

Numéro du rôle : 5157
Arrêt n° 164/2011 du 20 octobre 2011

ARRET

En cause : les questions préjudicielles concernant les articles 65/15 et 65/25 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, insérés par la loi du 23 décembre 2009, posées par le président du Tribunal de première instance d'Anvers.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et R. Henneuse, et des juges L. Lavrysen, A. Alen, E. Derycke, J. Spreutels 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 des questions préjudicielles et procédure*

Par ordonnance du 9 juin 2011 en cause de la SPRL « Schrauwen–Fourage » contre la SA « Aquafin », dont l’expédition est parvenue au greffe de la Cour le 17 juin 2011, le président du Tribunal de première instance d’Anvers, siégeant en référé, a posé les questions préjudicielles suivantes :

« a) L’article 65/15 (combiné avec l’article 65/14) et l’article 65/25 de la loi du 24 décembre 1993 violent-ils le principe d’égalité, inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que les entités adjudicatrices qui sont une autorité au sens de l’article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat (ainsi que l’adjudicataire du marché) connaissent un régime de protection juridique en matière de suspension de la décision d’attribution (dans le cadre du système du délai légal d’attente) qui diffère fondamentalement de celui qui s’applique aux entités adjudicatrices qui ne sont pas une autorité au sens de l’article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat (et aux adjudicataires de ces marchés), parce que la suspension par le juge civil des référés n’exige pas de contrôle autonome du contenu des griefs invoqués ?

b) L’article 65/15 (combiné avec l’article 65/14) et l’article 65/25 de la loi du 24 décembre 1993 violent-ils le principe d’égalité, inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que les entités adjudicatrices qui sont une autorité au sens de l’article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat (ainsi que l’adjudicataire du marché) connaissent un régime de protection juridique en matière de suspension de la décision d’attribution (dans le cadre du système du délai légal d’attente) qui diffère fondamentalement de celui qui s’applique aux entités adjudicatrices qui ne sont pas une autorité au sens de l’article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat (et aux adjudicataires de ces marchés), parce que la suspension par le juge civil des référés est fondée sur un contrôle fondamentalement différent de celui qu’exerce le Conseil d’Etat et de celui qui est exercé en référé de droit commun ? ».

Des mémoires et des mémoires en réponse ont été introduits par :

- la SPRL « Schrauwen-Fourage », dont le siège est établi à 2990 Wuustwezel, Vorssingersweg 8;
- la SA « Aquafin », dont le siège est établi à 2630 Aartselaar, Dijkstraat 8;
- le Conseil des ministres.

A l’audience publique du 29 septembre 2011 :

- ont comparu :
 - . Me J. Bosquet, qui comparaissait également *loco* Me P. Flamey, avocats au barreau d’Anvers, pour la SPRL « Schrauwen-Fourage »;
 - . Me D. D’Hooghe, avocat au barreau de Bruxelles, pour la SA « Aquafin »;

. Me S. Depré et Me H. Van de Cauter, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs L. Lavrysen 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. *Les faits et la procédure antérieure*

Le litige devant le juge *a quo* concerne une adjudication publique pour l'attribution d'un marché, lancée par la SA « Aquafin ». La SPRL « Schrauwen–Fourage » a introduit une offre régulière, mais conformément à l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le marché a été attribué au soumissionnaire qui avait introduit l'offre régulière la plus basse, la SA « Cabay Transport ».

La SPRL « Schrauwen–Fourage » a introduit une demande de suspension de la décision d'attribution devant le président du Tribunal de première instance d'Anvers, dans le délai d'attente prévu à l'article 65/11 de la loi précitée. Dans des procédures similaires, soutient la SA « Aquafin », partie défenderesse, le président précité n'a pas exercé un contrôle effectif au regard de la réglementation en matière de marchés publics. Il suffisait à chaque fois qu'il ne puisse être exclu que le comportement de la partie défenderesse soit jugé fautif ou irrégulier par le juge du fond, pour que la suspension de la décision d'attribution soit accordée par le président.

Avant de statuer sur la demande de suspension, le président du Tribunal de première instance d'Anvers pose les questions préjudicielles précitées, à la demande de la SA « Aquafin ».

III. *En droit*

- A -

A.1.1. La SA « Aquafin » traite les questions préjudicielles en ordre inversé. En ce qui concerne la seconde question préjudicielle, elle compare le contrôle de la légalité par le Conseil d'Etat et par le juge civil des référés dans le cadre d'une demande de suspension d'une décision d'attribution en matière de marchés publics.

Le Conseil d'Etat doit examiner si des moyens sérieux sont invoqués qui peuvent justifier l'annulation de la décision attaquée. Un moyen est sérieux, selon la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, s'il paraît de prime abord, à la première lecture, recevable et fondé, de sorte que l'annulation de la décision attaquée est quasi inéluctable. L'examen de la demande de suspension par le Conseil d'Etat nécessite donc un contrôle autonome du contenu de la décision d'attribution.

Le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans tous les cas où il reconnaît l'urgence, exception faite pour les matières que la loi soustrait à sa juridiction. Pour le surplus, les limites du juge des référés sont particulièrement vagues. Il n'est pas obligé, selon la SA « Aquafin », d'examiner le caractère sérieux des moyens invoqués et pourrait se contenter d'une simple mise en balance des intérêts et des droits apparents des parties.

Le juge des référés disposerait dès lors, dans le cadre d'une demande de suspension d'une décision d'attribution, de la possibilité et de la liberté d'opérer un contrôle qui diffère fondamentalement de celui du Conseil d'Etat. Selon la SA « Aquafin », cela va totalement à l'encontre du régime de protection juridique dans le cadre du délai d'attente, qui prévoit trois causes de suspension explicites (article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services). Elle estime dès lors qu'il doit être répondu par l'affirmative à la seconde question préjudicielle.

A.1.2. Selon la SA « Aquafin », si la seconde question préjudicielle concerne le contrôle fondamentalement différent de la légalité en général, la première question préjudicielle porte quant à elle sur le fait que l'examen de la demande de suspension par le juge civil des référés n'exige aucun contrôle du contenu de la décision d'attribution. Elle se réfère à cet égard à ce qui a déjà été mentionné en A.1.1, mais ajoute, renvoyant à un arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2000, que le juge des référés est tenu de faire une balance adéquate de l'urgence de la situation et des intérêts des parties en cause, sans devoir pour autant examiner plus à fond la défense présentée par celui contre lequel la mesure est demandée et reposant sur des règles de fond. Cela a pour conséquence, dans le contexte des marchés publics, que la décision d'attribution de l'entité adjudicatrice pourra généralement être suspendue puisque le demandeur ne doit pas formuler un grief d'illégalité sérieux. La SA « Aquafin » en conclut qu'il doit également être répondu affirmativement à la première question préjudicielle.

A.2. Le Conseil des ministres traite les deux questions préjudicielles ensemble. Il estime que le pouvoir d'appréciation du juge judiciaire des référés est identique ou équivalent au pouvoir d'appréciation du Conseil d'Etat en référé.

Selon le Conseil des ministres, le juge civil des référés exerce un contrôle autonome du contenu lorsqu'il statue sur une décision dans le cadre d'un marché public. En effet, il doit examiner l'existence d'un droit qui est suffisamment probable pour justifier l'adoption d'une mesure provisoire. Il doit apprécier à cet effet la position au fond du demandeur, de sorte qu'il n'y a aucun danger que la mesure provisoire entre en conflit de manière prévisible avec la décision du juge du fond. Avant d'ordonner une mesure provisoire (telle que la suspension d'une décision d'attribution), le juge des référés serait tenu, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, d'examiner d'abord si l'action des pouvoirs publics est régulière *prima facie*.

Le Conseil des ministres concède que les règles de procédure devant le Conseil d'Etat prévoient expressément qu'une suspension n'est possible que s'il existe un « moyen sérieux » et qu'une telle précision n'est pas prévue dans les règles de procédure devant le juge judiciaire des référés. Cela ne signifierait toutefois pas que le contrôle par le juge civil serait moins précis ou fondamentalement différent du contrôle par le Conseil d'Etat en référé. L'instance juridictionnelle exerce dans les deux cas, *prima facie* ou provisoirement, un contrôle interne et externe de la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur, sans porter atteinte à la compétence et au contrôle du juge du fond.

Les justiciables n'étant pas traités différemment quant à la portée du contrôle, selon que ce contrôle est exercé par le Conseil d'Etat ou le juge ordinaire, le Conseil des ministres estime que les questions préjudicielles appellent une réponse négative.

A.3.1. Selon la SPRL « Schrauwen-Fourage », la première question préjudicielle appelle une réponse négative parce qu'elle ne concernerait pas des catégories comparables. La différence de traitement éventuelle repose sur un critère objectif et est également raisonnablement justifiée, puisque dans un cas, l'instance adjudicatrice est une autorité administrative qui exerce un aspect de l'autorité publique, tandis que dans l'autre cas, l'instance adjudicatrice n'est pas une autorité administrative et n'est influencée par une telle autorité qu'indirectement.

La SPRL « Schrauwen–Fourage » observe que le juge *a quo* n’interprète pas lui-même les dispositions en cause, mais ne fait que reprendre la question relative à ces dispositions dans l’interprétation que la SA « Aquafin » en donne. A défaut d’une interprétation autonome par le juge *a quo*, la question préjudicielle ne serait manifestement pas utile pour la solution du litige. Du reste, l’interprétation contenue dans la question préjudicielle ne ferait pas une application correcte des dispositions en cause. Contrairement à ce que soutient la SA « Aquafin », le juge des référés examine également la situation juridique des parties, que les droits soient contestés sérieusement ou non. Comme le Conseil d’Etat lorsqu’il statue sur une demande de suspension, le juge des référés procédera à une appréciation provisoire de la situation juridique des parties et jugera s’il y a une apparence de droits suffisante pour admettre la suspension comme mesure de sauvegarde. Il ne serait donc pas question d’une différence de traitement, puisque les notions de « moyen sérieux » et d’« apparence de droits » se rejoignent.

L’arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2000 cité plus haut doit, selon la SPRL « Schrauwen–Fourage », être compris en ce sens que le juge des référés, lorsqu’il fait droit à la demande, ne doit indiquer dans sa décision que les motifs positifs, sans avoir à réfuter systématiquement tous les arguments du défendeur. Dans le cadre d’une demande de suspension d’extrême urgence, le Conseil d’Etat jugerait également que certains moyens ne se prêtent pas à une appréciation dans une telle procédure, de sorte qu’il n’est pas non plus question d’une différence de traitement sous cet angle.

A.3.2. La SPRL « Schrauwen–Fourage » estime que la seconde question préjudicielle, qui se fonde sur une différence dans le contrôle juridique par le Conseil d’Etat et par les cours et tribunaux ordinaires, appelle également une réponse négative. Elle soulève la même exception de non-comparabilité que pour la première question préjudicielle. Sur le fond, il est uniquement répété que tant les entités adjudicatrices qui ne sont pas des autorités administratives que celles qui le sont, disposent des mêmes garanties en cas de demande de suspension d’une décision prise par elles en matière de marchés publics. La SPRL « Schrauwen–Fourage » rappelle à cet égard la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, d’où il ressort que, en matière d’expropriation, le juge de paix et le Conseil d’Etat sont considérés comme offrant une protection juridique équivalente.

A.4. A ce dernier argument, la SA « Aquafin » répond qu’il n’est pas question en l’espèce d’une protection juridique équivalente, mais d’un contrôle de légalité fondamentalement différent. Pour le surplus, la SA « Aquafin » réfute les exceptions qui mettent en doute la pertinence des questions préjudicielles et la comparabilité des catégories qui y sont mentionnées.

A.5. Le Conseil des ministres observe encore que le pouvoir d’appréciation concrète du juge civil des référés doit non seulement être conforme à l’article 584 du Code judiciaire, mais aussi aux dispositions en matière de protection juridique de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Il en ressort que le juge civil des référés ne peut, lui aussi, décider la suspension que s’il constate que l’instance adjudicatrice a commis une illégalité.

A.6. La SPRL « Schrauwen–Fourage » souligne que les deux formes de contrôle juridique en cause satisfont à la « directive européenne recours » (directive 89/665/CEE, modifiée par la directive 2007/66/CE), qui exige une procédure en référé rapide, dans laquelle les intéressés doivent avoir la possibilité d’obtenir la suspension des décisions d’attribution en cas d’infraction au droit de l’Union en matière de marchés publics. En ordre subsidiaire, si la Cour constitutionnelle devait néanmoins estimer que la protection juridique offerte par le juge des référés n’est pas conforme à la directive précitée, la SPRL « Schrauwen–Fourage » demande qu’une question préjudicielle soit posée à ce sujet à la Cour de justice de l’Union européenne.

- B -

B.1.1. La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services prévoit des procédures de recours, dont le recours en annulation (article 65/14) et la demande de suspension (article 65/15) des décisions des autorités adjudicatrices.

L'article 65/14 de la loi précitée prévoit qu'à la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent les documents du marché ou les règles de droit qui sont applicables au marché concerné.

L'article 65/15 en cause 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.1.2. L'« instance de recours » visée dans les dispositions précitées est soit la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, soit le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une telle autorité (article 65/24 de la loi du 24 décembre 1993).

L'article 65/25, également en cause, dispose :

« A moins que des dispositions de la présente loi n'y dérogent, les règles de compétence et de procédure devant l'instance de recours sont celles fixées par les lois et arrêtés relatifs à l'instance de recours.

Lorsque l'instance de recours reçoit une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution, elle en informe immédiatement l'autorité adjudicatrice.

L'instance de recours transmet au Premier Ministre, en vue d'une communication à la Commission européenne, le texte de toutes les décisions qu'elle prend en application de l'article 65/18. Elle transmet également au Premier Ministre les autres informations sur le fonctionnement des procédures de recours éventuellement demandées par la Commission européenne ».

B.2. Les deux questions préjudicielles portent sur la demande de suspension dans le cadre du délai d'attente, imposé par le législateur, entre la décision d'attribution et la conclusion du marché (articles 65/11, 65/12 et 65/13 de la loi du 24 décembre 1993). Cette réglementation établirait une différence de traitement selon que c'est le Conseil d'Etat ou le juge judiciaire qui est compétent pour statuer sur la demande de suspension. La Cour est invitée à examiner si cette différence de traitement est discriminatoire en ce que la suspension par le juge judiciaire ne requiert pas de contrôle autonome du contenu des griefs invoqués (première question préjudicielle) et en ce que le contrôle du juge judiciaire diffère fondamentalement du contrôle du Conseil d'Etat et du contrôle en référé de droit commun (seconde question préjudicielle).

Etant donné que la première question préjudicielle se confond totalement avec la seconde, les deux questions sont examinées conjointement.

B.3.1. La partie demanderesse devant le juge *a quo* objecte que celui-ci n'interprète pas lui-même les dispositions en cause, mais ne fait que reprendre la question relative à ces dispositions dans l'interprétation que leur donne la partie défenderesse devant le juge *a quo*. A défaut d'interprétation autonome des dispositions en cause par le juge *a quo*, la question préjudicielle serait manifestement sans utilité pour la solution du litige.

B.3.2. Il appartient en principe au juge qui pose la question préjudicielle d'examiner si la réponse à la question est pertinente pour trancher le litige qui lui est soumis. Il n'est pas requis qu'il opère déjà, à l'occasion de cet examen, un choix décisif pour une interprétation déterminée des dispositions en cause.

B.3.3. L'exception est rejetée.

B.4.1. Les catégories qui sont traitées différemment, selon le libellé des questions préjudicielles, sont les autorités adjudicatrices dont la décision d'attribution est attaquée et qui se trouvent dès lors dans une situation comparable.

B.4.2. Dans l'interprétation des dispositions en cause telle qu'elle ressort des questions préjudicielles, les autorités adjudicatrices qui ne sont pas une autorité au sens de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat risqueraient davantage de voir leur décision d'attribution suspendue que les autorités adjudicatrices qui sont quant à elles une telle autorité. En effet, la suspension par le juge civil des référés reposerait, aux termes des questions préjudicielles, sur « un contrôle fondamentalement différent » de celui qu'exerce le Conseil d'Etat (seconde question préjudicielle), ce qui implique que la suspension par le juge civil des référés, à l'inverse de la suspension par le Conseil d'Etat, pourrait être autorisée sans « contrôle autonome du contenu des griefs invoqués » (première question préjudicielle).

Aucun élément n'est de nature à justifier que les deux catégories d'autorités adjudicatrices, qui sont soumises de manière identique à la réglementation relative aux

marchés publics, soient traitées de manière substantiellement différente selon que le contrôle de leur décision d'attribution est exercé par le juge civil des référés ou par le Conseil d'Etat.

B.4.3. Telles qu'elles sont interprétées dans les questions préjudicielles, les dispositions en cause sont incompatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

B.5.1. Les dispositions en cause peuvent cependant être interprétées d'une autre manière.

B.5.2. Ainsi qu'il a été observé en B.1.1, la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice, qu'elle soit ou non une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, peut être suspendue parce que cette décision constitue un détournement de pouvoir ou une infraction aux documents du marché ou aux règles de droit qui sont applicables au marché concerné.

Les règles de droit précitées sont plus précisément le droit de l'Union en matière de marchés publics, applicable au marché en question, ainsi que les principes généraux du droit et les dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires qui sont applicables au marché (article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993). Le détournement de pouvoir est l'illégalité par laquelle la compétence qu'un organe administratif a reçue de la loi pour atteindre un objectif d'intérêt général déterminé est utilisée par lui pour atteindre, de manière exclusive, un autre but.

Il s'ensuit que la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice, qu'elle soit ou non une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ne peut être suspendue qu'après que l'autorité judiciaire compétente a constaté *prima facie* une illégalité. Dans cette interprétation, la différence de traitement est inexistante.

B.5.3. Telles qu'elles sont interprétées en B.5.2, les dispositions en cause ne sont pas incompatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

- Dans l'interprétation selon laquelle les articles 65/15 et 65/25 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services donnent lieu à une appréciation fondamentalement différente de la demande de suspension de la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice, selon que cette autorité est ou non une autorité au sens de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ces dispositions violent les articles 10 et 11 de la Constitution.

- Dans l'interprétation selon laquelle ces mêmes dispositions donnent lieu à une appréciation analogue de la demande de suspension de la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice, que cette autorité soit ou non une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ces dispositions ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 20 octobre 2011.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt