

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

3 mars 2005 \*

Dans les affaires jointes C-21/03 et C-34/03,

ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduites par le Conseil d'État (Belgique), par décisions du 27 décembre 2002, parvenues à la Cour respectivement les 29 et 22 janvier 2003, dans les procédures

**Fabricom SA**

contre

**État belge,**

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. C. W. A. Timmermans (rapporteur), président de chambre, MM. C. Gulmann, J.-P. Puissochet, M<sup>me</sup> N. Colneric, et M. J. N. Cunha Rodrigues, juges,

avocat général: M. P. Léger,

greffier: M. R. Grass,

\* Langue de procédure: le français.

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

- pour Fabricom SA, par M<sup>es</sup> J. Vanden Eynde et J.-M. Wolter, avocats,
- pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement finlandais, par M<sup>me</sup> T. Pynnä, en qualité d'agent,
- pour la Commission des Communautés européennes, par MM. K. Wiedner et B. Stromsky, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 11 novembre 2004,

rend le présent

### Arrêt

<sup>1</sup> Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de

passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), telle que modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997 (JO L 328, p. 1, ci-après la «directive 92/50»), et, plus particulièrement, de l'article 3, paragraphe 2, de celle-ci, de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), telle que modifiée par la directive 97/52 (ci-après la «directive 93/36»), et, plus particulièrement, de l'article 5, paragraphe 7, de celle-ci, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), telle que modifiée par la directive 97/52 (ci-après la «directive 93/37»), et, plus particulièrement, de l'article 6, paragraphe 6, de celle-ci, ainsi que de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84), telle que modifiée par la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998 (JO L 101, p. 1, ci-après la «directive 93/38»), et, plus particulièrement, de l'article 4, paragraphe 2, de celle-ci, combinées au principe de proportionnalité, à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de propriété. Les mêmes demandes portent en outre sur l'interprétation de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), et, plus particulièrement, de ses articles 2, paragraphe 1, sous a), et 5, ainsi que de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, p. 14), et, plus particulièrement, de ses articles 1<sup>er</sup> et 2.

- 2 Ces demandes ont été présentées dans le cadre de litiges opposant Fabricom SA (ci-après «Fabricom») à l'État belge au sujet de la légalité de dispositions nationales qui, sous certaines conditions, s'opposent à ce qu'une personne chargée de travaux préparatoires dans le cadre d'un marché public ou une entreprise liée à celle-ci participe à ce marché.

## Le cadre juridique

### *La réglementation communautaire*

- 3 L'article VI, paragraphe 4, de l'accord sur les marchés publics, annexé à la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336, p. 1, ci-après l'«accord sur les marchés publics»), prévoit:

«Les entités ne solliciteront ni n'accepteront, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché.»

- 4 Aux termes de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/50:

«Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services.»

- 5 L'article 5, paragraphe 7, de la directive 93/36 prévoit:

«Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas discrimination entre les différents fournisseurs.»

6 L'article 6, paragraphe 6, de la directive 93/37 dispose:

«Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas discrimination entre les différents entrepreneurs.»

7 Aux termes de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/38:

«Les entités adjudicatrices veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services.»

8 Le dixième considérant de la directive 97/52, dont le libellé est repris en des termes en substance analogues au treizième considérant de la directive 98/4, précise:

«[...] les pouvoirs adjudicateurs peuvent solliciter, ou accepter, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence».

9 L'article 2 de la directive 89/665 prévoit:

«1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1<sup>er</sup> prévoient les pouvoirs permettant:

- a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs;

[...]»

10 Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 92/13:

«1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 8, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de passation des marchés ou les règles nationales transposant ce droit en ce qui concerne:

- a) les procédures de passation des marchés relevant de la directive 90/531/CEE

et

- b) le respect de l'article 3 paragraphe 2 point a) de ladite directive, dans le cas des entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure de passation de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres veillent à ce que les procédures de recours soient accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite l'application d'une telle procédure ait préalablement informé l'entité adjudicatrice de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours.»

11 L'article 2 de la directive 92/13 dispose:

«1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1<sup>er</sup> prévoient les pouvoirs permettant:

soit

- a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice

et

- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis de marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause;

soit

- c) de prendre, dans les délais les plus brefs, si possible par voie de référé et, si nécessaire, par une procédure définitive quant au fond, d'autres mesures que celles prévues aux points a) et b), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée.

Les États membres peuvent effectuer ce choix soit pour l'ensemble des entités adjudicatrices, soit pour des catégories d'entités définies sur la base de critères objectifs, en sauvegardant en tout cas l'efficacité des mesures établies afin d'empêcher qu'un préjudice soit causé aux intérêts concernés;

[...]»

*La réglementation nationale*

- 12 L'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics (*Moniteur belge* du 9 avril 1999, p. 11690, ci-après l'«arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996»), prévoit:

«[...]

1. N'est pas admise à introduire une demande de participation ou à remettre une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services.

2. L'entreprise liée à toute personne visée au paragraphe 1<sup>er</sup> n'est pas admise à introduire une demande de participation ou à remettre une offre, sauf si elle établit qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Au sens du présent article, on entend par 'entreprise liée' toute entreprise sur laquelle la personne visée au paragraphe 1<sup>er</sup> peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur cette personne ou qui, comme celle-ci, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est

présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise:

- 1° détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou
- 2° dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
- 3° peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Avant d'écarter éventuellement une entreprise en raison de l'avantage injustifié dont elle est présumée bénéficier, le pouvoir adjudicateur doit inviter par lettre recommandée cette entreprise à fournir dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que, selon le cas d'espèce, l'invitation n'autorise un délai plus long, des justifications portant notamment sur ses liens, sur son degré d'autonomie et sur toute circonstance permettant de constater que l'influence dominante n'est pas établie ou est sans effet sur le marché considéré.

3. Les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 ne s'appliquent pas:

- 1° aux marchés publics comportant à la fois l'établissement d'un projet et son exécution;
- 2° aux marchés publics passés par procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, paragraphe 2, de la loi.»

- 13 L'article 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*Moniteur belge* du 28 avril 1999, p. 14144, ci-après l'«arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996»), est, en substance, libellé en des termes analogues à ceux de l'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

### **Les litiges au principal et les questions préjudicielles**

- 14 Fabricom est une entreprise de travaux qui est amenée à soumettre régulièrement des offres pour des marchés publics, notamment dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

#### *Affaire C-21/03*

- 15 Par requête introduite le 25 juin 1999 devant le Conseil d'État, Fabricom demande l'annulation de l'article 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996.
- 16 Elle fait valoir que cette disposition est notamment contraire au principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires, au principe de l'effectivité d'un recours juridictionnel telle que garantie par la directive 92/13, au principe de proportionnalité, à la liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'au droit de propriété tel que prévu à l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

- 17 L'État belge conteste les moyens invoqués par Fabricom.
- 18 S'agissant de l'article 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996, le Conseil d'État indique que, selon les termes du préambule dudit arrêté royal du 25 mars 1999 et ceux du rapport au Roi qui le précède, cette disposition vise à empêcher une personne, qui souhaite se voir attribuer un marché public, de tirer un avantage, contraire à la libre concurrence, de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services relatifs à un tel marché.
- 19 Selon le Conseil d'État, cette disposition s'oppose, de manière générale et sans distinction, à la participation au marché ou à la remise des offres de la personne chargée de ces recherche, expérimentation, étude ou développement et, consécutivement, de l'entreprise réputée liée à cette personne. Elle ne laisse en outre à cette dernière, contrairement à ce qui est prévu pour l'entreprise liée, aucune possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, elle n'a pu obtenir, par l'une de ces opérations, un avantage qui serait de nature à rompre l'égalité entre les soumissionnaires. Elle ne prévoit pas expressément l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de se prononcer dans un délai déterminé sur les justifications données par l'entreprise liée pour prouver que l'influence dominante n'est pas établie ou est sans effet sur le marché considéré.
- 20 Considérant que la solution du litige dont il est saisi exige l'interprétation de certaines dispositions des directives en matière de marchés publics, le Conseil d'État a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:
- «1) La directive 93/38[...], spécialement à son article 4.2, et la directive 98/4[...], combinées au principe de proportionnalité, à la liberté du commerce et de l'industrie et au respect du droit de propriété, garanti notamment par le

protocole du 20 mars 1952 additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent-elles à ce que ne soit pas admise à introduire une demande de participation ou à remettre une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence?

- 2) La réponse à la question précédente serait-elle différente si les directives précitées, lues en combinaison avec les mêmes principe, liberté et droit, étaient interprétées comme ne visant que les entreprises privées ou ayant effectué des prestations à titre onéreux?
  
- 3) La directive 92/13[...], spécialement à ses articles 1<sup>er</sup> et 2, peut-elle être interprétée en ce sens que l'entité adjudicatrice peut refuser, jusqu'à la fin de la procédure d'examen des offres, que participe à la procédure, ou remette une offre, l'entreprise liée à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services, alors qu'interrogée à cet égard par le pouvoir adjudicateur, cette entreprise affirme qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence?»

*Affaire C-34/03*

- 21 Par requête introduite le 8 juin 1999 devant le Conseil d'État, Fabricom demande l'annulation de l'article 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

22 Les moyens invoqués par Fabricom sont, en substance, les mêmes que ceux invoqués dans l'affaire C-21/03. Les informations données par le Conseil d'État s'agissant dudit article 32 sont identiques à celles indiquées dans l'affaire C-21/03 relatives à l'article 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

23 Dans ces conditions, le Conseil d'État a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) La directive 92/50[...], spécialement à son article 3.2, la directive 93/36[...], spécialement à son article 5.7, la directive 93/37[...], spécialement à son article 6.6, et la directive 97/52[...], spécialement à ses articles 2.1 b) et 3.1 b), combinées au principe de proportionnalité, à la liberté du commerce et de l'industrie et au respect du droit de propriété, garanti notamment par le protocole du 20 mars 1952 additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent-elles à ce que ne soit pas admise à introduire une demande de participation ou à remettre une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence?

2) La réponse à la question précédente serait-elle différente si les directives précitées, lues en combinaison avec les mêmes principe, liberté et droit, étaient interprétées comme ne visant que les entreprises privées ou ayant effectué des prestations à titre onéreux?

3) La directive 89/665[...], spécialement à ses articles 2.1 a), et 5, peut-elle être interprétée en ce sens que le pouvoir adjudicateur peut refuser, jusqu'à la fin de

la procédure d'examen des offres, que participe à la procédure, ou remette une offre, l'entreprise liée à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services, alors qu'interrogée à cet égard par le pouvoir adjudicateur, cette entreprise affirme qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence?»

- 24 Par ordonnance du président de la Cour du 4 mars 2003, les affaires C-21/03 et C-34/03 ont été jointes aux fins de la procédure écrite et orale, ainsi que de l'arrêt.

### **Sur les questions préjudicielles**

*Sur la première question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03*

- 25 Par la première question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les dispositions de droit communautaire auxquelles elle se réfère s'opposent à une règle, telle que celle prévue aux articles 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996, et 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996, règle par laquelle n'est pas admise à participer ou à remettre une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence (ci-après la «règle en cause au principal»).

- 26 À cet égard, il convient de rappeler que le devoir de respecter le principe d'égalité de traitement correspond à l'essence même des directives en matière de marchés publics, qui visent notamment à favoriser le développement d'une concurrence effective dans les domaines qui relèvent de leurs champs d'application respectifs et qui énoncent des critères d'attribution du marché tendant à garantir une telle concurrence (arrêt du 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, point 81 et jurisprudence citée).
- 27 Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (arrêts du 14 décembre 2004, *Arnold André*, C-434/02, Rec. p. I-11825, point 68 et jurisprudence citée, ainsi que *Swedish Match*, C-210/03, Rec. p. I-11893, point 70 et jurisprudence citée).
- 28 Or, une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services relatifs à un marché public (ci-après une «personne ayant effectué certains travaux préparatoires») ne se trouve pas nécessairement, s'agissant de la participation à la procédure d'attribution de ce marché, dans la même situation qu'une personne qui n'a pas effectué de tels travaux.
- 29 En effet, d'une part, la personne ayant participé à certains travaux préparatoires peut se trouver favorisée pour formuler son offre en raison des informations qu'elle a, en effectuant lesdits travaux préparatoires, pu obtenir au sujet du marché public en cause. Or, tous les soumissionnaires doivent disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres (voir, en ce sens, arrêt du 25 avril 1996, *Commission/Belgique*, C-87/94, Rec. p. I-2043, point 54).

- 30 D'autre part, ladite personne peut se trouver dans une situation susceptible d'aboutir à un conflit d'intérêts en ce sens que, ainsi que le relève, à juste titre, la Commission des Communautés européennes, elle peut, sans en avoir même l'intention, si elle est elle-même soumissionnaire pour le marché public en cause, influencer les conditions de celui-ci dans un sens qui lui est favorable. Une telle situation serait de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires.
- 31 Dès lors, compte tenu de cette situation dans laquelle pourrait se trouver la personne ayant effectué certains travaux préparatoires, il ne saurait être soutenu que le principe d'égalité de traitement oblige à traiter celle-ci de la même façon que tout autre soumissionnaire.
- 32 Fabricom, ainsi que les gouvernements autrichien et finlandais, font cependant valoir, en substance, que la différence de traitement établie par une règle telle que celle en cause au principal et qui consiste à interdire, en toutes circonstances, à la personne ayant effectué certains travaux préparatoires de participer à une procédure d'attribution du marché public concerné n'est pas objectivement justifiée. Une telle interdiction aurait, en effet, un caractère disproportionné. Selon eux, l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires est aussi bien garantie s'il existe une procédure par laquelle il est apprécié, dans chaque cas concret, si le fait d'effectuer certains travaux préparatoires a apporté à la personne ayant effectué lesdits travaux un avantage concurrentiel sur les autres soumissionnaires. Une telle mesure serait moins restrictive pour la personne ayant effectué certains travaux préparatoires.
- 33 À cet égard, il convient de constater qu'une règle telle que celle en cause au principal ne laisse à la personne ayant effectué certains travaux préparatoires aucune possibilité de démontrer que, dans son cas particulier, les problèmes évoqués aux points 29 et 30 du présent arrêt ne se posent pas.
- 34 Or, une telle règle va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires.

- 35 En effet, l'application de ladite règle peut avoir pour conséquence que des personnes ayant effectué certains travaux préparatoires sont exclues de la procédure d'adjudication sans que leur participation à celle-ci ne comporte un risque quelconque pour la concurrence entre les soumissionnaires.
- 36 Dans ces conditions, il convient de répondre à la première question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03 que la directive 92/50 et, plus particulièrement, son article 3, paragraphe 2, la directive 93/36 et, plus particulièrement, son article 5, paragraphe 7, la directive 93/37 et, plus particulièrement, son article 6, paragraphe 6, ainsi que la directive 93/38 et, plus particulièrement, son article 4, paragraphe 2, s'opposent à une règle, telle que celle prévue aux articles 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996, et 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996, par laquelle n'est pas admise l'introduction d'une demande de participation ou la remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence.

*Sur la deuxième question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03*

- 37 Par la deuxième question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03, la juridiction de renvoi demande si la réponse à la première question est différente lorsque les directives 92/50, 93/36, 93/37 et 93/38, lues en combinaison avec le principe de proportionnalité, la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que le droit de propriété, sont interprétées comme ne visant que les entreprises privées ou ayant effectué des prestations à titre onéreux.

- 38 Il y a lieu de relever que cette question est fondée sur une hypothèse qui ne peut être retenue.
- 39 Il n'y a, en effet, aucun indice dans lesdites directives permettant d'interpréter celles-ci comme ne visant, pour ce qui concerne leur applicabilité aux entreprises participant ou envisageant de participer à une procédure de marché public, que les entreprises privées ou ayant effectué des prestations à titre onéreux. Au demeurant, le principe d'égalité de traitement s'oppose à ce que seules les entreprises privées ou ayant effectué des prestations à titre onéreux, qui ont effectué certains travaux préparatoires, soient soumises à une règle telle que celle en cause au principal, alors que tel ne serait pas le cas des entreprises n'ayant pas une de ces qualités et qui ont également effectué de tels travaux préparatoires.
- 40 Il n'y a donc pas lieu de répondre à la deuxième question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03.

*Sur la troisième question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03*

- 41 Par la troisième question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 89/665 et, plus particulièrement, ses articles 2, paragraphe 1, sous a), et 5, ainsi que la directive 92/13 et, plus particulièrement, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, s'opposent à ce que l'entité adjudicatrice puisse refuser, jusqu'à la fin de la procédure d'examen des offres, que participe à la procédure, ou remette une offre, l'entreprise liée à toute personne qui a effectué certains travaux préparatoires, alors que, interrogée à cet égard par le pouvoir adjudicateur, cette entreprise affirme qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

- 42 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, dès lors que sont en cause des modalités procédurales de recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par le droit communautaire aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions de pouvoirs adjudicateurs, celles-ci ne doivent pas porter atteinte à l'effet utile de la directive 89/665 (arrêt du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, Rec. p. I-11617, point 72).
- 43 Par ailleurs, les dispositions des directives 89/665 et 92/13, destinées à protéger les soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur, visent à renforcer les mécanismes existants pour assurer l'application effective des règles communautaires en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. Une telle protection ne peut être effective si le soumissionnaire n'est pas en mesure de se prévaloir de ces règles vis-à-vis du pouvoir adjudicateur (arrêt du 24 juin 2004, *Commission/Autriche*, C-212/02, non publié au Recueil, point 20 et jurisprudence citée).
- 44 Or, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de retarder, jusqu'à un stade très avancé de la procédure, la prise de décision quant à la possibilité pour une entreprise liée à une personne ayant effectué certains travaux préparatoires de participer à la procédure ou de remettre une offre, alors que ce pouvoir dispose de tous les éléments pour prendre cette décision, enlève à cette entreprise la possibilité de se prévaloir des règles communautaires en matière de passation des marchés publics vis-à-vis du pouvoir adjudicateur pendant une période qui est à la seule discrétion de celui-ci et qui peut s'étendre, le cas échéant, jusqu'à un moment où les violations ne peuvent plus être corrigées utilement.
- 45 Une telle situation est susceptible de porter atteinte à l'effet utile des directives 89/665 et 92/13 en étant de nature à conduire à un report injustifié de la possibilité pour les intéressés d'exercer les droits qui leur ont été conférés par le droit communautaire. Elle est, en outre, contraire à l'objectif des directives 89/665 et 92/13 consistant à protéger les soumissionnaires vis-à-vis du pouvoir adjudicateur.

- 46 Il convient donc de répondre à la troisième question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03 que la directive 89/665 et, plus particulièrement, ses articles 2, paragraphe 1, sous a), et 5, ainsi que la directive 92/13 et, plus particulièrement, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, s'opposent à ce que l'entité adjudicatrice puisse refuser, jusqu'à la fin de la procédure d'examen des offres, que participe à la procédure, ou remette une offre, l'entreprise liée à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services, alors que, interrogée à cet égard par le pouvoir adjudicateur, cette entreprise affirme qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

### Sur les dépens

- 47 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit:

- 1) La directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, telle que modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, et, plus particulièrement, son article 3, paragraphe 2, la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, telle que modifiée par la directive 97/52, et, plus particulièrement, son article 5, paragraphe 7, la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, telle que modifiée par la directive 97/52, et, plus particulièrement, son article 6, paragraphe 6, ainsi que la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des

marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telle que modifiée par la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, et, plus particulièrement, son article 4, paragraphe 2, s'opposent à une règle telle que celle prévue aux articles 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, et 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de service et aux concessions de travaux publics, par laquelle n'est pas admise l'introduction d'une demande de participation ou la remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence.

- 2) La directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, et, plus particulièrement, ses articles 2, paragraphe 1, sous a), et 5, ainsi que la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, et, plus particulièrement, ses articles 1<sup>er</sup> et 2, s'opposent à ce que l'entité adjudicatrice puisse refuser, jusqu'à la fin de la procédure d'examen des offres, que participe à la procédure, ou remette une offre, l'entreprise liée à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services, alors que, interrogée à cet égard par le pouvoir adjudicateur, cette entreprise affirme qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Signatures.