

Numéro du rôle : 6595
Arrêt n° 43/2018 du 29 mars 2018

A R R E T

En cause : le recours en annulation de l'article 28, § 1, 3° et 4°, et § 2, et de l'article 108, alinéa 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, introduit par P.M. et autres.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents A. Alen et J. Spreutels, des juges L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût, T. Giet et R. Leysen, et, conformément à l'article 60*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, du président émérite E. De Groot, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président émérite E. De Groot,

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 16 janvier 2017 et parvenue au greffe le 17 janvier 2017, un recours en annulation de l'article 28, § 1er, 3° et 4°, et § 2, et de l'article 108, alinéa 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (publiée au *Moniteur belge* du 14 juillet 2016) a été introduit par P.M., N. G.d.M. et P. V.d.S., assistés et représentés par Me P. Vande Castele, avocat au barreau d'Anvers.

Le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me D. D'Hooghe et Me C. Mathieu, avocats au barreau de Bruxelles, a introduit un mémoire, les parties requérantes ont introduit un mémoire en réponse et le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réplique.

Par ordonnance du 18 octobre 2017, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey et F. Daoût, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 14 novembre 2017 et l'affaire mise en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, l'affaire a été mise en délibéré le 14 novembre 2017.

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 la recevabilité du recours

A.1.1. Le Conseil des ministres soulève que les parties requérantes n'exposent pas dans quel sens elles seraient lésées par l'exclusion de certains services juridiques du champ d'application de la loi attaquée.

A.1.2. Il déclare qu'en ce qui concerne en particulier l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation, les parties requérantes ne démontrent pas qu'elles travaillent en tant que médiateur ou arbitre, ni qu'elles ont l'intention de le faire, ni qu'elles sont qualifiées pour ce faire (en ayant suivi des formations ou obtenu des certificats en matière de conciliation). Il attire l'attention sur le fait que les exigences imposées aux services d'ombudsman à différents niveaux ne sont pas utiles pour étayer leur intérêt, étant donné que les fonctions concernées sont au service des autorités publiques et ne font en outre pas partie de la conciliation et ne relèvent dès lors pas de l'exclusion que les parties requérantes attaquent. Il estime également que les parties requérantes ne précisent pas les services qui sont liés, même occasionnellement, à la puissance publique et qui relèvent donc de l'exclusion spécifique, et ne démontrent pas qu'elles fournissent de tels services ou qu'elles pourraient prétendre à les fournir. Le prétendu intérêt que les parties requérantes puisent dans la soi-disant « privatisation de la justice » et dans le droit à un service de qualité ne se déduit pas de la disposition attaquée et équivaut par conséquent aussi à une action populaire.

Il considère également que l'intérêt fonctionnel visant à garder les finances publiques sous contrôle, allégué par la partie requérante P. V.d.S., n'est pas distinct de l'intérêt qu'a chaque citoyen à une intervention réfléchie du législateur et constitue dès lors une action populaire.

A.1.3. Par conséquent, l'intérêt requis fait défaut pour attaquer l'article 28, § 1er, 3° et 4°, d), de la loi attaquée, selon le Conseil des ministres.

A.2.1. Les parties requérantes déclarent au contraire qu'en vertu de leurs qualifications juridiques académiques et professionnelles, elles pourraient se porter candidates avec une chance réelle de décrocher des marchés publics portant sur des services d'arbitrage et de conciliation et sur les services juridiques mentionnés dans l'article 28, § 1er, 4°, de la loi attaquée. La partie requérante P. V.d.S. souligne qu'en tant que conseiller communal, gardien des finances communales et du principe d'économie, elle dispose d'un intérêt fonctionnel particulier pour attaquer les dispositions.

A.2.2. Selon les parties requérantes, aucune qualification particulière n'est requise pour siéger en tant qu'arbitre, d'autant que les parties dans un litige soumis à arbitrage peuvent librement choisir leurs arbitres. Elles déclarent que leur profil rend plausible l'éventualité d'être choisies en tant qu'arbitre. Elles indiquent également que, nonobstant l'absence de lien direct entre la qualité d'avocat et celle d'arbitre, les avocats sont qualifiés, selon le *Codex Deontologie voor Advocaten* (le Code de déontologie flamand des avocats), pour intervenir en tant qu'arbitre ou médiateur.

Elles font encore valoir qu'en matière de médiation judiciaire, l'intervention d'un médiateur agréé n'est pas requise, de sorte que l'argument n'est pas non plus pertinent en ce qui concerne leur intérêt. Les parties peuvent librement choisir leur médiateur et attacher des effets juridiques à sa décision. Elles estiment qu'en ce qui concerne la médiation administrative, chaque autorité au sens large peut elle-même librement choisir les personnes à prendre en considération pour les services de conciliation. Les dispositions législatives en la matière n'imposent aucune condition à laquelle elles ne satisferaient pas. Les parties requérantes déclarent expressément qu'elles remplissent les conditions pour pouvoir être ombudsman flamand ou fédéral. Elles observent qu'en tant que juristes expérimentés, elles entreraient naturellement en ligne de compte pour ces fonctions.

A.2.3. En ce qui concerne les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique, les parties requérantes déclarent que l'impossibilité de pouvoir se porter candidates à ces services justifie leur intérêt à attaquer l'exclusion. En ce qui concerne les services juridiques de « justice », elles déclarent enfin qu'en tant que citoyens, elles ont intérêt à une justice de qualité et que la disposition attaquée peut néanmoins avoir pour effet au préalable d'empêcher que tous les éventuels prestataires de services puissent se porter candidats, en particulier que le candidat présentant les meilleures qualités ne puisse pas se porter candidat et ne puisse donc pas être désigné.

Quant aux moyens

A.3. Les parties requérantes prennent un premier moyen de la violation, par l'article 28, § 1er, 3°, de la loi attaquée, des articles 10, 11 et 23 de la Constitution, pris isolément et combinés avec le principe de la libre circulation de services, consacré par l'article 6, § 1er, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, avec les articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : le TFUE), avec la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 « sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE » (ci-après : la directive 2014/24/UE), avec le principe d'économie, avec le principe de légalité et avec le principe du raisonnable.

A.4.1. Elles font valoir en premier lieu que la disposition attaquée instaure une différence de traitement en ce que, sans justification raisonnable, elle a pour effet de soustraire l'attribution des services d'arbitre et de conciliation par et pour l'autorité publique aux règles de passation des marchés publics prévues par la loi attaquée.

Selon les parties requérantes, on ne saurait admettre le motif invoqué par le législateur pour cette exclusion, selon lequel ces services sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont agréés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics. Les parties requérantes déclarent que lors de l'attribution de marchés publics, il faut respecter la libre circulation des biens, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que le principe d'égalité, le principe de

proportionnalité, le principe de la transparence et le principe d'économie. Selon elles, seule la loi attaquée garantit le respect des libertés et principes précités, de sorte qu'il n'est pas justifié de soustraire les services d'arbitrage et de conciliation à la loi attaquée.

A.4.2. Les parties requérantes déclarent que le fait d'invoquer, d'une part, le considérant 24 et, d'autre part, l'article 10, point c), de la directive 2014/24/UE - qui concerne d'ailleurs l'exclusion de l'application de la directive - ne peut justifier l'exclusion nationale attaquée. L'exclusion prévue par la directive n'est justifiée que par une éventuelle pratique nationale. Ce motif repose non seulement, selon elles, sur une pétition de principe mais est en outre déraisonnable et ne constitue pas un motif d'intérêt général.

Elles sont de plus d'avis que lorsqu'il invoque le motif cité plus haut, le législateur doit, le cas échéant, l'étayer par des preuves. Elles observent que les autorités souhaitent naturellement s'affranchir des règles qui limitent leur choix et qu'elles souhaitent jouir d'une liberté totale, mais ce souhait ne démontre pas que l'agrément ou la sélection ne peut pas avoir lieu en suivant les règles de passation des marchés publics normalement en vigueur. Elles allèguent dès lors qu'il n'est pas démontré que l'agrément ou la sélection des services précités ne peut pas avoir lieu en suivant les règles de passation des marchés publics prévues par la loi attaquée.

A.4.3. Les parties requérantes soutiennent en deuxième lieu que la justification de la mesure nationale attaquée est contraire à la libre circulation des services, telle qu'elle est garantie par le TFUE, et à la directive 2014/24/UE.

Elles déclarent que le législateur a considéré à tort qu'il était tenu de reproduire dans la loi attaquée l'exclusion prévue par l'article 10, point c), de la directive précitée. En introduisant cette disposition de la directive, le législateur européen entendait uniquement prévoir pour les services d'arbitrage et de conciliation une exclusion spécifique du champ d'application de la directive. Il n'y avait dès lors pas d'obligation de prévoir une telle exclusion nationale. Le résultat que la directive visait à atteindre pouvait en effet être réalisé sans la disposition attaquée.

A.4.4. Elles observent en outre que l'exclusion spécifique prévue par la directive n'implique pas que la libre prestation des services et le principe d'égalité ne devraient plus être respectés. C'est la raison pour laquelle le législateur devait, selon elles, également démontrer concrètement que l'agrément ou la sélection des services d'arbitrage ou de conciliation ne peut pas habituellement avoir lieu d'une manière qui peut être soumise à des règles de passation des marchés publics, ce qu'il a négligé de faire.

A.4.5. Dans l'hypothèse où la disposition attaquée découle de l'article 10, point c), de la directive 2014/24/UE, les parties requérantes estiment également que des questions se posent concernant la validité et l'interprétation de cette disposition de la directive. En effet, soit la directive n'oblige pas les Etats membres à subordonner l'exception à un constat national préalable que l'agrément ou la sélection ne peut pas habituellement avoir lieu selon les règles normales de passation des marchés publics, soit ce constat national préalable est effectivement requis. Elles demandent de soumettre des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne parce que la directive pourrait être invalide le cas échéant et que les Etats membres seraient dès lors effectivement obligés de constater préalablement qu'il est impossible de suivre les règles de passation des marchés publics :

« L'article 10, point c), de la directive 2014/24/UE [...] viole-t-il le principe d'égalité, les articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le principe de la libre circulation des services et le principe d'économie en disposant que cette directive ne s'applique pas aux marchés publics portant sur des services d'arbitrage et de conciliation ? »;

« L'article 10, point c), de la directive 2014/24/UE [...], lu en combinaison avec les articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, avec le principe d'égalité et avec la libre circulation des services, oblige-t-il l'Etat membre (en l'espèce, l'Etat belge) à prévoir également dans la législation nationale (comme la loi belge du 17 juin 2016 relative aux marchés publics), adoptée en exécution de la directive 2014/24/UE, une exclusion spécifique concernant l'application de cette législation nationale aux marchés publics portant sur des services d'arbitrage et de conciliation, étant entendu que dans cette interprétation de l'article 10, point c), de la directive 2014/24/UE et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'adoption de cette mesure complémentaire de droit interne (à savoir prévoir une exclusion spécifique de l'application de cette législation nationale pour les marchés publics portant sur des services d'arbitrage et de conciliation) n'est pas non plus subordonnée au constat et à la preuve que l'agrément ou la sélection de ' services

d'arbitrage et de conciliation ' (en l'espère en Belgique) ne peut pas habituellement avoir lieu d'une manière qui peut être soumise à des règles de passation des marchés publics (de la loi relative aux marchés publics) ? ».

A.4.6. A titre subsidiaire, les parties requérantes allèguent encore la violation du principe d'égalité, en ce que la disposition attaquée a pour effet que des situations différentes sont traitées de la même manière. S'il devait être admis qu'un marché public relatif à la création des services d'arbitrage et de conciliation peut être soustrait à la loi attaquée, *quod non*, cela ne justifie toutefois pas encore que l'exclusion spécifique s'applique également aux marchés publics ultérieurs concernant les services proprement dits. Par conséquent, la question se pose de savoir si l'article 10, point c), de la directive 2014/24/UE peut effectivement concerner tous les marchés publics portant sur des services d'arbitrage et de conciliation.

Par conséquent, les parties requérantes demandent de soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

« L'article 10, point c), de la directive 2014/24/UE [...] viole-t-il le principe d'égalité, les articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le principe de la libre circulation des services et le principe d'économie en disposant que cette directive ne s'applique pas aux marchés publics de services portant sur des services d'arbitrage et de conciliation en ce que cette ' exclusion spécifique ' s'applique sans distinction, d'une part, aux marchés visant à agréer ou à sélectionner du personnel pour les départements d'arbitrage et de conciliation et, d'autre part, aux marchés publics ultérieurs portant sur ces services pour les départements d'arbitrage et de conciliation qui sont par hypothèse déjà pourvus par le personnel agréé ou sélectionné ? ».

A.5. Les parties requérantes prennent un deuxième moyen de la violation, par l'article 28, § 1er, 4°, a), b) et e), de la loi attaquée, des articles 10, 11 et 23 de la Constitution, pris isolément et lus en combinaison avec l'article 6, § 1er, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, avec les articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du TFUE, avec la directive 2014/24/UE, avec le principe d'économie, avec le principe de légalité et avec les articles 40, 142, 151, 160 et 161 de la Constitution, ainsi qu'avec le principe du raisonnable.

A.6.1. A cet égard, les parties requérantes observent que l'article 28, § 1er, 4°, e), attaqué, n'est pas clair en ce que la portée de l'exception serait différente en néerlandais et en français, en particulier en l'absence (dans la version néerlandaise), d'une part, d'une virgule entre les termes « diensten » et « die » et, d'autre part, d'un article devant « andere juridische diensten ».

A.6.2. Elles font valoir dans le cadre de ce moyen que l'article 28, § 1er, 4°, attaqué, instaure une différence de traitement en ce qu'il soustrait, sans justification, l'attribution des services juridiques (la représentation légale par un avocat et les services juridiques qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique) aux règles de passation prévues dans la loi attaquée sur les marchés publics.

Les parties requérantes déclarent qu'on ne saurait admettre le motif invoqué par le législateur pour l'exclusion, selon lequel ces services sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont agréés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics. Les parties requérantes déclarent plus précisément que le fait d'invoquer, d'une part, le considérant 25 et, d'autre part, l'article 10, point d), de la directive 2014/24/UE - qui concerne d'ailleurs l'exclusion du champ d'application de la directive - ne peut pas justifier l'exclusion nationale attaquée. L'exclusion prévue par la directive n'est justifiée que par une pratique nationale éventuelle. Ce motif repose non seulement sur une pétition de principe mais est en outre déraisonnable et ne constitue pas un motif d'intérêt général.

Elles sont de plus d'avis que lorsqu'il invoque le motif cité plus haut, le législateur doit, le cas échéant, l'étayer par des preuves. Elles observent que les autorités souhaitent naturellement se soustraire aux règles limitant leur choix et qu'elles veulent jouir d'une liberté totale, mais que ce souhait ne démontre pas que l'agrément ou la sélection ne peut pas avoir lieu en suivant les règles de passation des marchés publics normalement en vigueur. Elles allèguent dès lors qu'il n'est pas démontré que l'agrément ou la sélection des services précités ne peut pas avoir lieu d'une manière qui est soumise aux règles de passation des marchés publics de la loi attaquée.

A.6.3. Elles font également valoir qu'en cas d'attribution de marchés publics, la libre circulation des biens, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que le principe d'égalité, le principe de proportionnalité, le principe de transparence et le principe d'économie doivent être respectés. Selon elles, seule

la loi attaquée garantit le respect des libertés et principes précités, de sorte qu'il n'est pas justifié de soustraire les services précités à la loi attaquée.

A.6.4. Elles observent que l'article 28, § 2, de la loi attaquée habilite certes le Roi à prendre des règles de passation des marchés publics spécifiques - à savoir déroatoires à la loi attaquée - pour les services qui sont mentionnés dans l'article 28, § 1er, 4^o, a) et b), sans toutefois L'y contraindre, de sorte que l'inégalité perdure.

A.6.5. Les parties requérantes contestent l'affirmation selon laquelle le caractère *intuitu personae* de la relation entre un avocat et son client peut justifier l'exclusion. Selon elles, on n'aperçoit pas pour quelle raison une autorité adjudicatrice ne pourrait accorder sa confiance au lauréat d'une procédure d'attribution, en ce qui concerne les services qui sont exclusivement confiés à des avocats.

A.6.6. Selon les parties requérantes, des questions se posent également concernant la validité et l'interprétation de l'article 10, point d), de la directive 2014/24/UE. Par conséquent, elles demandent de soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

« L'article 10, point d), de la directive 2014/24/UE [...] viole-t-il le principe d'égalité, les articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le principe de la libre circulation des services et le principe d'économie en disposant que cette directive ne s'applique pas aux marchés publics portant sur les services juridiques mentionnés dans l'article 10, point d) ? »;

« L'article 10, point d), de la directive 2014/24/UE [...], combiné avec les articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, avec le principe d'égalité et avec la libre circulation des services, implique-t-il pour l'Etat membre (en l'espèce : l'Etat belge) l'obligation de prévoir également dans la législation nationale (comme la loi belge du 17 juin 2016 relative aux marchés publics), adoptée en exécution de la directive 2014/24/UE, une exclusion spécifique de l'application de cette législation nationale pour les marchés publics portant sur les services juridiques mentionnés dans l'article 10, point d), étant entendu que, selon cette interprétation de l'article 10, d), de la directive 2014/24/UE et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'adoption de cette mesure complémentaire de droit interne (c'est-à-dire prévoir une exclusion spécifique concernant l'application de cette législation nationale pour les marchés publics portant sur les services juridiques mentionnés dans l'article 10, point d)) n'est pas non plus subordonnée au constat et à la preuve que l'agrément ou la sélection de ' (marchés pour) ces services juridiques ' dans l'Etat membre (en l'espèce, la Belgique) ne peut pas avoir lieu d'une manière qui peut être soumise aux règles de passation (de la loi relative aux marchés publics), comme mentionné dans le considérant 25 de la directive 2014/24/UE ? ».

A.6.7. Les parties requérantes font encore valoir que l'article 28, § 1er, 4^o, e), de la loi attaquée permet aux autorités d'organiser la « privatisation de la justice » sans devoir suivre les règles de la législation sur les marchés publics. Elles estiment en effet que les services juridiques qui sont fournis à l'heure actuelle par les magistrats et tous leurs collaborateurs peuvent ainsi être sous-traités. Elles déclarent que cette externalisation est contraire aux articles 40, 142, 151, 160 et 161 de la Constitution.

A.7. Le Conseil des ministres considère en premier lieu que les parties requérantes n'expliquent pas certaines violations qu'elles invoquent. Il observe que les parties requérantes ne démontrent pas leur intérêt personnel et direct, notamment la présence d'un élément transfrontalier, lorsqu'elles allèguent des violations des dispositions du TFUE et des principes qui en découlent. Il constate de même que les parties requérantes négligent de démontrer en quoi les dispositions nationales attaquées ne transposeraient pas correctement la directive 2014/24/UE, d'autant que les législateurs nationaux sont libres de choisir s'ils soumettent les services non harmonisés à la législation relative aux marchés publics. Il constate également que les parties requérantes n'expliquent pas de quelle manière le principe d'économie peut être contrôlé par la Cour, ni dans quelle mesure il y aurait une violation de ce principe.

A titre subsidiaire, il déclare ne pas apercevoir pourquoi les exceptions attaquées pourraient donner lieu à la violation du principe d'économie. Les exclusions attaquées concernent seulement la non-application des procédures formelles prévues par la loi attaquée. Il déclare que les autorités doivent encore toujours attribuer de manière justifiée et en respectant les principes de bonne administration des marchés par exemple aux avocats.

A.8. Ensuite, le Conseil des ministres s'oppose également au fait de poser les questions préjudicielles suggérées par les parties requérantes à la Cour de justice de l'Union européenne.

A.9.1. Eu égard au fait que l'application et l'interprétation correctes de l'article 10, point c), de la directive 2014/24/UE sont évidentes, il estime qu'une question préjudicielle en interprétation n'est pas nécessaire à la solution du litige. Il soutient tout d'abord que le législateur n'était en effet pas obligé de reproduire l'exclusion attaquée dans la transposition de la directive 2014/24/UE. Selon lui, il s'agit d'une disposition qui n'est pas contraignante, étant donné qu'en ce qui concerne cette exclusion, la directive précitée n'a pas un effet d'harmonisation. Il estime dès lors que l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation n'a pas violé la directive.

Il attire en outre l'attention sur le fait que le considérant de la directive ne permet pas de déduire que l'exclusion est subordonnée à une évaluation concrète au niveau de l'Etat membre ou à la production d'une preuve. Selon lui, l'exclusion attaquée s'applique inconditionnellement et sans réserve.

A.9.2. Ensuite, le Conseil des ministres considère que les questions préjudicielles soulevées quant à la validité de la directive sont dépourvues de pertinence. Il attire l'attention sur le fait que la directive n'a pas pour effet d'harmoniser ce point, de sorte que le législateur dispose d'une liberté d'appréciation totale sur la manière de transposer la directive. Ainsi, le choix attaqué est l'expression du législateur belge. Par conséquent, selon le Conseil des ministres, la directive ne peut pas être à l'origine des griefs formulés par les parties requérantes. Il attire enfin l'attention sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une disposition contraignante de la directive, de sorte qu'aucune obligation n'existe pour la Cour de soumettre une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

A.10. Le Conseil des ministres constate que les parties requérantes se prévalent en réalité du traitement distinct de deux catégories de prestataires de services juridiques, d'une part, les prestataires qui fournissent des services auxquels les autorités adjudicatrices peuvent recourir sans faire application de la législation sur les marchés publics et, d'autre part, les prestataires qui fournissent des services auxquels les autorités adjudicatrices ne peuvent recourir que moyennant le respect de la législation sur les marchés publics.

Toutefois, il estime que les exclusions des services juridiques, objets du recours, peuvent se justifier par le fait que les prestataires de services juridiques concernés sont agréés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise habituellement à des règles de passation des marchés publics. La raison réside dans le caractère spécifique des services exclus par rapport aux services qui ne sont pas exclus. Les caractéristiques spécifiques de ce que l'on appelle les services relatifs à des litiges (« *litigation* »), des services d'arbitrage et de conciliation, et des services liés à la « puissance publique » peuvent justifier leur exclusion du champ d'application de la loi.

A.11.1. Le Conseil des ministres déclare en premier lieu que la différence de traitement entre des services relatifs à des litiges et d'autres services, juridiques comme non juridiques, est objectivement justifiée.

Le Conseil des ministres justifie l'exclusion des services relatifs à des litiges par l'aspect *intuitu personae* de la relation entre un avocat et son client, qui est caractérisée par le lien de confiance. Il ajoute que d'autres éléments soulignent encore le caractère *intuitu personae*. C'est ainsi que la langue, le domaine juridique, l'urgence, l'importance de l'affaire, la juridiction, etc. ont une influence sur le choix d'un avocat. De même, la relation par rapport aux avocats peut constituer une donnée pertinente dans le cadre de ce choix. Il observe à cet égard que la confiance est davantage une conviction et qu'à l'instar des autres éléments, elle ne peut pas être objectivée ni ne peut être appréhendée dans des règles formelles. Il estime que ce caractère *intuitu personae* (dans le cadre de la résolution des litiges) n'est pas présent d'une manière suffisamment similaire dans d'autres services juridiques, de sorte qu'il s'agit d'un critère objectif pour justifier la distinction.

Selon lui, les procédures de marchés publics sont également de nature à représenter un obstacle au caractère urgent de la résolution des litiges.

A.11.2. Les parties requérantes contestent le fait que l'exclusion des services d'avocats puisse être justifiée sur la base de ces éléments. Elles critiquent principalement le motif selon lequel l'autorité doit pouvoir avoir confiance dans l'avocat. Elles attirent l'attention sur le statut de l'avocat et les obligations déontologiques pertinentes qui sont toutes liées à la loyauté, à la confidentialité et au professionnalisme de l'avocat dans l'exécution de sa mission.

A.11.3. Le Conseil des ministres déclare que s'il est vrai que le Code de déontologie flamand des avocats étaye le caractère *intuitu personae* particulier de la relation entre le client et l'avocat, ces règles déontologiques peuvent tout au plus faciliter l'établissement de la confiance. La naissance d'un lien de confiance dépend de différents facteurs subjectifs qui reposent sur un sentiment.

A.11.4. Les parties requérantes attirent l'attention sur le fait que l'élément subjectif de la confiance a pour effet que l'autorité désigne d'emblée à son entière discrétion le lauréat ou bien ne s'adresse qu'à une sélection donnée de candidats et empêche par conséquent que tous les avocats puissent concourir à un marché de services pour le compte des autorités publiques. Elles déclarent que l'argument de la confiance a pour conséquence que, pour remporter un marché, un candidat doit préalablement promettre une loyauté inconditionnelle et expresse à l'autorité, ce qui compromet la liberté d'expression et la vie privée de l'avocat.

A.11.5. Le Conseil des ministres conteste que la relation de confiance repose sur une loyauté politique ou idéologique. Il expose que les exclusions ne compromettent nullement la vie privée des avocats, la liberté d'expression ainsi que les garanties prévues par le Code de déontologie flamand des avocats. Il réfute que l'exclusion de certains services d'avocats entraîne l'exclusion de presque tous les avocats des marchés publics. Il attire l'attention sur le fait que les autorités sont tenues de respecter les principes généraux de bonne administration lors de la désignation d'un avocat, de sorte qu'elles doivent pouvoir justifier leur choix.

Le Conseil des ministres observe en outre qu'il ressort de la genèse de la loi que les services relatifs à des litiges ont toujours été soumis à un régime spécial, ce qui confirme que ces services sont essentiellement différents des autres services juridiques.

Il attire enfin encore l'attention sur le fait qu'en exécution de l'article 28, § 2, de la loi attaquée, des règles spécifiques de passation des marchés publics pour les services d'avocats relatifs à des litiges ont été établies dans l'article 126 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

A.12.1. Le Conseil des ministres estime en second lieu que l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation est justifiée.

Il attire l'attention sur le fait qu'un arbitre ou un médiateur est toujours désigné conjointement par toutes les parties. En effet, la disposition attaquée concerne seulement la désignation d'un arbitre ou d'un médiateur dans le cas d'un litige entre les autorités et un particulier et qu'ils décident conjointement de ne pas s'adresser à un juge mais de recourir à un arbitre ou à un médiateur pour résoudre le litige. La désignation conjointe - ce qui est inhérent à cette forme de résolution des litiges - exclut un rôle contraignant de la part des autorités publiques. En outre, elle va également à l'encontre des procédures de marchés publics. Ces services sont clairement distincts, selon le Conseil des ministres, des services qui ne sont pas exclus, puisque les services non exclus ne concernent pas des services où toutes les parties intéressées doivent donner leur accord sur le prestataire de services. Il souligne que cet élément est encore confirmé par le fait que ces services n'ont jamais été soumis *ab initio* à un quelconque régime de marchés publics. Le Conseil des ministres insiste sur le fait qu'il n'est pas possible d'inclure les services d'ombudsman dans les services de conciliation exclus parce qu'ils sont plus larges que la conciliation et ne relèvent donc pas de cette notion.

Pour le reste, il renvoie *mutatis mutandis*, en ce qui concerne la confiance et d'autres considérations subjectives, à l'argumentation exposée dans le cadre des services relatifs à des litiges.

A.12.2. Il estime que la distinction artificielle faite par les parties requérantes entre, d'une part, le marché visant à agréer ou à sélectionner le personnel pour constituer les services d'arbitrage et de conciliation et, d'autre part, les marchés publics ultérieurs portant sur ces services est incompréhensible parce que l'objectif de la loi sur les marchés publics consiste précisément à établir qui peut fournir un service. Il indique par conséquent que le grief doit être rejeté sur la base de l'exception *obscuri libelli*.

A.13. En troisième lieu, le Conseil des ministres considère que l'exclusion des « autres services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique » est justifiée.

Le lien avec la puissance publique suffit, selon le Conseil des ministres, pour ne pas assimiler ces services aux autres services.

A.14. Le Conseil des ministres considère ensuite que les exclusions attaquées sont également proportionnées, dès lors qu'elles restent limitées à des catégories très spécifiques. De même, les conséquences des dispositions attaquées sont limitées à la non-application de la loi attaquée, ce qui n'exclut pas que les principes en matière de transparence et d'égalité puissent produire leurs effets. Il déclare que les principes d'égalité et de transparence en droit européen restent applicables aux marchés qui sont exclus des directives à condition que ces marchés aient un lien suffisant avec le fonctionnement du marché intérieur et présentent donc un intérêt transfrontalier. Les dispositions attaquées n'y font pas obstacle, selon lui. L'exclusion de l'application de la loi attaquée ne conduit dès lors pas à la non-application des principes de droit européen. Il souligne que les exclusions attaquées se limitent simplement à l'inapplication des procédures formelles de marchés publics.

A.15. En ce qui concerne les violations alléguées du droit de l'Union, le Conseil des ministres estime que les services concernés présentent rarement un intérêt transfrontalier, compte tenu de leur rattachement avec le droit d'un Etat membre à appliquer. Il déclare que, même s'il y avait un intérêt transfrontalier, des motifs impérieux d'intérêt général peuvent entraîner des restrictions aux libertés et principes du droit européen.

Il déclare qu'en ce qui concerne les services relatifs à des litiges, un premier motif impérieux d'intérêt général réside dans le fait de devoir également garantir les droits de la défense à l'égard des autorités. En effet, l'avocat garantit, selon lui, l'accès à un juge et représente en ce sens un facteur indispensable à la concrétisation des droits de la défense. C'est ainsi que le lien de confiance et le secret professionnel de l'avocat, établis par les règles déontologiques, sont reconnus, selon le Conseil des ministres, comme des motifs impérieux d'intérêt général.

En ce qui concerne les services d'arbitrage et de conciliation, il fait référence comme motif impérieux d'intérêt général au caractère conjoint inhérent à la désignation des personnes pour ces services et à la nécessité d'avoir confiance dans les médiateurs et les arbitres.

A.16. Le Conseil des ministres déclare enfin qu'en excluant les services liés à la « puissance publique », le législateur n'a pas entendu confier ces services à des tiers. La disposition attaquée n'a dès lors pas la portée que les parties requérantes lui donnent. Dans la mesure où le grief doit être compris d'une autre manière, le Conseil des ministres soulève l'exception *obscuri libelli*.

- B -

Quant au contexte des dispositions attaquées

B.1. Il ressort de la genèse des dispositions légales antérieures à la législation actuelle sur les marchés publics que la pleine concurrence et la transparence sont les principes de base pour la passation de marchés de services par l'autorité (*Doc. parl.*, Sénat, 1961-1962, n° 364, pp. 2-3).

B.2. L'adjudication publique était donc la règle pour la passation de marchés de services par l'autorité. Au fil des ans, le législateur a assoupli cette règle, en prévoyant également d'autres procédures de passation (*Doc. parl.*, Sénat, 1961-1962, n° 364, pp. 4-5). Par conséquent, il existe aujourd'hui différentes procédures et prescriptions connexes pour la

passation de marchés de services. Ces procédures et prescriptions sont largement influencées par le droit de l'Union européenne.

B.3. En vue de la réalisation du marché intérieur, le législateur européen a en effet adopté un cadre communautaire pour la passation de marchés de services par l'autorité publique (proposition de directive du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, COM (90) 372, *J.O.C.E.*, 31 janvier 1991, n° C 23, pp. 1 à 25).

Ce cadre a pour but de garantir, d'une part, la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation des services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité, l'impartialité et la transparence et, d'autre part, la mise en concurrence effective des marchés publics (considérant 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services; considérant 1 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, ci-après : la directive 2014/24/UE).

La coordination, au niveau européen, des procédures de passation des marchés publics vise dès lors à supprimer les obstacles à la libre prestation des services et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un Etat membre qui désirent offrir des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre Etat membre (voy. CJUE, grande chambre, 13 novembre 2007, C-507/03, *Commission c. Irlande*, point 27).

B.4. Ces procédures de passation de marchés de services ont été revues et modernisées par la directive 2014/24/UE dans le but de garantir un emploi plus judicieux des deniers publics et une meilleure concurrence. Par cette directive, le législateur de l'Union européenne a supprimé la distinction entre, d'une part, les services qui sont désignés comme prioritaires et soumis au respect de l'ensemble des règles de passation des marchés publics et, d'autre part, les services non prioritaires, qui sont simplement soumis à des obligations de transparence.

Du fait de cette suppression, les services juridiques sont en principe soumis aux règles de passation des marchés applicables à tous les services.

B.5. Le législateur de l'Union européenne a toutefois exclu certains services juridiques du champ d'application de la directive 2014/24/UE, de sorte qu'aucune harmonisation des règles de procédure n'existe en ce qui concerne ces services.

B.6. L'article 10 de la directive 2014/24/EU dispose :

« Exclusions spécifiques pour les marchés de services »

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services ayant pour objet :

a) l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens;

b) l'achat, le développement, la production ou la coproduction de matériel de programmes destiné à des services de médias audiovisuels ou radiophoniques qui sont passés par des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques, ni aux marchés concernant les temps de diffusion ou la fourniture de programmes qui sont attribués à des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques. Aux fins du présent point, les expressions 'services de médias audiovisuels' et 'fournisseurs de services de médias' revêtent respectivement le même sens qu'à l'article 1er, paragraphe 1, points a) et d), de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil. Le terme 'programme' a le même sens qu'à l'article 1er, paragraphe 1, point b), de ladite directive, mais il englobe également les programmes radiophoniques et le matériel pour programmes radiophoniques. En outre, aux fins de la présente disposition, l'expression 'matériel de programmes' a le même sens que le terme 'programme';

c) les services d'arbitrage et de conciliation;

d) l'un des services juridiques suivants :

i) la représentation légale d'un client par un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE du Conseil dans le cadre :

- d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un Etat membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou

- d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un Etat membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales;

ii) du conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au présent point, sous i), ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE;

iii) des services de certification et d'authentification de documents qui doivent être réalisés par des notaires;

iv) des services juridiques fournis par des administrateurs légaux ou des tuteurs ou d'autres services juridiques dont les prestataires sont désignés par une juridiction de l'Etat membre concerné ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions;

v) d'autres services juridiques qui, dans l'Etat membre concerné, sont liés, même occasionnellement à l'exercice de la puissance publique;

e) des services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers au sens de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil, des services fournis par des banques centrales et des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière et le mécanisme européen de stabilité;

f) des prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers;

g) les contrats d'emploi;

h) les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif et qui relèvent des codes CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 et 85143000-3 excepté les services ambulanciers de transport de patients;

i) les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro;

j) les services liés aux campagnes politiques, relevant des codes CPV 79341400-0, 92111230-3 et 92111240-6, lorsqu'ils sont passés par un parti politique dans le cadre d'une campagne électorale ».

B.7. L'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation du champ d'application de la directive 2014/24/UE est justifiée comme suit :

« Il convient de rappeler que les services d'arbitrage et de conciliation, ainsi que d'autres modes alternatifs similaires de règlement des conflits, sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont agréés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics. Il convient de préciser que la présente directive ne s'applique pas aux marchés de services portant sur la fourniture de tels services, quelle que soit leur dénomination conformément au droit national » (considérant 24 de la directive 2014/24/UE).

Cette exclusion remonte du reste à des directives antérieures et avait, à l'époque, été commentée comme suit :

« Considérant que les services d'arbitrage et de conciliation sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics » (considérant de la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 « portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services », ci-après « directive 92/50/CEE »).

Dans les actes préparatoires de la directive 92/50/CEE, cette exclusion a encore fait l'objet du commentaire suivant :

« Les cours d'arbitrage ou les personnes qui prestent ces services sont normalement désignées conjointement par les deux parties d'un contrat qui souhaitent éviter des procédures juridictionnelles dans le cas d'un litige; elles peuvent également être désignées par les deux parties au moment du litige. Il est par conséquent, dans les deux cas, inopportun de prévoir un appel à la concurrence » (COM (90) 372, n° 35).

B.8.1. L'exclusion d'un certain nombre d'autres services juridiques du champ d'application de la directive 2014/24/UE est commentée en ces termes :

« Un certain nombre de services juridiques sont fournis par des prestataires de services désignés par une cour ou un tribunal d'un Etat membre, impliquent la représentation de clients par des avocats dans le cadre de procédures judiciaires, doivent être prestés par un notaire ou sont associés à l'exercice de l'autorité publique. De tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics par exemple pour la désignation de procureurs publics dans certains Etats membres. Ces services juridiques devraient dès lors être exclus du champ d'application de la présente directive » (considérant 25 de la directive 2014/24/UE).

B.8.2. En vertu de l'annexe 1B à la directive 92/50/CEE, les services juridiques entraînent, à l'origine, dans le champ d'application de la réglementation européenne prescrite par les articles 16 et 18 de cette directive, lorsque le montant estimé du marché hors TVA égalait ou dépassait 200 000 écus.

Avant d'être abrogée par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la loi du 24 décembre 1993, portant le même intitulé, visait également au point 21 de son annexe 2B les services juridiques (*Moniteur belge*, 22 janvier 1994).

Par la loi du 15 juin 2006 précitée, le législateur a voulu assurer la transposition de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 « relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ».

D'après l'article 7 de la directive, celle-ci devait s'appliquer aux marchés publics qui n'étaient pas exclus en vertu des exceptions prévues aux articles 10 et 11 et des articles 12 à 18 de la directive et dont la valeur estimée hors TVA était égale ou supérieure aux seuils fixés selon l'objet du marché.

Deux régimes applicables aux marchés publics de services étaient aménagés selon les articles 20 et 21 de la directive : les marchés qui avaient pour objet des services figurant à l'annexe II A devaient être passés en conformité avec la réglementation prescrite par les articles 23 à 55 de la directive; les marchés qui avaient pour objet des services figurant à l'annexe II B – parmi lesquels figuraient les services juridiques, à la catégorie 21 - étaient en revanche soumis aux seuls articles 23 et 35, § 4, de la directive, le premier consacré aux spécifications techniques qui devaient figurer dans les documents du marché, le second relatif aux règles de publicité et de transparence de ces marchés.

La loi du 15 juin 2006 est entrée en vigueur le 1er juillet 2013, à la suite de l'arrêté royal du 2 juin 2013 « fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses arrêtés royaux d'exécution ».

L'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui a exécuté la loi du 15 juin 2006, prescrivait en son article 146 que les marchés de services juridiques visés à l'article 33, § 2, de la loi étaient « passés par procédure négociée avec publicité, sauf disposition contraire dans les documents du marché ».

Le recours à la procédure négociée sans publicité constituait le mode de passation « par défaut » pour les marchés de services juridiques de consultation et de représentation devant les juridictions.

B.8.3. Depuis son arrêt du 27 octobre 2005, *Contse*, C-234/03, point 49, la Cour de justice de l'Union européenne exige que les modalités de passation des marchés portant sur des services non prioritaires, dont les services juridiques, respectent aussi les principes de transparence, de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement, pour autant que les services en cause présentent un « intérêt transfrontalier certain ». Le pouvoir adjudicateur doit donc prévoir un appel à la concurrence (publicité suffisante et accessible) sans toutefois devoir respecter les procédures formalistes de passation prévues par les directives.

B.9. Par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le législateur a entendu réviser en profondeur les règles de passation de marchés notamment de services et rendre ces règles conformes aux dispositions et à l'objectif de la directive 2014/24/UE :

« La révision de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et services est imposée dans le cadre de la transposition des nouvelles directives européennes en matière de marchés publics, plus particulièrement les directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (dénommée directive 2014/24/UE ci-après), 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (dénommée directive 2014/25/UE ci-après) et abrogeant la directive 2004/17/CE et la directive [2014/23/UE] du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative aux marchés de concession (dénommée directive 2014/23/UE ci-après). Les deux premières directives susmentionnées concernent respectivement les marchés dans les secteurs classiques et les marchés dans les secteurs spéciaux. La dernière directive concerne les marchés de concession et elle est transposée en droit belge par le biais d'une loi séparée.

[...]

[...] Il convient ensuite d'attirer l'attention sur l'abrogation de la distinction, existant dans l'actuelle législation, entre les services prioritaires et non-prioritaires (services repris dans les annexes II.A et II.B), et pour lesquels la directive et le présent projet prévoient un système assoupli de règles de passation en ce qui concerne certains services sociaux et autres services spécifiques. [...]

[...]

Un certain nombre des objectifs poursuivis par l'Union européenne à travers les nouvelles règles, ont également été pointés par les autorités politiques en Belgique, comme par exemple une participation plus importante des PME, la lutte contre le dumping social, une attention particulière pour l'efficacité énergétique, une application plus poussée des clauses sociales et environnementales et une attention réelle pour l'innovation. Les règles en la matière, imposées par les directives, ont donc été imposées également pour les marchés au-dessous des seuils. Certains assouplissements ont néanmoins été prévus.

Pour toutes ces raisons il a été opté pour la rédaction d'une nouvelle loi, plutôt que pour la modification de la législation belge actuelle. Le présent projet reprend par ailleurs bien plus de dispositions que les lois belges actuelles en matière de marchés publics » (*Doc. parl., Chambre, 2015-2016, DOC 54-1541/001, pp. 4-6*).

B.10. Se basant sur la directive 2014/24/UE, le législateur a considéré qu'il y avait lieu de prévoir l'exclusion spécifique d'un certain nombre de services du champ d'application des règles de passation des marchés publics fixées par la loi attaquée et d'adapter les exclusions prévues par la législation antérieure (*Doc. parl., Chambre, 2015-2016, DOC 54-1541/001, p. 52*), dans les secteurs classiques comme dans les secteurs de l'eau et de l'énergie.

B.11. En ce qui concerne les secteurs classiques, l'article 28 attaqué dispose :

« § 1er. Ne sont pas soumis à l'application de la présente loi, sous réserve du paragraphe 2, les marchés publics de services ayant pour objet :

[...]

3° les services d'arbitrage et de conciliation;

4° l'un des services juridiques suivants :

a) la représentation légale d'un client par un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, et ce dans le cadre :

i d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un Etat membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou

ii d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un Etat membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales;

b) le conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au point *a)*, ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question

sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE précité;

[...]

e) les autres services juridiques qui, dans le Royaume, sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique;

[...]

§ 2. Le Roi peut fixer les règles de passation auxquelles sont soumis les marchés visés au paragraphe 1er, 4°, a et b, dans les cas qu'Il détermine ».

B.12.1. Les travaux préparatoires de l'article 28, § 1er, 3°, attaqué précisent ce qui suit :

« Le point 3° concernant les marchés publics de services ayant pour objet les services d'arbitrage et de conciliation correspond à l'article 18, 5°, de la loi du 15 juin 2006. Il convient de préciser, comme le rappelle le considérant 24 de la directive 2014/24/UE, que ' les services d'arbitrage et de conciliation, ainsi que d'autres modes alternatifs similaires de règlement des conflits, sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont agréés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics '. C'est pourquoi, la présente loi ne s'applique pas aux marchés de services portant sur la fourniture de tels services, et ce, quelle que soit leur dénomination conformément au droit national » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1541/001, p. 53).

Il en ressort que la disposition attaquée correspond à l'article 18, 5°, de la loi du 15 juin 2006, tel qu'il a été inséré par l'article 15 de la loi du 5 août 2011 modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Les travaux préparatoires de cette loi mentionnent :

« L'exception pour les services d'arbitrage et de conciliation est une exception dans le cadre des services de conseil en gestion et services connexes » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1590/004, p. 17).

Il apparaît aussi que le législateur a fait sienne la motivation du législateur de l'Union européenne concernant l'exclusion de ces services du champ d'application de la directive 2014/24/UE pour justifier l'exclusion nationale.

B.12.2.1. L'exposé des motifs de l'article 28, § 1er, 4°, attaqué précise, en ce qui concerne l'exclusion de certains services juridiques :

« Le point 4° est une disposition nouvelle. Il concerne les marchés publics qui ont pour objet l'un des services juridiques repris ci-dessous. Etant donné que ces derniers sont habituellement fournis par des personnes désignées ou sélectionnées d'une manière qui est difficilement compatible avec les procédures de passation de marchés publics, ceux-ci doivent dès lors être exclus du champ d'application de la présente loi » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1541/001, pp. 53-54).

Le législateur a donc fait sienne la motivation du législateur de l'Union européenne concernant l'exclusion de ces services du champ d'application de la directive 2014/24/UE, pour justifier l'exclusion nationale.

B.12.2.2. L'exclusion de certains services fournis par des avocats (article 28, § 1er, 4°, a) et b), de la loi attaquée) et la possibilité, pour le Roi, de fixer des règles de passation spécifiques en ce qui concerne ces services (article 28, § 2, de la loi attaquée) ont été justifiées comme suit :

« a) Est tout d'abord exclue, la représentation légale d'un pouvoir adjudicateur par un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE du Conseil dans le cadre d'une procédure contentieuse.

Cette représentation peut avoir lieu dans le cadre d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un Etat membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou dans le cadre d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un Etat membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales. L'avis du Conseil d'Etat indiquant le renvoi à des dispositions de droit interne transposant la disposition de la directive concernée, n'a pas été suivi sur ce point. Il est vrai que les articles 428 et suivants du Code judiciaire règlent la profession d'avocat (cfr. également l'article 477*quinquies* et suivants relatifs à la liberté d'établissement des avocats). Des dispositions précédentes, il n'appert pas spécifiquement que seule la représentation en droit est visée. L'article 428 du Code judiciaire a effectivement également trait à l'usage du titre d'avocat. Cette exception a par ailleurs également trait à la représentation en droit devant un tribunal étranger, d'où le renvoi à la directive 77/249/CEE, pour des raisons de clarté.

b) Vient ensuite le conseil juridique fourni en vue de la préparation d'une procédure contentieuse visée au point a) ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane à nouveau d'un avocat au sens de la directive 77/249/CEE précitée.

Les termes de la directive sont assez complexes mais il y a lieu d'en déduire que sera visé par cette exclusion, tant le conseil juridique antérieur à une procédure contentieuse, que celui présentant un lien avec un contentieux à venir, ce dernier ne pouvant toutefois pas être

hypothétique. Ne sont dès lors pas visés, les conseils juridiques prodigués en dehors de toute procédure contentieuse.

Les exclusions visées sous a) et b) sont liées au caractère *intuitu personae* des services concernés, qui sont caractérisés par un certain lien de confiance entre le pouvoir adjudicateur et l'avocat. Il arrive également qu'il y ait des cas urgents, voire même très urgents, ce qui n'est évidemment pas conciliable avec l'application de toute une série de règles. Néanmoins, une délégation au Roi est prévue au deuxième paragraphe Lui permettant d'élaborer des règles de passation spécifiques pour les services exclus concernés, dans les cas qu'Il définit » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1541/001, pp. 54-55).

En ce qui concerne l'exclusion des services juridiques de règlement de litiges, le ministre a apporté les précisions suivantes :

« Le ministre résume la procédure applicable en cas de désignation d'avocats et précise que la désignation d'un avocat par un pouvoir adjudicateur est actuellement toujours soumise à la législation relative aux marchés publics, même si une série de dérogations et d'assouplissements ont été prévus. Suite à la transposition des nouvelles directives ' marchés publics ' un certain nombre de modifications sont apportées dans ce domaine.

Tout d'abord, il convient de faire la distinction entre les *litigation services* d'avocats (services juridiques relatifs à des litiges) et les autres services dits ' de consultance '. La première catégorie sera exclue du champ d'application. La seconde catégorie demeurera, elle, soumise aux règles de passation de la législation relative aux marchés publics tout en bénéficiant d'un régime assoupli. Cette nouvelle subdivision s'inspire de la directive 2014/24/UE. En vertu de l'article 10, d), i) et ii), de cette directive, les services qui concernent la représentation de clients dans le cadre de procédures juridiques (les *litigation services*) sont désormais exclus du champ d'application.

Le législateur européen a estimé que l'application de règles de passation n'est pas souhaitable lorsqu'un avocat est désigné pour prester des *litigation services*. En effet, ces services sont caractérisés par leur caractère *intuitu personae*, plus précisément par le lien de confiance qui doit pouvoir exister entre le pouvoir adjudicateur et l'avocat en vue d'une procédure rapide. En outre, force est de constater que dans de nombreux cas, la gestion d'un litige revêt un caractère urgent (par exemple, la nécessité de préparer d'urgence la défense du pouvoir adjudicateur, l'introduction d'une citation à très bref délai ou d'une procédure en référé); ce qui peut empêcher l'application de procédures de passation.

Ces éléments ont mené au constat qu'appliquer un régime de règles de passation ne constitue pas une approche idoine lors de la désignation d'un avocat pour des *litigation services*. Aussi une exclusion du champ d'application a-t-elle été prévue.

Le ministre indique que le projet de loi a repris la subdivision précitée figurant dans la directive européenne. Une exclusion pour les *litigation services* concernés est donc également prévue dans le projet de loi. Toutefois, l'article 28, paragraphe 2, du projet de loi habilite le

Roi à élaborer, si besoin est, des règles de passation spécifiques pour les services exclus considérés.

L'exclusion en matière de litigation services ne concerne pas uniquement la représentation légale d'un pouvoir adjudicateur par un avocat dans le cadre d'une procédure contentieuse, mais également le conseil fourni en vue de la préparation d'une procédure contentieuse ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure. Toutefois, cette procédure ne peut pas être purement hypothétique » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1541/011, pp. 10-11).

B.12.2.3. En ce qui concerne l'exclusion d'« autres services juridiques qui, dans le Royaume, sont liés, même occasionnellement[,] à l'exercice de la puissance publique » (article 28, § 1er, 4^o, e), de la loi attaquée), les travaux préparatoires précisent :

« Sont enfin visés, conformément à l'article 51 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, d'autres services juridiques qui, dans l'Etat membre concerné, sont liés, même occasionnellement à l'exercice de la puissance publique. Bien qu'il ne soit pas possible d'en dresser une liste exhaustive, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne pourrait à cet égard être une source d'inspiration » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1541/001, p. 55).

B.13. En ce qui concerne les secteurs de l'eau et de l'énergie, l'article 108 de la loi attaquée dispose :

« Sont applicables aux marchés publics visés par le présent titre, les exclusions suivantes :

- 1^o l'article 27 concernant les marchés passés en vertu de règles internationales;
- 2^o l'article 28 concernant certaines exclusions pour les marchés de services;
- 3^o l'article 29 concernant les marchés de services passés sur la base d'un droit exclusif;
- 4^o l'article 32 concernant les services de recherche et de développement.

Néanmoins, l'article 28, § 1er, alinéa 1er, 10^o, relatif aux campagnes politiques n'est pas applicable. En ce qui concerne l'article 28, § 1er, alinéa 1er, 2^o, l'exclusion ne s'applique qu'aux marchés concernant les temps de diffusion ou la fourniture de programmes qui sont attribués à des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques ».

B.14. Les travaux préparatoires de l'article 108 précisent :

« La présente disposition transpose les articles 20 à 22 ainsi que l'article 32 de la directive 2014/25/UE. Elle concerne les exclusions pour les marchés passés en vertu de règles internationales, une série d'exclusions spécifiques pour les marchés de services, les marchés de services passés sur la base d'un droit exclusif et, enfin, les services de recherche et de développement. Les exclusions concernées étant quasiment identiques dans les secteurs classiques et les secteurs spéciaux, l'on s'est contenté de renvoyer, à l'alinéa 1er, aux articles correspondants du titre 2 (secteurs classiques).

Comme indiqué à l'alinéa 2, deux différences sont toutefois à épingle. Tout d'abord, l'exclusion visée à l'article 28, 10°, concernant les marchés de services relatifs aux campagnes politiques ne s'applique pas dans les secteurs spéciaux. Il s'agit d'une différence purement théorique, car il est concrètement impossible de passer des marchés de services relatifs aux campagnes politiques pour les activités dans les secteurs spéciaux, lesdits services ne correspondant pas à ces activités. Par ailleurs, l'exclusion visée à l'article 28, 2°, n'est pas intégralement applicable. Dans les secteurs spéciaux, une exclusion est uniquement prévue pour les marchés concernant les temps de diffusion ou la fourniture de programmes qui sont attribués à des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques.

Pour de plus amples explications concernant les exclusions en question, il est renvoyé au commentaire des articles 27 à 29 et 32 » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1541/001, p. 162).

Quant à l'intérêt des parties requérantes

B.15. Le Conseil des ministres fait valoir que les parties requérantes ne justifient pas de l'intérêt requis pour introduire un recours contre les dispositions attaquées.

B.16. La Constitution et la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle 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 attaquée.

B.17.1. Les dispositions attaquées ont une répercussion sur les conditions auxquelles l'autorité peut attribuer aux prestataires de services les marchés de services visés par ces dispositions et sur l'accès de ces prestataires de services aux marchés publics. L'existence ou l'absence de règles de passation de marchés de services est en effet susceptible d'influencer la position d'un prestataire de services face aux marchés publics.

Les parties requérantes doivent toutefois justifier d'un intérêt personnel et direct.

B.17.2. Les parties requérantes exercent la profession d'avocat ou des fonctions académiques. Elles peuvent, à ce titre, être directement et défavorablement affectées par les dispositions attaquées dès lors que celles-ci excluent des règles de passation des marchés publics des prestations pour lesquelles les parties requérantes auraient pu se porter candidates et pour lesquelles elles ne pourront dès lors bénéficier des garanties offertes par ces dispositions.

B.18. L'exception est rejetée.

Quant à la recevabilité des moyens

B.19. Les parties requérantes demandent l'annulation des articles 28, § 1er, 3° et 4°, a), b) et e), et § 2, et 108, alinéa 1er, 2°, de la loi attaquée et prennent deux moyens de la violation des articles 10, 11, 23, 40, 142, 151, 160 et 161 de la Constitution, combinés ou non avec le principe de la libre prestation des services consacré par l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, avec les articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), avec la directive 2014/24/UE et avec les principes d'économie, de légalité et du raisonnable.

B.20. Le Conseil des ministres soutient que les moyens seraient partiellement irrecevables parce que les parties requérantes n'exposeraient pas clairement en quoi les dispositions ou principes cités seraient transgressés.

B.21. Pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, les moyens de la requête doivent faire connaître, parmi les règles dont la Cour garantit le respect, celles qui seraient violées ainsi que les dispositions qui violeraient ces règles et exposer en quoi ces règles auraient été transgressées par ces dispositions.

La Cour examine les moyens pour autant qu'ils satisfont aux exigences précitées.

B.22.1. Le premier moyen est dirigé contre l'article 28, § 1er, 3°, de la loi attaquée en ce qu'il exclut du champ d'application de cette loi les marchés publics de services ayant pour objet les services d'arbitrage et de conciliation, créant ainsi une différence de traitement entre les marchés publics relatifs à cette catégorie de services et ceux qui concernent les autres services. A l'estime des parties requérantes, cette différence de traitement ne reposerait sur aucune justification admissible, à l'aune du principe de libre prestation de services et du principe d'économie.

Les parties requérantes soutiennent également que cette différence de traitement ne pourrait être justifiée par l'obligation de transposer la directive 2014/24/EU dès lors que celle-ci n'obligerait pas les Etats membres à prévoir une telle exclusion nationale.

B.22.2. Le second moyen vise l'article 28 de la loi attaquée, en ce qu'il exclut du champ d'application de cette loi certains des services juridiques énumérés au paragraphe 1er, 4°. Des griefs quasi identiques sont développés à l'appui de ce moyen.

B.23. Contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres, les parties requérantes exposent ainsi à suffisance en quoi les dispositions attaquées violeraient les règles visées par les deux moyens.

Quant au fond

B.24.1. Comme il est dit en B.22, dans le premier moyen, les parties requérantes soutiennent qu'en excluant du champ d'application de la loi les marchés publics de services ayant pour objet les services d'arbitrage et de conciliation, l'article 28, § 1er, 3°, de la loi attaquée crée une différence de traitement non susceptible de justification raisonnable entre les marchés publics qui ont pour objet cette catégorie de services et les autres marchés publics

qui entrent dans le champ d'application de la loi et qui, partant, sont soumis aux règles qu'elle prescrit.

B.24.2. D'après les parties requérantes, une telle exclusion ne pourrait être fondée sur le considérant 24 et l'article 10, point c), de la directive 2014/24/UE qui prévoit une exclusion identique, justifiée par le fait que ces services sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont agréées ou sélectionnées d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics.

B.24.3. Les parties requérantes suggèrent que dans l'hypothèse où la disposition attaquée découlerait de l'article 10, point c), précité, de la directive 2014/24/UE, la Cour interroge la Cour de justice de l'Union européenne sur la validité de la directive elle-même par rapport aux règles du droit européen primaire, en particulier les articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du TFUE, ainsi que le principe de la libre prestation des services et le principe d'économie.

B.25.1. Dans le second moyen, les parties requérantes critiquent également l'article 28, § 1er, 4^o, de la loi attaquée, en ce qu'il exclut les services juridiques qui y sont énumérés du champ d'application de la loi et de la réglementation relative aux marchés publics qu'elle contient.

Elles estiment qu'une telle exclusion ne peut être justifiée par le considérant 25 et l'article 10, point d), de la directive 2014/24/UE. Cette exclusion, elle-même opérée par la directive, ne serait en effet justifiée que par une pratique nationale hypothétique qui repose sur une pétition de principe et ne constituerait pas un motif d'intérêt général.

B.25.2. Les parties requérantes soutiennent, ici encore, que l'exclusion opérée par l'article 10, point d), de la directive 2014/24/UE pose la question de la validité de cette disposition par rapport au principe d'égalité, aux articles 29, 56, 57, 59, 288 et 291 du TFUE, au principe de la libre prestation des services ainsi qu'au principe d'économie et requièrent de poser à la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles en ce sens.

B.26. Il ressort de ce qui est dit en B.3 et B.4 qu'en adoptant la directive 2014/24/UE, le législateur européen visait à supprimer les seuils légaux ou les règles divergentes entre les Etats membres en matière de passation de marchés de services, en fixant un cadre légal harmonisé censé garantir la libre prestation des services, la liberté d'établissement et la pleine concurrence dans le secteur des services.

Les Etats membres sont donc tenus de transposer en droit national les prescriptions et procédures harmonisées contenues dans cette directive pour la passation de marchés de services.

B.27. L'article 10, c) et d), i), ii) et v), de la directive 2014/24/UE dispose toutefois que les services d'arbitrage et de conciliation (règlement de litiges), les services d'avocats et les services juridiques « liés, même occasionnellement[,] à l'exercice de la puissance publique » sont exclus du champ d'application des règles de passation de marchés de services harmonisées par la directive, de sorte que les Etats membres ne sont pas tenus de soumettre ces services spécifiques à l'application des règles générales de passation de marchés qui découlent de la directive.

Les prestataires de ces services ne bénéficient donc pas des mêmes garanties de pleine concurrence, de libre prestation des services et de liberté d'établissement que les prestataires de services régis par la directive.

B.28. Il ressort de ce qui est dit en B.6 à B.8 que le législateur de l'Union européenne a voulu tenir compte des différences nationales pour la passation, par l'autorité, des marchés de services mentionnés en B.27.

B.29. La question se pose de savoir si l'exclusion de ces services porte ou non atteinte à l'objectif, poursuivi par le législateur européen, de pleine concurrence, de libre prestation des services et de liberté d'établissement, pour la passation de marchés de services par l'autorité et si, compte tenu du principe de subsidiarité, une harmonisation des règles ne devait pas être étendue aux services mentionnés en B.27. Du fait de cette harmonisation limitée, la directive 2014/24/UE fait donc naître une différence de traitement qui, eu égard au pouvoir discrétionnaire national qui y est lié, se répercute sur les dispositions attaquées. En effet, si le législateur européen n'avait pas prévu de les exclure, les services mentionnés dans

l'article 28, § 1er, 3° et 4°, auraient été soumis à l'application des règles générales de passation des marchés, ce qui aurait obligé le législateur à mettre ces règles en œuvre et donc à instaurer les mêmes garanties pour les prestataires des services mentionnés en B.27 que pour les prestataires d'autres services.

Pour apprécier la constitutionnalité des dispositions attaquées, il est dès lors nécessaire d'examiner si l'article 10, c) et d), i), ii) et v), de la directive 2014/24/UE viole le principe d'égalité, combiné ou non avec le principe de subsidiarité et avec les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

B.30. L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne rend la Cour de justice compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des actes des institutions de l'Union. En vertu de son troisième alinéa, une juridiction nationale est tenue de saisir la Cour de justice si ses décisions - comme celles de la Cour constitutionnelle - ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne. En cas de doute quant à la validité d'une disposition du droit de l'Union qui présente une importance pour la solution d'un litige pendant devant cette juridiction, celle-ci doit interroger la Cour de justice à titre préjudiciel, y compris d'office.

Compte tenu de ce qui précède, il convient dès lors, avant de statuer quant au fond, de poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle formulée dans le dispositif.

Par ces motifs,

la Cour,

avant de statuer au fond, pose à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

L'article 10, c) et d), i), ii) et v), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 « sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE » est-il compatible avec le principe d'égalité, combiné ou non avec le principe de subsidiarité et avec les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en ce que les services qu'il vise sont exclus, dans la directive précitée, de l'application des règles de passation de marchés, qui garantissent pourtant la pleine concurrence et la libre circulation pour la passation de marchés de services par l'autorité ?

Ainsi rendu 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, le 29 mars 2018.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

E. De Groot