

Numéro du rôle : 4932
Arrêt n° 47/2011 du 30 mars 2011

A R R E T

---

*En cause* : le recours en annulation des articles 65/22, § 2, et 65/32 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, insérés par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 précitée, introduit par la commune d'Auderghem.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey et P. Nihoul, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président R. Henneuse,

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 12 mai 2010 et parvenue au greffe le 14 mai 2010, la commune d'Auderghem a introduit un recours en annulation des articles 65/22, § 2, et 65/32 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, insérés par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 précitée (publiée au *Moniteur belge* du 28 décembre 2009, troisième édition).

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 26 janvier 2011 :

- ont comparu :

. E. Schoonbroodt, secrétaire communal de la commune d'Auderghem, pour la partie requérante;

. Me S. Depré et Me K. Man, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs P. Nihoul et T. Merckx-Van Goey 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 constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *En droit*

- A -

*En ce qui concerne la recevabilité*

A.1.1. La commune d'Auderghem, partie requérante, expose qu'elle est un pouvoir adjudicateur et qu'elle est, à ce titre, destinataire des dispositions légales qu'elle attaque. Elle fait valoir qu'en ouvrant des voies de recours contre des actes administratifs posés dans des procédures de passation de marchés publics à des personnes qui jusqu'ici ne disposaient pas de cet accès aux juridictions, ainsi qu'en étendant des voies de recours propres aux marchés publics européens à des marchés de travaux de moindre valeur, les dispositions attaquées accroissent le risque de contentieux auquel elle est exposée.

Elle produit en annexe à sa requête un extrait conforme des délibérations de ses organes décidant de l'introduction du recours.

A.1.2. La recevabilité du recours n'est pas contestée par le Conseil des ministres.

*En ce qui concerne le fond*

*Quant au premier moyen*

A.2.1. Le premier moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution. La commune d'Auderghem expose que l'article 2 de la loi attaquée, en ce qu'il introduit les articles 65/22, § 2, et 65/32 dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ouvre des voies de recours à une catégorie de personnes différente, et beaucoup plus large que la catégorie de celles qui pouvaient jusqu'alors solliciter l'annulation ou la suspension de la décision d'attribution du marché ou requérir du juge une déclaration d'absence d'effets ou des dommages et intérêts.

A.2.2. La partie requérante estime que la voie de recours introduite par l'article 65/22, § 2, est définie de telle manière qu'elle confine à l'action populaire, dans la mesure où elle est applicable même aux demandes formées alors que nul n'a vu ses droits d'agir en justice ni ses chances d'obtenir le marché affectés ou réduits. Elle fait valoir qu'en revanche, les articles 65/14 à 65/17 n'ouvrent les voies de recours classiques ou nouvelles qu'à la personne disposant d'un réel intérêt. Elle signale que la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 « modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics », qui est transposée en droit belge par la loi attaquée, ne crée aucune discrimination entre les requérants, et qu'en outre, elle interdit la discrimination à laquelle le législateur a procédé. Elle ajoute qu'il découle en effet clairement de la directive précitée que les seuls requérants pouvant solliciter une sanction de substitution sont les bénéficiaires du délai d'attente ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésés par la méconnaissance de ce délai d'attente. Elle signale enfin que rien n'explique que les articles attaqués soient libellés de telle manière qu'ils permettent la mise en œuvre des sanctions de substitution au profit d'autres requérants que les bénéficiaires du délai d'attente organisé en vertu du droit européen.

A.3.1. En ordre principal, le Conseil des ministres estime que la partie requérante dénonce une discrimination entre des catégories de requérants qui ne sont pas comparables parce que les buts des voies de recours comparées sont différents. Concernant la comparaison entre les requérants pouvant solliciter du juge la sanction de substitution et les requérants qui peuvent requérir du juge une déclaration d'absence d'effets, il expose que la sanction de substitution ne constitue pas une voie de recours autonome, car elle est en principe toujours l'accessoire de la demande en déclaration d'absence d'effets, à laquelle elle se substitue. Il en déduit qu'il ne peut être question d'une différence de traitement entre différentes catégories de requérants, puisque les requérants pouvant solliciter la déclaration d'absence d'effets sont les mêmes que ceux pouvant solliciter la sanction de substitution.

Concernant la comparaison entre les requérants qui peuvent solliciter du juge la sanction de substitution et les requérants qui peuvent solliciter l'annulation ou la suspension de la décision d'attribution du marché et requérir des dommages et intérêts, il expose que le but du législateur consiste uniquement à sanctionner la violation d'une prescription de procédure d'attribution, à savoir le non-respect du délai d'attente de 15 jours ou la conclusion du marché avant que l'instance de recours ait statué. Par contre, l'objectif poursuivi par les autres voies de recours est de protéger un avantage du requérant, et dans ce cas, il est normal que l'intérêt soit entendu plus strictement.

A.3.2. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres signale qu'il n'aperçoit pas où se situe la discrimination alléguée par la partie requérante, dès lors que les deux catégories de requérants se trouvent dans des situations fondamentalement différentes. Il ajoute que le recours en substitution n'est pas une action populaire, car il n'est ouvert qu'aux personnes « intéressées », notion qui devra être précisée par les juridictions, tandis que les autres requérants poursuivent un avantage personnel. Il estime que le législateur a donc réservé un traitement différencié à des situations différentes, et qu'il a veillé à choisir des mesures de substitution dont les effets ne sont pas disproportionnés.

A.3.3. En ordre infiniment subsidiaire, le Conseil des ministres fait observer que le législateur peut définir le concept d'« intérêt » en fonction de la voie de recours concernée, et que cette notion est en outre interprétée par les juridictions. Il ajoute que dans plusieurs domaines, lorsque l'intérêt d'une action dépasse le cercle des intérêts purement privés, le législateur a tendance à ouvrir le champ des requérants potentiels.

A.4. La commune d'Auderghem répond que les thèses du Conseil des ministres sont contradictoires parce que l'on ne peut à la fois soutenir qu'une action est l'accessoire d'une autre et donc qu'elle ne peut être exercée que par les requérants admis à l'action principale et soutenir que la sanction de substitution peut être sollicitée par d'autres requérants que ceux qui peuvent agir en déclaration d'absence d'effets. Elle estime pour sa part que si le droit européen et la logique font des sanctions de substitution un dispositif subsidiaire à une déclaration d'absence d'effets, le législateur belge, en revanche, leur donne une extension étrangère à leur nature et les ouvre à des requérants qui ne peuvent avoir accès au prétoire.

Elle relève que le caractère accessoire de l'action en sanction de substitution par rapport à l'action en déclaration d'absence d'effets n'est consacré par aucune disposition de la loi du 23 décembre 2009, et que la loi dément d'ailleurs ce caractère accessoire puisque les requérants sont définis de façon distincte et que les délais d'introduction sont différents. Elle ajoute que la discrimination entre requérants qu'elle dénonce ne peut être justifiée par l'objectif de transposer la directive européenne puisqu'elle est contredite par la directive elle-même, et qu'elle ne peut davantage être légitimée par le but des sanctions de substitution puisque, comme celles-ci sont censées se substituer à la déclaration d'absence d'effets, seuls les requérants qui sollicitent la résolution du marché devraient pouvoir les solliciter.

A.5.1. Le Conseil des ministres expose en réplique que le recours en substitution et la demande en déclaration d'absence d'effets visent un même but, à savoir sanctionner la violation d'une prescription de procédure d'attribution. Il confirme que la déclaration d'absence d'effets peut être demandée par un requérant intéressé qui n'a aucune chance d'obtenir le marché litigieux, comme par exemple l'autorité de tutelle, parce que la déclaration d'absence d'effets vise également à sanctionner une violation des règles de publicité. Il explique que la déclaration d'absence d'effets peut également être sollicitée en cas de violation du délai de *standstill* ou des règles visant à empêcher la conclusion d'un marché tant qu'un recours est pendant selon l'article 65/17, 2°, à la condition que le requérant démontre l'impossibilité d'engager ou de mener à son terme un recours en suspension ou une violation des règles de fond sur les marchés publics ayant compromis ses chances d'obtenir le marché. Il estime qu'il n'y a donc pas de contradiction entre l'affirmation selon laquelle la sanction de substitution est accessoire à la demande en déclaration d'absence d'effets et l'affirmation selon laquelle elle peut aussi être mise en œuvre par d'autres requérants, comme l'autorité de tutelle du pouvoir adjudicateur.

A.5.2. Le Conseil des ministres relève que la directive 2007/66/CE modifiant la directive 89/665/CCE permet aux Etats membres de sanctionner les autres violations des conditions formelles que la violation du *standstill* et de choisir les moyens pour sanctionner ces autres violations des conditions formelles, soit par la déclaration d'absence d'effets, soit par une sanction de substitution. Il ajoute que l'interdiction de discrimination entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice n'exclut en rien que d'autres personnes que les soumissionnaires puissent exercer des voies de recours comme la sanction de déclaration d'absence d'effets ou la sanction de substitution. Il indique encore que l'article 2*sexies* de la directive démontre, au contraire de ce que prétend la partie requérante, que les dommages et intérêts et la sanction de substitution ne peuvent en aucun cas se confondre dès lors que ces voies de recours poursuivent un but différent, le législateur européen ayant voulu éviter qu'un Etat puisse écarter l'application des sanctions de substitution en considérant que le paiement de dommages et intérêts en est l'équivalent.

A.5.3. Le Conseil des ministres répète que la sanction de substitution a un caractère subsidiaire, et que seul le requérant ayant introduit une demande en déclaration d'absence d'effet, c'est-à-dire une « personne intéressée », peut solliciter une sanction de substitution. Il n'est donc pas question, contrairement à ce que soutient la requérante, d'une extension des catégories de requérants pouvant solliciter une sanction de substitution. Le but des législateurs européen et belge, en introduisant la sanction de substitution et la déclaration d'absence d'effets, « consiste en ordre principal à sanctionner la violation d'une prescription de procédure

d'attribution, à savoir les règles de publication et le non-respect du délai d'attente ou la conclusion du marché avant que l'instance de recours ait statué ».

#### *Quant au second moyen*

A.6.1. Le second moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution. La partie requérante expose que l'article 65/32, inséré dans la loi du 24 décembre 1993 par l'article 2 de la loi attaquée, étend aux marchés de travaux d'une valeur inférieure au seuil à partir duquel une publicité européenne s'impose des voies de recours propres aux marchés d'une valeur atteignant ce seuil. Elle considère que rien ne justifie d'étendre aux marchés de travaux d'une valeur comprise entre 2 422 500 euros hors TVA (seuil fixé par l'article 65/30, alinéa 1er, auquel renvoie l'article 65/32) et 4 845 000 euros hors TVA (seuil d'application des exigences de publicité européenne) les procédures de déclaration d'absence d'effets et de sanction de substitution car, d'une part, une discrimination est ainsi créée entre les marchés de travaux et les marchés de fournitures et de services, et, d'autre part, cette extension méconnaît la distinction objective entre les marchés soumis aux directives communautaires et ceux qui n'entrent pas dans le champ des directives communautaires.

A.6.2. La partie requérante expose que le législateur aurait dû mettre en balance l'intérêt de la protection juridique renforcée des entreprises et l'intérêt de sauvegarder l'efficacité des procédures mises en œuvre par les pouvoirs publics.

A.7.1. Le Conseil des ministres estime d'abord que la catégorie des marchés de travaux et celles des marchés de fournitures et des marchés de services ne sont pas comparables. Ainsi, l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics organise des régimes juridiques séparés partant de l'objet ou de la nature du marché public. En exécution des directives européennes en la matière, le législateur a fixé des seuils d'application des exigences de publicité européenne différenciés en fonction de l'objet ou de la nature du marché public, de sorte que ces marchés ne sont pas comparables.

A.7.2. Le Conseil des ministres expose que la différence de traitement entre les marchés de travaux, d'une part, et les marchés de fournitures et de services, d'autre part, repose sur un critère objectif, à savoir la valeur du seuil d'application des exigences de publicité européenne, qui est plus significative pour les premiers que pour les seconds. Il renvoie à cet égard à l'arrêt n° 179/2005 de la Cour. Le montant du seuil européen pour les marchés de travaux, fixé à 4 845 000 euros, est environ 25 fois plus élevé que le montant des seuils applicables aux marchés de fournitures et aux marchés de services. Il estime que le législateur a pu considérer que les candidats et soumissionnaires aux marchés de travaux se trouvaient dans une position excessivement défavorable par rapport aux candidats et soumissionnaires aux autres marchés, et qu'il a donc pu leur appliquer une protection juridique plus importante.

A.7.3. Le Conseil des ministres considère que la disposition attaquée ne méconnaît pas la distinction objective entre les marchés soumis aux directives communautaires et ceux qui n'entrent pas dans le champ de ces directives. Il fait valoir qu'il n'est pas interdit qu'un Etat membre étende le champ d'application des directives afin d'organiser une protection juridique plus efficace pour certains marchés publics importants, à savoir les marchés de travaux qui atteignent une valeur significative, et que c'est un choix qui relève du pouvoir d'appréciation du législateur.

A.8. La commune d'Auderghem répond que le législateur devait, à tout le moins, expliquer pourquoi il convenait d'étendre les voies de recours réservées aux marchés soumis à publicité européenne à des marchés d'une valeur inférieure au seuil européen et uniquement pour les marchés de travaux, alors que le législateur européen a fixé des valeurs substantiellement différentes pour soumettre les marchés de travaux et les marchés de fournitures et de services à la directive. Elle considère que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne confère pas de justification raisonnable à la discrimination opérée par le législateur.

Elle estime que le pouvoir d'appréciation du législateur s'exerce dans les limites du droit constitutionnel, et relève qu'en l'espèce, réserver l'extension de la protection aux seuls marchés de travaux et en exclure les marchés de fournitures et de services ne trouve aucune justification dans la jurisprudence de la Cour. Elle attire encore l'attention sur le fait que l'impact de l'extension des sanctions de substitution sur l'efficacité des procédures de passation de marchés mises en œuvre par les pouvoirs publics, notamment en termes de coûts, n'est pas appréhendé.

A.9. Le Conseil des ministres indique en réplique que la loi attaquée n'a pas pour unique objectif de transposer la directive en droit interne, mais qu'elle organise également une réglementation des voies de procédure pour des marchés n'atteignant pas les seuils européens. Il souligne que le régime communautaire n'empêche évidemment pas un Etat membre de régler le régime de protection juridique pour des marchés d'une valeur inférieure au seuil européen, et notamment pour les marchés présentant un intérêt transfrontalier parce qu'ils atteignent une valeur significative.

- B -

### *Quant aux dispositions attaquées*

B.1.1. La partie requérante demande l'annulation des articles 65/22, § 2, et 65/32 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, insérés par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

B.1.2. L'article 65/22, § 2, de la loi précitée dispose :

« A la demande de toute personne intéressée et après avoir apprécié tous les aspects pertinents, l'instance de recours prononce une sanction de substitution visée au § 1er lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché en méconnaissance de l'article 65/11, alinéas 1er et 2, sans toutefois que cette violation :

1° ait privé le soumissionnaire de la possibilité d'introduire une demande en suspension visée à l'article 65/11, alinéa 2, et

2° soit accompagnée d'une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution, et que cette dernière violation ait pu compromettre les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché.

Les pénalités financières prononcées comme sanctions de substitution sont versées au Trésor ».

### B.1.3. L'article 65/32 de la loi précitée dispose :

« Lorsque l'article 65/30, alinéa 1er, est applicable, les articles 65/12, 65/13, 65/18, alinéa 1er et 4, et 65/19 à 65/22 sont également applicables.

Dans ce cas, les mots 'publicité européenne' et '*Journal officiel de l'Union européenne*', mentionnés dans ces dispositions, sont remplacés par les mots 'publicité belge' et '*Bulletin des Adjudications*'.

Si l'autorité adjudicatrice, conformément à l'article 65/30, alinéa 2, fait application volontaire de l'article 65/11, alinéa 1er, les articles 65/13 et 65/17 à 65/22 ne sont pas applicables ».

B.2. La loi attaquée « vise, d'une part, à transposer en droit belge la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, [...] et, d'autre part, à insérer des dispositions applicables aux marchés n'atteignant pas les seuils européens » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2276/001, p. 4).

B.3.1. La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services établit une distinction entre les marchés publics qui atteignent les seuils prescrits pour la publication européenne préalable obligatoire et les marchés publics qui n'atteignent pas ces seuils. L'article 65/32 attaqué rend toutefois applicables aux marchés de travaux dont le montant de l'offre à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée se situe en deçà du seuil européen mais atteint la moitié de ce seuil, soit les marchés de travaux dont le montant se situe entre 2.422.500 euros et 4.845.000 euros, certaines dispositions applicables aux marchés pour lesquels la publication européenne préalable est obligatoire. Ainsi, ces marchés de travaux sont également soumis au délai d'attente entre la décision d'attribution et la conclusion du marché (articles 65/11, 65/12 et 65/13 de la loi du 24 décembre 1993), et le non-respect de ce délai d'attente par le pouvoir adjudicateur peut être sanctionné, pour ces marchés de travaux également, lorsqu'ils sont conclus, par une déclaration d'absence d'effets ou par une sanction de substitution.

B.3.2. La sanction de déclaration d'absence d'effets et les sanctions de substitution ont été introduites dans la loi du 24 décembre 1993 par la loi du 23 décembre 2009. En application de l'article 65/17 de la loi du 24 décembre 1993, l'instance de recours déclare dépourvu d'effets un marché qui a été soit conclu sans publicité européenne préalable, alors que celle-ci était exigée par le droit communautaire européen ou par le droit interne applicable, soit conclu avant l'expiration du délai d'attente prévu par l'article 65/11, alinéa 1er, ou avant que l'instance de recours ait statué sur la demande de suspension ou sur la demande de mesures provisoires. Dans le second cas, la déclaration d'absence d'effets est prononcée lorsque la violation sanctionnée a « privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme le recours en suspension visé à l'article 65/11, alinéa 2, et est accompagnée d'une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution et si cette dernière violation a compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché ».

B.3.3. L'instance de recours ne prononcera pas la déclaration d'absence d'effets, mais appliquera une sanction de substitution en application de l'article 65/20, « si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus ». Elle prononcera également une sanction de substitution lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché en méconnaissance du délai d'attente ou avant que l'instance de recours ait pu se prononcer sur une demande de suspension ou sur une demande de mesures provisoires lorsque cette violation de l'article 65/11 n'a pas privé le soumissionnaire de la possibilité d'introduire une demande en suspension, et est accompagnée d'une autre violation du droit communautaire européen ou du droit interne qui n'a pu compromettre les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché (article 65/22, § 2, de la même loi). Le législateur a considéré que dans ce cas, « une annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles aurait été une sanction disproportionnée » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2276/001, p. 38).

La sanction de substitution consiste à abrégier la durée du marché ou à imposer une pénalité financière à l'autorité adjudicatrice. L'instance de recours peut aussi choisir de prononcer les deux sanctions de substitution.

### *Quant au premier moyen*

B.4.1. Par le premier moyen, la partie requérante fait grief aux dispositions qu'elle attaque d'ouvrir les voies de recours visant à faire prononcer une sanction de substitution à de nouvelles catégories de personnes, différentes et potentiellement beaucoup plus nombreuses que celles qui peuvent solliciter du juge une sanction consistant en l'annulation ou la suspension de la décision d'attribution du marché, en une déclaration d'absence d'effets ou en l'octroi de dommages et intérêts. La partie requérante craint en conséquence de se trouver confrontée, de manière injustifiée, à une augmentation du nombre de recours auxquels elle doit, en tant que pouvoir adjudicateur, faire face.

B.4.2. En application de l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices « à la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée ». La suspension des mêmes décisions peut être ordonnée dans les mêmes conditions (article 65/15 de la même loi). Des dommages et intérêts peuvent être accordés aux personnes lésées par une des violations visées à l'article 65/14 précité (article 65/16 de la même loi). En revanche, la sanction de déclaration d'absence d'effets du marché peut être prononcée par l'instance de recours à la demande de toute personne intéressée (article 65/17 de la même loi). Il en va de même des sanctions de substitution (article 65/22 de la même loi).

B.4.3. La partie requérante considère que les dispositions attaquées introduisent entre les catégories de requérants qui peuvent postuler du juge qu'il déclare l'absence d'effets du marché conclu et les catégories de requérants qui peuvent solliciter le prononcé d'une sanction de substitution une différence de traitement incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Toutefois, tant l'article 65/17, qui traite de la déclaration d'absences d'effets, que l'article 65/22, § 2, qui traite des sanctions de substitution, prévoient que l'instance de recours prononce ces sanctions « à la demande de toute personne intéressée ». Par contre, l'instance de recours déclarera le marché dépourvu d'effets ou limitera la sanction à une des sanctions de substitution selon que le non-respect du délai d'attente ou du délai dans lequel l'instance de recours se prononce sur une demande de suspension ou de mesures provisoires a

ou non privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours en suspension et que la violation du délai d'attente est accompagnée d'une violation du droit communautaire européen ou du droit interne qui a ou non compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché.

Il en résulte que les catégories de requérants qui peuvent solliciter de l'instance de recours une déclaration d'absence d'effets et celles qui peuvent solliciter une sanction de substitution sont définies de la même manière par le texte de la loi attaquée, de sorte qu'il ne saurait y avoir de discrimination entre ces catégories de requérants.

En revanche, il est exact que les catégories de requérants qui peuvent solliciter une déclaration d'absence d'effets et une sanction de substitution sont définies de manière plus large que les catégories de requérants qui peuvent solliciter l'annulation ou la suspension des décisions prises par l'autorité adjudicatrice. Ces derniers doivent en effet prouver qu'ils ont ou ont eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et qu'ils ont été ou risquent d'être lésés par la violation alléguée.

B.5. Contrairement à ce que soutient la partie requérante, le législateur n'a pas fait du recours visant à faire prononcer une sanction de substitution une action « qui confine à l'action populaire », puisqu'il a précisé que ce recours n'est ouvert qu'aux personnes « intéressées ». Le requérant doit dès lors démontrer un intérêt à ce que la sanction soit prononcée. Il reviendra aux juridictions compétentes de définir ce qu'il faut entendre par l'intérêt à agir dans ce contexte, en s'inspirant, le cas échéant, des travaux préparatoires relatifs aux dispositions attaquées.

B.6. Par ailleurs, le législateur, introduisant dans la législation relative aux marchés publics de nouvelles sanctions visant à faire respecter le délai d'attente par les autorités adjudicatrices, a pu définir les catégories de personnes qui sont recevables à solliciter de l'instance de recours qu'elle prononce ces nouvelles sanctions en fonction du but qu'il poursuivait, et il n'était pas tenu d'aligner les conditions de recevabilité de ces nouvelles actions sur celles qui étaient fixées par la législation antérieure pour les actions tendant à obtenir l'annulation, la suspension ou des dommages et intérêts. A cet égard, constatant avec

le législateur européen que « l'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les entreprises qui ont été privées illégalement de la possibilité de participer à la procédure », il a pu ouvrir l'action tendant à obtenir l'absence d'effets non seulement aux entreprises intéressées, mais également à « l'autorité qui doit faire cesser le manquement européen », ainsi qu'à, « par exemple, [...] l'autorité régionale agissant dans le cadre de la tutelle sur un pouvoir adjudicateur » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2276/001, p. 33).

B.7. Le premier moyen n'est pas fondé.

*Quant au second moyen*

B.8. Par le second moyen, la partie requérante reproche à l'article 65/32 inséré dans la loi du 24 décembre 1993 par l'article 2 de la loi attaquée d'étendre aux marchés de travaux d'une valeur estimée inférieure au seuil à partir duquel une publicité européenne s'impose des voies de recours propres aux marchés dont la valeur estimée atteint ce seuil. Elle considère que le législateur a ainsi créé une discrimination entre les marchés de travaux d'une part et les marchés de fournitures et de services d'autre part, et qu'il a méconnu la distinction objective entre les marchés soumis aux directives de l'Union européenne et ceux qui ne le sont pas, négligeant l'impact de cette mesure sur les coûts supportés par les pouvoirs adjudicateurs.

B.9. Les travaux préparatoires de la disposition en cause montrent que le législateur a constaté qu'il y avait « une différence de traitement trop importante entre les marchés dont les montants ont une valeur supérieure aux seuils [européens], où la protection juridique des soumissionnaires évincés est optimale, et ceux dont les montants ont une valeur inférieure aux seuils, où les principes d'information et de transparence pourraient être plus facilement malmenés », et qu'il a en conséquence décidé de rendre un certain nombre de dispositions applicables à tous les marchés. Il a toutefois jugé ne pas devoir soumettre tous les marchés

aux dispositions relatives au respect du délai d'attente et à l'absence d'effets, « afin de ne pas imposer un régime trop lourd aux marchés dont le montant ne le justifierait pas. » Cependant, il a choisi d'imposer le respect des règles concernant le délai d'attente, la déclaration d'absence d'effets et les sanctions de substitution pour les marchés de travaux dont le montant se situe entre le seuil européen et la moitié de ce seuil, estimant que « ce montant se révèle en effet plus significatif et justifie l'application d'un régime plus sévère et offrant une plus grande transparence aux entreprises concernées » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2276/001, p. 43-44).

B.10. La différence de traitement dénoncée est fondée sur deux critères objectifs, à savoir, d'une part, la nature du marché public envisagé et, d'autre part, le montant de celui-ci. Il relève du pouvoir d'appréciation du législateur de décider d'appliquer des mesures plus contraignantes à certains marchés, définis par référence à des montants qu'il détermine et qui peuvent différer selon la nature du marché envisagé. Dès lors qu'il soumet à la réglementation imposée par le droit communautaire européen tous les marchés qui sont visés par ce dernier, rien ne l'empêche d'y soumettre également des marchés qui se situent en deçà des seuils fixés par la réglementation européenne. Il a pu, sans violer les articles 10 et 11 de la Constitution, considérer que le seuil applicable aux marchés de travaux fixé par les dispositions relatives à la publicité européenne était trop élevé pour son application au contexte belge, de sorte que des marchés importants dans ce contexte échappaient à la protection prévue par certaines dispositions contraignantes, alors que tel n'était pas le cas pour les marchés de fournitures et de services.

B.11. Le second moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs,

la Cour

rejette le recours.

Ainsi prononcé en langue française, en langue néerlandaise et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 30 mars 2011.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse