

**«LA CHENILLE ET LE RÉFÉRÉ».
QUELQUES OBSERVATIONS SUR LE CONTRÔLE
DE LA PASSATION D'UN MARCHÉ PUBLIC MILITAIRE**

par

Thomas BOMBOIS
Référénaire à la Cour d'arbitrage
Assistant à l'Université catholique de Louvain

et

Christophe DUBOIS
Avocat au Barreau de Bruxelles

ARRET DU CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

n° 108.956 du 8 juillet 2002

A.122.151/VI-16.267

En cause : **la société anonyme VAREC**,
ayant élu domicile chez

Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1030 Bruxelles,
contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense.

Partie intervenante :
la société de droit allemand
DIEHL REMSCHEID GmbH,
Vieringhausen 118
D – 42857 REMSCHEID
Allemagne.

**I. LE PRÉSIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU
CONSEIL D'ÉTAT,
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,**

Vu la demande introduite le 6 juin 2002 par la S.A. VAREC qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de «la décision de la partie adverse (Etat belge, représenté par le Ministre de la Défense nationale) du 28 mai 2002 d'attribuer le marché pluriannuel pour la livraison de 32.000 maillons de chenille du type 640A chars Léopard à la société DIEHL REMSCHEID GmbH & Co» :

(...)

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

1. La S.A. VAREC, qui se dit bien connue des forces armées belges et plus particulièrement du Service d'Achat du Matériel Automobile, se présente comme produisant et distribuant, notamment, des «pads» et des patins de chenille pour les chars Léopard, et comme en assurant la fourniture auprès de diverses armées de pays membres de l'OTAN.

2. Le 14 décembre 2001, le Bulletin des adjudications publie un avis de marché par adjudication publique pour la livraison de 32.000 mailles de chenille du type 640 A pour véhicules blindés de la famille Léopard (NSN 2530-12167-5887), selon un cahier spécial des charges «SAMA 111412».

3. Le 14 janvier 2002, l'ouverture des offres permet de recueillir deux soumissions, l'une émanant de la société DIEHL pour un montant de 9.162.240 ₣ , et l'autre de la requérante pour un montant de 8.704.000 ₣ .

4. Le 28 mai 2002, le Ministre de la Défense prend la décision qui suit :

«OBJET : DECISION MOTIVEE concernant la conclusion d'un marché pluriannuel relatif à l'achat, en une tranche ferme et deux tranches conditionnelles, de 32.000 maillons de chenilles pour chars LEOPARD.

(...).

Vu l'article 296 du Traité CE;

(...)

Considérant que le mode d'attribution du marché est l'adjudication publique;

Considérant que deux soumissionnaires ont déposé offre;

- DIEHL REMSCHEID GmbH & Co (DIEHL GERAE-TE)
- VAREC S.A.;



Considérant que l'article 6 du cahier spécial des charges énonce, en application des articles 42 et suivants de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les conditions minimales de caractère financier, économique et technique auxquelles doivent satisfaire les soumissionnaires en vue de leur sélection qualitative;

(...)

Considérant (...) que les références avancées par VAREC relativement à des livraisons de maillons neufs du type 640A concernent des quantités hors de toute proportion avec les quantités qui font l'objet du présent marché (4.175 unités contre 16.000 en un an et 32.000 en trois ans); que ces livraisons s'étalent en outre sur plus de trois ans;

Que les autres références de VAREC ne concernent pas un objet identique à celui du présent marché : il s'agit en effet soit de rénovation de maillons usagés soit de livraison de maillons d'un autre type, dont l'équivalence ou la similarité, tant en ce qui concerne la fabrication que l'usage, n'est pas invoquée ni justifiée; que VAREC n'argumente d'ailleurs pas sur la pertinence de ces références pour lesquelles, en outre, elle ne produit aucune attestation;

(...)

Considérant que la société VAREC ne satisfait pas non plus à la condition de conformité à la norme TL2530-0069, ou à une norme équivalente;

Que les documents du dossier d'offre produits à cet égard ne permettent en rien d'établir la capacité du soumissionnaire ou de ses sous-traitants à fabriquer les éléments métalliques du maillon conformément à cette norme; que les seules références à cette norme concernent les éléments caoutchoutés du maillon ou le maillon assemblé, mais non les composants métalliques de celui-ci;

Que la conformité à une norme équivalente, qui était admise, n'est ni invoquée ni attestée;

(...)

Considérant, par conséquent, que le soumissionnaire VAREC ne satisfait pas, ni par lui-même ni par ses sous-traitants, aux conditions de sélection 6.d.(1), 6.d.(2), 6.d.(3), 6.d.(4) (a), 6.d.(4)(b);

(...)

Considérant, en revanche, que le soumissionnaire DIEHL satisfait à toutes et chacune des conditions de sélection;

Qu'en effet, ce soumissionnaire ne présente aucune cause d'exclusion; qu'il produit des références pertinentes par des bordereaux de livraison, relatives précisément à l'objet du présent marché et dans des quantités au moins équivalentes, sinon supérieures, à celles requises en l'espèce;

(...)

Que son offre contient la description technique du maillon proposé, une attestation établissant la conformité

du maillon de chenille aux exigences de la norme TL 25300069, ainsi qu'une attestation délivrée par une autorité compétente relative à la réussite des épreuves d'endurance prévues par la directive OTAN;

Que ce soumissionnaire peut donc être sélectionné;

(...)

Considérant, par ailleurs, que ce soumissionnaire s'engage à exécuter le marché conformément aux dispositions et conditions du cahier spécial des charges et notamment conformément aux spécifications techniques de celui-ci;

(...)

Considérant, en conclusion, que l'offre de la société DIEHL est la seule à pouvoir être prise en considération; que l'offre est régulière et que son prix, normal, doit être considéré comme étant le plus bas;

PAR CES MOTIFS,

Vu l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993;

J'ai décidé d'attribuer le marché repris en objet à la société DIEHL REMSCHEID GmbH & Co.»

Il s'agit de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée.

5. Le 29 mai 2002, la partie adverse informe la requérante de ce que son offre, administrativement irrégulière, n'a pas été sélectionnée et n'a donc pas été prise en considération pour l'attribution du marché. Elle lui transmet également copie de la décision motivée d'attribution.

6. Le même jour, la partie adverse écrit ce qui suit à la société DIEHL :

«Vous trouverez ci-joint, pour votre parfaite information, la décision motivée de ce marché.

Votre attention est attirée sur le fait que ce document ne vous est transmis qu'à titre purement informatif. La présente communication ne constitue donc pas la notification prévue à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

La décision ne peut en effet être notifiée avant le 7 juin 2002 au plus tôt.

(...)

(...)

Considérant que, lors de l'audience du 11 juin 2002, la partie adverse a expressément reconnu que l'information donnée le 29 mai 2002 à l'adjudicataire n'avait pas eu pour effet de conclure le contrat, et que la partie intervenante n'a pas prétendu que le contrat était dès lors conclu; que, dans le cadre de la présente procédure d'extrême urgence, on peut admettre que le contrat n'a pas été conclu par l'information donnée à la société DIEHL, dès lors que telle n'a pas été la volonté de la partie adverse;

Considérant que la partie adverse excipe de l'irrecevabilité du recours en raison d'un défaut d'intérêt; qu'elle reproche à la requérante de n'avoir pas attaqué en temps opportun les conditions de sélection dont elle invoque,

aujourd'hui comme hier, l'illégalité, et soutient qu'elle est dépourvue de tout intérêt à attaquer la décision d'attribution dès lors que c'est à juste titre qu'elle n'a pas été sélectionnée au regard de conditions de sélection devenues définitives;

Considérant, certes, que dans son premier moyen notamment, la requérante articule certains griefs à l'encontre des conditions de sélection énoncées dans le cahier spécial des charges; que toutefois, ses moyens ne se limitent pas à critiquer la pertinence de ces conditions de sélection, mais visent aussi l'appréciation portée par la partie adverse au regard des références jointes à son offre; qu'ainsi, à supposer que la requérante ne soit plus recevable à critiquer ces conditions, elle n'en garderait pas moins intérêt à son recours, la question subsistant de savoir, dans cette hypothèse, si la partie adverse a correctement apprécié la soumission de la requérante au regard des exigences du cahier spécial des charges;

Considérant, en outre, que l'attribution d'un marché public est une opération complexe, dont l'adoption du cahier spécial des charges n'est qu'une étape; qu'en elle-même, cette adoption ne fait pas grief; que c'est seulement la décision d'attribution du marché qui retentit sur l'ordonnancement juridique et qui fait éventuellement grief; qu'aussi longtemps que cette décision d'attribution n'est pas intervenue, tous les reproches susceptibles d'être adressés aux opérations préliminaires demeurent hypothétiques, puisqu'aussi bien la partie adverse peut toujours renoncer à poursuivre la procédure d'attribution du marché, et puisqu'un soumissionnaire peut se voir attribuer le marché convoité en dépit d'illégalités qu'il aurait précédemment dénoncées; qu'ainsi, c'est la décision d'attribution qui fixe les droits des candidats au marché; qu'alors seulement, les déçus ont un intérêt effectif à faire valoir leurs droits et moyens, y compris à l'encontre des décisions préparatoires; qu'il est ainsi satisfait aux exigences de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 vantée par la partie adverse dans sa note d'observations, dont l'interprétation n'est susceptible de déboucher que sur une paralysie définitive des autorités administratives en matière de marchés publics et sur une impossibilité pratique de toute décision d'attribution; (...) qu'il n'est donc pas exact de soutenir que les conditions de sélection ne peuvent plus être critiquées, et que l'exception ne peut être accueillie;

(...)

Considérant que c'est sans pertinence que la partie adverse, qui par ailleurs se révèle impuissante à endiguer l'arriéré judiciaire, plaide pour une multiplication anarchique des procédures tant judiciaires qu'administratives, et reproche à la requérante de s'être conformée à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973 et de n'avoir pas entrepris une procédure de référé judiciaire qui n'aurait fait que double emploi avec la présente procédure; qu'il demeure qu'une procédure de référé devant le Conseil d'Etat

aurait vraisemblablement été déclarée prématurée, car dirigée contre un acte préparatoire ne faisant pas grief; qu'aucune négligence ne peut être retenue dans le chef de la requérante, qui démentirait l'extrême urgence alléguée; que celle-ci est établie à suffisance par l'imminence de la décision d'attribution du marché conformément à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; que l'exception ne saurait être accueillie;

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 que la requérante invoque un premier moyen «pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 45 et suivants et 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (...), du défaut de motivation, de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 (...), de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs»; que, selon elle, elle ne pouvait se voir exclue du bénéfice de l'attribution du marché, dès lors qu'elle disposait d'un certificat d'aptitude délivré par la partie adverse pour la fabrication de chenilles; que, dans une première branche, elle soutient que les références produites et relatives tant à la livraison de chenilles neuves, de type 640A ou autre, qu'à leur rénovation, démontraient son aptitude technique tant qualitative que quantitative; que, dans une deuxième branche, elle soutient «qu'il est déraisonnable, pour le cahier des charges, d'exiger le dépôt d'un certificat attestant que le fabricant répond en tous points à la norme TL2530-0069 ou à une norme équivalente lorsqu'il n'existe pas pour le maillon 640A de norme équivalente», soulignant pour le surplus qu'elle a fourni à l'armée belge en 1997-1998 et à l'armée canadienne en 2001 des chenilles neuves qui ont fait l'objet de certificats de conformité délivrés par les autorités belges et établis conformément à la norme TL2530-0069; que, dans une troisième branche, elle affirme «qu'il est déraisonnable pour le cahier des charges de prévoir que le soumissionnaire doit produire l'original d'un certificat attestant que le matériel proposé a réussi avec succès l'ensemble des épreuves d'endurance pour les véhicules blindés à chenilles selon un cycle d'essais correspondant à celui mentionné dans la directive SEV11-10», cette directive d'octobre 1993 concernant les véhicules nouvellement conçus et ne pouvant raisonnablement s'appliquer à un char conçu il y a plus de 35 ans; qu'elle ajoute qu'elle a obtenu des autorités belges un certificat de qualification justifiant de l'endurance et que ce test concerne avant tout les éléments caoutchoutés, la résistance des pièces métalliques pouvant s'apprécier au regard de la composition de celles-ci; (...);

Considérant que la requérante invoque un deuxième moyen «pris de la violation de l'article 15 de la loi du 24

décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture, de services, du défaut de motivation, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de la violation des règles et principes du droit et notamment du principe d'administration raisonnable et de l'excès de pouvoir»; que, dans une première branche, elle répète que «le modèle de maillon de chenille correspond bien aux fournitures décrites dans l'offre et qu'en tout état de cause l'acte attaqué n'indique pas la divergence qui existerait entre le modèle et les plans»; que, dans une seconde branche, elle réitère que les plans qu'elle a déposés sont ceux sur la base desquels le service technique de l'armée belge a exigé que soient réceptionnées les précédentes fournitures de chenilles 640A faites par la requérante; (...)

Considérant, sur l'ensemble de ces premier et deuxième moyens, qu'il est constant que la soumission introduite par la requérante n'a pas été sélectionnée, les services de la partie adverse estimant qu'elle ne satisfaisait pas aux conditions de caractère technique, outre qu'elle présentait des irrégularités administratives apparues à l'occasion de l'examen des conditions de sélection;

Considérant que ces deux moyens, qui critiquent les raisons motivant cette non-sélection, sont recevables;

Considérant que le cahier spécial des charges SAMA N° 111412 régissant le marché litigieux prévoit en son paragraphe 6 «critères de sélection» que, «en application de l'article 42 de l'AR1 (A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics), le pouvoir adjudicateur procédera à la sélection qualitative des soumissionnaires sur base des documents et des renseignements nécessaires suivants : (...); que le point e. de ce paragraphe 6 énonce que «les soumissionnaires sont tenus de fournir dans leur offre les documents énumérés ci-dessus sous peine de ne pas être sélectionnés»;

Considérant qu'il se déduit de ces énonciations que tous et chacun des documents requis par le §6, d. du cahier spécial des charges pour prouver la capacité technique du soumissionnaire étaient nécessaires, et que le défaut d'un seul suffisait à justifier une décision de non-sélection; qu'ainsi, l'absence de sérieux d'une seule des branches des premier ou deuxième moyens suffirait à justifier cette décision de non sélection;

Considérant, sur le premier moyen, troisième branche, que le cahier spécial des charges, en son §6, d.,(4), (b), prévoyait que,

«en application de l'article 45 de l'A.R. (du 8 janvier 1996), la capacité technique du soumissionnaire sera justifiée (...) par des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité, reconnus compétents et attestant la conformité de produits bien

identifiés par des références à certaines spécifications ou norme.

En l'occurrence, les soumissionnaires joindront à leur offre : l'original d'un certificat établi par une autorité compétente d'un pays OTAN et attestant que le matériel proposé a réussi avec succès l'ensemble des épreuves d'endurance prévues pour les véhicules blindés à chenilles selon un cycle d'essais correspondant à celui mentionné dans la directive «NATO Publikation Erprobungsverfahren für Fahrzeuge – SEV 11-10 (Octobre 1993) - page A-3», diffusée en application du Par 2.b de l'Accord de Standardisation OTAN STANAG 4357 LAND (Edition 1) – «Publications Interalliées sur les essais de véhicules – Allied Vehicle Testing Publication (AVTP) (06 août 1991)», ou une directive équivalente. Par directive équivalente, le Pouvoir Adjudicateur entend tout document applicable aux maillons type 640A du char LEOPARD et imposant des exigences d'un niveau de sévérité au moins égal à celui imposé par la directive susmentionnée.

Dans ce cas, le soumissionnaire est tenu, dans son offre, de mentionner cette directive alternative de façon explicite et de démontrer son équivalence, sous la forme d'un tableau comparatif des exigences respectives de ce document et de la directive en question.»;

Considérant certes que, comme le relève le moyen en cette branche, admettre la validité d'essais d'endurance menés selon «des directives équivalentes» à la directive OTAN par ailleurs visée revient à cultiver l'illusion; qu'en effet, en raison et à la suite de la politique de standardisation menée par l'OTAN, de telles «directives équivalentes» n'existent très certainement pas, et des installations semblables à celles de l'armée allemande à Trèves, susceptibles de vérifier la conformité à cette directive OTAN, pas davantage;

Considérant qu'il n'en demeure pas moins raisonnable pour la partie adverse, compte tenu des divers incidents et accidents survenus à la suite de ruptures de chenilles, de vouloir prendre certaines assurances quant à la qualité des chenilles qu'elle entend acquérir pour remplacer celles, vieillissantes, en service; que, requérir dans cette perspective la réussite de tests d'endurance n'est pas plus déraisonnable, et que le prévoir selon une directive de standardisation OTAN ne l'est pas davantage; (...)

Considérant que l'offre de la requérante n'a pas satisfait à cette condition de sélection; qu'en cette troisième branche, le premier moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'il s'avère ainsi que c'est à tout le moins pour ce juste motif que l'offre de la requérante n'a pas été sélectionnée; que, partant, la requérante n'a pas intérêt à invoquer le surplus de ses premier et deuxième moyens;

Considérant que la requérante invoque un troisième moyen «pris de la violation de l'article 96 (lire 296) du Traité instituant la Communauté européenne, de la loi du

29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 3, § 3 et 4 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics, du défaut de motivation et de l'excès de pouvoir, en ce que l'acte attaqué se donne pour motif de droit l'article 296 du Traité CE paraissant, par là, indiquer que l'acte attaqué, en limitant l'accès au marché, contient des mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de la sécurité, alors qu'à supposer qu'en l'absence d'arrêté royal d'exécution la partie adverse ait été dispensée du respect de la loi du 24 décembre 1993, encore devait-elle énoncer les éléments de fait lui permettant de considérer qu'au marché pouvait s'appliquer l'article 296 du Traité CE»;

Considérant, certes, que l'acte attaqué vise en son préambule «l'article 296 du traité CE»; que toutefois, la requérante reste en défaut de préciser en quoi ce seul visa a pu lui faire grief; qu'elle n'allègue aucune mesure qu'aurait prise la partie adverse et qui, en l'espèce, aurait altéré de quelque manière les conditions de la concurrence; que, dès lors qu'elle a pu se porter candidate à l'adjudication du marché, et que sa soumission a été normalement examinée, même si elle a fini par n'être pas sélectionnée, la requérante n'établit pas son intérêt au moyen; que celui-ci ne peut être tenu pour recevable;

Considérant que la requérante invoque un quatrième moyen «pris du détournement de pouvoir; que, selon elle, «le seul but poursuivi par la partie adverse fut pour des motifs inconnus, d'attribuer le marché à (la société DIEHL) et d'écarter la requérante (...);

Considérant, certes, qu'existent des éléments troublants; que toutefois, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence et à défaut de tout autre renseignement complémentaire, il n'est pas permis de considérer comme établi que le seul but de la partie adverse aurait été d'avantager la société DIEHL au détriment de la requérante; qu'en effet, le souci dont elle fait état, d'assurer la sécurité de l'utilisation de ses chars peut expliquer les exigences incluses dans le cahier spécial des charges; que, jusqu'ores, le quatrième moyen n'est pas sérieux;

Considérant, de surcroît et en toutes hypothèses, à propos des troisième et quatrième moyens, que, son offre n'ayant pas, à raison, été sélectionnée, la requérante n'est plus recevable à critiquer plus avant la décision attaquée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

L'intervention de la société DIEHL dans la présente procédure de référé est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

(...)

ORDONNANCE DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE BRUXELLES

N° 2001/519/C du 18 mai 2001

En cause : la S.A. VAREC, partie demanderesse, représentée par Mes J. BOURTEMBOURG et C. MOLITOR contre l'Etat belge, partie défenderesse, représentée par Mes CAHEN et VAGMAN.

OBJET DE LA DEMANDE

La demande (...) tend à ce qu'il soit fait interdiction à l'Etat belge de passer commande, par le biais de la Namsa ou par toute autre voie, l'offre de la s.a. VAREC n'étant pas admise ou jugée régulière, par cela que serait imposée la condition que le matériel fourni le soit par le fabricant d'origine, un fabricant licencié par le fabricant d'origine ou un distributeur autorisé, de chenilles pour chars Leopard I, de type 640 A, sous peine d'une astreinte de 5.000 francs par patin de chenille commandée dans le contexte et aux conditions prédécrites.

LES FAITS :

1. La société VAREC est active, directement ou par l'intermédiaire de sociétés liées, dans le secteur des pièces composant les chenilles des véhicules blindés à l'usage des forces armées, pièces dont elle assure l'entretien et/ou la livraison notamment au Ministère belge de la Défense nationale.

(...)

Dans ce contexte, VAREC assure notamment depuis 1979 la rénovation des patins de chenilles type 640 A des chars Leopard I de l'armée belge. (...). L'Etat belge a toutefois décidé de ne plus procéder à la rénovation des patins de chenilles des chars, mais de les remplacer par des pièces neuves en raison, selon cette partie, de plusieurs incidents impliquant les Léopards I et liés à des ruptures de chenilles.

La convention liant les deux parties en vue de la rénovation de ces pièces a dès lors été résiliée par l'Etat belge, avec effet au 1^{er} janvier 2001.

2. Dès le début de l'an 2000, l'Etat belge a donc étudié un programme d'acquisition d'environ 30.000 patins de chenille neufs, avec, aux dires de l'Etat, le souci majeur de s'entourer «de toutes les garanties concernant la qualité, la fiabilité et la sécurité des pièces de rechange qu'il compte acquérir et leur compatibilité avec les chars sur lesquels elles doivent être montées».

(...)

3. (...) Le Ministre de la Défense a écrit le 20 novembre 2000 au conseil de la demanderesse, avoir «décidé que l'acquisition de ce matériel se fera via l'organisation multinationale de la Logistique Coopérative (COOPLOG), pratique assez courante de collaboration entre les armées européennes».

(...)

VAREC introduisit, selon la procédure d'extrême urgence, un recours en suspension de l'exécution de cette décision qui dérogeait aux règles visées par la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics devant le Conseil d'Etat, lequel, le 1^{er} décembre 2000, en ordonna la suspension au motif qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la motivation formelle résultant de la loi du 29 juillet 1991.

(...)

Un recours en annulation de la décision suspendue a été introduit le 19 janvier 2001 et est actuellement pendante devant le Conseil d'Etat.

4. Le 15 mars 2001, VAREC a reçu un document intitulé 'Request for proposal' de l'Agence d'entretien et d'approvisionnement de l'OTAN, soit la 'Nato Maintenance and Supply Agency' (en abrégé NAMS), relativement à la livraison de 28.000 patins pour chenilles de chars Léopard (...).

Reconnaissant dans cette demande le marché ayant fait l'objet de la décision administrative suspendue, VAREC interpella par courrier du 22 mars 2001 le Ministre de la Défense afin de lui faire part de son étonnement quant au fait qu'une condition d'obtention de la commande prévoirait que le matériel à livrer devrait «être fourni par le fabricant original, par un fabricant licencié ou un distributeur autorisé», ce qui reviendrait, selon VAREC, à retenir nécessairement la firme Diehl, seule en mesure de satisfaire à cette exigence.

VAREC a introduit la présente procédure par citation directe afin qu'il soit fait interdiction à l'Etat belge de passer commande dudit matériel sous cette condition qu'elle qualifie de discriminatoire et contraire au principe d'égalité.

5. Postérieurement à la citation, l'Etat belge a précisé que son intention était «uniquement de recueillir des informations dans le cadre d'une prospection du marché et non de lancer au stade actuel une procédure d'attribution».

Le libellé de la demande a par conséquent été modifié par voie de conclusions (...), compte tenu de ces nouvelles indications de l'Etat belge.

DISCUSSION

1. Recevabilité

1. L'Etat belge conteste la recevabilité de l'action au motif que celle-ci serait dépourvue d'objet.

Il résulte des explications des parties que la demande initiale était basée sur la croyance légitime de la demanderesse que l'Etat belge avait lancé un appel d'offres pour l'achat de 28.000 patins de chenilles (...)

Même si, nonobstant les termes particulièrement équivoques du courrier de la NAMS du 15 mars 2001 (...), il faut, sur base des déclarations postérieures à la citation introductive d'instance (...), considérer que cet envoi n'est pas un appel d'offres, il n'en demeure pas moins que l'action conserve son objet.

En effet, la croyance de la demanderesse s'étant avérée inexacte à la suite de l'introduction de la procédure, il n'en reste pas moins que l'Etat belge a bien l'intention de procéder à l'achat de patins de chenilles et qu'un contexte litigieux est né entre lui et la S.A. VAREC à ce propos depuis un an.

C'est à tort que l'Etat belge soutient que l'article 6 du Code judiciaire ferait obstacle dans ces conditions à l'intervention du pouvoir judiciaire, celui-ci étant saisi d'une série de faits précis qui définissent le litige.

En effet, la mesure sollicitée est limitée à un marché très précis (l'achat de patins de chenilles de type 640 A, neufs, pour les chars Léopard) et en tant que l'adjudication serait soumise à une condition elle-même précise (matériel fourni par le fabricant d'origine, licencié par le fabricant d'origine ou un distributeur autorisé), qui constituerait, selon VAREC, une modalité permettant de contourner les règles applicables, en matière de marchés publics, en privilégiant un fournisseur.

Cette mesure ne revêt donc pas un caractère général, abstrait des circonstances factuelles à la base du litige.

(...)

2. L'Etat belge soulève également l'irrecevabilité de l'action au motif que la société VAREC ne justifierait d'aucun intérêt à agir.

(...)

Conformément à l'article 18 du Code judiciaire, l'intérêt doit être né et actuel

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, «si l'intérêt dont la recevabilité de l'action en justice dépend doit être né et actuel dès l'introduction de l'action, il n'est pas requis qu'à ce moment, le demandeur ait subi un dommage».

Il peut donc s'agir de prévenir la survenance d'un préjudice grave.

Ainsi l'action est admise lorsqu'elle tend à prévenir la violation d'un droit gravement menacé.

(...)

Or, les antécédents révèlent que l'Etat belge a bel et bien l'intention de procéder le plus rapidement possible, à l'achat de patins de chenilles neufs (...).

L'Etat belge ne cache pas qu'il entend exiger que les patins neufs qu'il achèterait, répondent à des normes de haute qualité.

(...) L'Etat belge estime que la seule norme de qualité qui serait acceptable pour l'Etat belge serait celle qui bénéficie de la garantie d'origine du fabricant ou de l'agrément par la BWB.

Même si l'Etat belge dit savoir officieusement que seul un fabricant peut se prévaloir de cette condition, il a besoin d'une confirmation officielle pour pouvoir poursuivre la procédure.

L'Etat belge ne convainc pas lorsqu'il vient prétendre que rien n'est encore fait et que VAREC anticipe abusivement sur les procédures.

L'intérêt de la société VAREC à prévenir la violation d'un préjudice grave est établi.

(...)

3. Enfin, l'Etat belge critique la recevabilité de l'action au motif que son objet dépasserait le cadre des mesures provisoires que le juge des référés est compétent pour ordonner.

Le caractère provisoire de l'ordonnance de référé s'attache aux effets de celle-ci et plus précisément à l'absence d'autorité de chose jugée dont elle est revêtue à l'égard du juge du fond qui serait éventuellement saisi de la cause ultérieurement (...).

En l'espèce, la demande ne tend pas à une interdiction absolue de passer toute commande, mais seulement de passer la commande à des conditions qui seraient, selon la demanderesse, de nature à violer ses droits à la mise en concurrence.

Il s'agit bien d'une mesure provisoire qui peut être prise dans l'attente d'une action au fond (non pas l'action pendant devant le Conseil d'Etat, qui a un autre objet) à mener, si nécessaire, devant le juge civil ou ordinaire.

2. L'urgence

L'Etat belge conteste que la condition d'urgence serait vérifiée en l'espèce au motif qu'en tout état de cause, la procédure diligentée par l'intermédiaire de la NAMSA n'a pas pour finalité actuelle d'aboutir à une commande de patins (...).

Il ne semble pas contestable que l'armée a un besoin urgent de patins neufs pour ces chars Léopard.

Les antécédents démontrent que si la commande n'est toujours pas passée à l'heure actuelle, c'est en raison des obstacles rencontrés par l'Etat belge pour se conformer à la légalité.

(...)

L'urgence est établie à suffisance.

3. Les apparences de droit

Il y a lieu d'examiner si, en l'espèce, la mesure sollicitée se justifie au regard d'une apparence de fondement des griefs avancés par la société VAREC à l'encontre de l'acte envisagé.

1. (...) Le défendeur entend imposer, pour le marché litigieux, une norme de qualité qui serait déterminée par la garantie d'origine du fabricant ou l'agrément par le BWB. L'Etat belge dit savoir officieusement que seul un fabricant répond à l'heure actuelle à cette condition mais il doit s'en assurer d'une manière officielle, avant de prendre une décision.

Il ne conteste pas qu'il s'agit de la firme DIEHL (...).

Il est raisonnable de penser que l'Etat belge a probablement l'intention d'essayer de passer la commande avec cette firme DIEHL, puisqu'il considère manifeste-

ment que ce sont uniquement les patins de cette firme qui répondent au besoin de l'armée.

Si le contenu de la décision de l'Etat peut donc être raisonnablement appréhendé, au vu des antécédents du litige, il n'en est pourtant pas autant quant à son fondement légal et ses justifications.

Le Conseil d'Etat a rappelé que l'Etat belge avait le choix, pour le marché litigieux entre la procédure de droit commun des marchés publics de la loi du 24.12.1993 (adjudication, appel d'offres ou procédure négociée) ou la procédure spéciale prévue par les articles 3, § 4 et 6 de la loi du 24.12. 1993 (...).

Quelle que soit l'option choisie par l'Etat belge, ce qui importe sera la justification qu'il en donnera.

De même, si, faisant le choix d'une procédure de droit commun, l'Etat belge insère une condition de qualité technique qui a pour effet de restreindre la concurrence, et éventuellement d'exclure la S.A. VAREC, il lui appartiendra d'en justifier le caractère objectif et raisonnable en fonction des circonstances particulières.

(...)

La motivation que l'Etat belge donnera à la décision qui semble s'annoncer n'étant pas encore connue, il est hasardeux d'anticiper sur une éventuelle illégalité.

2. L'Etat belge insiste cependant sur le fait que, quelle que sera sa décision, celle-ci tendra vers l'achat de matériel neuf dont la qualité puisse garantir la sécurité des chars.

La condition de qualité, qui serait probablement retenue, est celle formulée par le R F P de la NAMSA le 15 mars 2001 («The condition of the material is new (Item of latest production offered by the original manufacturer, his licensee or an authorized distributor)»).

La demanderesse n'établit pas *prima facie* qu'il serait manifestement impossible de trouver une justification objective et raisonnable à une telle condition de qualité.

D'une part, la formule présumée (citée-ci dessus) ne précise pas clairement si elle vise la garantie du fabricant des chars Léopard ou s'il s'agit de la garantie du fabricant du maillon ('Item') étant l'accessoire évident du caractère neuf du matériel.

D'autre part, la formule n'oblige pas le soumissionnaire à être lui-même fabricant du produit (...).

En tout état de cause, il n'apparaît pas *prima facie* que la future décision de l'Etat belge, si elle ressemble à ce qui est demandé dans le RFP de la NAMSA, ne puisse manifestement être justifiée par des motifs de qualité en vue de la sécurité, de façon objective et raisonnable.

Dans l'état actuel du litige, la demanderesse ne peut donc faire valoir de droits apparents pour qu'il soit fait droit à sa demande.

Par ces motifs

(...)

Déclarons la demande recevable mais non fondée.

ARRET DU CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

n° 91.265 du 1^{er} décembre 2000

A.97.803/VI-15.728

En cause : **la S.A. VAREC**,
ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Cédric MOLITOR, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,
contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense.

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

SIÉGEANT EN REFERE,

Vu la demande introduite le 27 novembre 2000 par la S.A. VAREC qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de :

«- la décision du Ministre de la Défense nationale, de date inconnue, d'acquérir des chenilles pour les chars Léopard type 640 A via l'organisation multinationale de la Logistique Coopérative LEOPARD (COOPLOG);

- la décision du Ministre de la Défense nationale qui s'en déduit, de ne pas pourvoir par l'attribution d'un marché public au besoin de fourniture de chenilles pour les chars Léopard type 640 A.»;

Considérant que la requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension :

1. La S.A. VAREC se présente comme productrice et distributrice, notamment, de «pads», c'est-à-dire des blocs de caoutchouc destinés à être intégrés dans les chenilles de véhicules militaires tels les chars (...).

2. Au début de l'année 2000, elle apprend la mise en œuvre par le Ministère de la Défense nationale d'un programme d'acquisition d'environ 30.000 chenilles neuves pour les chars Léopard. Elle fait part audit Ministère de son désir de participer à la procédure tendant à l'attribution de ce marché.

3. En mai 2000, elle apprend que la partie adverse aurait décidé d'attribuer le marché en procédure négociée et que des contacts auraient été pris avec la seule société DHIEL, société allemande et fournisseur habituel de l'armée allemande. Par une lettre du 19 mai 2000, elle interroge la partie adverse à ce sujet, évoquant le caractère illégal d'une telle procédure.

4. Dans une lettre du 6 juillet 2000, le conseil de la requérante demande à la partie adverse de bien vouloir le tenir informé de toute initiative en relation avec un marché ayant pour objet la fourniture de chenilles neuves pour les chars Léopard.

5. Le 26 juillet 2000, il lui est répondu que, «afin de garantir une égalité des soumissionnaires potentiels, le seul canal d'informations pour cet éventuel marché est le Bulletin des adjudications».

6. Au début du mois d'octobre 2000, la requérante apprend que le Gouvernement belge serait sur le point d'adresser au Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne une commande ferme et définitive de chenilles neuves pour les chars Léopard, qui seront fabriquées et livrées par la société DHIEL.

Par lettre du 11 octobre, elle s'en inquiète à nouveau auprès de la partie adverse.

8. Le 20 novembre 2000, le Ministre de la Défense nationale, en réponse, lui signale avoir «décidé que l'acquisition de ce matériel se fera via l'organisation multinationale de la Logistique Coopérative LEOPARD (COOPLOG), pratique assez courante de collaboration entre armées européennes».

Considérant que, lors de l'audience du 28 novembre 2000, la partie adverse n'a déposé aucune note d'observations et seulement un dossier administratif embryonnaire; qu'elle n'a pas nié avoir d'abord envisagé une procédure négociée avec la firme DHIEL, mais y avoir renoncé devant l'avis négatif de l'Inspection des Finances; qu'elle y a produit une note du Ministre de la Défense nationale datée du 2 octobre 2000, comportant la décision dont la suspension de l'exécution est demandée, et libellée comme suit :

«Après avoir pris connaissance du dossier en Ref, je décide de ne pas aller en recours contre l'avis négatif émis par IF, avis qui me paraît parfaitement équilibré.

Pour ce type d'acquisition, la concurrence doit jouer, sauf si l'on propose, avec une motivation suffisante, d'appliquer l'Art 17, § 2, 1°, f) de la loi du 24 Dec 93 sur les marchés publics, qui stipule que «les travaux, fournitures ou services ne peuvent, en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé».

Afin d'éviter toute situation litigieuse, je décide que l'acquisition en objet se fera dorénavant via la Logistique Coopérative Léopard (COOPLOG GE Leopard).»

Considérant que la partie adverse n'a pas davantage nié que, en suite de la décision attaquée, le fournisseur des chenilles serait la firme DHIEL, ni que l'armée allemande se dispense du respect des règles de la concurrence, invoquant l'article 223, § 1er, b, du Traité instituant la Communauté économique européenne;

Considérant que, sous réserve d'un examen plus approfondi des données de fait et de droit de la présente cause, examen que n'autorisent pas les délais inhérents à la procédure d'extrême urgence, il y a lieu de statuer comme suit;

Considérant que l'acte attaqué peut être tenu pour un acte administratif faisant définitivement grief à la requé-

rante qui ne retrouvera plus, fût-ce dans le cadre d'une procédure de marché public organisée par les autorités allemandes compétentes, la moindre chance de soumissionner pour ce marché;

Considérant que la partie adverse excipe du défaut d'intérêt de la requérante à son présent recours; qu'elle déduit cette exception de ce que, par une télécopie du 19 octobre 2000, une commande ferme de 16.000 chenilles a été adressée aux autorités allemandes dans le cadre de l'accord du 30 septembre 1969 «relatif au soutien logistique en commun et au perfectionnement du système d'armes LEOPARD» et des accords subséquents du 14 janvier 1971 et du 27 octobre 1976; qu'elle discerne dans cette commande la conclusion du contrat concrétisant l'acte détachable que constitue la décision unilatérale attaquée et, partant, la perte d'intérêt de la requérante à sa demande de suspension;

Considérant que la partie adverse est mal fondée à se prévaloir de l'existence d'un contrat, alors qu'elle se reconnaît incapable notamment d'indiquer le prix auquel elle aurait accepté d'acheter les chenilles dont question, un contrat de fourniture ne se concevant pas sans un accord sur cet élément essentiel; qu'en outre, alors qu'elle soutient être dispensée du respect de la loi du 24 décembre 1993 en vertu de son article 3, §4, elle est mal venue de se prévaloir de l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, pour prétendre que la notification unilatérale d'une commande aurait suffi à nouer le contrat; qu'en toute hypothèse, cette commande ne porte que sur une partie du marché envisagé, en sorte que le surplus conserve à la requérante son intérêt à la suspension demandée; que l'exception ne saurait être accueillie;

Considérant que la requérante justifie le recours à la procédure d'extrême urgence par la crainte de l'imminence de la conclusion du contrat portant sur l'intégralité du marché litigieux, conclusion qui ôterait tout intérêt à sa présente demande de suspension;

Considérant que cette crainte peut être considérée comme fondée, d'autant que, selon la partie adverse elle-même, une partie du marché envisagé aurait déjà fait l'objet d'une commande ferme; que l'extrême urgence est établie à suffisance;

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 que la requérante invoque un moyen, le premier de sa requête, pris de «la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation

formelle des actes administratifs et de l'excès de pouvoir»; qu'elle reproche à l'acte attaqué, «tel que notifié à la partie requérante par lettre du Ministre de la Défense nationale du 20 novembre 2000», de ne pas indiquer quels sont les motifs de droit et de fait qui lui servent de fondement;

Considérant que l'on ne peut que constater que, effectivement, ladite lettre du 20 novembre 2000 ne comporte, en fait de motif de la décision communiquée, que la considération selon laquelle il s'agit d'une «pratique assez courante de collaboration entre armées européennes»; que, surtout, force est également de constater que, dans la note du 2 octobre 2000 portant l'acte attaqué, la décision d'acquisition «via la Logistique Coopérative Léopard (COOPLOG GE Leopard)» n'est motivée que par le souci «d'éviter toute situation litigieuse», faute d'une proposition suffisamment motivée d'appliquer l'article 17, §2, 1^o, f, de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics;

Considérant, qu'à supposer, en dépit de l'absence d'arrêté royal d'exécution pourtant expressément prévu, que la partie adverse ait été dispensée par les articles 3, §4 et 6, al. 2 de la loi du 24 décembre 1993, insérés par les articles 241 et 242 de la loi du 12 août 2000 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses, du respect des autres dispositions de ladite loi du 24 décembre 1993, encore devait-elle s'en expliquer, énoncer notamment les éléments de fait qui lui permettaient de considérer qu'au marché envisagé pouvait s'appliquer l'article 296, §1er, b, du Traité instituant la Communauté européenne, et constater que la «Logistique Coopérative Léopard (COOPLOG GE Leopard)» constituait bien «le cadre d'une coopération internationale réunissant majoritairement des Etats membres de l'Union européenne ou de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord»;

Considérant en outre que, même si le marché envisagé était de ceux visés à l'article 3, §4, de ladite loi du 24 décembre 1993, rien n'indique que la partie adverse aurait été tenue de recourir à cette coopération internationale pour le conclure; que la lecture des accords des 30 septembre 1969, 14 janvier 1971 et 27 octobre 1976 produits par la partie adverse ne révèle aucune obligation à cet égard; que, du reste, la partie adverse elle-même n'a pas considéré le recours à la coopération internationale comme une obligation, puisqu'elle a d'abord envisagé une procédure négociée, n'y a renoncé qu'à la suite de l'avis négatif de l'Inspection des finances, et n'a pris la décision attaquée qu'«afin d'éviter toute situation litigieuse»; que, de surcroît, s'il faut en croire la partie requérante, la Norvège, pourtant déjà partie à l'accord du 30 septembre 1969, compte parmi «ses meilleurs clients» pour le type de matériel envisagé;

Considérant qu'il s'ensuit que la partie adverse avait le choix, pour conclure le marché dont question, entre une procédure régie par le droit commun de la loi du 24 décembre 1993 et la procédure spéciale prévue par ses arti-

cles 3, §4 et 6, al. 2; que la note du 2 octobre 2000 confirme cette possibilité de choix, choix que le Ministre a exercé par la décision attaquée;

Considérant que ce choix, comme tout acte administratif, devait être motivé au vu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, dès lors qu'il n'est pas allégué que l'indication des motifs aurait compromis la sécurité extérieure de l'Etat ou violé le secret professionnel;

Considérant que ni la circonstance que le choix critiqué aurait procédé d'une «pratique assez courante de collaboration entre armées européennes», ni le souci «d'éviter toute situation litigieuse» ne peuvent être tenus pour des motifs adéquats et répondant aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 précitée; que le moyen est sérieux;

Considérant, quant au préjudice grave et difficilement réparable que risque de lui causer l'exécution immédiate de l'acte attaqué, que la requérante fait valoir notamment l'atteinte à sa réputation et la perte d'une référence nationale et importante sur un marché très particulier et restreint, où les commandes d'une telle importance sont rares, outre l'ampleur des enjeux financiers;

Considérant que ces considérations peuvent être accueillies et suffisent à justifier d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable;

Considérant ainsi que les 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, sont remplies,

D E C I D E :

Article 1er.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de :

1^o la décision prise le 2 octobre 2000 par le Ministre de la Défense nationale d'acquérir 28.000 maillons de chenilles pour les tanks LEOPARD via la Logistique Coopérative Léopard (COOPLOG GE Leopard).

2^o la décision qui s'en déduit de ne pas pourvoir par l'attribution d'un marché public au besoin de fourniture desdites maillons de chenilles.

(...)

INTRODUCTION

La société anonyme VAREC produit certaines composantes de chenilles destinées à armer des véhicules blindés. En exécution de conventions pluriannuelles⁽¹⁾, elle assure, depuis 1970, la rénovation des chars Léopard I de l'armée belge. L'Etat décide cependant de résilier ces conventions à partir du 1^{er} janvier 2001.

Dès le début de l'année 2000, le ministère de la Défense nationale met par conséquent en œuvre un programme d'acquisition de chenilles neuves. En novembre de la

même année, le ministre de la Défense nationale renonce, sur l'avis défavorable de l'Inspection des Finances, à entamer une procédure négociée⁽²⁾. Il décide «que l'acquisition de ce matériel se fera via l'organisation multinationale de la Logistique Coopérative LEOPARD (COOPLOG), pratique assez courante de collaboration entre armées européennes».

Ce programme de coopération logistique (ci-après COOPLOG) est né d'un accord en forme simplifiée, passé entre la République fédérale d'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas et la Norvège le 30 septembre 1969⁽³⁾. Poussés à collaborer en raison d'impératifs économiques et d'efficacité, ces Etats organisent, notamment, l'approvisionnement commun en pièces de rechange des chars Léopard. Dans l'attente de l'introduction d'une procédure commune, l'accord de 1969 prévoit que la République fédérale d'Allemagne agit au nom et pour le compte du pays intéressé. C'est elle qui, en tant que mandataire, passe les marchés aux fournisseurs des pièces de rechange⁽⁴⁾.

Un deuxième accord intervient le 14 janvier 1971⁽⁵⁾. La procédure commune d'approvisionnement en pièces de rechange est mise sur pied. Les pays bénéficiaires doivent faire part de leurs besoins aux services allemands compétents qui procéderont à un achat groupé, conformément au droit allemand. Ces pays n'entretiennent donc aucun contact direct avec les fournisseurs en pièces de rechange.

Le 27 novembre 2000, la société VAREC introduit devant le Conseil d'Etat, selon la procédure d'extrême urgence, un recours en suspension de l'exécution de la décision du ministre de la Défense nationale d'acquérir les chenilles via la COOPLOG. Dans son arrêt du 1^{er} décembre 2000⁽⁶⁾, le Conseil d'Etat ordonne la suspension des effets de cette décision, au motif qu'elle ne satisfait pas aux règles de la motivation formelle. Le recours en

⁽²⁾ L'Inspection des Finances avait, en effet, mis en doute la régularité du recours à l'article 17, §2, 1^o, f, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services (*M.B.*, 22 janvier 1994) pour justifier cette procédure de passation. En admettant qu'une telle base ne puisse suffire à justifier le recours à la procédure négociée sans publicité, le ministre aurait pu songer à invoquer l'article 17, §2, 1^o, b), *in fine*, de la loi qui permettait d'utiliser cette procédure «lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité du pays l'exige». Une condition semblable doit en effet être rencontrée, comme nous le verrons, pour user de la procédure COOPLOG. Voy., en matière de marchés militaires, les solutions retenues par l'autorité adjudicatrice et développées dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 décembre 1994, n^o 50.675, *Van Heurck* (procédure négociée sans publicité) et dans l'arrêt du 9 novembre 1996, n^o 83.406, *Matra* (appel d'offres général).

⁽³⁾ Accord sur le soutien logistique et le développement ultérieur commun du système d'arme LEOPARD, du 30 septembre 1969, non publié.

⁽⁴⁾ *Ibidem*, art. 1^{er}, point 1, *in fine*.

⁽⁵⁾ Accord sur l'approvisionnement en pièces de rechange du système d'arme Léopard I et des versions en dérivés, conformément à l'Accord sur le soutien logistique et le développement ultérieur commun du système d'arme Léopard, du 30 septembre 1969. Voy. également les multiples avenants à cet accord, dont le plus récent date du 12 juin 1979, non publié.

⁽⁶⁾ C.E., 1^{er} décembre 2000, n^o 91.265, *Varec*, publié ci-avant.

annulation contre cette même décision sera, en revanche, rejeté pour des raisons procédurales ⁽⁷⁾.

En mars 2001, la société VAREC reçoit un document intitulé «*Request for proposal*», de l'Agence d'entretien et d'approvisionnement de l'OTAN (la NAMSA ⁽⁸⁾). Celle-ci organise notamment l'achat et l'approvisionnement en commun de rechanges de matériel militaire. Ce document de prospection est relatif à la livraison de patins pour chenilles de chars Léopard. La S.A. VAREC reconnaît dans cette demande le marché ayant fait l'objet de la décision administrative dont les effets ont été suspendus. Le 27 mars 2001, elle demande au juge des référés judiciaire qu'il soit fait interdiction à l'Etat belge de passer commande dudit matériel par le biais de la NAMSA ou par toute autre voie. Cette demande est rejetée. Selon le juge, l'égalité entre soumissionnaires n'a pas été violée ⁽⁹⁾.

Les rebondissements de l'affaire «VAREC» ne s'arrêtent cependant pas là. Au mois de décembre 2001, le Bulletin des adjudications publie un avis de marché, par adjudication publique, pour la livraison de chenilles de chars. L'ouverture des offres permet de recueillir deux soumissions, l'une émanant de la société DHIEL, l'autre de VAREC. Par une décision extrêmement détaillée, le ministre de la Défense attribue, au détriment de la société VAREC, le marché à la société allemande DHIEL. VAREC introduit un nouveau recours en suspension et en extrême urgence contre cette décision, qui sera rejeté le 8 juillet 2002 ⁽¹⁰⁾. Le recours en annulation est toujours pendant à ce jour.

Les trois décisions rendues en référé dans cette affaire permettent de faire le point sur les limites du recours à ce type de procédures d'urgence (I). Elles mettent aussi en lumière certaines spécificités du principe d'égalité qui prévaut entre soumissionnaires (II).

I. Les bornes du référé

Les deux arrêts rendus en urgence par le Conseil d'Etat utilisent, non sans se contredire parfois, le principe et les limites de la théorie des actes détachables pour définir le champ temporel d'intervention de la juridiction administrative (A). L'ordonnance du juge des référés judiciaire fait, elle aussi, une application particulière des limites dégagées par la jurisprudence à son action préventive (B). Il est fait abstraction des relations qui doivent exister en-

tre ces recours en référé et le recours ou l'action au fond qui y sont liés ⁽¹¹⁾.

A. LES BORNES DU RÉFÉRÉ ADMINISTRATIF

Les arrêts analysés offrent des enseignements précieux sur les bornes qui balisent en matière de marchés publics le référé – mais aussi, dans certains cas, le recours en annulation – devant le Conseil d'Etat.

a. La borne en amont : les actes préalables au contrat

Pour qu'il puisse être attaqué devant le Conseil d'Etat, l'acte administratif doit revêtir un caractère exécutoire. Sous peine d'irrecevabilité du recours, «la décision visée doit produire, par elle-même, des effets de droit tels qu'ils fassent immédiatement grief au requérant» ⁽¹²⁾. En cas contraire, l'administré ne peut faire valoir d'intérêt actuel et certain à son recours ⁽¹³⁾. Celui-ci devra alors attendre la décision de l'autorité, qui découle de ces actes préparatoires, pour contester leur validité devant le juge administratif.

Appliquée au contrôle juridictionnel des marchés publics, l'exclusion des actes préparatoires du champ contentieux nécessite certains tempéraments. En vertu de la théorie des actes détachables ⁽¹⁴⁾, tous les actes administratifs unilatéraux qui précèdent le contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire désigné n'échappent pas nécessairement au contrôle de légalité. Il est en effet possible de dissocier du contrat même, dont la régularité relève de la compétence des cours et tribunaux, «chacune des décisions exécutoires qui (le) précèdent, sans toutefois s'incorporer à celui-ci» ⁽¹⁵⁾.

La décision d'attribuer le marché ⁽¹⁶⁾, tout comme la décision corollaire de ne pas retenir l'offre des soumissionnaires évincés ⁽¹⁷⁾, possèdent un tel caractère exécutoire. Mais il y a plus. Certains actes, pris au cours de la procédure de passation, «ont (aussi) pour effet de commander partiellement la décision définitive (en) éliminant certaines des décisions qui étaient *a priori* imaginables» ⁽¹⁸⁾. Qualifiés d'actes interlocutoires, ces

⁽¹¹⁾ Voy. à cet égard C.J.C.E., 15 mai 2003, *Commission c. Royaume d'Espagne*, C-214/00, où le juge communautaire considère qu'une législation qui «exige, en règle générale, l'introduction préalable d'un recours au fond en tant que condition pour l'adoption d'une mesure provisoire à l'encontre d'une décision du pouvoir adjudicateur» ne respecte pas les exigences issues des directives «recours». Adde C.J.C.E., 29 avril 2004, DAC, C-202/03.

⁽¹²⁾ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, 2^{ème} éd., p. 625.

⁽¹³⁾ J. BAERT et G. DEBERSAQUES, *Raad van State. Afdeling Administratie. Ontvankelijkheid*, Bruges, Die keure, 1996, p. 25.

⁽¹⁴⁾ Sur cette théorie, voy. notamment D. LAGASSE, «La théorie administrative des actes détachables remis en cause par le Conseil d'Etat?» in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 315 et s.

⁽¹⁵⁾ M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, t. II, p. 797. C'est nous qui soulignons.

⁽¹⁶⁾ C.E., 11 février 1964, n° 10.434, *De Moor*; C.E., 28 octobre 1981, n° 21.514, *s.p.r.l. B.E.T.H.*

⁽¹⁷⁾ C.E., 20 décembre 2002, n° 114.066, *Hörmann GmbH*.

⁽¹⁸⁾ M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 2^{ème} éd., p. 199.

⁽⁷⁾ C.E., 3 octobre 2001, n° 99.928, *Varec*, R.R.D., 2001, p. 485, avis P. NIHOUL. La partie requérante n'avait pas respecté les délais fixés pour l'introduction du mémoire en réplique. Or, l'article 21, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose, dans cette hypothèse, que la section d'administration statue sans délai, les parties entendues à leur demande, en constatant l'absence de l'intérêt requis.

⁽⁸⁾ Fondée en 1958, la *Nato Maintenance and Supply Agency* (NAMSA) est la principale agence de gestion de soutien logistique de l'OTAN. Voy., pour plus de détails, le site <http://www.namsa.nato.int>.

⁽⁹⁾ Civ. (réf), Bruxelles, 18 mai 2001, publié ci-avant.

⁽¹⁰⁾ C.E., 8 juillet 2002, n° 108.956, *Varec*, publié ci-avant.



derniers sont, en principe, contestables devant le Conseil d'Etat dès leur adoption, pour autant que le requérant soit définitivement lésé par ceux-ci.

1. Les actes préparatoires

Le dernier arrêt en date se situe dans la ligne suivie par les chambres francophones du Conseil d'Etat lorsqu'elles sont saisies d'un recours à l'encontre d'un acte antérieur à la décision d'attribuer le marché public, en l'espèce les dispositions du cahier spécial des charges⁽¹⁹⁾. L'arrêt exclut la recevabilité de tout recours à l'encontre d'un acte préalable à la décision d'attribution. Selon la sixième chambre du Conseil d'Etat, l'adoption du cahier des charges «ne fait pas grief; c'est seulement la décision d'attribution du marché qui retient sur l'ordonnement juridique et qui fait éventuellement grief; aussi longtemps que cette décision d'attribution n'est pas intervenue, tous les reproches susceptibles d'être adressés aux opérations préliminaires demeurent hypothétiques» et ce, pour deux raisons. Le pouvoir adjudicateur peut, d'une part, toujours renoncer à poursuivre la procédure d'attribution du marché alors que le soumissionnaire peut, de l'autre, se voir attribuer le marché en dépit d'illégalités qu'il aurait précédemment dénoncées. Une incertitude pèse donc tant sur l'aboutissement de la procédure de passation que sur le caractère préjudiciable de la décision attaquée.

Le juge administratif en conclut qu'il est *irrégulier et dangereux* d'interpréter la directive européenne «recours»⁽²⁰⁾ en ce sens que les conditions de sélection, imposées par le cahier spécial des charges, doivent être examinées par le Conseil d'Etat dès ce moment, sous peine de forclusion⁽²¹⁾. Selon le Conseil d'Etat, le recours prévu contre la décision d'attribution suffit à rencontrer les exigences de la directive. L'arrêt pointe ensuite le caractère dangereux de pareille interprétation, qui déboucherait, «sur une paralysie définitive des autorités

administratives en matière de marché public et sur une impossibilité pratique de toute décision d'attribution».

Que penser de ces deux arguments? La directive européenne impose aux Etats membres de mettre en œuvre une protection adéquate des droits du soumissionnaire évincé. A ce titre, il leur incombe de créer des procédures d'urgence efficaces qui permettent de réparer l'illégalité au plus tôt. La Cour de justice a eu l'occasion de préciser la portée de cette directive dans un célèbre arrêt du 28 octobre 1999⁽²²⁾. A défaut de permettre au requérant de poursuivre l'annulation de la décision illégale lorsque le contrat est conclu⁽²³⁾, les Etats membres sont tenus de prévoir une clause de *standstill* dans leur réglementation⁽²⁴⁾. La notification de la décision d'attribution du marché public ne peut être faite qu'après un certain délai, aménagé afin que les soumissionnaires évincés puissent agir en urgence contre cette décision. La Commission a récemment confirmé cet enseignement⁽²⁵⁾. Dans le même arrêt, la Cour de justice paraît cependant interdire au juge national de créer, *de motu proprio*, une telle période d'attente⁽²⁶⁾.

Dans l'espèce soumise au Conseil d'Etat, un délai de *standstill* avait été respecté – comme nous le verrons – par le ministère de la Défense⁽²⁷⁾. Si l'on adopte une lec-

⁽¹⁹⁾ C.J.C.E., 28 octobre 1999, *Alcatel*, C-81/98.

⁽²³⁾ Sur les conséquences, en termes de sanction à apporter à une irrégularité dans la procédure de passation, dès ce moment, voy. les précisions apportées par C.J.C.E., 4 décembre 2003, *EVN AGC-448/01* et selon lequel, si l'Etat a utilisé la faculté de recourir à une indemnisation forfaitaire, lorsque le recours est introduit après la conclusion du contrat, l'instance saisie de pareille demande «ne peut pas procéder à l'annulation de cette décision, mais doit se limiter à l'octroi de dommages et intérêts». Pour des décisions nationales opposées mais antérieures à l'arrêt, voy. Civ. Namur (réf.), 2 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1267, note A. DELVAUX, «De la résistance des 'administrativistes' face au juge civil» et Civ. Bruxelles (réf.), 25 janvier 2001, *C.D.P.K.*, 2003, p. 702, note J. VANDEN EYNDE et J.-M. WOLTER, «Les marchés publics et l'intervention du juge des référés judiciaires depuis le 24 décembre 1993».

⁽²⁴⁾ *Contra* : P. FLAMEY et J. GHYSELS, «Geen herstel in de eenheid van de rechtspraak zonder toetsing aan het gemeenschapsrecht in het schorsingscontentieux bij overheidsopdrachten», note sous C.E., 15 juin 2000, n° 87.983, *Formanova*, *C.D.P.K.*, 2001, p. 60; M.-A. FLAMME, obs. sous C.E., 15 juin 2000, *Entr. et dr.*, 2000, p. 278. S'il est vrai que l'absence de délai de *standstill* n'est pas la conséquence nécessaire de la réglementation belge, comme elle l'était en droit autrichien (voy. P. NIHOUL, «Les marchés publics dans l'Union européenne (1995-2000)», *J.T.D.E.*, 2001, p. 178), il n'en demeure pas moins que la pratique administrative qui consiste à ne pas respecter un tel délai est contraire au droit communautaire et qu'il revient aux Etats membres de prendre les dispositions nationales pertinentes afin de donner à la réglementation européenne pleine application en droit interne. Voy. d'ailleurs M.-A. FLAMME, obs. sous C.E., 23 octobre 2001, n° 100.084, *Coscimo*, *Entr. et dr.*, 2002, p. 50. La clause de *standstill* est appelée de ses vœux par la doctrine belge depuis plus de trente ans (Voy. les références citées par P. GOFFAUX et M. LUCAS, «Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribuer un marché public», *A.P.T.*, 1998, p. 70 ainsi que F. GOSSELIN et N. VAN LAER, «Le parcours du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'une procédure de marché public : Une voie sans issue? Commentaire de l'arrêt de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat du 15 juin 2000, en cause Feyer – Formanova c/Commune de Keerbergen, n° 87.983», *A.P.T.*, 2001, p. 165; B. DE VUST et G. MEYER, «L'influence du droit communautaire sur la réglementation nationale des marchés publics : la protection préventive est un fait», note sous C.J.C.E., 28 octobre 1999, *Alcatel*, C-81/98, *J.T.*, 2000, pp. 286-287).

⁽²⁵⁾ Voy. à ce sujet, l'écho que donne de cette procédure en manquement contre l'Etat belge l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 janvier 2004, n° 127.069, *Van Vooren* ainsi que J. STEVENS, «Kronieken. Overheidsopdrachten», *T.B.P.*, 2004, p. 147.

⁽²⁶⁾ C.J.C.E., 28 octobre 1999, déjà cité, pts 49 et 50.

⁽²⁷⁾ Voy. *infra*.

ture restrictive du considérant examiné, il faut conclure au bien-fondé du premier argument développé par le Conseil d'Etat. Le recours contre la décision d'attribution garanti à suffisance la protection du soumissionnaire.

La conclusion est différente si l'on donne à ce considérant une interprétation dépassant les limites du cas d'espèce. A l'époque, l'Etat belge n'avait toujours pas transposé correctement la directive «recours». Certes, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, le Conseil d'Etat n'aurait su imposer, de lui-même, le respect d'un délai d'attente sans qu'une base légale le prévoie⁽²⁸⁾. Rien ne semblait, en revanche, lui interdire d'interpréter la législation – et, notamment, l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, relatif à l'intérêt à agir – dans un sens plus favorable aux soumissionnaires susceptibles d'être évincés à cause de l'acte préalable à la décision d'attribution⁽²⁹⁾. Depuis lors, et dans la lignée d'une circulaire – sans contenu contraignant⁽³⁰⁾ – une modification de la loi du 24 décembre 1993 oblige les pouvoirs adjudicateurs à mettre en place un délai de *standstill*⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ En sens contraire, voy. cependant Civ. Bruxelles (réf.), 11 mai 2001, *Entr. et Dr.*, 2002, p. 96.

⁽²⁹⁾ La Cour de justice semble s'inscrire dans cette perspective (arrêt du 15 mai 2003, déjà cité, pt. 74 et s.). Sur le caractère plus favorable que recèle cet examen de l'urgence pour le requérant, C.E., 8 octobre 2002, n° 111.088, *Hofmans, R.W.*, 2002-2003, p. 823, note R. VERSTEGEN, «Wanneer treden (onderwijs)instellingen op als administratieve overheid?», C.E., 18 janvier 1996, n° 57.593, *Seghers, A.P.M.*, février 1996, p. 25; C.E., 20 août 2004, *Giga Services*, n° 134.345.

⁽³⁰⁾ *Contra*: J. VANDEN EYNDE et J.-M. WOLTER, «Les marchés publics et l'intervention du juge des référés judiciaires depuis le 24 décembre 1993», *op. cit.*, p. 709, selon lesquels la circulaire du 10 décembre 2003 avait valeur contraignante. Cette circulaire excluait, de surcroît, de son champ d'application les marchés en matière de défense, visés par l'article 296, § 1^{er}, b), du Traité (Circulaire sur les marchés publics soumis à la publicité européenne. Enseignement à tirer de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *M.B.*, 15 décembre 2003. A ce sujet, voy. Th. BOMBOIS et Ch. DUBOIS, «Une timide consécration de la clause de standstill dans les marchés publics», *Jour. Jur.*, 2004, n° 28, p. 14; J. Stevens, «Kronieken. Overheidsopdrachten», *op. cit.*, p. 147). La circulaire était prise dans l'attente d'une modification de la réglementation. Il allait de soi en effet qu'elle ne pouvait suffire à rendre la législation nationale en matière de marchés publics compatible avec le droit communautaire pertinent en la matière. Une révision de la loi de 1993 était nécessaire, comme l'avait d'ailleurs souligné le Conseil d'Etat dans son arrêt du 28 décembre 1999 (n° 84.481, *Cicade*), et rappelé lors d'un arrêt 13 janvier 2004 (déjà cité). Dans ce même arrêt, le Conseil d'Etat émet des doutes sérieux sur l'opportunité des délais instaurés par la circulaire, qui font de la procédure d'extrême urgence la procédure, *de facto*, ordinaire en la matière. Voy., dans le même sens, C.E., 10 fév. 2004, n° 128.012, *Laboratoria E. Van Vooren, C.D.P.K.*, 2004, pp. 294 et s., note J. DEBIEVRE et G. LAENEN, «De Raad van State staat stil bij de standstill». Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat considère également que : «quand le pouvoir adjudicateur mentionne la période de standstill, imposée par la circulaire ministérielle du 10 décembre 2003, dans sa notification aux soumissionnaires non sélectionnés, il n'est plus possible, dans la procédure de suspension en extrême urgence qui peut en découler, de déduire la conclusion d'urgence de la conclusion imminente du contrat».

⁽³¹⁾ Art. 302 de la loi-programme du 9 juillet 2004, *M.B.*, 15 juillet 2004, 2^{de} éd. qui a inséré dans la loi du 24 décembre 1993 un chapitre IIbis contenant un article 21bis organisant une période d'attente entre les décisions prises par le pouvoir adjudicateur d'un marché public et la poursuite de la procédure pendant laquelle l'action du pouvoir adjudicateur est suspendue. Sur ce point, voy. E. VAN NUFFEL et D. LAGASSE, «Les recours préventifs en matière de marchés publics. Le législateur a enfin transposé les directives «recours» 89/665 et 92/13, mais l'a-t-il bien fait?», *J.T.*, 2004, pp. 849 et s.; M. GELDERS et W. TIMMERMANS, «Artikel 21bis van de Overheidsopdrachtwet in Europees perspectief», *T.B.P.*, 2005, pp. 3 et s.; P. FLAMEY et S. KNAEPEN, «Standstill-

Le second argument – la dangerosité d'une telle extension de la notion de recevabilité – laisse sceptique. Pour autant que certains garde-fous soient mis sur pied, cette crainte paraît excessive. En témoigne la jurisprudence néerlandophone majoritaire en la matière.

2. Les actes interlocutoires

La décision commentée tranche, en effet, avec la jurisprudence dominante des chambres flamandes du Conseil d'Etat qui reconnaît, sous certaines conditions, la recevabilité d'un recours à l'encontre d'un acte préalable à la décision d'attribution du marché⁽³²⁾. Dans un arrêt du 6 décembre 1994⁽³³⁾, la quatrième chambre du Conseil d'Etat expose le raisonnement à l'appui de cette jurisprudence. Il y aurait lieu, selon le juge, de faire le départ entre de simples actes préparatoires et de véritables «pré-décisions» (*voor-beslissingen*). Ces dernières, si elles constituent des actes dont le sens et la fonction sont de préparer la décision finale, ont néanmoins partiellement un effet réel et décisif sur la décision définitive. Elles entraînent donc des conséquences juridiques directes qui peuvent être défavorables au requérant. Tel était le cas dans l'affaire soumise à la quatrième chambre du Conseil d'Etat. Le pouvoir adjudicateur avait décidé de substituer une procédure négociée à une procédure d'appel d'offres. La procédure négociée, quoique le soumissionnaire y conservait ses chances de succès, lui offrait moins de garanties que la procédure d'appel d'offres, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité étant, dans cette hypothèse, plus étendu. Le Conseil d'Etat déclara donc recevable le recours contre cette décision préalable.

Dans des arrêts plus récents, les magistrats néerlandophones ont inversement considéré comme irrecevable *ratione temporis* un recours contre la décision d'attribuer le marché public, mais dont le moyen visait une irrégularité du cahier spécial des charges. Le libellé de ce dernier excluait en effet que l'offre du soumissionnaire soit retenue. Selon le juge, lorsque l'irrégularité commise dans un acte préalable à la décision d'attribution prive de toute chance un soumissionnaire, cet acte lui cause instantanément

verplichting bij overheidsopdrachten», *N.J.W.*, 2005, pp. 653 et s. De manière plus générale, voy. encore des mêmes auteurs «Schadeloosstelling in natura bij onregelmatige gunningen», in C. DEKONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2005, pp. 21 et s. La modification législative exclut également de son champ d'application les marchés en matière de défense, visés par l'article 296, § 1^{er}, b) du Traité.

⁽³²⁾ Voy. toutefois, pour une décision des chambres flamandes constatant l'irrecevabilité, C.E., 12 avril 1989, n° 32.366, *Econoler, Entr. et dr.*, 1990, pp. 140 et s., obs. D. D'HOOGHE, «Is de beslissing tot vaststelling van het bestek een voor annulatieberoep vatbare handeling?».

⁽³³⁾ C.E., 6 décembre 1994, n° 50.584, *Dredging International et al.*. Dans le même sens, en matière de marchés militaires, à propos d'un cahier spécial des charges modifié au détriment du requérant, C.E., 9 décembre 1994, n° 50.675, *Van Heurck*; P. FLAMEY et J. GHYSELS, «Kan de kort gedingrechter optreden in de fase voorafgaandelijk aan de administratieve gunningsbeslissing?» in *Nieuwe wetgeving betreffende overheidsopdrachten : revolutie of slechts structurele verduidelijking?*, Gand, Mys & Breesch, 1998, p. 118.



grief et le soumissionnaire lésé doit agir dans le délai de soixante jours à dater de la publication, notification ou prise de connaissance de cette «pré-décision»⁽³⁴⁾.

Ces deux exemples se fondent sur la théorie des actes interlocutoires. Une différence fondamentale les oppose cependant. Dans le premier cas, une simple diminution des chances d'obtenir le marché pour le soumissionnaire justifie le caractère exécutoire de la décision administrative. En revanche, dans la seconde espèce, les chambres néerlandophones semblent exiger que l'acte prive le requérant de toute chance d'obtenir le marché.

3. Des actes préparatoires aux actes interlocutoires

Comme pour le cahier spécial des charges, les chambres francophones du Conseil d'Etat considèrent généralement que la décision de choisir un certain mode de passation de marché public n'est pas en soi susceptible de recours⁽³⁵⁾. Elle constitue un acte préparatoire qui ne causera grief au requérant que si la décision d'attribuer le marché est prise en sa défaveur puisque elle seule fixe définitivement les conditions juridiques de cette opération complexe⁽³⁶⁾.

Dans cette perspective, l'arrêt rendu sur la première requête en suspension suscite l'intérêt. Le Conseil d'Etat suspend les effets de la décision du ministre de la Défense nationale d'acquérir les chenilles de chars via la procédure COOPLOG. La question n'est cependant pas ici de savoir si la passation du marché public selon l'une ou l'autre des procédures détaillées dans la loi de 1993 est un acte interlocutoire. Elle se situe encore plus en amont et concerne le choix de l'autorité administrative de procéder à la passation du marché en fonction des dispositions de la loi de 1993 ou, au contraire, d'exciper de son article 3, §4, la possibilité de procéder à l'équipement de l'armée selon d'autres voies⁽³⁷⁾.

L'enjeu de la décision relative à la recevabilité du recours en suspension doit être bien compris. S'il rejette la requête, le Conseil d'Etat se condamne à ne plus pouvoir sanctionner l'irrégularité supposée du recours à la procédure COOPLOG. La commande du matériel militaire se déroulera, en effet, sans qu'aucun autre acte administratif ne soit encore adopté par l'Etat belge. On comprend le

souci qu'a la juridiction administrative de déclarer le recours en suspension recevable⁽³⁸⁾. Comment celle-ci va-t-elle motiver son arrêt?

Existe-t-il, dans le chef d'un des soumissionnaires pressentis, un intérêt à la suspension des effets de la décision de ne pas attribuer le marché par une des voies prévues par la loi de 1993? Cette décision a pour effet d'entamer une procédure complexe qui aboutira, par le biais d'une convention entre la République fédérale d'Allemagne et une entreprise privée, à la livraison du matériel militaire à la Belgique. En quoi ce choix de l'autorité publique est-il susceptible d'affecter défavorablement et définitivement un soumissionnaire pressenti? S'il peut perdre certaines garanties liées aux procédures établies par la loi de 1993, il n'est pas exclu – *a priori* du moins – qu'il puisse, au terme de ces opérations particulières, décrocher le contrat convoité. A suivre la jurisprudence francophone dominante, seule la décision de contracter avec tel autre entrepreneur paraît susceptible de matérialiser son préjudice et, partant, son intérêt à agir.

Le juge administratif estime cependant que la décision de passer par la procédure COOPLOG pour la livraison de ce matériel constitue «un acte administratif faisant définitivement grief à la requérante qui ne retrouvera plus, fût-ce dans le cadre d'une procédure de marché public organisée par les autorités allemandes compétentes, la moindre chance de soumissionner pour ce marché». En effet, ces autorités se refusent, selon le Conseil d'Etat, à faire jouer la concurrence et privilégieraient donc la société allemande DHIEL.

L'arrêt de suspension anticipe doublement sur l'évolution de la commande du matériel militaire. Dans un premier temps, il considère explicitement que la procédure COOPLOG privera nécessairement de toute chance de succès l'offre que la société VAREC déposerait éventuellement devant les autorités allemandes. Selon le Conseil d'Etat, cette procédure devrait aboutir à consacrer comme seule offre valable celle de la société DHIEL. L'accord de coopération prévoit pourtant explicitement que les autorités allemandes respecteront le principe de la concurrence entre les entreprises⁽³⁹⁾. L'Etat n'a, semble-t-il, toutefois pas contesté à l'audience le fait que l'armée allemande se dispense du respect des règles de concurrence. Dans un second temps, et implicitement cette fois, le juge administratif estime que l'Etat belge ne renoncera

⁽³⁴⁾ C.E., 16 janvier 2003, n° 114.596, *Labonorm*; C.E., 18 mars 2003, n° 117.155, *Abetec (a contrario)*; C.E., 25 février 2003, déjà cité; C.E., 19 octobre 1999, n° 82.958, *NV G.T.I. Holding Belgium*; C.E., 23 juin 1998, n° 74.399, *Bollaerts et consorts*. Pour des exemples relatifs au choix de la procédure de passation, C.E., 16 octobre 1990, n° 35.657, *Van Goethem, R.W.*, 1990-1991, p. 816, note D. D'HOOGHE.

⁽³⁵⁾ Voy. toutefois les décisions citées par J. BAERT, «In welke gevallen is de keuze van de gunningsprocedure bij overheidsopdrachten een voor de Raad van State aanvechtbare rechtshandelingen?», *T. Gem.*, 1996, p. 351.

⁽³⁶⁾ C.E. (réf.), 19 avril 1995, n° 53.010, *S.A. Radar*; C.E., 14 octobre 1998, n° 76.392, *S.A. Agoraspace Benelux*; C.E., 17 février 1999, n° 78.788, *S.A. Lombet* («Les actes préparatoires ne font définitivement grief que si la procédure aboutit à l'attribution du marché à un candidat concurrent, mais non si l'autorité renonce au marché envisagé»). C.E., 6 décembre 1995, n° 56.664, *Radar*, note J. BAERT, *op. cit.*, p. 351. Voy. cependant, encore en matière de marchés militaires, C.E., 2 avril 1982, n° 22.173, *Saviem, a contrario*.

⁽³⁷⁾ Pour une analyse de cet article, voy. *infra*.

⁽³⁸⁾ Récemment, la Cour de justice a d'ailleurs souligné que «l'obligation des Etats membres d'assurer la possibilité de moyens de recours efficaces et rapides contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs s'étend également aux décisions prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marché et en amont d'une mise en concurrence formelle, notamment à la décision sur la question de savoir si un marché déterminé relève du champ d'application personnel et matériel de la directive 92/50», (C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03).

⁽³⁹⁾ «Le BWB est obligé, lors de l'appel d'offres et de l'attribution des marchés, de prendre en considération, suivant les mêmes principes et conditions, des entreprises appropriées de tous les pays utilisateurs. A cet effet, le BWB adressera l'invitation à la soumission d'offres aux services nationaux responsables des achats» (accord de coopération de 1971, art. IV, 6).



pas à une telle commande. Les éléments de la cause plaident en ce sens tout comme l'accord de coopération qui précise que tout besoin exprimé par une des parties sera considéré par l'Allemagne comme une commande ferme⁽⁴⁰⁾.

Cet arrêt en suspension se trouve à mi-chemin entre les jurisprudences francophone et néerlandophone classiques. Il n'exclut pas, *a priori*, le caractère exécutoire de l'acte administratif préalable à la décision d'attribuer le marché. Il paraît cependant user de critères parfois plus stricts que ceux mis en œuvre par les chambres flamandes afin de juger si cet acte est bien de nature à porter grief au requérant.

L'arrêt de suspension exige, d'une part et implicitement, la certitude que le contrat sera bien conclu. Cette condition ne convainc pas. Au moment où le recours est introduit, le soumissionnaire aura probablement déjà engagé des frais afin d'entamer la procédure de passation du marché. Ceux-ci auront été investis à fonds perdus s'il se voit écarter injustement de la procédure. Peu importe, dans ce cas, que le marché soit ou non, en définitive, conclu, la mise à l'écart du soumissionnaire lui cause un préjudice certain dès ce moment⁽⁴¹⁾. En outre, si l'autorité ne poursuit pas l'attribution du marché, il n'est pas exclu que cela soit dû au fait que les autres candidats n'offrent pas le profil recherché. Et il n'est pas moins exclu que le soumissionnaire évincé aurait présenté un meilleur dossier, s'il n'avait pas été arrêté par une circonstance dont on postule l'irrégularité. En d'autres termes, l'acte préparatoire lui aurait fait, en tout cas, perdre la chance d'obtenir le marché et donc d'éviter un *lucrum cessans*. On rejoint en ce sens les conclusions d'A. DELVAUX pour qui, si un acte détachable contient une clause discriminante pour un ou plusieurs des soumissionnaires, existants ou pressentis, «il fait grief dès son adoption et doit pouvoir faire l'objet d'un recours à dater du jour où il est connu»⁽⁴²⁾.

L'arrêt de suspension ne semble pas se contenter, d'autre part, d'une simple diminution des chances d'obtenir le marché. Le Conseil d'Etat souligne, en tout cas, expressément que la société VAREC perdrait, si la décision du ministre de la Défense n'était pas suspendue, *toute* chance d'obtenir le marché en cause⁽⁴³⁾. La juridiction administrative gagne-t-elle à imposer de la sorte un certain degré en deçà duquel l'irrégularité de la procédure n'aurait qu'un impact mineur sur l'offre d'un des soumis-

sionnaires, et ne saurait en l'état constituer un grief suffisant?

Comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans le second arrêt en suspension commenté, une trop large ouverture au prétoire risque de ralentir considérablement la procédure de passation d'un marché alors que la suppression de l'illégalité – à présumer qu'elle soit établie – n'aurait peut-être en rien modifié le choix définitif de l'autorité. Dans la perspective contraire, on souligne l'inutilité, la perte de temps et le risque pour le soumissionnaire de laisser se poursuivre une procédure entachée d'irrégularité. Dans la lignée de la jurisprudence néerlandophone la plus récente, un compromis entre ces deux impératifs est esquissé par ce premier arrêt rendu par le Conseil d'Etat. Celui-ci déclare la requête recevable pour autant que l'irrégularité soit de nature à priver *de toute chance* le soumissionnaire évincé. La Cour de justice paraît récemment avoir expressément avalisé une telle interprétation au regard de la directive «recours»⁽⁴⁴⁾.

b. La borne en aval : la conclusion du contrat

Le contrat conclu, le Conseil d'Etat ne peut plus statuer sur la requête en suspension de l'exécution de la décision attributive du marché public⁽⁴⁵⁾. Encore faut-il que la convention soit effectivement formée et que l'autorité publique, qui invoque ce moyen afin de faire prononcer l'irrecevabilité de la requête, en apporte la preuve. L'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 considère que la notification de la décision d'attribuer le marché public suffit à nouer le lien contractuel entre les parties⁽⁴⁶⁾.

Qu'en est-il toutefois si, lors de la communication de la décision à l'attributaire du marché, le pouvoir adjudicateur fait part de sa volonté explicite de ne pas conclure le contrat à ce moment et de postposer la rencontre de volontés? Telle est l'hypothèse appréhendée par l'arrêt du 8 juillet 2002⁽⁴⁷⁾. Selon le Conseil d'Etat, dans ce cas, «on peut admettre que le contrat n'a pas été conclu par l'information donnée à la société DHIEL, dès lors que telle n'a pas été la volonté» de l'Etat belge. La juridiction

⁽⁴⁰⁾ Article 1^{er}, 1.

⁽⁴¹⁾ Voir C.E., 22 décembre 1961, n° 9.069, *Cobelec*, avis M. DUMONT, note M.-A. FLAMME, *R.J.D.A.*, 1962, pp.132 et s.

⁽⁴²⁾ M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Bruxelles, Confédération nationale de la Construction, 1996, 6^{ème} éd., t. 1b, p. 1856. Dans le même sens, D'HOOGHE, «Is de beslissing...», *op.cit.*, p. 143.

⁽⁴³⁾ Compar, en matière de procédure négociée, le choix de l'autorité de n'entreprendre de négociations qu'avec un des soumissionnaires, C.E., 27 juin 2003, n° 121.103, *NV Kairos*, et, surtout, la note qui y est consacrée (D. DE KEUSTER, «De onderhandelingsprocedure: van stiefkind tot oogappel», *C.D.P.K.*, 2003, p. 691).

⁽⁴⁴⁾ Elle a en effet avalisé, sous cet aspect, la réglementation espagnole puisque celle-ci «assure aux intéressés la possibilité de former des recours à l'encontre non seulement des actes définitifs, mais également des actes de procédure, dès lors qu'ils tranchent, directement ou indirectement, le fond de l'affaire, qu'ils entraînent l'impossibilité de poursuivre la procédure ou de se défendre, ou qu'ils causent des préjudices irréparables à des droits ou intérêts légitimes» (C.J.C.E., arrêt du 15 mai 2003, cité). Compar. l'arrêt du 11 janvier 2005 (déjà cité) où la Cour de justice estime que la possibilité de recours doit être ouverte «à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché en question et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée, du moment où est manifestée la volonté du pouvoir adjudicateur susceptible de comporter des effets juridiques». Pour apprécier la régularité des recours internes offerts au soumissionnaire, il y a toutefois lieu d'avoir aussi égard à la procédure en référé devant le juge judiciaire.

⁽⁴⁵⁾ C.E., 15 juin 2000, cité.

⁽⁴⁶⁾ Voy. notamment Civ. Namur (réf.), 2 mai 2000, cité.

⁽⁴⁷⁾ L'Etat belge avait écrit le 29 mai 2002 à la société DHIEL afin de l'informer de la décision motivée de passation de marché. L'Etat précisait toutefois que «ce document n'était transmis qu'à titre purement informatif. La présente communication ne constitue donc pas la notification prévue à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. La décision ne peut en effet être notifiée avant le 7 juin 2002 au plus tôt».



tempère toutefois cette assertion en faisant valoir qu'elle n'est émise que dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence. Le Conseil d'Etat se réserve donc expressément la possibilité de revenir sur son constat lors de l'examen du fond de l'affaire. Aurait-il lieu de douter de la régularité d'une telle clause?

Deux hypothèses doivent être distinguées. Soit on considère que le courrier envoyé par le ministre de la Défense à la société DHIEL constitue une notification, nonobstant la volonté contraire de l'autorité publique. La notification est alors assortie d'un terme suspensif. A notre sens, cette circonstance n'est toutefois pas de nature à l'invalidier, sauf à adopter une lecture extensive de l'article 117 de l'arrêté royal⁽⁴⁸⁾. Soit on ne voit dans ce courrier qu'une simple lettre d'intention qui ne vaut pas notification et qui n'entraîne, en principe, aucun effet de droit. Rien ne semble s'opposer à cette seconde piste d'interprétation, qui a l'avantage de correspondre à la volonté des parties et de permettre l'aménagement d'un délai de *standstill*, en conformité avec les exigences communautaires en la matière.

Toute commande publique ne prend cependant pas la forme d'un marché public, tel qu'il est réglementé par la loi de 1993. D'autres conventions peuvent être adoptées sur la base de procédures particulières. Cette circonstance est sans incidence sur le constat d'irrecevabilité du recours en suspension à partir du moment où un tel contrat est conclu. L'existence d'un lien conventionnel, source autonome d'obligations, est la condition nécessaire mais aussi suffisante à pareille irrecevabilité⁽⁴⁹⁾. La conclusion du contrat n'est cependant plus régie, dans ce cas, par l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Les principes généraux du droit des obligations trouvent à s'appliquer. En vertu de la règle du consensualisme, le contrat de vente ne peut être conclu s'il n'y a accord sur le prix⁽⁵⁰⁾.

A ce titre, le Conseil d'Etat a légitimement pu considérer que l'Etat était «mal fondé à se prévaloir de l'existence d'un contrat, alors qu'il se reconnaît incapable notamment d'indiquer le prix auquel (il) aurait accepté d'acheter les chenilles (...), un contrat de fournitures ne se concevant pas sans un accord sur cet élément essentiel»⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ La *ratio legis* de cette disposition était de lutter contre la soumission de la notification à des conditions suspensives, source d'insécurité juridique (M.-A. FLAMME et al., *op. cit.*, p. 1108). Le Roi n'entendait donc pas interdire, du moins à notre avis, l'utilisation d'un terme suspensif.

⁽⁴⁹⁾ A ce titre, et en matière de contrat de travail, C.E., 20 décembre 1995, n° 57.144, *Mannes*; en matière de contrat de vente, Civ. Namur, 18 septembre 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 327 et les exemples cités par P. GOFFAUX et M. LUCAS, *op. cit.*, p. 56. Voy. aussi, quant à une promesse unilatérale d'achat, C.E., 13 février 2002, n° 103.527, *Beckers*. Compar. C.E., 24 septembre 2003, n° 123.380, *Larden-Salaisons*.

⁽⁵⁰⁾ H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1938, p. 27. *Adde* M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 162 et 163.

⁽⁵¹⁾ C.E., n° 91.125, *cit.* Il va de soi, en outre, que l'irrecevabilité de la demande est limitée à la partie de la décision déjà fondue dans un acte contractuel.

Quoiqu'il en soit, l'Etat belge eût été bien en peine de démontrer l'existence d'un contrat le liant à la société DHIEL. La procédure COOPLOG n'a pas pour effet de faire naître un tel lien conventionnel entre ces deux personnes.

B. LES BORNES DU RÉFÉRÉ JUDICIAIRE

Selon une jurisprudence établie, la Cour de cassation utilise le critère de l'objet réel de la demande afin de départager les attributions respectives des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat lorsqu'est en cause un acte administratif unilatéral⁽⁵²⁾. Dès lors que le soumissionnaire postule la reconnaissance d'un droit subjectif – essentiellement le droit à être traité de manière non discriminatoire⁽⁵³⁾ – et non uniquement l'illégalité de l'acte administratif critiqué, le juge des référés judiciaire se reconnaît compétent pour statuer sur la régularité de cet acte. Rien n'exclut donc que tant le Conseil d'Etat qu'un président de tribunal de première instance soient saisis concurremment, et en urgence, d'une même décision administrative⁽⁵⁴⁾. Inversement, rien ne l'impose⁽⁵⁵⁾.

En revanche, doit être écartée la demande dont l'objet porte, en réalité, sur la suspension de la décision administrative en attendant que le Conseil d'Etat se prononce sur le recours dont il a été saisi. L'objet véritable du litige n'est plus dans ce cas l'obtention de mesures provisoires dans l'attente qu'une juridiction de fond statue sur la reconnaissance de droits subjectifs, et excède donc la compétence du pouvoir judiciaire⁽⁵⁶⁾. Dans cette lignée, l'ordonnance commentée précise que les mesures provisoires requises par la société VAREC le sont dans l'attente d'une action au fond, qui n'est pas le recours en annulation pendant, à cette époque, devant le Conseil d'Etat, mais bien celle qu'il conviendra de mener éventuellement devant le juge judiciaire⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵²⁾ Cass., 22 décembre 2000, *Pas.*, I, p. 720; Bruxelles, 25 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 68. Dans le même sens, J. ENGLEBERT, «Le référé judiciaire : principes et questions de procédure», in J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH (dir.), *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2003, p. 9. Compar. F. MOTULSKY et M. BOBRUSCHKIN, «Récents développements du droit des étrangers devant les juridictions de référé civil», *J.T.*, 2001, p. 99. Ce critère était déjà présent dans les travaux préparatoires de la loi du 19 juillet 1991 comme le relève P. LEWALLE (*op. cit.*, p. 468).

⁽⁵³⁾ Bruxelles, 30 janv. 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 505; Civ. Namur (réf.), 6 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 958, note D. LAGASSE, «Les bus wallons en justice (*bis*). Ou de la sauvegarde en référé des droits du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'un marché public».

⁽⁵⁴⁾ C.E., 7 février 2002, n° 103.338, *Wouters*, *R.W.*, 2002-2003, p. 585. Sur l'influence d'une décision judiciaire sur l'intérêt à agir devant le Conseil d'Etat, voy., notamment, C.E., 12 décembre 2001, n° 101.748, *S4 HULDBRIDGE*; Civ. Bruxelles (réf.), 13 janvier 2005, *Journ. Proc.*, 2005, n° 495, p. 30.

⁽⁵⁵⁾ C.A., 30 juin 1999, n° 79/99.

⁽⁵⁶⁾ Liège, 20 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1055; Bruxelles, 24 septembre 2002, *Entr. et Dr.*, 2003, p. 153; Civ. Liège (réf.), 12 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 722 et note P. MARTENS, «Détection et Constitution».

⁽⁵⁷⁾ Qui ne doit pas nécessairement être saisi à ce moment. A ce sujet, voy. toutefois C. J.C.E., 15 mai 2003, *cit.*, p. 100.



a. *L'urgence*

L'urgence est la condition de la compétence du juge des référés⁽⁵⁸⁾. Elle ne saurait être confondue avec la notion d'intérêt à agir, d'ordre plus général, et conçue comme une condition de recevabilité de la demande⁽⁵⁹⁾. L'urgence s'apprécie au moment où le président statue⁽⁶⁰⁾. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, relayée par la doctrine, elle «ne requiert pas que le demandeur ait déjà subi un dommage; il suffit qu'il soit sous la menace d'un péril sérieux»⁽⁶¹⁾.

L'ordonnance commentée s'inscrit dans la droite ligne de ces considérations. Le fait que le document produit par la NAMSA – le *Request for Proposal* – ne serve qu'à une simple prospection du marché et qu'il ne constitue pas encore un appel d'offres est impuissant à écarter le risque de préjudice qui pèse dès ce moment sur la société VAREC. Il existe en effet une procédure dans laquelle s'insère le document et qui vise à attribuer le marché militaire. La Présidente rappelle alors les antécédents de l'affaire à l'appui de sa motivation. Ceux-ci dénotent une volonté dans le chef de l'Etat belge de «procéder le plus rapidement possible à l'achat de patins de chenilles neufs».

Si l'imminence de la conclusion du marché est probable, reste à démontrer en quoi celle-ci risquerait de porter atteinte aux droits présumés de la société VAREC. L'ordonnance poursuit en ces termes : «l'Etat belge estime que la seule norme de qualité qui serait acceptable serait celle qui bénéficie de la garantie d'origine du fabricant ou de l'agrégation par la BWB. Même si l'Etat belge dit savoir officiellement que seul un fabricant peut se prévaloir de cette condition, il a besoin d'une confirmation officielle pour pouvoir poursuivre la procédure». Faut-il préciser que l'entreprise pressentie est la société DHIEL ?

Dans l'examen de la cause qui lui est soumise, le juge des référés doit encore procéder à ce qu'il est convenu d'appeler une balance des intérêts en présence. La question de savoir si les intérêts contradictoires des parties influencent la condition de l'urgence ou ne doivent être appréhendés que lors de l'examen des mesures provisoires postulées demeure discutée⁽⁶²⁾. L'ordonnance commentée se range à la seconde option. L'urgence est

constatée sans que le juge n'ait mis en balance les intérêts respectifs du demandeur et du défendeur.

L'examen de la balance des intérêts aurait pu, dès ce stade, couper court à toute contestation. Lorsqu'une autorité administrative est en cause, les intérêts en présence ne peuvent être traités de la même manière que lorsque le conflit oppose deux particuliers. Les prérogatives de la puissance publique sont en jeu⁽⁶³⁾. Or, la célérité avec laquelle la procédure avait été menée était justifiée par la nécessaire mise à niveau, en termes de sécurité, des chars de l'armée belge⁽⁶⁴⁾.

b. *Les mesures provisoires*

Si les mesures provisoires doivent s'inscrire dans un contentieux de type subjectif, encore faut-il qu'elles n'excèdent pas, en raison de leur contenu, les limites de la compétence du pouvoir judiciaire. Ce dernier ne peut empiéter, même partiellement, sur la sphère discrétionnaire de l'administration. Le principe de la séparation des pouvoirs s'y oppose⁽⁶⁵⁾. Le juge des référés ne peut contraindre l'administration à adopter un comportement que dans la mesure où ce dernier s'impose légalement à elle comme une compétence liée et ce, en vertu d'une règle précise ou de l'obligation d'adopter un comportement généralement prudent⁽⁶⁶⁾. Ce n'est pas à dire que le contrôle du juge des référés ne puisse s'étendre aux actes discrétionnaires d'une autorité administrative, mais celui-ci se limitera alors à une appréciation marginale⁽⁶⁷⁾. En toute hypothèse, les mesures qu'il ordonnera se cantonneront au strict nécessaire⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶³⁾ «Suspendre l'exécution d'un acte administratif est chose grave : en le faisant le juge des référés tient en échec le 'privilège du préalable', c'est-à-dire la force exécutoire de l'acte administratif; qu'outre l'urgence – qui doit être démontrée ici comme en toute matière – il appartient au juge des référés de n'ordonner le sursis à exécution d'un acte administratif que s'il apparaît, d'une part, que la mise en œuvre de la décision administrative crée ou fait craindre effectivement un dommage irréparable ou déraisonnable et s'il s'avère, d'autre part, que les griefs d'illégalité adressés à cet acte sont sérieux et constitutifs d'une illégalité apparente», Civ. Liège (réf.) 14 mai 1991, cité par P. LEVERT, *op. cit.*, p. 369. Adde P. THIEL, «Les recours des tiers dans les marchés publics : éléments de jurisprudence», *J.T.*, 1997, p. 336.

⁽⁶⁴⁾ Compar. C.J.C.E. (réf.), 22 avril 1994, *Commission c. Belgique*, C-87/94, *J.T.D.E.*, 1994, p. 88. Dans cet arrêt, la Cour de justice de Luxembourg, elle aussi statuant en référé, refuse de donner gain de cause au soumissionnaire évincé au motif que la sécurité des passagers nécessitait le remplacement sans délai d'autobus qui ne répondaient plus aux conditions minimales imposées à cet effet.

⁽⁶⁵⁾ Cass., 19 avril 1991, *Pas.*, I, p. 851; Civ. Liège (réf.), 26 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 520, note J.-M. DERMAGNE. Adde P. LEVERT, «L'intervention du juge des référés dans le droit administratif», *loc. cit.*, p. 367.

⁽⁶⁶⁾ Cass., 4 mars 2004, *J.T.*, 2004, p. 382. Dans le même sens, P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 316; J. VANDEN EYNDE et J.-M. WOLTER, *op. cit.*, p. 710. Compar. Ph. LEVERT, *op. cit.*, p. 374.

⁽⁶⁷⁾ «Là où l'autorité compétente dispose d'un véritable pouvoir d'appréciation, elle doit se plier à cette règle fondamentale de compétence liée qui a pour objet l'application d'un traitement égal de tous les soumissionnaires par rapport à la mise en œuvre des appréciations à réaliser» (Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, «L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages et intérêts», in *Liber amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 720).

⁽⁶⁸⁾ Par exemple, le juge des référés débouterait le soumissionnaire qui, bien qu'invokant une irrégularité manifeste, n'avait quoiqu'il en soit aucune chance d'être l'attributaire du marché (*Ibid.* p. 730).

⁽⁵⁸⁾ Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, I, p. 1045; Cass., 10 avril 2003; G. DE LEVAL, «Le référé en droit judiciaire privé», *Act. Dr.*, 1992, p. 865. Si l'urgence est invoquée à tort, le juge devra déclarer la demande non fondée (Cass., 6 mai 1991, *Pas.*, I, p. 788). En outre, l'urgence est un élément constitutif du bien-fondé de la demande (J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Droit judiciaire privé : Examen de jurisprudence : 1985-1998», *R.C.J.B.*, 1999, p. 157). Pour une critique de cette jurisprudence, voy. Civ. Namur, 28 mars 1991, *J.T.*, 1991, p. 586.

⁽⁵⁹⁾ Comme le rappelle la Présidente du Tribunal de Première instance de Bruxelles, l'intérêt doit être né et actuel dans le chef du demandeur. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il n'est toutefois pas requis qu'à ce moment le demandeur ait subi le préjudice (Cass., 29 février 1996, *Pas.*, I, p. 90).

⁽⁶⁰⁾ Liège, 16 février 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 230; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 337.

⁽⁶¹⁾ G. CLOSSET-MARCHAL, «L'urgence», in J. VAN COMPERNOLLE (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 21. Dans le même sens, Cass., 26 février 1996, *Pas.*, I, p. 90.

⁽⁶²⁾ A ce sujet, voy. P. LEVERT, «L'intervention du juge des référés dans le droit administratif» in J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH, *Le référé...op. cit.*, p. 369.



Seul un examen du fond du droit permettra au juge de définir s'il peut, ou non, faire droit à la prétention du demandeur sans violer le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le principe de la séparation des pouvoirs⁽⁶⁹⁾. En l'occurrence, les mesures requises par la société VAREC visaient à interdire à l'Etat de passer commande des chenilles de chars selon certaines modalités. Seule la présence d'une irrégularité dans la procédure pressentie pourrait lier la compétence du ministre en ce sens que, contraint par le principe de légalité, celui-ci devrait renoncer à passer commande de cette manière. La société VAREC n'exige toutefois pas qu'il soit fait interdiction de passer commande avec toute autre entreprise, ce qui empièterait manifestement sur le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative⁽⁷⁰⁾, mais uniquement d'utiliser une certaine procédure, qu'elle estime irrégulière, pour y parvenir⁽⁷¹⁾.

En outre, la mesure ordonnée par le juge ne saurait être à ce point large qu'elle en deviendrait générale ou réglementaire, en violation de l'article 6 du Code judiciaire. Tel n'est pas le cas dans l'instance commentée où seule l'interdiction de passer la commande selon un certain mode est requise.

Les mesures provisoires, susceptibles d'être ordonnées, demeurent donc *a priori* dans les limites des attributions du pouvoir judiciaire. Encore faut-il qu'elles puissent être adoptées par le juge des référés. L'ordonnance rappelle utilement que les mesures provisoires ne se distinguent pas quant à leur objet de celles qui peuvent être adoptées par le juge du fond. L'Etat belge n'est donc pas fondé à faire valoir dans ses conclusions le fait que l'interdiction de passer la commande selon les modalités particulières visées par le demandeur relève de la seule compétence du juge du fond.

En réalité, seuls les effets de ces deux décisions diffèrent. L'ordonnance du juge des référés n'est revêtue que d'une autorité provisoire de chose jugée qui ne lie en rien le juge du fond. Lors de l'examen du fond de l'affaire, le juge est donc libre de se départir de l'appréciation donnée par le président du tribunal. Les mesures ordonnées par ce dernier ne sauraient donc avoir pour conséquence que le préjudice subi par le défendeur ait un caractère définitif et irréparable de sorte que le juge du fond soit, en réalité, privé de tout pouvoir, sinon platonique, de remettre en cause la décision rendue au provisoire⁽⁷²⁾. Si, en l'espèce, le juge du fond demeure libre d'autoriser à nouveau l'Etat à passer la commande selon les modalités contes-

tées, il n'en demeure pas moins que l'urgence du renouvellement des chenilles est, aux dires de l'Etat, telle qu'elle devrait lui interdire de patienter jusqu'à la décision au fond pour attribuer le marché⁽⁷³⁾.

Enfin, les mesures provisoires doivent encore pouvoir se fonder sur une «apparence» de droit dans le chef du demandeur. La jurisprudence maintient un large flou sur le sens à donner à cette condition. D'une manière dominante paraît se dégager l'idée que les mesures conservatoires ne requerraient que la présence d'une apparence suffisante de droit⁽⁷⁴⁾, alors que le prononcé de mesures d'anticipation sur la décision du juge du fond supposerait l'existence d'un droit non sérieusement contestable⁽⁷⁵⁾. Dans ce contexte, la nature, conservatoire ou anticipatoire, d'une interdiction de passer commande est sujette à discussion. Le fait qu'il s'agisse d'une injonction de ne pas faire paraît anticiper sur les mesures que peut prendre le juge du fond même si l'interdiction d'aliéner est, en règle générale, présentée comme une mesure conservatoire⁽⁷⁶⁾.

L'ordonnance se contente de rappeler que, compte tenu des éléments de la cause, «la demanderesse ne peut faire valoir de droits apparents pour qu'il soit fait droit à sa demande». Le juge des référés précise cependant que les critères évoqués par l'Etat belge n'apparaissent pas *manifestement* déraisonnables⁽⁷⁷⁾. Cette distinction est, quoiqu'il en soit, assez théorique. Tant le critère de la nature des mesures provisoires que celui de l'apparence plus ou moins fondée des droits du demandeur laissent, en réalité, un très large pouvoir d'appréciation au juge des référés⁽⁷⁸⁾.

II. Le principe d'égalité des soumissionnaires

Le principe de l'égalité des chances entre les soumissionnaires est consacré tant par la réglementation européenne que par la législation belge relatives aux marchés publics⁽⁷⁹⁾. Deux applications de ce principe retiennent

⁽⁷³⁾ Dans le même sens, mais en matière de contentieux électoral, J.-T. DEBRY, «Elections honnêtes : le juge et l'électeur face à la loi et sa machine», note sous Civ. Bruxelles (réf.), 15 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 350 et s.

⁽⁷⁴⁾ Cass., 29 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 84. Conclusions du Procureur Général J. VELU sous Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, I, p. 915. En matière administrative, plus particulièrement, voy. Civ. Liège (réf.), 14 mai 1991 cité; Civ. Namur (réf.), 6 décembre 2002, *Journ. Proc.*, 2002, liv. 448, p. 20.

⁽⁷⁵⁾ Civ. Bruxelles, 17 janvier 2001, cité par J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 41.

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, p. 44.

⁽⁷⁷⁾ Le juge des référés s'exprime comme suit : «La demanderesse n'établit pas *prima facie* qu'il serait manifestement impossible de trouver une justification objective et raisonnable à une telle condition de qualité».

⁽⁷⁸⁾ J. VAN COMPERNOLLE, «Introduction générale» in J. VAN COMPERNOLLE (dir.), *op. cit.*, p. 12.

⁽⁷⁹⁾ La base légale communautaire se situe tant dans les traités fondateurs (art. 6, 52, 59) (C.J.C.E., 22 juin 1993, *Commission c. Danemark*, C-243/89) que dans les directives spécifiques aux marchés publics (C.J.C.E., 10 mars 1987, *Commission c. Italie*, C-199/85). «Un pouvoir adjudicateur violerait le principe dont il est question s'il devait privilégier le soumissionnaire d'un Etat membre au détriment d'un soumissionnaire d'un autre Etat membre, voire du même Etat, et il ne saurait exciper du fait qu'il n'y a pas en l'espèce de discrimination en faveur de soumissionnaires nationaux» (A. MATTERA, «La politique communautaire des marchés publics : nécessité ou souci de perfectionnisme», *R.M.U.E.*, 1996/4, p. 47; P. NIHOUL, «Les marchés publics dans l'Union européenne (2001-2002)», *J.T.D.E.*, 2003, pp. 264 et s.; P. CASSIA,

⁽⁶⁹⁾ Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, I, p. 908.

⁽⁷⁰⁾ Dans le même sens, P. COENRAETS, «L'existence d'un droit subjectif comme condition de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire», note sous Civ. Namur (réf.), 24 juillet 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1252.

⁽⁷¹⁾ Sur la difficulté de mise en œuvre de ce critère dans certains contextes, voy. P. FLAMEY et J. GHYSELS, *op. cit.*, p. 131.

⁽⁷²⁾ Civ. Namur (réf.), 14 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 947 et note D. LAGASSE et E. VAN NUFFEL, «Les bus wallons en justice (bis). Ou de la sauvegarde en référé des droits du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'un marché public», J. ENGLEBERT, *op. cit.*, pp. 29 et s.

particulièrement l'attention. Quelles garanties existe-t-il à cet égard lors du choix de la procédure de passation d'un marché militaire (A)? Quel impact ce principe d'égalité a-t-il, ensuite, sur l'élaboration du cahier spécial des charges dans de telles matières (B)?

A. LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ LORS DU CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Les réglementations européenne et belge cherchent à garantir au mieux le respect de la concurrence dans les procédures de passation qu'elles imposent au pouvoir adjudicateur. Si certaines d'entre elles sont plus permissives que d'autres, aucune ne fait cependant totalement abstraction du principe d'égalité⁽⁸⁰⁾.

L'article 296, § 1^{er}, b) du Traité C.E. permet, en revanche, aux Etats membres de ne pas appliquer les règles du Traité et des directives relatives aux marchés publics lorsqu'ils envisagent de passer un marché militaire⁽⁸¹⁾. Des dispositions nationales font écho à cette faculté de dispense (a) qui risque pourtant de mener à la fragmentation des marchés et des industries au niveau national. La Commission européenne a d'ailleurs toujours eu pour *leitmotiv* de donner une interprétation restrictive à l'article 296⁽⁸²⁾. Après avoir tenté – en vain – d'abroger cet article, la Commission cherche désormais à l'assouplir (b).

a. La dispense des règles de concurrence

Selon l'article 296, § 1^{er}, b) du Traité C.E., «les dispositions du traité ne font pas obstacle (à ce que) tout Etat membre (puisse) prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires».

«Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement», *R.T.D.E.*, 2002, pp. 435 et s.) En droit belge, voy., pour un aperçu général, D. BATSELE, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 46 et s.

⁽⁸⁰⁾ Voy., notamment, V. VANDEN ACKER, «La nouvelle réglementation des marchés publics : publicité et mise en concurrence, quels changements apportés par les nouveaux textes?», *C.D.P.K.*, 1997, pp. 197 et s.; A.-L. DURVIAUX, «Etendue du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur dans le cadre de la passation d'un marché selon une procédure négociée», note sous Bruxelles, 17 mars 1999 et C.E., 7 juillet 1998, n° 74.947, *Siemens, Entr. et Dr.*, 2002, pp. 83 et s. On fait ici sciemment abstraction de l'article 4 des directives 92/50, 93/36 et 93/37, qui exclut de leur champ d'application les marchés publics qui ont une certaine connotation militaire (Voy. également l'article 14 de la directive 2004/18). Pour une application de cette disposition, voy. C.J.C.E., 16 octobre 2003, *Commission c. Belgique*, C-252/01.

⁽⁸¹⁾ On ne traite pas ici de l'article 297 du Traité, qui vise des circonstances exceptionnelles de trouble, liées à la sécurité publique. Cette disposition ne semble pas pouvoir être utilisée dans des circonstances politiques normales. Pour une interprétation plus extensive de l'article 297, voy. toutefois les conclusions de l'avocat général G. COSMAS du 23 mars 2000 dans l'affaire C-423/98, *Albore*.

⁽⁸²⁾ Commission d'enquête parlementaire sur les commandes militaires, Rapport, *Doc. parl.*, Ch., sess.ord. 1993-1994, n° 954/13, p. 163.

Trois dispositions de la loi du 24 décembre 1993 font écho à cette cause de dispense⁽⁸³⁾. L'article 3, § 3, établit que le Roi peut soumettre à des modes de passation et à des règles générales d'exécution modifiés des marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 296, § 1^{er}, b), du Traité⁽⁸⁴⁾.

En outre, selon l'article 3, § 4, de la loi de 1993⁽⁸⁵⁾, certains marchés publics sont dispensés du respect de toutes les autres dispositions de la loi, à l'exception de l'article 6. Il s'agit des marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 296, § 1^{er}, b), du Traité C.E., et qui sont à passer, par le ministre ou par l'autorité mandatée à cette fin⁽⁸⁶⁾, dans le cadre d'une coopération internationale de quelque nature que ce soit, réunissant majoritairement des Etats membres de l'Union européenne ou de l'OTAN⁽⁸⁷⁾.

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de la loi-programme du 27 décembre 2004⁽⁸⁸⁾, l'article 17, § 2, 1^o, b) de la loi précitée dispose qu'il peut être recouru à la procédure négociée sans publicité, si possible après consultation de plusieurs fournisseurs ou prestataires, lorsque le marché à passer a pour objet des travaux, fournitures ou services déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, ou lorsque la protection des intérêts essentiels du pays⁽⁸⁹⁾ l'exige. L'article vise précisément les marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 296 du Traité C.E.⁽⁹⁰⁾ ainsi que les marchés publics de services en matière de transport aérien et maritime pour les besoins du Ministère de la Défense⁽⁹¹⁾.

⁽⁸³⁾ On n'envisage pas ici l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 qui se situe sur un terrain quelque peu différent. Voy. par exemple M.A. FLAMME et al., *op. cit.*, p. 82; C. DE CONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*, t. 1, *Algemene inleiding*, Anvers, Maklu, 2001, p. 35; M.-A. FLAMME, «La loi du 23 décembre 1993 sur les marchés publics : révolution ou européanisation», *J.T.*, 1994, p. 390.

⁽⁸⁴⁾ Sur cet article, voy. P. LEWALLE, «La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et les mesures d'exécution», in *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit, 1997, pp. 43 et 44.

⁽⁸⁵⁾ Ce paragraphe 4 a été inséré dans la loi du 24 décembre 1993 par l'article 241 de la loi du 12 août 2000 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses, *M.B.*, 31 août 2000.

⁽⁸⁶⁾ Qui doit cependant être une autorité de droit belge.

⁽⁸⁷⁾ Voy. X., *Vademecum voor overheidsopdrachten...*, *op. cit.*, p. 34/27.

⁽⁸⁸⁾ Art. 500 et 501 de la loi-programme du 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 décembre 2004, entrée en vigueur le même jour.

⁽⁸⁹⁾ Il convient de remarquer qu'une modification a été apportée au plan de la terminologie afin que la disposition actuelle soit conforme au texte de la nouvelle directive européenne 2004/18.

⁽⁹⁰⁾ En réalité, le texte du nouvel article reprend en des termes positifs l'exception concernant les marchés faisant l'objet d'une procédure négociée que prévoyait jusqu'à l'entrée en vigueur de ladite loi-programme l'article 3, § 3 de la loi du 24 décembre 1993. Sur ce point, voy. F. SCHOUPS, «In verband met militaire bestellingen en de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten», *Entr. et dr.*, 1996, p. 429 ainsi que X., *Vademecum voor overheidsopdrachten. Aanneming van werken, leveringen en diensten*, Diegem, Kluwer, 2001, p. 34/26 et 34/27.

⁽⁹¹⁾ Selon l'exposé des motifs de la loi-programme, cette insertion permet «de faire face aux exigences exceptionnelles et particulières propres à ces marchés de transport pour les besoins opérationnels de la défense. Les modes de passation ordinaires ne sont généralement pas appropriés pour les marchés dans ce secteur, notamment en matière de délai de réaction. La préoccu-



1. Le champ d'application du principe

En droit belge, trois conditions doivent être réunies pour que le pouvoir adjudicateur puisse s'exonérer du respect de l'essentiel des règles prévues par la loi de 1993. Les deux premières conditions sont établies par l'article 296 du Traité lui-même. La dernière ne découle que de l'article 3, § 4, de la loi de 1993. Cette dernière précise donc la réglementation communautaire, sans pour autant la violer. Le Traité n'établit qu'une faculté dans le chef des Etats membres d'user de cette dispense. Il ne saurait être reproché à l'un d'eux d'établir des conditions plus restrictives à cet égard.

La faculté de dérogation offerte aux Etats membres ne peut, tout d'abord, concerner que les produits repris dans une liste adoptée par le Conseil le 15 avril 1958 mais non publiée⁽⁹²⁾. *A contrario*, les produits non expressément visés devraient être pleinement soumis aux règles du Traité de Rome⁽⁹³⁾.

Cette liste n'a cependant jamais été actualisée et est, plus que vraisemblablement, aujourd'hui dépassée⁽⁹⁴⁾. Son caractère obsolète a favorisé l'émergence de versions officieuses, au contenu plus large que l'originale, et qui sont, de surcroît, interprétées de manière extensive par les Etats membres⁽⁹⁵⁾. «Tous les armements nouveaux ou améliorés, qui n'existaient pas à l'époque où ladite liste fut dressée, (devraient donc) en principe (être) susceptibles de donner lieu à des dérogations unilatérales aux règles du traité»⁽⁹⁶⁾. Comme le relève encore O. LHOEST, «un consensus paraît s'être dégagé pour soustraire aux règles du traité le commerce et la production des armes *en général*»⁽⁹⁷⁾.

Les Etats ne peuvent ensuite recourir à cette faculté de dispense que lorsqu'il s'agit pour eux de protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat⁽⁹⁸⁾. Cette notion couvre à la fois la sécurité intérieure⁽⁹⁹⁾ et extérieure de

l'Etat membre⁽¹⁰⁰⁾. Sous peine «de porter atteinte au caractère contraignant et à l'application uniforme du droit communautaire»⁽¹⁰¹⁾, l'interprétation de cette condition doit toutefois être restrictive. Selon la Cour, il n'y a pas lieu d'exonérer du respect des règles du traité *toute* mesure prise au titre de la sécurité publique⁽¹⁰²⁾. La distinction proposée est d'un usage malaisé⁽¹⁰³⁾. Quoiqu'il en soit, l'achat de matériels militaires n'est pas, dans tous les cas, motivé par des raisons primordiales de sécurité. Des objectifs de type historique ou de prestige peuvent aussi justifier de telles acquisitions.

Enfin, si l'Etat belge veut faire application de l'article 3, § 4, de la loi du 24 décembre 1993, il faut encore que le passation du marché public se déroule dans le cadre d'une coopération internationale, réunissant majoritairement des Etats membres de l'Union européenne ou de l'OTAN. Cette coopération peut être «de quelque nature que ce soit». L'expression a été insérée en 2001. Selon les travaux préparatoires, elle entendait couper court aux hésitations, relatives à la nature de la coopération envisagée, et qui auraient pu mettre en danger l'insertion de la Belgique «dans l'Europe de la Défense en cours de construction»⁽¹⁰⁴⁾. En effet, «une interprétation restrictive (du terme coopération) risque (...) de rendre impossibles bon nombre de coopérations internationales (...) qui ne comportent pas de participation à la recherche, au développement ou à l'industrialisation»⁽¹⁰⁵⁾. Comme nous allons le voir, la précision apportée par le législateur en 2001 relaie cependant étonnamment les motivations de l'arrêt de suspension rendu par le Conseil d'Etat le 1^{er} décembre 2000.

pation du ministère de la Défense est donc que ces prestations visant notamment le déploiement de personnel et des moyens matériels et le soutien des missions et des opérations à l'étranger soient attribuées selon une règle appropriée prévue dans la loi du 24 décembre 1993». (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1438/001, p. 305).

⁽⁹²⁾ Pour une énumération exemplative des produits qui figureraient dans cette liste, voy. A. MATTERA, *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990, 2^{nde} éd., p. 602. Voy. également Commission d'enquête parlementaire sur les commandes militaires, Rapport, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1993-1994, n° 954/13, pp. 162 et s. Le but de cette liste était essentiellement de limiter la liberté interprétative des Etats (P. QUERTAINMONT, «Marchés de la défense et compensations économiques au profit de l'industrie belge», *Rev. Dr. ULB*, 1998, p. 90; A. MATTERA, *op.cit.*, p. 608; P. GILSDORF, «Les réserves de sécurité du Traité C.E.E. à la lumière du Traité sur l'Union européenne», *R.M.U.E.*, 1994, p. 17).

⁽⁹³⁾ Le cas échéant, l'Etat membre pourrait toujours invoquer l'article 30 du TCE.

⁽⁹⁴⁾ Commission d'enquête parlementaire sur les commandes militaires, Rapport déjà cité, p. 163.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*, p. 163.

⁽⁹⁶⁾ O. LHOEST, «La production et le commerce des armes, et l'article 223 du Traité instituant la Communauté européenne», *R.B.D.I.*, 1993, p. 190.

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*, p. 190.

⁽⁹⁸⁾ Commission d'enquête parlementaire sur les commandes militaires, rapport, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1993-1994, n° 954/13, p. 159. Sur les raisons d'être fondamentales de l'insertion de l'article 296 dans le Traité instituant la Communauté européenne et son maintien dans le cadre de l'Union européenne, voy. O. LHOEST, *op. cit.*, pp. 178 et s.

⁽⁹⁹⁾ C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84.

⁽¹⁰⁰⁾ C.J.C.E., 26 octobre 1999, C-273/97, *Sirdar*, pt 17. Voy. encore C.J.C.E., 4 octobre 1991, *Richardt*, C-367/89, pt 22; C.J.C.E., 17 octobre 1995, *Leifer*, C-83/94, pt 26.

⁽¹⁰¹⁾ C.J.C.E., 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, pt 16; C.J.C.E., 15 mai 1986, déjà cité, pt 26.

⁽¹⁰²⁾ C.J.C.E., 11 janvier 2000, déjà cité, pt 16.

⁽¹⁰³⁾ La Commission européenne a admis le recours à l'article 296 du Traité afin de justifier des aides d'Etat accordées à une entreprise construisant essentiellement des navires militaires «en raison de la protection des intérêts essentiels de la sécurité de (l'Etat qui) exige, entre autres, le maintien d'une capacité minimale dans le secteur de la construction des navires de guerre». Ces aides ne peuvent affecter la concurrence à l'égard des produits non spécifiquement militaires (Décision de la Commission du 17 mars 1999 sur les mesures prises et envisagées par le Land de Brême en Allemagne, en faveur de Lürssen Maritieme Beteiligungen GmbH & Co K.G., *J.O.C.E.*, 24 novembre 1999, n° L-301, p. 8). Selon l'avocat général COSMAS (conclusions du 23 mars 2000, citées), la défense des intérêts nationaux d'ordre militaire est «un aspect spécifique de l'intérêt public national, directement lié à la notion même de souveraineté de l'Etat. (Il) présente certaines particularités qui le distinguent des autres dimensions que présente la sécurité publique, si l'on admet que la sécurité publique est un concept d'ordre général, qui inclut, entre autres, les mesures étatiques, les décisions et les politiques qui regardent les intérêts et exigences d'ordre militaire d'un Etat membre». L'avocat général est cependant contraint de constater que seuls les articles 296 et suivants établissent, au profit des mesures prises dans l'intérêt militaire, un régime dérogatoire au régime, déjà particulier, octroyé aux mesures prises au titre de la sécurité publique. La définition du champ d'application de ces mesures extrêmement dérogatoires se fait donc par référence, notamment, à l'article 296 du Traité. Le raisonnement tourne en rond.

⁽¹⁰⁴⁾ Projet de loi programme, amendements, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2000-2001, n° 1262/002, p. 2.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibidem*, p. 2.



2. La portée du principe

L'article 296, § 1^{er}, b), du Traité ne fait que reconnaître une faculté dans le chef de l'Etat de se dispenser de l'application des règles européennes en matière de passation des marchés publics. En revanche, l'article 3, § 4, de la loi exclut sans autre nuance du champ d'application du droit commun les marchés militaires, couverts par l'article 296 du Traité, s'ils sont conclus selon une procédure de coopération internationale. Pour le législateur, ces marchés ne peuvent donc être soumis à la loi de 1993, hormis à son article 6. Le premier arrêt en suspension gagne à être analysé sous cet aspect.

Le Conseil d'Etat y suspend l'exécution de la décision de passer la commande de chenilles via la procédure COOPLOG, en raison du défaut de motivation de l'acte administratif attaqué⁽¹⁰⁶⁾. En tant qu'acte administratif individuel, la décision devait en effet être soutenue par une motivation formelle établissant, en fait et en droit, ses fondements.

Dans cette optique, le Conseil d'Etat considère, à juste titre, que le ministre de la Défense devait énoncer les éléments de fait qui lui permettaient de considérer qu'au marché envisagé pouvait s'appliquer l'article 296, § 1^{er}, b), du Traité. Le degré de précision dans la motivation doit toutefois se concilier, dans ce cas, avec le respect dû aux exigences de sécurité de l'Etat⁽¹⁰⁷⁾. En outre, le ministre devait constater que la COOPLOG constituait bien «le cadre d'une coopération internationale réunissant majoritairement des Etats membres de l'Union européenne ou de l'OTAN» et ce, afin de répondre aux conditions d'application de l'article 3, § 4, de la loi de 1993.

Le ministre n'appuie pourtant sa décision que sur deux éléments, étrangers à ces exigences. Le recours à la COOPLOG est justifié tant par le caractère habituel d'une telle procédure que par le souci d'éviter toute situation litigieuse qu'aurait pu créer le recours à une procédure négociée. Ces éléments ne motivent pas adéquatement la décision du ministre.

Le Conseil d'Etat va cependant plus loin. Il souligne que, «même si le marché avait été de ceux visés à l'article 3, § 4, rien n'indique que la partie adverse aurait été tenue de recourir à cette coopération internationale pour le conclure». L'accord de coopération COOPLOG n'impose pas aux Etats parties de recourir à la procédure qu'il met sur pied pour la livraison de pièces de rechange. Le ministre avait donc le choix de conclure ce marché selon une procédure régie par le droit commun de la loi de 1993 ou selon la procédure COOPLOG. Selon le Conseil d'Etat, la décision n'est pas assez motivée en ce qu'elle

n'explique pas pourquoi le ministre a porté en définitive son choix sur cette procédure extraordinaire.

Le degré exigé dans la motivation est ici poussé très loin. Il ne suffit pas à l'autorité administrative de démontrer qu'elle est bien dans les conditions légales pour utiliser la procédure dérogatoire au droit commun. Il faut encore qu'elle prouve, en opportunité, la validité de son choix⁽¹⁰⁸⁾. L'autorité n'est pourtant pas tenue de justifier pourquoi elle choisit un appel d'offres plutôt qu'une adjudication, ou l'une de ces deux procédures sous la forme restreinte en lieu et place d'une procédure ouverte⁽¹⁰⁹⁾. Ce choix lui est, en effet, ouvert sans que la loi n'y impose de conditions particulières. Bien que le Conseil d'Etat s'en défende, cette obligation de motivation pourrait encore heurter certains intérêts supérieurs, comme le secret défense⁽¹¹⁰⁾.

Deux réactions politiques ont, semble-t-il, relayé cet arrêt. D'une part, l'article 3, § 4, de la loi de 1993 établit désormais que l'accord de coopération peut être de quelque nature que ce soit. Cette précision ne semble cependant pas être en mesure d'invalidier l'exigence de motivation pour le cas où cet accord n'est que facultatif. D'autre part, l'arrêté royal portant exécution de l'article 3, § 4, impose dorénavant que le Conseil des ministres se prononce sur l'opportunité de recourir à pareille procédure internationale pour l'attribution d'un marché⁽¹¹¹⁾.

Les dérogations aux règles communautaires peuvent affecter, de manière temporaire ou permanente, toutes les dispositions du Traité de Rome. Selon le tribunal de première instance des Communautés, elles peuvent exempter l'Etat du respect des règles de concurrence et consister, notamment, en des restrictions d'exportation, l'octroi de droits spécifiques, le maintien d'un monopole étatique ou encore l'octroi d'aides et de subventions publiques⁽¹¹²⁾. Rien ne s'oppose donc à ce que l'article 296, § 1^{er}, b), permette aussi de déroger à l'intégralité des règles applicables aux marchés publics. Deux restrictions entourent cependant l'exercice par les Etats membres de leur pouvoir d'appréciation.

⁽¹⁰⁸⁾ Pourtant, la motivation doit uniquement permettre de démontrer *de facto* et *de jure* que l'acte adopté entre bien dans les prévisions de la disposition légale sur la base de laquelle il se fonde (M. BOES, «Overheidsopdrachten en het ruimere bestuursrecht» in J. HERBOTS (dir.), *Overheidsopdrachten. Een juridische en economische benadering*, Bruges, Die keure, 1997, p. 27. En matière de procédure négociée sans publicité, voy. dans le même sens, C.E., 10 avril 1998, n° 73.042, *Watco*. La motivation doit permettre à l'administré de savoir s'il est utile de s'opposer à la décision quant à ses motifs (C.E., 31 mai 1995, n° 53.470, *Mathijs*).

⁽¹⁰⁹⁾ D. BATSELE et al., *op. cit.*, p. 185; J. STEVENS, «De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten», *Entr. et Dr.*, 1995, p. 118. *Contra* I. OPDEBEEK et A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Bruges, Die keure, 1999, p. 225.

⁽¹¹⁰⁾ Voy. sur les limites à la transparence administrative, A.-L. DURVIAUX, «Le secret des affaires et la transparence administrative», *Rev. dr. comm.*, 1999, p. 88.

⁽¹¹¹⁾ Voy. *infra*.

⁽¹¹²⁾ Voy. l'arrêt du Tribunal n° 26/01 du 20 septembre 2003 et qui concerne l'octroi d'une aide d'Etat accordée à une entreprise italienne active dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation d'armes et de munitions.

⁽¹⁰⁶⁾ Le Conseil mettait encore en doute l'applicabilité de l'article 3, § 4, de la loi en l'absence d'un arrêté royal d'exécution, pourtant expressément prévu.

⁽¹⁰⁷⁾ Art. 4, 1°, de la loi du 28 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs. Pour un commentaire de cette disposition, voy. P. LEWALLE, «L'obligation de motiver : pour quels actes?» in R. ANDERSEN et al., *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruges, la Charte, 1992, p. 112.

L'article 296, § 1^{er}, b), du Traité prévoit que les mesures adoptées par un Etat membre sur sa base ne peuvent pas altérer les conditions de concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits qui ne sont pas destinés à des fins spécifiquement militaires⁽¹¹³⁾. Aussi, lorsque les mesures prises dans le cadre de l'article 296 ont de tels effets, les Etats ont-ils l'obligation de coopérer avec la Commission afin d'adapter ces mesures aux règles du Traité⁽¹¹⁴⁾.

L'article 298, al. 2, du Traité prévoit, quant à lui, que la Commission et tout Etat membre peuvent saisir directement la Cour de Justice en cas d'usage abusif de la faculté offerte par l'article 296⁽¹¹⁵⁾. Il semble qu'en pratique les institutions communautaires ne soient intervenues qu'en présence de mesures nationales dont le caractère «abusif» était incontestable. Même dans cette hypothèse, le recours contre ces abus supposés a connu des fortunes diverses⁽¹¹⁶⁾. En effet, un certain degré de subjectivité est toléré dans le chef de l'Etat lorsqu'il apprécie les besoins liés à sa sécurité⁽¹¹⁷⁾. Le contrôle exercé par la Cour à cet égard est donc marginal⁽¹¹⁸⁾.

La législation belge a tempéré la faculté d'exemption offerte par la disposition européenne. L'article 3, § 3, de la loi de 1993 confie au pouvoir exécutif le soin de définir l'ampleur de la dispense accordée. L'arrêté royal qui l'exécute⁽¹¹⁹⁾ confirme la préoccupation «de ne déroger pour des fournitures et des services spécifiquement militaires que d'une manière aussi limitée que possible au régime général»⁽¹²⁰⁾. Cet arrêté soumet les marchés militaires au Titre II du livre premier de la loi du 24 décembre 1993 et à l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (A.R. n° 1), sauf dispositions contraires expresses. Celles-ci ont pour objet essentiel de ne pas soumettre les

marchés visés aux règles de publicité⁽¹²¹⁾ et de normalisation européennes.

En revanche, l'article 3, § 4, établit, lui-même, le principe de l'exemption lorsqu'existe un accord de coopération. L'arrêté royal du 29 avril 2001⁽¹²²⁾ porte exécution de cet article⁽¹²³⁾. Il n'est guère plus loquace sur la réglementation à imposer dans cette hypothèse. Trois enseignements ressortent cependant de l'arrêté. L'autorisation du Conseil des ministres est requise à trois étapes successives de la procédure⁽¹²⁴⁾.

Le Conseil des ministres doit, tout d'abord, donner son autorisation quant à la conclusion de l'accord de coopération. Il tient compte, pour ce faire, des divers avantages que présente la participation à une telle coopération internationale. Avant d'entamer toute procédure, les propositions de marchés publics visés à l'article 3, § 4, de la loi sont encore soumises à l'accord du Conseil des Ministres, lorsque le montant estimé de la part belge dépasse certaines sommes⁽¹²⁵⁾. Enfin, il revient au Conseil des ministres de vérifier, à ce stade, l'applicabilité de l'article 3, § 4, de la loi et de l'article 296, § 1^{er}, b), du Traité. Plus encore, celui-ci doit se prononcer sur l'opportunité du choix d'une coopération internationale, en tenant compte notamment des avantages opérationnels, techniques, financiers et industriels susceptibles d'en découler⁽¹²⁶⁾. Cette dernière précision fait clairement référence au premier arrêt de suspension du Conseil d'Etat.

Malgré son abrogation, une dernière disposition retient notre attention. Outre l'insertion d'un § 4 dans l'article 3, la loi programme du 12 août 2000 avait ajouté un second alinéa à l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993. Cet ali-

⁽¹¹³⁾ Nous n'aborderons pas dans cette étude la problématique des produits dits à double usage. Nous renvoyons à O. LHOEST, *op. cit.*, p. 197 et s.

⁽¹¹⁴⁾ Art. 298, al. 1^{er}, TCE. Dans ce cas, la Commission examine avec l'Etat intéressé les conditions dans lesquelles ces mesures peuvent être adaptées aux règles établies par le traité.

⁽¹¹⁵⁾ En ce sens, voy. la jurisprudence de la Cour de Justice citée aux infrapaginales 95 et s.

⁽¹¹⁶⁾ O. LHOEST, *op. cit.*, p. 195.

⁽¹¹⁷⁾ En effet, comme le relève J. VERHOEVEN (*Précis de droit européen*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 1396), l'article 296 «doit être restrictivement interprété (mais) n'exclut toutefois pas qu'une certaine discrétion soit laissée à l'Etat dans l'appréciation des exigences de sa sécurité».

⁽¹¹⁸⁾ Voy. en ce sens C.J.C.E., 4 octobre 1991, précité : «L'étendue du contrôle juridictionnel exercé, relatif à l'usage abusif des pouvoirs concernés, est très limité, non seulement en raison de la terminologie de cet article (...) mais également en raison de l'objet même du litige».

⁽¹¹⁹⁾ Arrêté royal du 6 février 1997 relatif aux marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 3, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, (M.B., 25 février 1997). Cet arrêté a été pris en urgence en raison de l'impérieuse nécessité, d'une part, d'achever l'exécution de la loi du 24 décembre 1993, et, d'autre part, d'éviter une procédure d'infraction devant la Cour de justice des Communautés européennes pour la non-transposition des directives n° 92/50 et 93/36.

⁽¹²⁰⁾ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 6 février 1997. Voy. aussi Ph. QUERTAINMONT, «Marchés de la défense et compensations économiques au profit de l'industrie belge», *op. cit.*, pp. 96 et s.

⁽¹²¹⁾ Ce qui explique que ces marchés soient explicitement exclus du champ d'application de la clause de *Standstill*. Ils échappent encore aux règles de mise en concurrence dans le Cadre de l'Accord sur l'Espace économique européen, de l'AMP ou de tout autre accord international ne concernant pas le domaine de l'article 296, § 1^{er}, b), du Traité, ainsi qu'aux règles relatives à la faculté d'établir une liste annuelle de fournisseurs ou de prestataires de services sélectionnés pour les marchés se situant sous le seuil déterminé pour la publicité européenne (sur cet aspect, voy. D. D'HOOGHE, *op. cit.*, p. 131, n° 292 et 293).

⁽¹²²⁾ Comme le relève pertinemment le Conseil d'Etat dans son avis sur le projet d'arrêté, «contrairement à ce que son intitulé laisse supposer, le projet concerne uniquement le contrôle auquel est soumise la passation des marchés publics visés et non le contrôle de leur exécution». Par conséquent, on a supprimé toute référence à l'exécution dans son intitulé final relatif au contrôle préalable en matière de passation des marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 3, § 4, de la loi du 24 décembre 1993.

⁽¹²³⁾ Cet arrêté a aussi été pris dans l'urgence, motivée par le fait que «des projets d'accord de coopération internationale devraient pouvoir être soumis dans les prochaines semaines au Conseil des Ministres, notamment le programme relatif à l'avion de transport A 400 M».

⁽¹²⁴⁾ L'accord du Premier ministre remplace néanmoins celui du Conseil des ministres lorsqu'il est impossible, en raison de l'urgence, de recueillir préalablement l'accord de celui-ci. Dans ce cas, l'urgence invoquée doit être motivée formellement et le Conseil des ministres averti sans délai (article 3 de l'arrêté).

⁽¹²⁵⁾ Art. 2, § 1^{er}, al. 1^{er}, a) et b) de l'arrêté royal du 29 avril 2001. L'alinéa 2 précise la manière d'évaluer le montant de la part belge dans les propositions de coopérations internationales.

⁽¹²⁶⁾ Art. 2, § 1^{er}, dernier alinéa. Voy. également Projet de loi programme, Amendements, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2000-2001, n° 1262/002, p. 2 : «Le champ d'application de l'article 3, § 4, est strictement limité par l'article 296, (...) § 1^{er}, b), du TCE et le Conseil des Ministres a été chargé par le Roi de vérifier l'applicabilité de cet article».



néa 2 permettait au ministre compétent de mandater un autre Etat ou une organisation internationale pour passer ou exécuter un marché militaire entrant dans le champ d'application de l'article 3, § 4, de la loi ⁽¹²⁷⁾. Selon les travaux préparatoires, cette disposition offrait une solution pour les marchés publics qui, quoiqu'ils ne présentent pas l'importance des grands programmes d'équipement, relèvent néanmoins du champ d'application de l'article 296, § 1^{er}, b, du Traité et doivent, par conséquent, être confiés à un autre Etat ou à un organisme international d'approvisionnement ou de réparation ⁽¹²⁸⁾.

Ce nouvel alinéa fut toutefois abrogé par la suite. Cette suppression se justifie, à lire les travaux parlementaires, par le fait «qu'il n'est pas envisagé au stade actuel de la construction de la politique européenne de sécurité commune, que le ministre de la Défense donne mandat de conclure en son nom des accords de coopération internationale» ⁽¹²⁹⁾.

La confusion en la matière est patente. Les motivations à l'appui tant de l'insertion de l'article 6, alinéa 2, que de sa suppression en témoignent. Si certains marchés militaires doivent, tout d'abord, être passés par une autre personne que l'Etat belge, ce n'est pas en raison de l'article 296 du Traité, qui ne fait qu'établir une faculté en la matière, mais bien à cause de l'accord de coopération conclu par l'Etat. Reste néanmoins à savoir si la possibilité pour une autorité publique de permettre à un autre Etat ou à une organisation internationale de conclure en son nom et pour son compte des marchés publics tenant à la sécurité de l'Etat dont cette autorité ressortit est compatible, respectivement, avec les articles 33 et 34 de la Constitution.

Le premier de ces articles établit le principe de la souveraineté nationale. Il consacre par ailleurs la règle selon laquelle les pouvoirs sont d'attribution ⁽¹³⁰⁾. En d'autres termes, les compétences relatives à la protection de l'intégrité du territoire ne paraissent pas pouvoir être déléguées sans autre précaution à un Etat étranger. L'article 34 de la Constitution habilite, quant à lui, explicitement le législateur à attribuer à des institutions de droit international public l'exercice de certains pouvoirs déterminés. Un mandat relatif à l'achat d'équipement de défense donné par l'Etat belge à une telle organisation internatio-

nale paraît donc mieux se justifier. Si, en principe, de tels transferts ne peuvent porter que sur des pans de matières déterminés, l'évolution du droit de l'Union européenne a démontré la relativité d'une telle prescription.

L'abrogation de l'article 6, alinéa 2, fut justifiée de manière tout aussi douteuse. Cet alinéa n'entendait pas permettre au ministre compétent de donner mandat pour conclure l'accord de coopération internationale mais bien uniquement pour passer et exécuter le marché public. Affirmer que la désignation de mandataires est tout à fait irréaliste laisse alors songeur lorsqu'on sait qu'une telle procédure avait été mise sur pied dès l'accord COOPLOG de 1969, pour ne prendre que cet exemple.

b. La lente émergence des règles de concurrence

Deux stratégies essentielles de contournement des règles contenues dans l'article 296, § 1^{er}, du Traité ont été mis en œuvre par la Commission européenne afin de faire pénétrer les principes de libre concurrence au sein des marchés militaires.

C'est un truisme que de souligner combien l'article 296 du Traité s'oppose au marché unique européen. Pour la Commission, d'ailleurs, l'industrie de l'armement devrait être considérée comme un secteur ordinaire ⁽¹³¹⁾ fonctionnant dans les mêmes conditions de marché que tous les autres secteurs ⁽¹³²⁾. La Commission entendait donc supprimer l'article 296, § 1^{er}, b) du Traité et rationaliser, par là, l'industrie européenne de la défense. Selon elle, un marché intégré et déréglementé de l'armement se serait progressivement mis en place ⁽¹³³⁾, engendrant des économies substantielles pour les pouvoirs publics ⁽¹³⁴⁾.

La Commission européenne dut finalement renoncer à son projet. La transposition rapide du schéma du marché unique aux marchés de l'armement était, en effet, difficilement envisageable pour des raisons techniques, stratégiques et politiques.

Pour que la concurrence règne, il faut établir des règles claires et précises de sélection des armements ⁽¹³⁵⁾. Or, dans le secteur de la défense, plusieurs matériels, parfois très différents, sont présentés lors des appels d'offre ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹²⁷⁾ «La compétence en matière de passation et d'exécution des marchés visés à l'article 3, § 4, de la loi peut faire l'objet d'un mandat, selon les modalités déterminées par le Roi, au bénéfice d'un autre Etat membre de l'Union européenne, à un pays tiers, à une organisation internationale ou à un organisme d'approvisionnement ou de réparation internationale ou à un organisme d'approvisionnement ou de réparation créé par plusieurs Etats lorsque ces marchés sont à passer dans le cadre d'une coopération internationale réunissant majoritairement des Etats membres de l'Union européenne ou de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord».

⁽¹²⁸⁾ Projet de loi portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses, Amendements, *Doc. Parl.*, Ch. sess. ord. 1999-2000, n° 756/006, p. 31; Projet de loi portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses, rapport de la Commission de la Défense nationale, *Doc. Parl.*, Ch. sess. ord. 1999-2000, n° 756/014, p. 3.

⁽¹²⁹⁾ Projet de loi programme, Amendements, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2000-2001, n° 1262/002, p. 3 et 4.

⁽¹³⁰⁾ Voy. notamment F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 2000, p. 92.

⁽¹³¹⁾ Entendu au sens de la réglementation marchés publics.

⁽¹³²⁾ H. FEDDERSEN et A.P. SILVA, «The single European Market and the Defence industry», *Nato's Sixteen Nations*, n° 1992, n° 2, pp. 13 à 16.

⁽¹³³⁾ Il est également dans l'intérêt commun que le commerce et la production en matière de défense soient complètement soumis aux disciplines du marché commun, ce qui implique notamment la suppression de l'article 296. «Avis de la Commission du 21 octobre 1990 relatif au projet de révision du Traité instituant la Communauté économique européenne concernant l'Union politique», Commission COM (90) 600 final, Bruxelles, 23 octobre 1990, p. 5.

⁽¹³⁴⁾ D'après K. HARTLAY et A. COX (*The Costs of non-Europe in Defence Procurement*, Bruxelles, décembre 1994), la non intégration du marché de la défense coûterait annuellement entre 5,5 milliards d'euros et 10,9 milliards.

⁽¹³⁵⁾ En ce sens, voy. F. WALSCHOT, «Les aspects économiques des marchés publics», in *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit, 1997, p. 176.

⁽¹³⁶⁾ Ph. QUERTAINMONT, «Le rôle économique et social des marchés publics», in *Les marchés publics à l'aube du XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 95 et s.



Le choix de ces matériels s'opère en fonction d'une combinaison complexe de critères – associant les capacités opérationnelles, le coût total estimé du programme, l'interopérabilité avec des équipements existants. Ces critères peinent à être consacrés *a priori* et de manière générale. Le maintien d'une structure entrepreneuriale concurrentielle est encore indispensable à la mise en œuvre d'une politique de libre échange. Cette dernière déclenchera cependant un processus rapide de concentration industrielle par l'intermédiaire de fusions, de cartels ou de consortiums⁽¹³⁷⁾. Dans cette perspective, la concurrence se réduirait à un affrontement entre champions européens, en situation de monopole⁽¹³⁸⁾, eux-mêmes placés sous la pression de la concurrence américaine⁽¹³⁹⁾. Enfin, les Etats membres ne semblent pas enclins, du moins pour l'instant, à renoncer aux prérogatives de souveraineté nationale que leur concède l'article 296 du Traité.

Si la proposition d'abroger l'article 296 n'a pas abouti, elle a toutefois eu le mérite de relancer la réflexion sur l'avenir des marchés de défense. Ce débat prend de l'ampleur à mesure que progresse la libéralisation d'activités technologiques connectées à l'industrie de l'armement, comme les télécommunications ou le transport⁽¹⁴⁰⁾.

Dans la lignée de son Livre Vert⁽¹⁴¹⁾, la Commission a présenté deux communications⁽¹⁴²⁾ sur les industries liées à la défense. Ces documents privilégient l'application des mesures de transparence et de non-discrimination aux marchés militaires, et prennent pour modèle le régime communautaire des marchés publics⁽¹⁴³⁾. Les principales réformes sont cependant restées lettres mortes.

Après une période de changements considérables dans le secteur de l'armement et dans le cadre institutionnel de l'Union⁽¹⁴⁴⁾, une plus grande actualité a été conférée à ces problèmes par les travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe. Celle-ci a créé un groupe de travail sur les questions de défense. Le rapport établi par ce groupe souligne

notamment que «la crédibilité de la politique européenne de défense repose sur l'existence et le développement des capacités européennes et le renforcement de la base industrielle et technologique du secteur de la défense»⁽¹⁴⁵⁾.

La Commission a publié, le 11 mars 2003, une Communication intitulée «Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipement de défense»⁽¹⁴⁶⁾. Elle entend développer une réelle politique européenne de sécurité et de défense (PESD) capable de renforcer la position de l'Europe au sein de l'OTAN⁽¹⁴⁷⁾. Pour la Commission, la mise en œuvre progressive de cette politique passe par une européanisation dans quatre domaines. Deux de ceux-ci retiennent particulièrement notre attention : la demande des équipements de défense et le marché des équipements de défense.

Les nouveaux risques en matière de sécurité sont de plus en plus gérés par des coalitions multinationales, ce qui suppose une interopérabilité entre les forces de chaque Etat⁽¹⁴⁸⁾. Il est donc nécessaire d'harmoniser les besoins militaires et de sécurité, afin d'aboutir à une homogénéisation des équipements⁽¹⁴⁹⁾. Une référence commune gagnerait à être élaborée sous la forme d'une normalisation, inspirée des travaux de l'OTAN en la matière⁽¹⁵⁰⁾. Elle a d'ailleurs été appelée de leurs vœux par l'ensemble des participants volontaires à l'élaboration d'un «manuel de normalisation dans le secteur de la défense»⁽¹⁵¹⁾.

Un cadre réglementaire adéquat est aussi nécessaire pour optimiser la passation de marchés de biens et de services par les différents Etats membres et par la future agence européenne⁽¹⁵²⁾. Cette référence pourrait contribuer à coordonner les programmes nationaux de collaboration et servir d'amorce à l'association des Etats membres qui n'y participent pas actuellement⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Rapport final du groupe de travail n° 8 sur la défense : CONV 461/02 du 16 décembre 2002, cité par la Communication de la Commission du 11 mars 2003 «Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense», COM (2003) 113 final.

⁽¹⁴⁶⁾ Communication de la Commission du 11 mars 2003 déjà citée.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 6.

⁽¹⁴⁸⁾ Commission d'enquête parlementaire sur les commandes militaires, Rapport déjà cité, p. 172. En effet, «la nouvelle politique européenne en matière de sécurité commune crée effectivement la nécessité pour les différentes Forces armées de participer de plus en plus à des programmes communs relatifs à du matériel militaire».

⁽¹⁴⁹⁾ Communication de la Commission du 11 mars 2003, précitée, p. 9.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽¹⁵¹⁾ Commission d'enquête parlementaire sur les commandes militaires, Rapport déjà cité, p. 172.

⁽¹⁵²⁾ Communication de la Commission du 11 mars 2003, précitée, p. 18 et s. L'idée de cette agence remonte à la Déclaration de Petersberg, du 19 juin 1992, voy. à ce sujet E. REMACLE, «L'UEO, européenne ou atlantique?», *Les dossiers du GRIP*, 1993, n° 183, pp. 46 et s.

⁽¹⁵³⁾ Jusqu'ici les Etats membres ont toutefois choisi de mener l'essentiel de ces travaux en dehors du Traité instituant la Communauté européenne. Les Etats membres de l'Union européenne qui font également partie du Groupe Armement de l'Europe Occidentale (GAEO), comme la Belgique, ont tenté de s'accorder sur les méthodes de passation des marchés militaires. Ceux-ci ont ouvert leurs marchés respectifs en instituant des centres nationaux d'information sur la passation de marchés et en publiant leurs besoins en matière d'armements dans leurs journaux officiels respectifs. En l'absence d'engagements contraignants, ces efforts n'ont, toutefois, pas produit tout l'effet escompté. (Communication de la Commission du 11 mars

La création d'un marché concurrentiel des équipements de défense aurait, toujours selon la communication, un avantage quasi immédiat : les accords de compensations⁽¹⁵⁴⁾ pourraient devenir totalement superflus, dans un marché progressivement libéralisé et intégré des achats militaires au sein de l'Union européenne⁽¹⁵⁵⁾. Actuellement, de telles clauses se justifient par la nécessité «de faire participer les industriels (nationaux) à des commandes publiques et d'obtenir un juste retour des devises décaissées»⁽¹⁵⁶⁾.

Le Livre Vert sur les marchés publics de la défense du 19 juillet 2004 constitue la dernière avancée de la Commission européenne en la matière⁽¹⁵⁷⁾. Deux pistes de réflexion sont avancées. Il y aurait lieu, d'une part, de recourir à une Communication interprétative de la réglementation communautaire existante «afin d'en faciliter l'application par les autorités compétentes et sa compréhension par les opérateurs intéressés»⁽¹⁵⁸⁾. Il conviendrait, de l'autre, d'établir des règles spécifiques dans le domaine de la défense, adaptées aux caractéristiques de ce secteur.

La Commission entend de la sorte compléter le cadre réglementaire communautaire par une nouvelle directive. Il s'agirait d'établir une réglementation s'appliquant aux contrats tombant *a priori* dans le champ d'application de l'article 296 du Traité, mais pour lesquels le recours à l'exception n'est pas justifié au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice.

Une plus grande sécurité juridique serait ainsi obtenue par la distinction entre les marchés couverts par les directives classiques, ceux tombant sous le coup de la nouvelle directive et ceux qui sont étrangers à tout encadrement communautaire. Une meilleure information communautaire sur ces marchés permettrait également aux industries de défense européennes de participer sur un pied d'égalité aux appels d'offre dans tous les Etats membres, alors que l'établissement de règles adaptées aux spécificités des contrats militaires assurerait la nécessaire flexibilité dans la passation de ces marchés⁽¹⁵⁹⁾.

2003 précitée, p. 12. Voy. encore Commission d'enquête parlementaire sur les commandes militaires, Rapport déjà cité, pp. 169 et s.)

⁽¹⁵⁴⁾ En Belgique, l'article 2 de l'arrêté royal du 6 février 1997 permet au Conseil des ministres de prendre en compte, en vue de l'attribution d'un marché de fournitures ou de services auquel s'applique l'article 296, § 1^{er}, b) du Traité instituant la Communauté européenne, «des considérations liées au renforcement du potentiel économique ou technologique du pays et compatibles avec le Traité instituant la Communauté européenne sous la forme de compensations industrielles».

⁽¹⁵⁵⁾ Commission d'enquête parlementaire sur les commandes militaires, Rapport déjà cité, pp. 190 et 191.

⁽¹⁵⁶⁾ Sur la question des compensations économiques, nous renvoyons à P. QUERTAINMONT, «Marchés de la défense...op. cit.», sp. p. 92 et s.; voy. aussi P. LEWALLE, «La loi du 24 décembre 1993...op. cit.», p. 44; F. SCHOUPS, «In verband met militaire bestellingen...op. cit.», pp. 429 et 430.

⁽¹⁵⁷⁾ Livre vert de la Commission du 19 juillet 2004, «Les marchés publics de la Défense», COM (2004) 608 final.

⁽¹⁵⁸⁾ Livre vert précité, p. 9.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibidem*, p. 10.

B. LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ LORS DE L'ÉLABORATION DU CAHIER SPECIAL DES CHARGES

Le cahier spécial des charges ne peut contenir des dispositions qui auraient pour effet de favoriser irrégulièrement certains candidats au détriment d'autres⁽¹⁶⁰⁾. Les arrêts commentés suscitent à ce propos une triple question. Dans quelle mesure, tout d'abord, des spécifications techniques sans équivalent peuvent-elles conditionner la régularité de l'offre d'un soumissionnaire? Le cahier spécial des charges viole-t-il ensuite le principe d'égalité lorsqu'il établit une condition à ce point précise – on la qualifiera, dans la suite de l'exposé, de «discriminante» – qu'une seule entreprise est en mesure d'y répondre de manière satisfaisante? Qu'en est-il enfin lorsque ce critère est, en outre, le critère décisif de l'attribution du marché? Ces trois questions sont agencées par ordre croissant d'irrégularité supposée. Si l'on reconnaît au pouvoir adjudicateur la faculté d'imposer des critères discriminants et décisifs, il n'y a pas lieu, *a fortiori*, de lui interdire de prévoir des procédures de vérification de la qualité de l'offre sans alternative possible même si elles peuvent favoriser l'un des soumissionnaires au détriment des autres.

La présidente du tribunal de première instance de Bruxelles et la sixième chambre du Conseil d'Etat ont eu à se saisir de pareilles questions (b). Avant de s'intéresser aux réponses qu'elles ont pu y donner, il convient de se pencher sur les principes dégagés à ce propos par la réglementation communautaire (a).

a. Les principes communautaires

1. Le régime général des spécifications techniques

Saisie sur question préjudicielle, la Cour de justice a dû récemment s'interroger sur la régularité d'un critère d'attribution particulièrement sélectif au sein d'une procédure d'appel d'offres⁽¹⁶¹⁾. La ville d'Helsinki cherchait un adjudicataire afin d'exploiter ses services de bus. Des points supplémentaires étaient attribués aux soumissionnaires répondant à des exigences environnementales spécifiques et objectivement quantifiables. La société *Concordia*, écartée du marché en raison de ses mauvaises performances à ce niveau, contestait la légalité de pareille condition. Selon ses dires, la possibilité d'utiliser des autobus au gaz, seuls susceptibles de répondre aux exigences environnementales, était en effet particulièrement limitée. L'entreprise ayant obtenu le marché (*HKL*) aurait déjà passé commande de onze autobus neufs fonctionnant au gaz, exploitant ainsi l'intégralité de la capacité de la seule station service susceptible de les ravitailler. *Concordia* en concluait donc que *HKL* était l'unique soumissionnaire réellement en mesure de remplir la condition environnementale contestée.

⁽¹⁶⁰⁾ D. D'HOOGHE, *De gunning...op. cit.*, p. 316.

⁽¹⁶¹⁾ C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Concordia*, C-513/99.



Après avoir insisté sur le principe directeur d'égalité de traitement, la Cour de Luxembourg relève néanmoins que les critères d'attribution environnementaux étaient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres. Ces critères étaient directement liés au matériel proposé et intégrés dans un système d'attribution de points. Enfin, des points supplémentaires pouvaient être accordés non seulement en raison des qualités environnementales, mais aussi eu égard à d'autres critères, comme le nombre de places assises ou la vétusté du véhicule. D'ailleurs, constate encore la Cour, *Concordia* a remporté le marché pour une autre ligne d'autobus, malgré son incapacité à produire des véhicules répondant aux conditions écologiques requises. Au vu d'un tel contexte factuel, le fait que l'un des critères retenus par l'entité adjudicatrice afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ne pouvait être rempli que par un petit nombre d'entreprises n'est pas, à lui seul, de nature à constituer une violation du principe d'égalité de traitement.

Il importe de souligner combien le contexte factuel, comme le qualifie la Cour, paraît important dans l'appréciation du critère d'attribution litigieux. La Cour insiste, en effet, sur le fait que d'autres critères entraient en ligne de compte et que seule une appréciation globale permettait de déterminer l'adjudicataire du marché⁽¹⁶²⁾. Cette prudence de la Cour tranche quelque peu avec l'avis de l'avocat général. Selon lui, interdire au pouvoir adjudicateur de mentionner certaines clauses d'attribution au motif qu'un seul entrepreneur est susceptible d'y satisfaire «aboutirait à une espèce de nivellement par le bas des critères d'attribution en écartant tous les critères véritablement sélectifs»⁽¹⁶³⁾. Pareille interdiction violerait aussi le droit pour l'adjudicateur de choisir les critères d'attribution du marché et, en définitive, le principe d'égalité, puisque, ce faisant, le pouvoir adjudicateur favoriserait les soumissionnaires qui ne sont pas susceptibles de remplir cette exigence au détriment du soumissionnaire qui le peut.

Alors que l'avocat général plaide pour la validité des critères discriminants et décisifs, pour autant que ceux-ci soient objectivement justifiés, compte tenu de la nature du marché et des besoins du pouvoir adjudicateur⁽¹⁶⁴⁾, la Cour semble se fonder sur le caractère pondéré des critères d'attribution pour justifier la régularité de la condition discriminante. Faut-il en conclure que, selon elle, un critère discriminant n'est admissible que dans la mesure où il est incapable, à lui seul, de faire basculer la décision de l'autorité adjudicatrice? Ou, au contraire, considérer

qu'une telle donnée factuelle, si elle permet de mieux assurer la régularité d'une condition discriminante, n'est pas nécessaire à la validité de celle-ci?

La seconde hypothèse nous paraît la plus cohérente et la plus respectueuse des principes qui ont été rappelés par l'avocat général. Donner raison à la première priverait de surcroît d'une grande part d'efficacité les conditions de régularité de l'offre⁽¹⁶⁵⁾. Si un critère sélectif peut entraîner, par son seul effet, l'attribution du marché à un seul des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur doit cependant être en mesure de justifier de manière rigoureuse une condition qui, de prime abord, paraît suspecte au regard du principe d'égalité. La rigueur avec laquelle le contrôle juridictionnel devrait s'opérer à l'encontre de ce critère pourrait être rapprochée, à notre sens, de celle mise en œuvre lorsqu'il s'agit d'examiner la validité du recours à une procédure négociée⁽¹⁶⁶⁾.

La réponse à la première de nos questions est donc nuancée. Il importe, dès lors, de se demander en quoi les règles qui viennent d'être dégagées affectent la validité d'une procédure de vérification de qualité qui ne connaît aucune alternative.

2. Les spécifications techniques sans équivalent

La directive fournitures établit, dans son article 8, point 6, des dispositions, reprises, par le jeu de la transposition, à l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Selon cette dernière disposition, «à moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché, il est interdit d'introduire dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises. Est notamment interdite l'indication de marques commerciales ou industrielles, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée. Toutefois, une telle indication accompagnée de la mention «ou équivalent», est autorisée lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés».

Selon la Cour de justice, l'absence, dans un avis de marché de fournitures, de la mention «ou équivalent» après une spécification technique doit être sanctionnée pour deux raisons. D'une part, parce que la directive applicable au marché exige une telle mention. De l'autre, en

⁽¹⁶²⁾ Si l'on entend lire cet arrêt en conformité avec la jurisprudence antérieure de la Cour, le critère litigieux doit encore consister en une prescription fondamentale du cahier des charges pour que son caractère irrégulier puisse affecter le principe d'égalité de traitement (C.J.C.E., 22 juin 1993, cité. Voy. également G. VANDERSANDEN, «Examen de jurisprudence (1993-1998) : Communautés européennes. Deuxième partie», R.C.J.B., 2000, p. 632.)

⁽¹⁶³⁾ Conclusions sous C.J.C.E., 17 septembre 2002, cité, pt. 154.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibid.*, pt 151.

⁽¹⁶⁵⁾ Celles-ci ne pourraient jamais être à ce point sélectives qu'elles ne permettraient qu'à un seul des soumissionnaires de déposer la seule offre régulière.

⁽¹⁶⁶⁾ Une des causes de justification du recours à une telle procédure consiste précisément dans la spécificité technique du marché à attribuer. Celle-ci est telle que la réalisation des travaux, la livraison des fournitures ou la prestation de services ne peut être l'œuvre que d'un seul entrepreneur. Sur la jurisprudence communautaire en la matière, voy. G. VANDERSANDEN, «Examen de jurisprudence... op. cit., p. 666. Adde D. DE KEUSTER, «De onderhandelingsprocedure...», op. cit., p. 690.

raison du fait qu'une telle omission peut, en violation de l'article 30 du Traité, entraver les courants d'importation dans le commerce intracommunautaire ⁽¹⁶⁷⁾. Le recours à l'article 30 du Traité permet d'étendre l'obligation de prendre en considération les données équivalentes à celles visées par le cahier spécial des charges au-delà des cas spécifiquement visés par la directive ⁽¹⁶⁸⁾.

La Cour n'a toutefois jamais eu à se prononcer sur l'hypothèse dans laquelle aucune procédure de contrôle équivalente à celle reprise dans le cahier spécial des charges n'est susceptible d'être instaurée. Au vu de la jurisprudence *Concordia*, l'omission d'une telle précision, parfaitement inutile, ne saurait être condamnée sans un examen de la cause. Il nous semble que l'interdiction prévue par la législation communautaire n'étend pas son champ d'application au cas tout particulier où une spécification technique légitime ne saurait, en toute hypothèse, bénéficier d'une alternative.

b. Application de ces principes au litige

1. Le critère de l'origine de fabrication

L'avis de prospection de la NAMSa soumis au juge des référés judiciaire imposait que le matériel soit neuf et fourni par le fabricant d'origine, un fabricant licencié ou un distributeur autorisé. La régularité de cette précision au regard de l'article 85 de l'arrêté royal pose *a priori* question. Il n'est pourtant pas inadmissible de lier la régularité de l'offre à une origine particulière du bien à fournir, puisqu'il s'agit ici de pièces de rechange dont il faut assurer la compatibilité ⁽¹⁶⁹⁾. La condition litigieuse n'est donc pas, à notre sens, contraire à l'article 85 de l'arrêté royal, qui précise que de telles spécifications peuvent être justifiées par l'objet du marché.

La Présidente du tribunal va toutefois se fonder sur une autre argumentation. Selon elle, la formule utilisée ne précise pas clairement si le fabricant d'origine visé est celui du char ou du patin de chenille. En outre, elle n'oblige pas le soumissionnaire à être lui-même fabricant du produit. Au stade où la procédure de passation se situe au moment où la Présidente est appelée à rendre son ordonnance, il n'y a donc pas de violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires. «Si le contenu de la future décision de l'Etat peut (...) être raisonnablement appréhen-

dé, au vu des antécédents du litige, il n'en est pourtant pas autant quant à son fondement légal et ses justifications». Si dans le cahier des charges – qui demeure à réaliser à ce moment –, l'Etat décide d'insérer une condition technique telle qu'elle exclura toute forme de concurrence, «il lui appartiendra d'en justifier le caractère objectif et raisonnable en fonction des circonstances particulières (...)» La motivation que l'Etat belge donnera à la décision qui semble s'annoncer n'étant pas encore connue, il est hasardeux d'anticiper sur une éventuelle illégalité.

Bien qu'il déclare la demande de la société VAREC non fondée, le juge des référés procède à une mise en garde à peine voilée envers l'Etat. Celui-ci doit se garder d'imposer une condition irréalisable pour tout concurrent de la société DHIEL, sauf à pouvoir justifier que cette condition ne viole pas le principe d'égalité. Il devrait alors établir en quoi celle-ci poursuit un but légitime qui ne peut être rencontré par d'autres moyens. L'ordonnance s'intègre ainsi dans les lignes directrices de la jurisprudence communautaire.

2. Le critère de la qualité du produit

La question de l'égalité des soumissionnaires rebondit devant le Conseil d'Etat. La sixième chambre du Conseil d'Etat, saisi du second recours en suspension, portant sur la décision d'attribuer le marché public à la société DHIEL, est amenée à s'interroger sur la compatibilité du cahier spécial des charges, désormais établi, avec le principe d'égalité.

La juridiction administrative connaît plus spécifiquement de la régularité d'une clause du cahier spécial des charges, destinée à s'assurer de la qualité des chenilles ⁽¹⁷⁰⁾. Les entreprises soumissionnaires doivent justifier de leur capacité technique par la communication d'un certificat établi par une autorité compétente d'un pays OTAN. Ce certificat doit attester que le matériel proposé a réussi avec succès l'ensemble des épreuves d'endurance, prévues pour les véhicules blindés à chenilles, selon un cycle d'essais correspondant à celui mentionné dans une directive OTAN, ou une directive équivalente ⁽¹⁷¹⁾. Dans ce dernier cas, le soumissionnaire est tenu de mentionner cette directive dans son offre de façon explicite et de démontrer son équivalence.

Le Conseil d'Etat pointe, dans un premier temps, le caractère illusoire de pareille alternative. Selon lui, au vu de la politique de standardisation menée par l'OTAN, il n'existe ni des directives semblables à celle de l'OTAN, ni d'autres installations que celles de l'armée allemande,

⁽¹⁶⁷⁾ C.J.C.E., 24 janvier 1995, *Commission c. Pays-Bas*, pt. 23-28, C-359/93, cité par P. NIHOUL, «Les marchés publics dans l'Union européenne (1995-2000)», *op. cit.*, p. 174. *Adde* P. CASSIA, *op. cit.*, p. 438.

⁽¹⁶⁸⁾ Voy. à ce titre l'arrêt de la Cour de justice du 22 septembre 1988, cité, qui invalide une clause imposant la certification des conduites en amiante au regard d'une norme nationale, établie par l'autorité nationale compétente. La Cour a estimé qu'une telle clause pouvait avoir pour effet de décourager certains entrepreneurs, susceptibles de produire ou d'utiliser des tuyaux équivalents à ceux ayant obtenu la certification de conformité aux normes nationales, à soumissionner. Pour un autre exemple d'interprétation extensive de cette directive, relative aux seuils financiers, voy. C.J.C.E., 3 décembre 2001, n° C-59/00, *J.T.D.E.*, 2002, p. 50. *Adde*, dans le même sens, C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Commission c. France*.

⁽¹⁶⁹⁾ M.-A. FLAMME et al., *op. cit.*, p. 842.

⁽¹⁷⁰⁾ Il s'agit, en réalité, d'une condition relevant de la sélection qualitative des entrepreneurs et non d'un critère d'attribution. Dans les procédures ouvertes, comme c'est le cas en l'espèce, la distinction est toutefois essentiellement théorique (D. BATSELE et al., *op. cit.*, p. 164).

⁽¹⁷¹⁾ Le cahier spécial des charges précise encore qu'il entend par là tout document applicable aux maillons type 640A du char Léopard et imposant des exigences d'un niveau de sévérité au moins égal à celui imposé par la directive susmentionnée.



destinées à faire passer les tests d'endurance. Aux yeux de la juridiction administrative, de telles exigences ne sont cependant pas déraisonnables. Le refus de prendre en considération les résultats d'essais produits par la société VAREC ne pose pas plus de problème. Ceux-ci ne portaient pas sur l'ensemble du maillon mais exclusivement sur sa partie en caoutchouc et ne sauraient donc être jugés équivalents.

En d'autres termes, si les procédés visés au cahier spécial des charges peuvent avoir pour effet de favoriser la société DHIEL, ceux-ci paraissent se justifier au regard de l'objet du marché et de l'impossibilité de garantir un degré de sécurité dans la conduite des chars d'une autre manière que par le recours aux procédés de certification définis par l'OTAN. Au vu des objectifs poursuivis, il est donc permis de se dispenser d'une procédure équivalente. Encore faut-il, pour qu'il n'y ait pas de contrariété avec l'article 85 de l'arrêté royal, que le ministre motive formellement cet aspect de la décision⁽¹⁷²⁾. Ceci ne semble pas avoir été le cas. Le Conseil d'Etat ne le relève toutefois pas.

La requérante invoque encore un autre moyen, pris du détournement de pouvoir⁽¹⁷³⁾. Selon elle, l'Etat cherchait uniquement à attribuer le marché à la société DHIEL. Elle en veut pour preuve tant les antécédents du contentieux que les spécifications du cahier spécial des charges, qui ne permettaient d'offrir régulière que de la société DHIEL. Le Conseil d'Etat concède que des éléments troublants existent. Celui-ci conclut cependant qu'au vu de la procédure d'urgence, ce moyen ne peut être considéré comme sérieux. L'Etat fournit en effet une justification aux spécifications techniques critiquées qui ne paraît pas *a priori* déraisonnable. En cas contraire, le juge des référés peut évidemment sanctionner un critère qui lui semble, *prima facie*, incohérent⁽¹⁷⁴⁾. Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat souligne que la requérante n'est plus recevable à critiquer la décision attaquée sur d'autres bases dès lors que l'irrégularité de son offre a été établie.

⁽¹⁷²⁾ D. BATSELE et al., *op. cit.*, p. 52.

⁽¹⁷³⁾ Selon G. Viseur (note sous C.E., 10 mai 1968, n° 12.955, *Tichon, R.J.D.A.*, 1969, p. 103), «il y a détournement de pouvoir lorsque le cahier des charges contient des spécifications techniques typiques d'une fabrication bien connue de l'un des soumissionnaires (...), démontrant ainsi l'intention manifeste du maître de l'ouvrage de favoriser, a priori, un fournisseur déterminé».

⁽¹⁷⁴⁾ La douzième chambre du Conseil d'Etat a ainsi pu considérer récemment que les nombreux détails concernant les armoires à fournir, contenus dans le cahier spécial des charges, détails qui correspondaient aux armoires d'un des soumissionnaires, place les autres soumissionnaires devant un préjudice concurrentiel difficilement surmontable. Ce cahier des charges viole donc le principe d'égalité et le principe de concurrence, qui interdisent de privilégier certains candidats et d'en préjudicier d'autres. Il est vrai que les spécifications étaient sans commune mesure avec le degré de complexité

Comme le juge administratif le précise en effet lui-même, le non-respect d'une condition technique rend, en principe, l'offre du soumissionnaire irrégulière⁽¹⁷⁵⁾.

Quel est le sens de ce qui paraît être un *obiter dictum* de la part du Conseil d'Etat⁽¹⁷⁶⁾? Pourquoi celui-ci daigne-t-il envisager en nuances une critique quant au détournement de pouvoir alors que le caractère non fondé de la requête a été établi par ailleurs? Sans doute faut-il considérer que le Conseil d'Etat ne pouvait épuiser la question de la régularité du cahier spécial des charges qu'en excluant que la rédaction de celui-ci fût guidée par un souci délibéré de favoritisme.

*
* *

Sous la pression intensive des autorités communautaires, les juridictions nationales devraient être appelées à se prononcer de plus en plus sur les actes administratifs préalables à la décision d'attribution du marché public. L'affaire VAREC a offert l'opportunité aux chambres francophones du Conseil d'Etat de se rapprocher partiellement de la jurisprudence dominante du côté néerlandophone. Un effort d'harmonisation en ce domaine est le bienvenu. Il sert la protection efficace des droits du soumissionnaire et est désormais facilité par la clause de *Standstill*.

Lors de la passation des marchés militaires, le principe d'égalité entre soumissionnaires est cependant fortement limité par les caractéristiques hautement techniques du matériel à fournir, ainsi que par les exigences liées à la souveraineté des Etats. A l'analyse des arrêts commentés, les règles de la motivation formelle apparaissent comme le jalon à l'aide duquel cette contradiction peut être dépassée. En attendant, du moins, les réformes promises à ce niveau par la Commission européenne...

d'une armoire! (C.E., 25 février 2003, n° 116.351, *N.V. Mewaf International, T. Gem.*, 2003, p. 288, note A. COOLSAET). Voy. également, pour un arrêt de rejet récent, C.E., 21 février 2003, n° 116.294, *S.A. Fujitsu* : «lorsque le cahier spécial des charges classe les critères par ordre décroissant d'importance, il ne doit pas nécessairement les pondérer, la pondération pouvant avoir lieu après l'ouverture des offres pour autant qu'elle respecte le principe du cahier spécial des charges et qu'elle demeure étrangère à toute manipulation tendancieuse violant le principe d'égalité» (c'est nous qui soulignons).

⁽¹⁷⁵⁾ L'article 110, §2, lu en combinaison avec l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 implique qu'un soumissionnaire qui ne remplit pas les spécifications techniques ne répond pas à une condition essentielle du cahier des charges. La nullité absolue de son offre qui doit en être déduite peut cependant être relativisée par l'administration pour autant qu'elle motive adéquatement son choix (C.E., 24 juil. 2000, n° 89.076, *Herbosch-Kiere*). Sur ce point, voy. D. D'HOOGHE, *De gunning...op. cit.*, p. 539.

⁽¹⁷⁶⁾ Ce n'est d'ailleurs pas le seul moyen auquel le Conseil d'Etat acceptera encore de répondre, chaque fois par la négative.

