un formalisme excessif ».

Pour ce qui touche au principe de territorialité de l'exécution des missions des huissiers de justice et de leur exclusion du champ d'application de la directive 2014/24/UE, la requérante précise que le marché litigieux a pour objet la désignation d'un huissier de justice « aux fins de procéder aux constats et à l'ensemble des formalités de recouvrement pour la Ville d'Andenne », qu'il n'est donc pas exclusivement lié aux missions qui relèvent de tâches à réaliser sous le contrôle des juridictions ou dans le cadre de la puissance publique (article 10, d), iv et v de la directive précitée) et que « c'est d'ailleurs pour cette raison que la partie adverse a soumis le marché litigieux dans son intégralité à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ». Elle relève également qu'en adoptant cette loi, le législateur belge a choisi de soumettre tous les marchés, même ceux dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens, aux principes généraux repris au chapitre 2 du titre 1^{er} de la loi, en ce compris son article 4 relatif aux principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité, et donc au principe général de concurrence, qui découle également du droit européen et est mobilisable dans le cas d'espèce. Elle en déduit que l'argument de la partie adverse selon lequel le marché litigieux n'a pas d'intérêt transfrontalier est dénué de pertinence.

Pour ce qui concerne la violation du principe de légitime confiance, elle considère que « le fait que l'engagement de la partie adverse à consulter la requérante "date d'une époque ancienne" est à relativiser puisque le principe de légitime confiance n'a pas, sous réserve du principe de sécurité juridique et de la loi de mutabilité du service public [...], de limite quant à son application temporelle ». Elle estime que « l'écoulement d'un délai de deux ans n'est pas de nature à porter atteinte au principe et à la loi précités ». Elle ajoute que, si la législation a été amendée sur certains points depuis l'engagement formulé par la partie adverse (la procédure négociée sans publication préalable prévue par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics succédant à la procédure négociée sans publicité régie par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services), « [l]es principes sous-jacents à chacune de ces deux procédures sont identiques ». Elle ne voit donc pas « en quoi les modifications législatives intervenues depuis l'engagement exprimé par la partie adverse ont pu impacter celui-ci ou le principe dont la violation est alléguée ».

Quant à la portée de l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016 et à l'extrait de l'arrêt n° 241.890 du 25 juin 2018 produit par la partie adverse, la requérante rappelle qu'elle ne remet pas en cause la faculté de choix reconnu au pouvoir adjudicateur en matière de procédure négociée sans publication préalable, mais considère que ce choix ne peut être arbitraire et doit être adopté dans la transparence,

en permettant aux intéressés de comprendre les raisons de celui-ci. Elle répète que, dès lors qu'elle a sollicité auprès de la partie adverse d'être intégrée à la liste des opérateurs consultés dans le cadre de la procédure de passation litigieuse, celle-ci ne pouvait, comme elle l'a fait, refuser purement et simplement cette demande « sans justifier à tout le moins les raisons d'un tel choix opéré en opportunité » et qu' « en raison de l'absence de motivation tant matérielle que formelle du premier acte attaqué, celui-ci est donc manifestement contraire au principe général de concurrence ».

Elle revient sur un autre passage de l'arrêt n° 241.890 du 25 juin 2018 qui indique que le principe de légitime confiance doit s'effacer devant l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016 qui garantit la liberté de choix des opérateurs économiques dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable. Elle considère, pour sa part, que le principe de légitime confiance laisse intacte la faculté de choix reconnue à la partie adverse, mais que ce principe est méconnu lorsque la partie adverse se détourne, sans motifs, de la garantie qui lui a été donnée de la consulter dans le cadre du marché litigieux.

E. Dernier mémoire de la requérante

Sur les première et troisième branches, la requérante répète qu'elle ne critique pas la faculté de choix dont le pouvoir adjudicateur dispose dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable. Elle n'exige pas non plus du pouvoir adjudicateur qu'il demande une offre à un candidat qui, spontanément, a montré son intérêt pour un marché. Ce qu'elle conteste, en revanche, « c'est le fait qu'en l'espèce, la partie adverse se soit purement et simplement opposée, sans motivation aucune, à sa demande d'être intégrée à la liste des opérateurs consultés [...] ». C'est, selon elle, « cette absence totale de motivation qui viole les principes de concurrence, d'égalité et de transparence », puisqu'elle n'est pas en mesure de comprendre les raisons qui motivent le refus de la partie adverse et de vérifier si celle-ci n'a pas agi de manière arbitraire et si le principe de concurrence a été respecté.

Elle ajoute que « si la procédure sans publicité préalable constitue une restriction au principe de concurrence, elle n'est toutefois pas une dérogation à ce principe » parce que « [m]ême dans le cadre de ce type de procédure de passation, le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter des obligations minimales de concurrence, d'égalité et de transparence ». Elle rappelle que l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, applicable à toutes les procédures de passation, dispose que « les

adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée » et que l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la même loi impose, dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, au pouvoir adjudicateur de consulter, si possible, plusieurs opérateurs économiques et garantir ainsi une concurrence *a minima*. Elle indique que la Cour de justice de l'Union européenne a, dans plusieurs arrêts, jugé, dans le même sens, que les principes généraux du droit communautaire de concurrence, d'égalité et de transparence, tirés des articles 49 et 56 du TFUE (droit primaire), devaient être respectés dans le cadre de toute commande publique, même si les seuils européens ne sont pas atteints et quelle que soit la procédure de passation.

Elle en déduit qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur était tenu, même dans le cadre de la procédure litigieuse, d'appliquer et de respecter *a minima* ce principe, conformément à ce que le Conseil d'État a jugé dans son arrêt n° 227.909 du 26 juin 2014, l'obligeant ainsi à motiver son choix d'écarter la requérante de la liste des opérateurs économiques consultés, à peine donc de violer le principe de concurrence, dont le principe de motivation n'est qu'une émanation. Elle estime que cette interprétation n'est pas contraire à l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016, puisqu'est préservé le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur de choisir les opérateurs économiques de son choix.

Elle ajoute que les questions préjudicielles doivent être posées pour déterminer si les articles 2, 26°, et 42 de la loi du 17 juin 2016 constituent des « exceptions disproportionnées » au principe de concurrence. Elle fait valoir que seules la Cour constitutionnelle ou la Cour de justice sont compétentes pour répondre à ces questions.

Sur la deuxième branche du moyen, la requérante reconnaît que l'engagement de la partie adverse du 6 novembre 2015 a été pris en dehors de tout contexte concret d'une procédure de marché en cours ou initiée. Elle considère cependant que, par cet engagement, la partie adverse a formulé une promesse à la requérante. Elle répète que cette promesse ne remet pas en cause la faculté de choix du pouvoir adjudicateur, mais obligeait la partie adverse à motiver de manière circonstanciée son refus de ne pas intégrer la requérante dans la liste des opérateurs consultés.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse répète, dans son dernier mémoire, les arguments de son

mémoire en réponse.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant aux première et troisième branches

Il n'est pas contesté que le marché litigieux est inférieur au seuil d'application, pour les marchés publics de services, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, de sorte que les dispositions de cette directive ne sont pas applicables en l'espèce.

Par ailleurs, le marché litigieux vise, selon les termes de la délibération du 27 octobre 2017 du collège communal de la partie adverse, à « désigner un huissier de justice aux fins de procéder aux constats et à l'ensemble des formalités de recouvrement pour la ville d'Andenne ». Le marché est clairement réservé à des opérateurs qui ont la qualité d'huissier de justice. Cette restriction n'est pas contestée par la requérante. Or, les huissiers de justice exercent une profession protégée. Ils doivent être belges et sont nommés, en nombre limité, par le Roi dans chaque arrondissement judiciaire du Royaume (articles 509 à 518 du Code judiciaire). L'étude de l'huissier de justice est, elle-même, obligatoirement établie dans la commune désignée par le ministre de la Justice (article 516 du Code judiciaire). Comme le relève la partie adverse, un tel marché ne présente aucun « intérêt transfrontalier certain ». Il n'est guère susceptible d'attirer des opérateurs économiques d'un autre État membre, en sorte que les principes fondamentaux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne sont pas, non plus, applicables en l'espèce.

Le grief est, dès lors, irrecevable en tant qu'il invoque la violation des dispositions de la directive 2014/24/UE ainsi que des principes généraux du droit de l'Union. Il n'y a donc pas lieu d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne.

En droit belge, le principe général de droit relatif à la concurrence est, certes, consacré par plusieurs dispositions de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de ses arrêtés d'exécution. La mise en concurrence supporte toutefois des restrictions organisées par la loi elle-même.

Le choix de la partie adverse de recourir, pour l'attribution du marché litigieux, à la procédure négociée sans publication préalable n'est pas contesté. Le recours à cette procédure implique, conformément aux articles 2, 26°, et 42 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, que le pouvoir adjudicateur « demande

une offre aux opérateurs de son choix », « si possible après consultation de plusieurs opérateurs économiques ». Le marché passé par ce type de procédure ne fait pas l'objet d'un appel d'offres public préalable qui serait adressé à tout opérateur économique potentiel ; seuls les candidats invités par l'adjudicateur peuvent y participer. Certes, la décision opérant le choix entre les opérateurs économiques ne peut être arbitraire et doit reposer sur des critères objectifs, exacts et pertinents. Mais cette procédure, à l'inverse des autres procédures, ne confère aucun droit de participation aux candidats potentiels. Les opérateurs appelés par le pouvoir adjudicateur pour déposer une offre ne peuvent qu'être ceux de son choix.

L'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que « [d]ans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, les offres spontanées sont rejetées par le pouvoir adjudicateur, sauf décision contraire expressément motivée ». Si l'option prise par le Roi en adoptant cette disposition diffère de la jurisprudence antérieure du Conseil d'État, elle ne viole pas, pour autant, le principe d'ouverture à la concurrence, invoqué par la requérante. En effet, en procédure négociée sans publication préalable, ce principe est, comme il vient d'être exposé, nécessairement limité aux candidats que le pouvoir adjudicateur choisit, sur la base de critères objectifs, exacts et pertinents, de consulter. Dès lors, le Roi a, sans violer ce principe, pu décider qu'une fois cette décision prise, toute offre spontanée devait être rejetée, sauf décision contraire expressément motivée.

L'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ne méconnaît pas non plus le principe d'égalité consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 et les articles 10 et 11 de la Constitution. Les opérateurs économiques qui, en application des articles 2, 26°, et 42 de la même loi, sont, sur la base de critères objectifs, exacts et pertinents, choisis par le pouvoir adjudicateur pour remettre une offre, ne se trouvent pas dans une situation comparable aux opérateurs qui ne sont pas consultés. La disposition réglementaire précitée ne viole pas non plus le principe de transparence également visé à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, il existe bien un motif qui justifie de rejeter les offres ou demandes de participation spontanées et donc de ne pas communiquer à leurs auteurs les documents du marché : conformément aux articles 2, 26°, et 42 de la loi du 17 juin 2016, la participation à une telle procédure et donc l'accès aux documents du marché sont limités aux opérateurs que le pouvoir adjudicateur a préalablement décidé de consulter.

Pour le reste, la requérante n'indique pas clairement en quoi l'article 93,

alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 violerait la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes. La disposition réglementaire précitée n'empêche nullement la mise en œuvre de cette loi et des dispositifs de publicité qu'elle prévoit.

Par ailleurs, l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ne contrevient pas, non plus, à l'obligation de motivation formelle prévue notamment par les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. En effet, l'article 93, alinéa 1^{er}, dispose qu'en procédure négociée sans publication préalable, les offres spontanées sont, en règle, rejetées. Un tel rejet d'une offre spontanée est, dès lors, formellement motivé par le renvoi à cette disposition.

La circonstance que les travaux préparatoires à la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession rappellent la jurisprudence antérieure du Conseil d'État ne suffit pas à démontrer que le Roi aurait, en violation de l'article 108 de la Constitution, adopté une disposition réglementaire manifestement contraire à la volonté du législateur. L'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 est pris en application de l'article 105 de la Constitution, ce qui exclut déjà la violation de son article 108. L'article 105 précité permet, en effet, qu'une loi particulière, portée en vertu de la Constitution, étende l'exercice du pouvoir du Roi au-delà des limites fixées par l'article 108 de la Constitution. En l'occurrence, l'article 42, § 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics habilite le Roi à « fixer les modalités procédurales additionnelles relatives à [la procédure négociée sans publication préalable] ». La requérante n'établit pas que le Roi aurait excédé les termes de cette habilitation en adoptant l'article 93, alinéa 1^{er}, précité. Comme il a déjà été exposé, Il a pu considérer qu'en procédure négociée sans publication préalable, il convenait de rejeter, en règle, les offres spontanées, compte tenu des particularités propres à ce type de procédure (articles 2, 26°, et 42 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).

Le Conseil d'État n'aperçoit pas – et la requérante reste en défaut de donner toute indication utile à cet égard – comment pourrait être en cause, dans le cas d'espèce, l'autorité de chose jugée des décisions de justice visées par le moyen. Ces décisions ont été prononcées dans des affaires étrangères à la présente cause.

Enfin, sous réserve des principes *patere legem quam ipse fecisti* et de légitime confiance, dont la violation est plus spécialement invoquée au titre de la deuxième branche du moyen, la requérante n'indique pas avec une précision suffisante en quoi l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017

méconnaîtrait les dispositions et principes autres que ceux qui viennent d'être évoqués.

Ainsi formulé et développé, le moyen ne permet pas de révéler l'illégalité de l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il n'y a, dès lors, pas lieu d'en écarter l'application, sur la base de l'article 159 de la Constitution.

Il ressort clairement des termes du premier acte attaqué que la décision prise par la partie adverse de rejeter la demande de participation de la requérante l'a été sur le fondement de l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, dont la teneur est reproduite. Ce motif est parfaitement connu de la requérante qui s'attache à en contester la légalité. Il est donc inexact de soutenir que la partie adverse a refusé d'intégrer la requérante dans la liste des opérateurs consultés « sans aucunement motiver son choix ». Il ressort des pièces du dossier que, par sa délibération du 27 octobre 2017, le collège communal a décidé de consulter, pour l'attribution du marché litigieux, trois huissiers de justice. La requérante ne conteste ni cette décision ni les motifs de celle-ci. Quant au rejet de sa demande de participation, il est légalement justifié, en application de l'article 93, alinéa 1^{er}, précité, par le fait qu'il s'agit d'une demande spontanée qui émane d'un opérateur qui ne fait pas partie de la liste des trois huissiers de justice que la partie adverse a préalablement décidé de consulter. L'affirmation selon laquelle cette décision ne serait motivée ni matériellement ni formellement est inexacte.

Le moyen unique, en ses première et troisième branches, n'est pas fondé.

Il n'y a pas lieu d'interroger la Cour constitutionnelle. La question préjudicielle suggérée par la requérante n'est sollicitée qu'à titre subsidiaire dans l'hypothèse où le Conseil d'État devait estimer que le refus de l'intégrer dans la liste des opérateurs consultés trouve un fondement suffisant dans l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Comme il vient d'être exposé, ce refus se fonde sur l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du 18 avril 2017 précité.

Quant à la deuxième branche

La requérante soutient que la partie adverse a « trompé la confiance légitime [qu'elle] avait placé dans la partie adverse lorsqu'elle lui avait garanti qu'elle serait consultée dans le cadre des procédures concurrentielles organisées par ses services administratifs » et n'aurait – de ce fait – pas respecté la règle qu'elle s'était elle-même fixée.

L'engagement pris par la ville d'Andenne, le 6 novembre 2015, d'inviter son service juridique à consulter la requérante dans le cadre de futurs marchés publics, l'a été bien avant qu'il ne soit décidé de passer le marché public litigieux et donc en dehors de tout contexte concret d'une procédure de marché en cours ou initiée. Un tel engagement ne pourrait être opposé à la partie adverse dans le cadre d'un marché décidé deux années plus tard. Le choix du pouvoir adjudicateur ne serait alors pas celui qu'il aurait posé formellement à l'entame ou au cours de la procédure portant sur un marché déterminé, comme celui qu'il a décidé de lancer au mois d'octobre 2017, mais un choix qu'il aurait posé préalablement, hors contexte et à un moment où il n'avait même pas l'intention de passer un marché. Un tel engagement de la partie adverse serait manifestement contraire aux articles 2, 26°, et 42 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qui consacrent, en procédure négociée sans publication préalable, la faculté du pouvoir adjudicateur de choisir librement les soumissionnaires qu'il invite à faire offre.

Le principe de légitime confiance ne permet pas de justifier une action contraire à la loi.

Quant aux motifs qui justifient de revenir sur la promesse faite par la partie adverse, ils trouvent leur fondement dans les dispositions légales précitées et dans l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui dispose que « dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, les offres spontanées sont rejetées par le pouvoir adjudicateur, sauf décision contraire expressément motivée ».

Le principe *patere legem quam ipse fecisti* ne concerne que le respect, par un pouvoir public, des réglementations qu'il a lui-même édictées. L'engagement pris par la ville d'Andenne, le 6 novembre 2015, d'inviter son service juridique à consulter la requérante n'est pas réglementaire, en sorte que le principe précité n'est pas applicable.

Le moyen, en sa deuxième branche, n'est pas fondé.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 23 novembre 2021 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Vincent Durieux,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky