

Numéro du rôle : 4981
Arrêt n° 105/2011 du 16 juin 2011

A R R E T

En cause : le recours en annulation de l'article 7 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, introduit par la SPRL « Challenge MC ».

La Cour constitutionnelle,

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

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 28 juin 2010 et parvenue au greffe le 29 juin 2010, un recours en annulation de l'article 7 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 (publiée au *Moniteur belge* du 28 décembre 2009, troisième édition) a été introduit par la SPRL « Challenge MC », dont le siège est établi à 2930 Brasschaat, Ter Borcht 46.

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 23 mars 2011 :

- ont comparu :

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

- les juges-rapporteurs E. De Groot et J. Spreutels ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- 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 -

Quant à l'intérêt de la partie requérante

A.1.1. La partie requérante fait valoir qu'elle a été informée, par un pli recommandé du 29 avril 2010, que la candidature qu'elle avait introduite dans le cadre d'un marché public n'avait pas été retenue. Dans cette lettre, il était en outre mentionné qu'elle pouvait s'adresser au Conseil d'Etat conformément à l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Selon cette disposition, le Conseil d'Etat peut suspendre l'exécution d'une décision de l'autorité adjudicatrice sans que la partie requérante doive prouver l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable. Selon la partie requérante, cette demande devrait être introduite selon une procédure d'extrême urgence, sans que la preuve d'une telle urgence soit requise.

Le 14 mai 2010, la partie requérante a introduit une demande de suspension au Conseil d'Etat sans se soucier, par application de l'article 65/15 précité, de l'existence d'un « préjudice grave difficilement réparable » et d'une « extrême urgence ». Dans son arrêt n° 205.058 du 10 juin 2010, le Conseil d'Etat a toutefois considéré, sur la base de la disposition attaquée, que l'article 65/15 précité n'était pas applicable, parce que le marché

public avait été publié dans le *Journal officiel de l'Union européenne* et dans le *Bulletin des adjudications* du 27 janvier 2010, donc avant l'entrée en vigueur 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. La demande de la partie requérante a été rejetée.

Si la Cour annulait la disposition attaquée, il serait établi, selon la partie requérante, que la demande de suspension qu'elle a introduite devant le Conseil d'Etat ne pouvait être rejetée au motif qu'il n'était pas satisfait à la condition de l'extrême urgence. Par application de l'article 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, l'arrêt du Conseil d'Etat pourrait être rétracté. Ceci, selon la partie requérante, justifierait son intérêt au recours.

A.1.2. Selon le Conseil des ministres, la partie requérante ne démontre pas qu'elle justifie d'un intérêt légitime à demander l'annulation de la disposition attaquée. Elle soutient uniquement avoir introduit une demande de suspension au Conseil d'Etat, mais cette procédure n'est plus pendante. L'action en rétractation d'un arrêt du Conseil d'Etat, prévue dans l'article 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, n'est, selon le Conseil des ministres, qu'un effet d'une éventuelle annulation de la disposition attaquée et ne confère pas en soi à la partie requérante un intérêt légitime. Le fait que la demande de suspension introduite par la partie requérante a été déclarée irrecevable serait uniquement dû à sa propre négligence et à son manque de prévoyance. En effet, au moment où la partie requérante a introduit sa demande de suspension, la loi du 23 décembre 2009 avait déjà été publiée au *Moniteur belge*.

En réalité, l'intérêt invoqué par la partie requérante se réduit, selon le Conseil des ministres, à ce que la loi du 23 décembre 2009 entre en vigueur conformément aux dispositions de 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, selon lesquelles les Etats membres devaient prendre les mesures nécessaires pour se conformer à cette directive au plus tard le 20 décembre 2009. Tous les citoyens ont toutefois intérêt à ce que les actes des organes de l'Etat soient en toutes circonstances accomplis de manière légale, mais ceci ne constitue pas en soi un intérêt suffisant pour introduire un recours devant la Cour (action populaire).

Enfin, le Conseil des ministres estime que la partie requérante ne démontre pas que les conditions antérieures de suspension, concernant le « préjudice grave difficilement réparable » et l'« extrême urgence », ne seraient pas conformes à la directive 2007/66/CE. En outre, la partie requérante avait la possibilité, sous l'ancienne législation, d'introduire une demande de suspension devant le juge ordinaire des référés, sans devoir satisfaire aux conditions en question.

Quant au moyen unique

A.2. Le moyen unique est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec le principe général de l'application immédiate des lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, avec l'article 160 de la Constitution et l'article 65/15 de la loi du 23 décembre 1993, avec les articles 2 et 3 du Code judiciaire, avec le principe de légalité, avec le principe de la sécurité juridique et avec l'article 190 de la Constitution, ainsi qu'avec la directive 2007/66/CE.

A.3. La partie requérante expose que la directive 2007/66/CE aurait dû être transposée au plus tard le 20 décembre 2009 et que la loi du 23 décembre 2009 a été conçue comme l'exécution de cette directive. L'article 7 de cette loi dispose, d'une part, que le Roi fixe la date d'entrée en vigueur de la loi et, d'autre part, que les marchés publics, les marchés et les concours de projets publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une demande de participation ou à remettre une offre a été lancée avant cette date demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation. L'arrêté royal du 10 février 2010 a fixé l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009 au 25 février 2010.

A.4. Selon la partie requérante, la disposition attaquée viole la directive 2007/66/CE en ce qu'elle habilite le Roi à fixer la date d'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009. En effet, cette directive prévoit que les Etats membres doivent se conformer à ses dispositions au plus tard le 20 décembre 2009. Ainsi, les ressortissants belges seraient privés d'une garantie essentielle, sans que ceci puisse être justifié au regard du droit de l'Union européenne. Elle qualifie le droit à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans les délais comme un droit fondamental, qui, en l'espèce, est restreint de manière discriminatoire. Elle renvoie également à l'article 4 du Traité sur l'Union européenne, dont elle déduit qu'une obligation de coopération loyale incombe aux Etats membres de l'Union européenne.

A.5. La partie requérante estime qu'il n'était absolument pas nécessaire de reporter l'entrée en vigueur de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993. Conformément à l'article 160 de la Constitution, le législateur a lui-même fixé les nouvelles conditions du référé administratif, de sorte que des dispositions d'exécution n'étaient plus nécessaires. Puisque l'article 65/15 est une disposition de droit formel, cette disposition aurait pour ainsi dire effet direct en droit national, peu importe que le Conseil d'Etat doive contrôler l'acte administratif attaqué au regard des dispositions anciennes ou nouvelles de droit matériel. Le droit formel et le droit matériel, instaurés par la loi du 23 décembre 2009, ne seraient dès lors pas indissociablement liés.

A.6. La partie requérante estime également que la disposition attaquée viole le principe de la sécurité juridique, parce que le législateur a, d'une part, indiqué qu'il voulait exécuter la directive 2007/66/CE et a, d'autre part, adopté des dispositions qui limitent l'application du droit de l'Union européenne. Dans l'affaire qui a abouti à l'arrêt n° 205.058 du Conseil d'Etat, tant la partie requérante que l'autorité adjudicatrice sont parties du principe que les nouvelles dispositions étaient applicables. Leurs attentes ont toutefois été déjouées par la disposition attaquée.

A.7. Selon la partie requérante, l'article 7, alinéa 2, de la loi du 20 décembre 2009 crée en outre une exception injustifiée au principe général de droit de l'application immédiate des lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, principe qui est confirmé par les articles 2 et 3 du Code judiciaire. Selon elle, le législateur ne pouvait traiter de la même manière les dispositions de droit matériel et les dispositions de droit formel de la loi du 20 décembre 2009, en ce qui concerne leur entrée en vigueur. Même s'il était admis qu'il s'indique, pour des raisons pratiques, que le juge applique la réglementation - matérielle - ancienne aux affaires introduites avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, il n'est cependant pas nécessaire d'appliquer également les anciennes règles de procédure. En effet, le juge peut vérifier, sur la base des nouvelles règles de procédure, si la réglementation matérielle ancienne a été respectée. La disposition attaquée est d'autant moins licite que le droit de l'Union européenne prescrit que la réglementation nationale nouvelle - tant ses dispositions matérielles que ses dispositions formelles - soit applicable au plus tard le 20 décembre 2009.

A.8.1. Selon le Conseil des ministres, le moyen comprend deux branches, dont la première porte sur la violation, par l'article 7, alinéa 1er, de la loi du 23 décembre 2009, du principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec le droit de l'Union européenne et avec le principe de la sécurité juridique, et dont la seconde porte sur la violation, par l'article 7, alinéa 2, de cette loi, du principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec le principe général de l'application immédiate des lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, confirmé par les articles 2 et 3 du Code judiciaire, avec le droit de l'Union européenne et avec le principe de la sécurité juridique.

A.8.2. La partie requérante répond que les deux branches du moyen concernent tant l'alinéa 1er que l'alinéa 2 de l'article 7 de la loi du 23 décembre 2009. Elle souligne que dans sa requête, elle n'a mentionné des branches que pour indiquer que le moyen est pris, d'une part, de la violation du principe d'égalité et de non-discrimination en soi (première branche) et, d'autre part, de la violation de ce principe, en combinaison avec d'autres normes et principes (seconde branche).

A.9.1. En ce qui concerne la première branche du moyen, le Conseil des ministres estime que la partie requérante ne précise aucunement quelle différence de traitement la disposition attaquée établit et quelle catégorie de personnes est discriminée. Selon le Conseil des ministres, la partie requérante prétend uniquement que le droit de l'Union européenne et le principe de la sécurité juridique sont violés. La Cour n'est toutefois pas compétente pour contrôler directement une disposition législative au regard de ce droit et de ce principe.

A.9.2. La partie requérante répond qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'est invoquée la violation des articles 10 et 11 de la Constitution en combinaison avec d'autres dispositions de droit international ou avec des principes généraux de droit qui contiennent une garantie fondamentale, la violation alléguée consiste en ce qu'il est établi une différence de traitement entre la catégorie de personnes qui est privée de cette garantie et d'autres catégories de personnes pour lesquelles cette garantie s'applique sans restriction. Elle estime que la différence de traitement est donc effectivement démontrée.

A.9.3. Selon le Conseil des ministres, la jurisprudence de la Cour à laquelle se réfère la partie requérante s'applique exclusivement lorsqu'est invoquée une violation du principe d'égalité et de non-discrimination en combinaison avec un autre droit fondamental. Aucun autre droit fondamental n'est invoqué en l'espèce.

A.10.1. S'il est admis que la partie requérante a bien démontré une différence de traitement, *quod non*, le Conseil des ministres suppose qu'il s'agit d'une différence de traitement entre des soumissionnaires évincés d'un marché public, selon que le marché a été annoncé avant ou après la date d'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009, fixée par le Roi. Selon le Conseil des ministres, la partie requérante ne démontre pas en quoi cette différence de traitement est discriminatoire. Il souligne que le régime transitoire contenu dans la disposition attaquée est d'usage dans le cadre de la réglementation des marchés publics. Il souligne également que la disposition attaquée ne confère aucune rétroactivité à la loi du 23 décembre 2009. Cette disposition fixe uniquement le moment auquel la loi entre en vigueur, établissant une distinction entre les personnes qui sont concernées par des situations juridiques qui relèvent du champ d'application de la réglementation antérieure et les personnes qui sont concernées par des situations juridiques qui entrent dans le champ d'application de la nouvelle réglementation. Pareille distinction ne serait pas constitutive d'une violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Quand bien même la loi du 23 décembre 2009 serait entrée en vigueur le 20 décembre 2009, conformément à la directive 2007/66/CE, une différence de traitement analogue aurait été établie.

A.10.2. Selon le Conseil des ministres, le législateur a voulu offrir aux autorités adjudicatrices la possibilité de s'adapter à la réglementation nouvelle pour l'organisation de leurs marchés publics. Si la nouvelle réglementation avait été d'application immédiate, les autorités adjudicatrices qui avaient déjà entamé une procédure d'adjudication se seraient trouvées devant divers problèmes juridiques et pratiques. Le Conseil des ministres conteste la distinction établie par la partie requérante entre les dispositions de droit formel et les dispositions de droit matériel de la loi du 23 décembre 2009. En effet, les « dispositions de droit formel » contiennent également des obligations expresses pour l'autorité adjudicatrice, en ce qui concerne la motivation des décisions prises et l'information dispensée aux candidats et aux soumissionnaires. Selon le Conseil des ministres, il existe bien un lien entre les dispositions relatives aux obligations d'information et de motivation incombant à l'autorité adjudicatrice et les dispositions relatives au droit procédural. Il renvoie à cet égard à l'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993, portant sur les délais de recours et sur les dispositions concernant la déclaration d'absence d'effets et la demande de sanctions de substitution, qui visent spécifiquement à faire respecter, par l'autorité adjudicatrice, l'obligation de publicité et les délais d'attente.

A.10.3. La partie requérante répond que l'on n'aperçoit pas pourquoi il serait difficile, dans une procédure de suspension devant le Conseil d'Etat, de n'examiner que le caractère sérieux des moyens sans vérifier s'il est satisfait aux autres conditions de suspension.

A.10.4. Le Conseil des ministres déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'un particulier ne peut invoquer les dispositions d'une directive que lorsque celles-ci sont inconditionnelles et suffisamment précises. Il estime qu'aucune disposition de la directive 2007/66/CE ne précise les conditions à respecter pour introduire un recours en suspension devant le Conseil d'Etat.

A.11.1. En ce qui concerne la seconde branche du moyen, le Conseil des ministres estime également que la partie requérante n'indique pas quelle différence de traitement la disposition attaquée établit. La partie requérante affirme uniquement que la disposition attaquée est contraire au principe général de droit de l'application immédiate des lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, confirmé par les articles 2 et 3 du Code judiciaire, au droit de l'Union européenne et au principe de la sécurité juridique. Etant donné qu'il s'agit d'un contrôle direct de la disposition attaquée au regard de ces principes juridiques et de ces normes, la Cour ne serait pas compétente pour examiner la seconde branche du moyen. En admettant que la partie requérante ait néanmoins démontré une différence de traitement, *quod non*, le Conseil des ministres estime qu'il n'est pas prouvé qu'il s'agit d'une discrimination.

A.11.2. Selon le Conseil des ministres, le principe général de l'application immédiate des lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure n'est pas violé en l'espèce. En effet, ce principe n'est pas absolu et n'interdit pas au législateur de prévoir des exceptions à ce principe. Tout comme d'autres dispositions législatives, la disposition attaquée prévoit une telle exception. Le législateur voulait notamment éviter que des demandes de suspension introduites selon l'ancienne procédure et sur lesquelles le Conseil d'Etat n'avait pas encore statué définitivement soient subitement traitées selon la nouvelle procédure de suspension fixée dans la loi du 23 décembre 2009.

A.12. Etant donné que le Conseil des ministres estime que la Cour n'est pas compétente pour contrôler la disposition attaquée au regard du droit de l'Union européenne et qu'il réduit en outre la directive 2007/66/CE à une prescription non contraignante, la partie requérante suggère de poser à la Cour de justice de l'Union européenne les deux questions préjudicielles suivantes :

« 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 en particulier son article 3, doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle exclut du champ d'application les marchés publics visés à l'article 7, alinéa 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), même si ces marchés ont été publiés dans le *Journal officiel* après la date du 20 décembre 2009, fixée à l'article 3 de la directive 2007/66/CE, et même si l'autorité adjudicatrice attribue et notifie en outre le marché public, en mentionnant la nouvelle législation, après l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009 précitée, prise en exécution de la directive 2007/66/CE ?

En cas de réponse affirmative, la directive 2007/66/CE interprétée de la sorte ne viole-t-elle pas l'article 4 TUE (article 10 CE), l'article 288 TFUE (article 249 CE) et le principe d'égalité en ce qu'elle permet alors, dans la chronologie prédécrite, qu'un Etat membre se borne à faire adopter un cadre légal par le législateur formel juste avant ou après la date fixée à l'article 3 de la directive, sans que ce cadre soit entré en vigueur à ce moment et sans que les autorités administratives aient dû prendre les arrêtés d'exécution nécessaires, par lesquels la loi formelle, adoptée en exécution de la directive 2007/66/CE, entre ou peut entrer en vigueur ? ».

- B -

Les dispositions attaquées et autres dispositions pertinentes

B.1.1. La partie requérante demande l'annulation de l'article 7 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, qui dispose :

« Le Roi fixe la date de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Les marchés publics, les marchés et les concours de projets, publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une demande de participation ou à remettre une offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation ».

B.1.2. La date d'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009 a été fixée par l'article 76 de l'arrêté royal du 10 février 2010 « modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services », qui dispose :

« Entrent en vigueur le 25 février 2010 :

1° 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;

2° le présent arrêté.

Les marchés publics et les marchés publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une candidature ou à remettre offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation ».

B.1.3. Selon l'article 1er de la loi du 23 décembre 2009, cette loi transpose notamment 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 ».

L'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de cette directive dispose :

« Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 20 décembre 2009. [...] ».

Quant à l'intérêt de la partie requérante

B.2.1. La partie requérante justifie son intérêt au recours en annulation en soulignant, d'une part, que la loi du 23 décembre 2009 a assoupli les conditions d'obtention d'une suspension, par le Conseil d'Etat, de l'exécution d'une décision de l'autorité adjudicatrice, en ce sens qu'une partie requérante devant le Conseil d'Etat ne doit démontrer ni un « préjudice grave difficilement réparable » ni l'existence d'une « extrême urgence », et, d'autre part, qu'une demande de suspension qu'elle a introduite en extrême urgence devant le Conseil d'Etat le 14 mai 2010 a été rejetée.

Sur la base de l'article 7 de la loi du 23 décembre 2009 - attaqué en l'espèce - et de l'arrêté royal du 10 février 2010, pris en exécution de cette loi, le Conseil d'Etat a considéré que les dispositions de la loi du 23 décembre 2009 n'étaient pas encore applicables au litige - en effet, le marché a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* et au *Bulletin des adjudications* du 27 janvier 2010 - et qu'il n'était pas démontré qu'une suspension ordinaire ne serait plus en mesure de remédier au préjudice allégué.

La partie requérante fait également valoir à cet égard que le pli recommandé par lequel l'autorité adjudicatrice l'a informée de ce que sa candidature n'était pas retenue mentionnait qu'elle pouvait introduire une demande de suspension devant le Conseil d'Etat et faisait référence aux dispositions insérées dans la loi du 24 décembre 1993 par la loi du 23 décembre 2009. Elle relève également que les Etats membres de l'Union européenne devaient, conformément à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2007/66/CE, mettre en vigueur les dispositions législatives et administratives nécessaires pour se conformer à cette directive au plus tard le 20 décembre 2009.

B.2.2. Selon le Conseil des ministres, la partie requérante ne justifie pas d'un intérêt légitime pour demander l'annulation de la disposition attaquée. Le fait que la demande de suspension introduite le 14 mai 2010 par la partie requérante a été déclarée irrecevable par le Conseil d'Etat serait exclusivement dû à sa propre négligence et à son manque de prévoyance. En effet, au moment où la partie requérante a introduit sa demande de suspension devant le

Conseil d'Etat, la loi du 23 décembre 2009 avait déjà été publiée au *Moniteur belge*, plus précisément le 28 décembre 2009.

B.3.1. L'annulation de la disposition attaquée aurait pour conséquence que la date d'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009, publiée au *Moniteur belge* du 28 décembre 2009, serait fixée au 7 janvier 2010 et que les nouvelles dispositions qu'elle contient s'appliqueraient à un marché public qui, comme en l'espèce, a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* et au *Bulletin des adjudications* du 27 janvier 2010. Une telle situation permettrait à la partie requérante d'invoquer l'article 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, en vertu duquel un arrêt du Conseil d'Etat, dans la mesure où il est fondé sur une disposition législative annulée ensuite par la Cour constitutionnelle ou sur un règlement pris en exécution de cette disposition, peut être rétracté en tout ou en partie; la partie requérante pourrait ainsi obtenir, le cas échéant, la rétractation de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 205.058 du 10 juin 2010 qui a rejeté la demande de suspension qu'elle avait introduite.

B.3.2. Il ressort de cet arrêt que la demande de suspension introduite par la partie requérante a été rejetée pour absence de risque de préjudice grave difficilement réparable.

En outre, les arguments avancés par la partie requérante à l'appui de son moyen font apparaître que la disposition attaquée est critiquée principalement en ce qu'elle règle l'entrée en vigueur de l'article 65/15, inséré dans la loi du 24 décembre 1993 par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009, qui prévoit que « l'instance de recours peut, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable ne doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions » en matière de marchés publics.

B.3.3. Il s'ensuit que la partie requérante justifie d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'article 7 de la loi du 23 décembre 2009 en ce qu'il règle l'entrée en vigueur de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, inséré par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009.

Quant au fond

B.4. Le moyen unique est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec le principe général de droit de l'application immédiate des lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, avec les articles 2 et 3 du Code judiciaire, avec l'article 160 de la Constitution et avec l'article 65/15 de la loi du 23 décembre 1993, avec le principe de légalité, avec le principe de la sécurité juridique, avec l'article 190 de la Constitution et avec la directive 2007/66/CE.

B.5.1. Le Conseil des ministres conteste la recevabilité du moyen, au motif que la partie requérante dénonce la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec divers principes et dispositions internationales et constitutionnelles, sans indiquer entre quelles catégories de personnes la disposition attaquée établirait une différence de traitement. Elle inviterait dès lors la Cour à contrôler directement la disposition en cause au regard de ces principes et dispositions internationales et constitutionnelles, contrôle qui ne relève pas de la compétence de la Cour.

B.5.2. Lorsqu'une partie requérante dénonce, dans le cadre d'un recours en annulation, la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec d'autres dispositions constitutionnelles ou internationales ou avec d'autres principes généraux du droit garantissant un droit fondamental, le moyen consiste en ce que cette partie estime qu'une différence de traitement est établie, parce que la disposition qu'elle attaque dans le recours la prive de l'exercice de ce droit fondamental, alors que ce dernier serait garanti sans restriction à tout autre citoyen. Ainsi, cette partie requérante n'invite pas la Cour à contrôler directement la disposition attaquée au regard des principes et dispositions en question. La requête et les mémoires de la partie requérante font apparaître suffisamment clairement qu'elle critique notamment la différence de traitement établie par la disposition attaquée entre, d'une part, la catégorie des personnes qui tirent un bénéfice de la transposition en droit interne, par la loi du 23 décembre 2009, de la directive 2007/66/CE et, d'autre part, la catégorie des personnes qui n'en tirent aucun bénéfice en raison des modalités contenues dans la disposition attaquée concernant l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009.

B.6.1. La disposition attaquée est critiquée en ce qu'elle règle l'entrée en vigueur de l'article 65/15, inséré dans la loi du 24 décembre 1993 par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009, qui dispose :

« Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 65/14, l'instance de recours peut, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable ne doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 65/14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

La demande de suspension est introduite selon une procédure d'extrême urgence ou de référé, conformément à l'article 65/24.

L'instance de recours tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1er ou avec la demande d'annulation visée à l'article 65/14 ou séparément ».

B.6.2. Selon le Conseil des ministres, la partie requérante, qui critique principalement le fait que l'article 65/15 ne soit pas entré en vigueur avant l'expiration du délai de transposition visé à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2007/66/CE, ne démontre pas que les conditions pour obtenir la suspension de l'exécution d'un acte ou d'un règlement d'une autorité administrative, fixées dans l'article 17 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, seraient incompatibles avec la directive 2007/66/CE.

B.6.3. L'article 65/15 a été commenté comme suit au cours des travaux préparatoires :

« Par dérogation à l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la suspension de l'exécution selon la procédure d'extrême urgence pourra être ordonnée même

si l'exécution immédiate de la décision attaquée ne risque pas de causer un préjudice grave difficilement réparable.

L'appréciation, parfois restrictive, de ce préjudice a précédemment conduit le législateur à considérer qu'il pouvait s'agir d'un obstacle à l'exercice de recours utiles par des candidats ou soumissionnaires irrégulièrement évincés, raison pour laquelle il avait décidé de modifier, par la loi du 16 juin 2006, et donc indirectement, les conditions de compétence du Conseil d'Etat en supprimant cette condition. Cette avancée considérable sur le chemin d'un effet utile des recours en matière de marchés est confirmée dans le présent projet » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2276/001, pp. 29-30).

B.6.4. Il en ressort que la règle contenue dans l'article 65/15, alinéa 1er, de la loi du 24 décembre 1993 s'inspire du régime prévu par la loi du 16 juin 2006 « relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services », dont la date d'entrée en vigueur devait, selon l'article 5 de cette loi, être fixée par le Roi, ce qui n'a cependant pas été fait, de sorte que la loi n'est pas entrée en vigueur.

Les travaux préparatoires font apparaître que l'article 2, § 3, alinéa 1er, deuxième phrase, de la loi du 16 juin 2006, disant que « le soumissionnaire lésé ou risquant de l'être peut requérir la suspension de l'attribution du marché, sans qu'un préjudice grave et difficilement réparable ne soit requis », a été inséré dans la loi pour répondre à une remarque de la section de législation du Conseil d'Etat, qui avait considéré dans son avis :

« Il y a encore lieu d'observer que la procédure d'extrême urgence, comme la procédure ordinaire de suspension requièrent de justifier de l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable, ce qui n'est pas évident, de sorte qu'on peut se demander si, à cet égard, le recours est bien effectivement accessible à toute personne ayant un intérêt au marché et ' ayant été ou risquant d'être lésée ' par la violation alléguée (article premier, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE et article premier, paragraphe 3, de la directive 92/13/CEE) » (avis du 6 septembre 2005, 38.703/1/V, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2237/001, p. 141).

L'exposé des motifs du projet devenu la loi du 16 juin 2006 mentionne à cet égard :

« Le § 3 supprime la nécessité d'un préjudice grave et difficilement réparable pour introduire un recours en extrême urgence devant le Conseil d'Etat. Cette modification apparaissait comme indispensable au respect par la Belgique des directives recours de la Communauté européenne ainsi que de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes » (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2237/001, p. 65).

B.6.5. Il apparaît par conséquent que le législateur a lui-même considéré que la condition de l'existence d'un « préjudice grave difficilement réparable », exigée dans la procédure de suspension devant le Conseil d'Etat, devait être supprimée pour satisfaire à la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 « portant la 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 à 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 », lesquelles disposaient toutes deux, en leur article 1, paragraphe 3 :

« Les Etats 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 ».

B.6.6. L'article 1 de la directive 2007/66/CE, qui modifie les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE précitées, contient une disposition qui est identique à l'article 1, paragraphe 3, de ces directives, mentionné en B.6.5. En ce qui concerne la condition de risque de préjudice grave difficilement réparable, l'Etat belge devait mettre en vigueur les mesures nécessaires au plus tard le 20 décembre 2009 pour se conformer sur ce point à la directive 2007/66/CE.

B.7. En l'espèce, il convient de tenir compte de ce que l'intervention du législateur a pour but de transposer des directives européennes en droit interne. Dans ces circonstances, lorsqu'il fixe la date d'entrée en vigueur de la loi et des mesures transitoires, le législateur doit tenir compte de la date à laquelle ces directives prescrivent qu'il soit satisfait à leurs dispositions et il doit s'abstenir, lorsque le délai de transposition risque d'être dépassé, de prendre des mesures qui reportent l'entrée en vigueur de la loi au-delà de ce délai de transposition.

En ce qui concerne l'article 7, alinéa 1er

B.8. Selon l'alinéa 1er de la disposition attaquée, il appartient au Roi de fixer la date d'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009.

Dans son avis sur le projet qui est devenu la loi du 23 décembre 2009, la section de législation du Conseil d'Etat a dit à ce sujet :

« L'article 8, alinéa 1er, du projet [devenu l'article 7, alinéa 1er] charge le Roi de fixer la date d'entrée en vigueur de la loi en projet. A ce propos, il n'est pas fait mention d'une date ultime d'entrée en vigueur. Il faut toutefois tenir compte du fait qu'en vertu de son article 3, paragraphe 1, la directive 2007/66/CE doit être transposée dans le droit interne au plus tard le 20 décembre 2009 » (avis du 29 octobre 2009, 47.322/1, *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2276/001, p. 78).

B.9. Les travaux préparatoires ne contiennent aucune justification de l'habilitation conférée au Roi par l'alinéa 1er de la disposition attaquée.

B.10. Le Conseil des ministres fait valoir à cet égard que le législateur a voulu laisser aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de s'adapter à la nouvelle réglementation pour l'organisation de leurs marchés publics.

Bien que cette argumentation puisse, dans d'autres circonstances, être considérée comme légitime, elle ne saurait en l'espèce, justifier de manière objective et raisonnable la mesure prévue à l'alinéa 1er de la disposition attaquée, qui a pour effet de retarder l'entrée en vigueur de l'article 65/15 précité. En effet, ce dernier article n'est pas de nature à empêcher les pouvoirs adjudicateurs d'organiser les procédures de passation de leurs marchés publics s'il était obligatoire le dixième jour de la publication de la loi au *Moniteur belge*, étant donné qu'il a trait à une condition de saisine des juridictions compétentes.

B.11. En ce qu'il est dirigé contre l'article 7, alinéa 1er, combiné avec l'article 65/15, inséré par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 dans la loi du 24 décembre 1993, le moyen est fondé.

En ce qui concerne l'article 7, alinéa 2

B.12. L'article 7, alinéa 2, de la loi attaquée prévoit que les marchés publics, les marchés et les concours de projets, publiés avant l'entrée en vigueur de la loi ou pour lesquels une invitation à présenter une demande de participation ou à remettre une offre est lancée avant cette date demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation.

B.13. Il appartient en principe au législateur de régler l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle et de décider de prévoir ou non des mesures transitoires. Les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont violés que si la date d'entrée en vigueur établit une différence de traitement dépourvue de justification raisonnable ou s'il est porté une atteinte disproportionnée au principe de confiance.

Le principe de confiance est étroitement lié au principe de la sécurité juridique, également invoqué par la partie requérante, qui interdit au législateur de porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit d'être en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes.

B.14. Le principe général de droit de l'application immédiate des lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure est précisé à l'article 3 du Code judiciaire, qui, par suite de l'article 2 de ce Code, peut également s'appliquer à d'autres procédures que celles qui sont réglées dans ce Code.

L'article 3 du Code judiciaire dispose :

« Les lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure sont applicables aux procès en cours sans dessaisissement cependant de la juridiction qui, à son degré, en avait été valablement saisie et sauf les exceptions prévues par la loi ».

Comme le font apparaître les termes utilisés dans cette disposition, il appartient au législateur de décider s'il déroge, dans un cas déterminé, à la règle générale contenue dans cette disposition ou dans le principe général de droit correspondant, sans qu'il soit, par cette seule circonstance, porté atteinte au principe d'égalité. Les articles 10 et 11 de la Constitution sont seulement violés si le régime transitoire en cause établit une différence de traitement qui n'est susceptible d'aucune justification objective et raisonnable.

B.15. Le législateur pouvait légitimement considérer que l'application des dispositions insérées par la loi du 23 décembre 2009 - qui portent sur différentes phases de la passation de marchés (publication, sélection, appel, attribution, ...) et sont liées entre elles, notamment par des renvois - aux marchés publics, marchés, concours de projets et invitations publiés ou lancés avant l'entrée en vigueur de la loi pourrait donner lieu à des problèmes juridiques et pratiques et pourrait ainsi porter une atteinte disproportionnée, à l'égard des personnes concernées par ces marchés, au principe de la sécurité juridique et au principe de confiance.

B.16.1. Par ailleurs, contrairement à ce que fait valoir la partie requérante, selon laquelle les justiciables pouvaient compter qu'ils pourraient, après la date ultime de transposition de la directive 2007/66/CE, invoquer les garanties contenues dans cette directive, la disposition attaquée ne porte pas atteinte au principe de la sécurité juridique.

B.16.2. D'une part, si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2007/66/CE prévoit que les Etats membres « mettent en vigueur » les dispositions législatives et administratives pour « se conformer » à la directive au plus tard le 20 décembre 2009, cette disposition ne prévoit pas une application immédiate de la loi de transposition aux procédures de marchés publics en cours.

B.16.3. D'autre part, le principe de la sécurité juridique, qui implique la prévisibilité du droit, ne s'oppose pas à ce que le législateur national retienne comme date d'applicabilité de la nouvelle réglementation la date du lancement du marché public et non la date d'attribution de celui-ci. En effet, la date d'attribution du marché marque la fin de la procédure de passation du marché public, alors que la décision de l'autorité adjudicatrice d'arrêter le cahier

des charges et de recourir à telle ou telle procédure de passation est prise au stade initial de celle-ci en fonction du droit applicable à ce moment.

B.17. Eu égard à ce qui précède, il n'y a pas lieu d'accéder à la demande de la partie requérante de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

B.18. En ce qu'il est dirigé contre l'article 7, alinéa 2, de la loi du 23 décembre 2009, le moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs,

la Cour

- annule l'article 7, alinéa 1er, 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, en ce qu'il règle l'entrée en vigueur de l'article 65/15, inséré par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 dans la loi du 24 décembre 1993;

- rejette le recours pour le surplus.

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 constitutionnelle, à l'audience publique du 16 juin 2011.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt