

Numéro du rôle : 3360
Arrêt n° 179/2005 du 7 décembre 2005

A R R E T

En cause : le recours en annulation des articles 302 et 308 (marchés publics) de la loi-programme du 9 juillet 2004, introduit par C. De Wolf.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents A. Arts et M. Melchior, et des juges M. Bossuyt, A. Alen, J.-P. Snappe, E. Derycke et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président A. Arts,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 17 janvier 2005 et parvenue au greffe le 18 janvier 2005, C. De Wolf, Etikhovestraat 6 à 9680 Maarkedal, a introduit un recours en annulation des articles 302 et 308 (marchés publics) de la loi-programme du 9 juillet 2004 (publiée au *Moniteur belge* du 15 juillet 2004, deuxième édition).

Le 8 février 2005, en application de l'article 71, alinéa 1er, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, les juges-rapporteurs A. Alen et J.-P. Snappe ont informé le président qu'ils pourraient être amenés à proposer à la Cour, siégeant en chambre restreinte, de rendre un arrêt constatant que le recours est manifestement irrecevable.

La partie requérante a introduit un mémoire justificatif.

Par ordonnance du 3 mars 2005, la Cour a décidé de poursuivre l'examen de l'affaire suivant la procédure ordinaire.

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réplique.

A l'audience publique du 20 octobre 2005 :

- ont comparu :
 - . la partie requérante, en personne;
 - . Me D. D'Hooghe, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs A. Alen et J.-P. Snappe ont fait rapport;
- les parties précitées ont été entendues;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. En droit

- A -

Quant à la recevabilité

A.1. L'activité principale du requérant consiste à conseiller et à accompagner des procédures concernant l'attribution de marchés publics, aussi bien en sa qualité d'avocat dans des procédures judiciaires qu'en sa qualité de conseiller en matière de projets, dont il donne des exemples. Il estime avoir un intérêt en tant que tel à l'annulation de la réglementation relative à la protection juridique instaurée par les dispositions entreprises dans la mesure où celles-ci ne s'appliquent pas, contrairement au principe d'égalité, à certains justiciables se trouvant dans une situation identique.

Selon le requérant, son intérêt concerne, d'une part, la sécurité juridique qui est souhaitable et même nécessaire pour donner un avis en matière de législation relative aux marchés publics et, d'autre part, ses activités de conseiller juridique, dans la mesure où il souhaite participer aux marchés publics portant sur des services juridiques, qui entrent dans le champ d'application de la loi sur les marchés publics du 24 décembre 1993 mais dont la valeur se situe fréquemment en dessous du seuil européen. Même lorsqu'en vue de l'attribution de missions de nature juridique, il est opté pour une procédure négociée sans publicité préalable, l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 énonce que plusieurs prestataires de services sont consultés « si possible ». Si la procédure négociée est choisie, l'article 68 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 offre seulement la possibilité de principe de déroger au nombre minimum de candidats à convoquer en vue de mener des négociations, ce qui ne permet pas de déduire que les marchés publics portant sur des services juridiques ne pourraient être négociés qu'avec un seul candidat ni que l'autorité pourrait choisir son prestataire de services librement, discrétionnairement et sans aucune restriction. C'est du reste un fait que diverses autorités ouvrent à la concurrence des marchés de services juridiques sur la base de critères de sélection et d'attribution transparents.

A.2. Le Conseil des ministres conteste l'intérêt du requérant au motif que les dispositions attaquées ne l'affectent pas directement et défavorablement dans sa situation juridique.

En tant que le requérant renvoie à la sécurité juridique souhaitable, son intérêt est particulièrement général et insuffisamment individualisé; il ne se distingue pas de l'intérêt qu'a tout citoyen à la sécurité juridique, de sorte que son recours est un recours populaire.

En tant que le requérant se prévaut d'un intérêt en sa qualité de conseiller juridique, il ne démontre pas qu'il participe effectivement aux marchés publics portant sur des services juridiques. Au demeurant, ces marchés sont toujours dispensés de l'obligation de *standstill* parce qu'ils sont pratiquement toujours attribués sur la base d'une procédure négociée sans publicité lorsque la dépense à approuver n'excède pas le montant de 200.000 euros, ce qui ressort de l'article 17, § 2, 1^o, a), de la loi du 24 décembre 1993 ainsi que des articles 68, alinéa 6, et 120, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. L'exclusion de ces marchés publics du champ d'application de l'obligation de *standstill* ne découle donc pas des dispositions entreprises mais de l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993. Le Conseil des ministres observe enfin que les services de nature juridique, du fait de leur classement dans l'annexe I, B, de la directive 92/50/CEE, sont uniquement soumis au respect des règles relatives aux spécifications techniques et à l'annonce *a posteriori* du marché attribué, de sorte qu'ils ne peuvent être assimilés sans plus à d'autres marchés de services.

Quant au fond

A.3. Le requérant prend un moyen unique tiré de la violation du principe d'égalité et de non-discrimination, d'une part, en ce que l'article 21bis, § 2, première et deuxième phrases, de la loi du 24 décembre 1993 limite le principe du *standstill* ou du délai d'attente aux marchés publics qui, en raison de leur valeur estimée, sont soumis à une publicité européenne et, d'autre part, parce que l'article 21bis, § 2, précité, s'applique exclusivement aux secteurs classiques et non aux secteurs particuliers de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

A.4. Le requérant estime qu'il n'y a pas de motif valable pour n'appliquer le principe du délai d'attente qu'aux marchés publics soumis aux règles de publicité européennes ou qu'en tout cas, les travaux préparatoires ne fournissent aucun argument à cette fin, alors que des propositions de loi avaient été déposées visant à instaurer un délai d'attente pour tous les marchés publics. Les différentes procédures d'attribution de marchés publics, qu'elles soient soumises ou non à une publicité européenne, sont pourtant à ce point identiques au niveau de leur contenu, si l'on excepte l'obligation de publicité européenne, qu'elles sont comparables et que la différence de traitement entre les justiciables candidats et soumissionnaires devrait être justifiée.

Pour le requérant, cette justification ne peut exister, parce que le problème de la protection juridique en matière de marchés publics ne saurait se limiter aux marchés soumis à la publicité européenne. Le fait que les directives de protection juridique européennes portent uniquement sur ces marchés ne peut amener à conclure qu'il n'est pas nécessaire d'avoir une protection juridique efficace, chose sur laquelle la Cour de justice a attiré l'attention dans plusieurs arrêts. Cette protection juridique ne peut certainement pas consister en un droit éventuel à une indemnité lorsque l'attribution d'un marché public a été refusée à tort. Sur la base du principe constitutionnel d'égalité, la Cour doit obliger les autorités adjudicatrices à offrir une protection juridique préventive efficace et adéquate dans tous les cas d'attribution d'un marché public.

A.5. Le Conseil des ministres estime que la différence de traitement entre les candidats ou les soumissionnaires, selon que les marchés publics dépassent ou non les seuils européens, ne viole pas le principe d'égalité et de non-discrimination parce que ces procédures ne sont pas comparables. La directive européenne sur la protection juridique (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) ne s'applique qu'aux marchés qui sont égaux ou supérieurs au seuil européen. De même, les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/97/CEE s'appliquent uniquement à ces marchés publics. Contrairement à ce qu'affirme le requérant, il y a des différences suffisamment significatives dans les procédures qui font qu'elles ne sont pas comparables.

Même en supposant que les situations juridiques soient suffisamment comparables, l'applicabilité des directives précitées aux seuls marchés publics qui atteignent ou dépassent le seuil européen constitue une justification suffisamment objective et raisonnable de la distinction critiquée. La mesure n'est pas disproportionnée au but visé, parce que l'obligation générale d'information visée à l'article 21*bis*, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 est d'application, que le marché ait atteint ou non le seuil européen. Il ne saurait aucunement être déduit de la jurisprudence de la Cour de justice, qui concerne du reste uniquement les marchés publics excédant le seuil européen, qu'il existerait une obligation générale de *standstill*. Les directives européennes s'appliquent seulement aux marchés d'un montant important, lorsque les avantages de l'application de procédures strictes l'emportent sur le coût de celles-ci.

A.6. Dans une deuxième branche du moyen, le requérant soutient que, en raison de l'insertion de l'article 21*bis* dans le titre II du livre Ier de la loi du 24 décembre 1993, le principe de *standstill* ne s'applique pas à la concurrence européenne dans le domaine de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Cela concerne plus particulièrement les dispositions applicables aux personnes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs et qui exercent une activité dans les secteurs précités, alors que la réglementation européenne (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 la jurisprudence européenne (arrêt C-212/02 de la Cour de justice du 24 juin 2004) font apparaître l'obligation incombant aux Etats membres, y compris pour les secteurs particuliers, de prévoir une protection juridique préventive en matière de marchés publics. En ce qui concerne le principe même de la protection juridique préventive, la directive sur la protection juridique 89/665/CEE mentionnée en A.5 et la directive 92/13/CEE susmentionnée contiennent les mêmes dispositions, ce qu'a confirmé la Cour de justice. Il n'y a donc pas de critère objectif et raisonnable justifiant en droit une différence de traitement en matière de protection juridique préventive.

On ne peut pas non plus soutenir que les pouvoirs adjudicateurs peuvent généralement être qualifiés d'autorité administrative dans les secteurs classiques mais pas dans les secteurs spéciaux. Tant les autorités administratives que les personnes morales de droit privé sont soumises à l'application de la loi du 24 décembre 1993, aux conditions fixées par celle-ci, quels que soient les secteurs dans lesquels elles sont actives.

A.7. Selon le Conseil des ministres, la deuxième branche du moyen est irrecevable au motif qu'elle ne poursuit pas, en fait, l'annulation de la disposition attaquée, alors que la Cour n'est compétente que pour contrôler les dispositions dont l'annulation est demandée. En effet, le requérant estime que le principe d'égalité est violé par une lacune dans la législation. La Cour a déjà attiré l'attention sur son incompétence lorsqu'est demandée l'annulation d'une « décision de refus implicite » de prendre une mesure législative. Sans fondement légal, il est plus difficile de s'attaquer à des lacunes législatives par le biais d'un recours en annulation que dans le cadre d'une procédure préjudicielle.

Le requérant réplique à cet argument que, dans le passé, il est encore arrivé que la Cour exerce sa compétence (d'annulation) sous forme de contribution positive à la formation du droit, en constatant une lacune inconstitutionnelle dans la législation. Bien que la Cour ne soit pas compétente pour annuler le refus implicite de prendre une mesure législative, il ressort de la jurisprudence que la Cour peut constater l'existence d'une inconstitutionnalité par suite de l'absence d'une réglementation similaire pour des situations analogues.

A.8. Si tant est que la deuxième branche du moyen soit recevable, elle est infondée, estime le Conseil des ministres, avant tout parce que la différence de traitement repose sur un critère objectif, à savoir la nature des secteurs.

En outre, la distinction est raisonnablement justifiée parce que les marchés publics dans les secteurs classiques, d'une part, et les marchés publics dans les secteurs spéciaux, d'autre part, sont soumis à des cadres législatifs différents et à des régimes de protection juridique différents (respectivement les directives susmentionnées 89/665/CEE du 21 décembre 1989 et 92/13/CEE du 25 février 1992), comportant des mesures spécifiques propres, visant à prévenir les infractions ou à y remédier. Par conséquent, les Etats membres peuvent élaborer eux aussi des systèmes différents de protection juridique pour les secteurs classiques et les secteurs spéciaux. Dans ces derniers secteurs du reste, les pouvoirs adjudicateurs ne sont souvent pas des autorités administratives. Leurs décisions ne peuvent dans ce cas faire l'objet ni d'une demande de suspension ni d'un recours en annulation auprès du Conseil d'Etat, de sorte qu'il faut nécessairement prévoir un autre système de protection juridique. La circonstance que la Cour de justice ait confirmé que les deux directives précitées prévoient une obligation de *standstill* n'empêche pas que les Etats membres puissent opter en faveur de régimes de protection juridique différents pour les deux types de secteurs. On ne saurait déduire de l'arrêt C-212/02 du 24 juin 2004 que la protection juridique devrait être réglée de manière identique pour les secteurs classiques et les secteurs spéciaux. Il peut tout au plus être affirmé qu'il y a absence de transposition de la directive 92/13/CEE relative à la protection juridique des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

- B -

B.1. Le requérant demande l'annulation des articles 302 et 308 de la loi-programme du 9 juillet 2004, qui a été publiée au *Moniteur belge* du 15 juillet 2004 (deuxième édition) et qui insère un chapitre IIbis - De l'information - dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Ces dispositions énoncent :

« Art. 302. Au Livre Ier, Titre II, de la même loi [la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services], il est inséré un chapitre *Iibis*, rédigé comme suit :

‘ CHAPITRE *Iibis*. - De l’information

Art. 21*bis*. - § 1er. Le pouvoir adjudicateur informe les candidats non sélectionnés et les soumissionnaires dont l’offre a été jugée irrégulière ou n’a pas été choisie dans les moindres délais après la prise de décision les concernant. Cette disposition n’est pas applicable pour certains marchés passés par procédure négociée sans publicité dont le Roi arrête la liste.

Le Roi fixe les règles relatives à la communication aux candidats et aux soumissionnaires des motifs de la décision qui les concernent. Il peut prévoir des exceptions pour certains marchés passés par procédure négociée sans publicité.

§ 2. Lorsque le marché public atteint le montant estimé fixé par le Roi pour la publicité européenne lors du lancement de la procédure, le pouvoir adjudicateur communique par lettre recommandée à la poste en même temps que l’information prévue au § 1er :

- 1° à tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection;
- 2° à tout soumissionnaire dont l’offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction;
- 3° à tout soumissionnaire dont l’offre n’a pas été choisie, la décision motivée d’attribution du marché.

Le pouvoir adjudicateur accorde aux candidats et soumissionnaires un délai qu’il précise et qui doit être d’au moins dix jours à compter du lendemain du jour de l’envoi des motifs, afin de leur permettre d’introduire éventuellement un recours auprès d’une juridiction, et ce exclusivement selon le cas dans le cadre d’une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d’Etat, par une procédure d’extrême urgence. En l’absence d’une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l’adresse qu’il a indiquée, la procédure peut être poursuivie.

Le respect des dispositions du présent paragraphe ne s’impose pas :

- dans les cas de procédure négociée sans publicité au sens de l’article 17, § 2, de la loi, lorsqu’il n’est pas possible de consulter plusieurs concurrents et en cas d’application de l’article 17, § 2, 1°, b et c, de la loi;

- dans le cas de marchés en matière de défense au sens de l'article 296, § 1er, b, du Traité;

- dans les cas exceptionnels et dûment motivés où l'urgence impose une réduction du délai de réception des demandes de participation à moins de vingt jours et du délai de réception des offres à moins de quinze jours dans le cadre d'une procédure accélérée au sens du § 1er, alinéa 2, des articles 6, 32 et 58 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.

§ 3. Certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises. ' ».

« Art. 308. Dans l'article 41 de la même loi [du 24 décembre 1993], les mots ' 21bis, §§ 1er et 3, ' sont insérés entre les mots ' 19, ' et ' 22 ' ».

Quant à la recevabilité

B.2. Le Conseil des ministres conteste l'intérêt du requérant à l'annulation des articles 302 et 308 de la loi-programme du 9 juillet 2004.

B.3. La Constitution et la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage imposent à toute personne physique ou morale qui introduit un recours en annulation de justifier d'un intérêt. Ne justifient de l'intérêt requis que les personnes dont la situation pourrait être affectée directement et défavorablement par la norme entreprise; il s'ensuit que l'action populaire n'est pas admissible.

B.4.1. Le requérant se prévaut d'abord d'un intérêt en sa qualité d'avocat dont la pratique consiste principalement à conseiller et à accompagner des procédures relatives à l'attribution de marchés publics. Son intérêt concernerait la sécurité juridique qui est souhaitable et même nécessaire pour prêter conseil.

B.4.2. La situation du requérant n'est pas affectée directement et défavorablement par la réglementation en vertu de laquelle la procédure de protection juridique s'applique uniquement à une certaine catégorie de marchés publics pour lesquels, en sa simple qualité

d'avocat et de conseiller en matière de marchés publics, il dit rechercher « une sécurité juridique souhaitable et même nécessaire ».

L'intérêt qu'il invoque, en sa seule qualité d'avocat ou de conseiller juridique en matière de marchés publics, ne se distingue pas de l'intérêt qu'a toute personne au respect de la légalité en toute matière et, en l'espèce, à ce qu'il soit remédié au traitement inégal, dénoncé, de personnes qui participent à des procédures d'adjudication de différents types de marchés publics. Admettre un tel intérêt pour agir devant la Cour reviendrait à admettre le recours populaire, ce que le Constituant n'a pas voulu.

B.5.1. Le requérant se prévaut toutefois aussi de l'intérêt qu'il a, en sa qualité de conseiller juridique, à participer lui-même, le cas échéant, à des marchés publics portant sur des services juridiques, auxquels la première disposition attaquée ne pourrait s'appliquer par suite du montant du marché à attribuer. Il se verrait ainsi privé du droit d'invoquer la réglementation relative à la protection juridique en matière de marchés publics, instaurée par cette disposition.

B.5.2. Les pièces produites par le requérant font apparaître qu'il a participé dans le passé à des procédures d'adjudication de marchés publics portant sur des services juridiques. Pour les marchés publics de services juridiques qui n'atteignent pas le « montant estimé fixé par le Roi pour la publicité européenne », le requérant ne pourra recourir à la procédure prévue à l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, telle qu'elle a été instaurée par l'article 302 attaqué de la loi-programme du 9 juillet 2004. Dans cette mesure, sa situation peut être affectée de manière suffisamment directe et défavorable par la norme entreprise et il justifie donc de l'intérêt requis pour demander l'annulation de cette disposition.

B.6.1. Dans la deuxième branche du moyen, le requérant dénonce également la différence de traitement entre les personnes qui participent à des marchés publics dans les secteurs classiques et celles qui participent à des marchés publics d'adjudication de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des

services postaux, en raison de l'absence du principe de *standstill* dans la procédure relative aux marchés publics dans ces derniers secteurs.

B.6.2. Le requérant, qui du point de vue professionnel n'exerce pas d'activité dans ces secteurs spéciaux, ne saurait être affecté directement et défavorablement, dans la qualité qu'il invoque, par l'absence du principe de *standstill* dans le régime de protection juridique des marchés publics relatifs aux secteurs spéciaux.

Son intérêt ne diffère donc pas de l'intérêt considéré comme insuffisant en B.4.2.

B.7. Le recours en annulation introduit par le requérant n'est donc recevable qu'en tant qu'il dénonce, en sa qualité de participant actif à l'adjudication de marchés publics portant sur des services juridiques, l'absence du principe de *standstill* dans la procédure relative aux marchés publics en matière de services juridiques qui n'atteignent pas le montant estimé, fixé par le Roi, pour la publicité européenne.

La Cour examinera le recours dans cette seule mesure.

Quant au fond

B.8. Selon le requérant, le principe d'égalité et de non-discrimination est violé en ce que la réglementation insérée dans la loi du 24 décembre 1993 à l'article 21*bis*, § 2, en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur doit procéder à une notification particulière et respecter un délai d'attente avant de poursuivre la procédure d'adjudication (le principe de *standstill*), s'applique exclusivement aux marchés publics qui atteignent le montant estimé, fixé par le Roi, en vue de la publicité européenne, alors que cette mesure de protection juridique ne s'applique pas aux marchés publics dont le montant estimé n'atteint pas cette valeur seuil à partir de laquelle la publicité européenne est obligatoire. Pour le requérant, il n'existe pas de motif valable à cette différence de traitement.

B.9. La différence de traitement dénoncée entre les différentes catégories de participants et de soumissionnaires à des adjudications de marchés publics est fondée sur un critère objectif, à savoir le montant du marché public.

B.10.1. La modification apportée à la loi du 24 décembre 1993 par la loi-programme du 9 juillet 2004 concernait « l'information des candidats et des soumissionnaires, et plus particulièrement l'instauration pour les marchés relevant du régime général et atteignant les seuils fixés pour la publicité européenne d'un délai avant la conclusion du marché » (*Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, DOC 51-1139/001, p. 161). Cette modification a été justifiée comme suit :

« Le § 2 détermine cependant un régime adapté pour les marchés publics dont le montant estimé HTVA atteint le montant fixé par le Roi pour la publicité au niveau européen lors du lancement de la procédure. Ces marchés sont dès lors soumis à l'application des directives européennes actuelles 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics. Le pouvoir adjudicateur doit dans ce cas non seulement informer dans les moindres délais mais également communiquer aux candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et aux soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été retenue la décision motivée les concernant. Un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain de l'envoi doit ensuite être respecté pour permettre aux candidats et soumissionnaires d'examiner la motivation de la décision et d'introduire, s'ils estiment être lésés par cette décision, un recours auprès d'une juridiction. Le Conseil d'Etat propose, dans son avis, d'allonger le délai minimum de dix jours. Il ne convient pas de retenir cette proposition car il s'agit du délai minimum raisonnable admis par la Commission européenne et appliqué dans d'autres Etats membres. L'article 2, § 1er, de la directive 89/665/CEE, traitant des voies de recours, exige par ailleurs que des mesures provisoires puissent être prises dans les délais les plus brefs. S'agissant en outre d'un délai minimum, chaque pouvoir adjudicateur devra apprécier, en fonction notamment de la complexité du marché, s'il ne convient pas d'accorder un délai plus long.

[...]

Dans son arrêt ' Alcatel ' du 28 octobre 1999 (affaire C-81/98) relatif à l'interprétation de la directive 89/665/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, la Cour de Justice des Communautés européennes a en effet conclu que les Etats membres doivent prévoir une procédure de recours permettant aux candidats non sélectionnés et aux soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été choisie de demander, avant la conclusion du marché, l'annulation de la décision en cas d'illégalité de celle-ci, et ce indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le marché a été conclu » (*ibid.*, pp. 163-165).

B.10.2. Comme le font apparaître les travaux préparatoires précités, le législateur a uniquement voulu mettre en œuvre des directives européennes et a, pour cette raison, limité la réglementation de la protection juridique aux marchés publics qui entrent dans le champ d'application de ces directives.

Le législateur ne devait pas, à cette occasion, justifier spécialement la raison pour laquelle il n'a pas étendu ce régime de protection juridique aux participants ou soumissionnaires d'autres marchés publics. Il n'est pas douteux que des arguments pertinents en faveur de cette extension peuvent être avancés, comme le fait le requérant. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de substituer en l'espèce son jugement à celui du législateur, lequel, en cas d'une éventuelle extension du régime de protection juridique, ne doit pas seulement tenir compte des éventuels effets qui pourraient découler d'une application illimitée du principe de *standstill*, aussi bien au niveau du déroulement de la procédure et de sa durée qu'au niveau de l'efficacité nécessaire de l'intervention des pouvoirs adjudicateurs. Cette préoccupation générale ressort d'ailleurs des travaux préparatoires. C'est ainsi qu'il a été observé lors de l'examen des modalités de la procédure actuelle :

« La solution retenue dans le projet de loi, après avis de la Commission des marchés publics, a été d'établir un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service au travers de la passation des marchés. Le projet entend donc trouver une solution pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et qui ne souffrent pas de délais de procédure plus longs » (*ibid.*, p. 165).

Il découle de ce qui précède que la mesure attaquée n'est pas dépourvue de justification raisonnable.

B.11. Le moyen unique ne peut être accueilli.

Par ces motifs,

la Cour

rejette le recours.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 7 décembre 2005.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts