

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 73.465 du 5 mai 1998

A.60.233/III-19.549
A.60.234/III-19.550

En cause : **1. la société anonyme ACCOR T.R.B.,**
 2. la société anonyme LUNCHECK,
 ayant élu domicile chez
 Me Alain ZENNER, avocat,
 avenue de l'Echevinage 38
 1180 Bruxelles,

contre :

l'Office national de l'Emploi
(ONEM),
ayant élu domicile chez
Mes Jacques PUTZEYS, Stéphanie GEHLEN et
Xavier LEURQUIN, avocats,
rue Saint-Bernard 98
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la Société anonyme MULTISERVICE
CHEQUE,
ayant élu domicile chez
Me Marc KADANER, avocat,
rue Defacqz 78/7
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, III^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 7 octobre 1994 par la société anonyme ACCOR T.R.B., qui demande l'annulation de "la décision du Comité de gestion de l'ONEM d'attribuer le marché relatif à l'impression, la livraison, l'encaissement et le remboursement des chèques ALE à la firme

LE CHEQUE-REPAS et d'écarter, par voie de conséquence, l'offre qu'elle avait déposée à cet égard";

Vu la requête introduite le 7 octobre 1994 par la société anonyme LUNCHECK qui demande l'annulation de "la décision du Comité de gestion de l'ONEM d'attribuer le marché relatif à l'impression, la livraison, l'encaissement et le remboursement des chèques ALE à la firme LE CHEQUE-REPAS et d'écarter, par voie de conséquence, l'offre qu'elle avait déposée à cet égard";

Vu l'ordonnance du 28 août 1995 joignant les causes;

Vu la requête introduite le 21 mars 1995 par laquelle la société anonyme Multiservice Chèque demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Vu l'ordonnance du 7 avril 1995 accueillant cette intervention;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. FORTPIED, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 22 septembre 1995 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

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

Vu l'ordonnance du 16 avril 1997, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 23 mai 1997;

Entendu, en son rapport, M. HANOTIAU, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me SOHIER, loco Me ZENNER, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Me LEURQUIN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me COIRBAY, loco Me KADANER, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits de la cause peuvent être résumés comme suit :

1. L'article 73 de la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales fait obligation aux communes de créer une agence locale pour l'emploi (ALE) dont la mission consiste à organiser et à contrôler les "activités non rencontrées (sic) par des circuits de travail réguliers" et ce en collaboration avec l'ONEM.

Un arrêté royal du 10 mai 1994 exécute la disposition précitée, laquelle habilite le Roi à régler plusieurs questions; il est annulé par l'arrêt n° 62.863 du 30 octobre 1996. Un nouvel arrêté, du 28 novembre 1996, assure l'exécution de l'article 73 précité avec effet au 1^{er} juin 1994.

2. Pour la mise en oeuvre du nouveau système créé par l'article 73 précité et l'arrêté d'exécution, l'ONEM décide d'organiser un marché de gré à gré relatif à l'impression, la livraison, l'encaissement et le remboursement des chèques ALE.

Cinq sociétés sont consultées. Le cahier spécial des charges est précisé ou complété sur certains points au cours d'une réunion d'information tenue le 13 juin 1994.

Le 27 juin 1994, quatre soumissions sont recueillies.

Un rapport d'examen est établi le 4 juillet 1994 et des notes au Comité de gestion de l'ONEM sont rédigées les 7 et 28 juillet 1994.

3. Le 28 juillet 1994, le Comité de gestion de l'ONEM décide de ne pas retenir les offres de la SA ANARD SERVICES et de la SA LUNCHECK et de choisir la SA LE CHEQUE REPAS de préférence à la SA ACCOR T.R.B. Il s'agit des décisions attaquées.

Le 9 août 1994, les décisions motivées sont notifiées notamment aux requérantes;

Considérant que la partie adverse a renoncé aux deux fins de non-recevoir qu'elle avait soulevées;

Considérant que les requérantes prennent un premier moyen de "la violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, de l'article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de l'article 73 de la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales, du défaut de motivation, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir;

Considérant qu'en une première branche, elles font valoir qu' "un marché public ne peut se concevoir que s'il existe un réel «marché» au profit d'un service public, lequel se présente en principe comme le maître d'ouvrage des travaux, fournitures ou services sollicités", "qu'en l'espèce, il n'existe pas de marché proprement dit au profit de l'ONEM ou des ALE, puisque l'émission et la livraison de chèques met en rapport deux personnes privées, à savoir la société émettrice de ces chèques et l'utilisateur, et ressort (lire : ressortit) ainsi du seul droit privé"; qu'elles en déduisent que "cette décision

aboutit à réserver ce marché à une seule société privée et à instaurer un monopole artificiel";

Considérant qu'en une seconde branche, elles relèvent que l'arrêté royal du 10 mai 1994 pris en exécution de l'article 73 de la loi du 30 mars 1994 délègue au Ministre le pouvoir de déterminer, après avis du Comité de gestion, "les modalités selon lesquelles le candidat-bénéficiaire se procure les chèques ALE et la période durant laquelle il doit conserver les documents de preuve"; que, selon elles, il en résulte que c'est au Roi qu'il revenait de prendre la décision d'organiser un marché public, l'habilitation donnée au Ministre - à supposer qu'il ait lui-même pris la décision - étant, à cet égard, une subdélégation illégale;

Considérant que la partie adverse répond que les requérantes auraient dû attaquer en temps utile la décision d'organiser un marché public et qu'à défaut de l'avoir fait elles sont irrecevables à développer un grief pris de l'illégalité de cette décision à l'occasion d'un recours contre la décision d'attribution du marché;

Considérant que les décisions successives de recourir à un marché, de choisir la procédure du gré à gré, d'arrêter le cahier des charges, de désigner les firmes à consulter, de comparer les offres et de désigner l'attributaire constituent une opération complexe de sorte que l'illégalité de l'une ou de l'autre de ces décisions peut être soulevée à l'occasion du recours introduit à l'encontre de la décision finale; que le moyen est recevable;

Considérant que le système mis en place par la réglementation implique l'uniformisation des chèques ALE; que les requérantes ne démontrent pas le caractère illégal de l'unité du marché auquel l'autorité a recouru; que, si d'autres solutions auraient pu être choisies tout aussi

légalement, il y va d'une appréciation d'opportunité de la part de l'autorité, à laquelle le Conseil d'Etat ne peut substituer la sienne; qu'au surplus, la liberté du commerce et d'industrie n'est pas en cause;

Considérant que la seconde branche du moyen procède d'une confusion entre le pouvoir de faire les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois et la compétence de passer un marché de services; qu'en l'espèce, cette compétence a été exercée par le Comité de gestion de l'Office national de l'emploi, conformément à l'article 2, §§ 2 et 3, de la loi du 14 juillet 1976;

Considérant qu'en aucune de ses branches, le moyen n'est fondé;

Considérant que dans le recours A.60.233/III-19.549, la requérante ACCOR prend un second moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général d'égalité des soumissionnaires, des articles 14 et 25 de la loi du 14 juillet 1976, de l'article 44 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, du principe général d'impartialité de l'autorité, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'inexactitude des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation; qu'elle relève que la préférence a été accordée à la société LE CHEQUE REPAS sur la base de six critères qu'elle examine et pour lesquels "des éléments substantiels de l'offre présentée par la requérante n'ont pas été pris en considération";

Considérant qu'il ressort du dossier administratif que le marché auquel il a été procédé est un marché de gré à gré; que, dans les limites du contrôle de légalité d'une procédure de gré à gré, il n'apparaît pas du dossier administratif que la partie adverse se serait fondée sur des motifs inexacts ou inadéquats ou qu'elle aurait commis

une erreur manifeste lors de l'appréciation des propositions formulées par la requérante; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que dans le recours A.60.234/III-19.550, la requérante LUNCHECK prend un second moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général d'égalité des soumissionnaires, des articles 14 et 25 de la loi du 14 juillet 1976, de l'article 44 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, du principe général d'impartialité de l'autorité, du vice de procédure, du défaut de motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation "en ce que la partie adverse a écarté l'offre de la requérante au motif qu'elle était incomplète et sommaire" et n'a pas donné à la requérante la possibilité de fournir des précisions et des compléments d'offre alors que deux autres candidats ont eu l'occasion de le faire;

Considérant que les dispositions de la loi du 14 juillet 1976 et de l'arrêté royal du 22 avril 1977 invoquées au moyen concernent la procédure d'appel d'offres et non la procédure de gré à gré;

Considérant qu'en ce qui concerne la violation du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe général d'impartialité, la partie adverse fait valoir sans être contredite que l'"offre" de la partie requérante n'était pas conforme au cahier des charges et qu'elle a été considérée comme irrégulière; qu'au surplus, dans une procédure de gré à gré, il lui était loisible de ne continuer à négocier qu'avec certaines firmes;

Considérant qu'en ce qui concerne le défaut de motifs et l'erreur manifeste d'appréciation, ce moyen n'est pas plus fondé que ne l'est le second moyen du recours A.60.233/III-19.549;

Considérant que le moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 11.000 francs, sont mis à charge des parties requérantes à concurrence de 4.000 francs chacune et à charge de la partie intervenante à concurrence de 3.000 francs.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le cinq mai 1900 nonante-huit par :

M. HANOTIAU,	président de chambre,
M. HANSE,	conseiller d'Etat,
M ^{me} DAURMONT,	conseiller d'Etat,
M ^{me} HONDERMARCQ,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

M.-Cl. HONDERMARCQ.

M. HANOTIAU.