

GRONDWETTELIJK HOF

N. 2011 — 2039

[2011/203217]

Uittreksel uit arrest nr. 105/2011 van 16 juni 2011

Rolnummer 4981

In zake : het beroep tot vernietiging van artikel 7 van de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, ingesteld door de bvba « Challenge MC ».

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Bossuyt en R. Henneuse, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey en P. Nihoul, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Bossuyt,

wijst na beraad het volgende arrest :

I. *Onderwerp van het beroep en rechtspleging*

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 28 juni 2010 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 29 juni 2010, is beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 7 van de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 28 december 2009, derde editie) door de bvba « Challenge MC », met zetel te 2930 Brasschaat, Ter Borcht 46.

(...)

II. *In rechte*

(...)

Ten aanzien van de bestreden en andere relevante bepalingen

B.1.1. De verzoekende partij vordert de vernietiging van artikel 7 van de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dat bepaalt :

« De Koning bepaalt de datum van inwerkingtreding van deze wet.

De overheidsopdrachten, de opdrachten en de prijsvragen voor ontwerpen bekendgemaakt vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum een uitnodiging werd verstuurd om een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen, blijven onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging ».

B.1.2. De datum van inwerkingtreding van de wet van 23 december 2009 werd vastgesteld bij artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dat bepaalt :

« Treden in werking op 25 februari 2010 :

1° de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

2° dit besluit.

De overheidsopdrachten en de opdrachten bekendgemaakt vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum een uitnodiging wordt verstuurd om zich kandidaat te stellen of een offerte in te dienen, blijven onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging ».

B.1.3. Volgens artikel 1 van de wet van 23 december 2009, zorgt die wet voor de omzetting van, onder meer, de richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 « tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten ».

Artikel 3, lid 1, eerste alinea, van die richtlijn bepaalt :

« De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 20 december 2009 aan deze richtlijn te voldoen. [...] ».

Ten aanzien van het belang van de verzoekende partij

B.2.1. De verzoekende partij motiveert haar belang bij het beroep tot vernietiging door erop te wijzen, enerzijds, dat de wet van 23 december 2009 de voorwaarden tot het verkrijgen van een schorsing, door de Raad van State, van de tenuitvoerlegging van een beslissing van de aanbestedende instantie heeft versoepeld in die zin dat een verzoekende partij bij de Raad van State geen « moeilijk te herstellen ernstig nadeel » dient aan te tonen, noch het bestaan van een « -uiterst dringende noodzakelijkheid », en anderzijds, dat een door haar op 14 mei 2010 bij de Raad van State ingediende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd verworpen.

De Raad van State oordeelde, op grond van - het te dezen bestreden - artikel 7 van de wet van 23 december 2009 en het ter uitvoering daarvan genomen koninklijk besluit van 10 februari 2010, dat de bepalingen van de wet van 23 december 2009 nog niet van toepassing waren op het geschil - de opdracht werd immers bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* en het *Bulletin der Aanbestedingen* van 27 januari 2010 -, en dat niet was aangetoond dat een gewone schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het aangevoerde nadeel te weren.

De verzoekende partij voert daarbij eveneens aan dat het aangetekend schrijven waarmee de aanbestedende instantie haar op de hoogte bracht van het feit dat haar kandidatuur niet was geselecteerd, vermeldde dat zij een schorsingsberoep kon instellen bij de Raad van State, waarbij werd verwezen naar de bepalingen die bij de wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993 werden ingevoerd. Zij wijst tevens op het feit dat de lidstaten van de Europese Unie, volgens artikel 3, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn 2007/66/EG, de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking dienden te doen treden om uiterlijk op 20 december 2009 aan die richtlijn te voldoen.

B.2. Volgens de Ministerraad toont de verzoekende partij niet aan dat zij beschikt over een wettig belang om de vernietiging van de bestreden bepaling te vorderen. Het gegeven dat het door de verzoekende partij op 14 mei 2010 ingestelde schorsingsberoep door de Raad van State onontvankelijk werd verklaard, zou uitsluitend te wijten zijn aan haar eigen nalatigheid en onzorgvuldigheid. De wet van 23 december 2009 was op het ogenblik dat de verzoekende partij haar schorsingsberoep bij de Raad van State instelde immers reeds in het *Belgisch Staatsblad* verschenen, meer bepaald op 28 december 2009.

B.3.1. Uit een vernietiging van de bestreden bepaling zou voortvloeien dat de wet van 23 december 2009, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 28 december 2009, in werking zou treden op 7 januari 2010, en dat de nieuwe bepalingen die zij bevat toepasselijk zouden zijn op een overheidsopdracht die, zoals te dezen het geval is, is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* en het *Bulletin der Aanbestedingen* van 27 januari 2010. Een dergelijke situatie zou de verzoekende partij toelaten zich op artikel 17 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof te beroepen, volgens hetwelk een arrest van de Raad van State, in zoverre het is gegrond op een bepaling van een wet die vervolgens door het Grondwettelijk Hof is vernietigd, of op een verordening ter uitvoering van die wet, geheel of ten dele kan worden ingetrokken, om aldus, in voorkomend geval, de intrekking te verkrijgen van het arrest nr. 205.058 van 10 juni 2010, waarmee de Raad van State de door haar ingediende vordering tot schorsing had verworpen.

B.3.2. Uit dat arrest blijkt dat de vordering tot schorsing van de verzoekende partij werd verworpen bij ontstentenis van een risico van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

Bovendien doen de door de verzoekende partij ter ondersteuning van haar middel aangevoerde argumenten ervan blijken dat de bestreden bepaling in hoofdzaak wordt bekritiseerd in zoverre zij de inwerkingtreding regelt van het bij artikel 2 van de wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993 ingevoegde artikel 65/15, dat bepaalt dat, « zonder dat het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vereist, [...] de verhaalinstantie, eventueel op straffe van een dwangsom, de uitvoering van de [...] beslissingen [inzake overheidsopdrachten kan] schorsen ».

B.3.3. Daaruit volgt dat de verzoekende partij doet blijken van een voldoende belang bij de vernietiging van artikel 7 van de wet van 23 december 2009 in zoverre het de inwerkingtreding regelt van het bij artikel 2 van de wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993 ingevoegde artikel 65/15.

Ten gronde

B.4. Het enige middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met het algemeen rechtsbeginsel van de onmiddellijke toepassing van de wetten op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging, met de artikelen 2 en 3 van het Gerechtelijk Wetboek, met de artikelen 160 van de Grondwet en 65/15 van de wet van 23 december 1993, met het wettigheidsbeginsel, met het rechtszekerheidsbeginsel, met artikel 190 van de Grondwet en met de richtlijn 2007/66/EG.

B.5.1. De Ministerraad betwist de ontvankelijkheid van het middel, omdat de verzoekende partij de schending aanvoert van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met allerlei beginselen, internationale bepalingen en grondwetsbepalingen, zonder aan te geven tussen welke categorieën van personen door de bestreden bepaling een verschil in behandeling wordt ingesteld. Aldus zou zij het Hof uitnodigen de bestreden bepaling rechtstreeks te toetsen aan die beginselen, internationale bepalingen en grondwetsbepalingen, waartoe het Hof niet bevoegd is.

B.5.2. Wanneer een verzoekende partij, in het kader van een beroep tot vernietiging, de schending aanvoert van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met andere grondwetsartikelen of internationale bepalingen of met algemene rechtsbeginselen die een fundamentele waarborg bevatten, bestaat het middel erin dat zij van oordeel is dat een verschil in behandeling wordt ingesteld doordat die fundamentele waarborg haar wordt ontnomen door de bepaling die zij met het beroep bestrijdt, terwijl die waarborg voor andere burgers onverminderd geldt. Aldus nodigt die verzoekende partij het Hof niet uit om de bestreden bepaling rechtstreeks te toetsen aan de bedoelde beginselen en bepalingen. Uit het verzoekschrift en de memories van de verzoekende partij blijkt voldoende duidelijk dat zij, onder meer, het verschil in behandeling bekritiseert dat door de bestreden bepaling in het leven wordt geroepen tussen, enerzijds, de categorie van personen die voordeel haalt uit de omzetting, door de wet van 23 december 2009, van de richtlijn 2007/66/EG in nationaal recht en, anderzijds, de categorie van personen die daar geen voordeel uit haalt vanwege de in de bestreden bepaling vervatte modaliteiten betreffende de inwerkingtreding van de wet van 23 december 2009.

B.6.1. De bestreden bepaling wordt bekritiseerd in zoverre zij de inwerkingtreding regelt van het bij artikel 2 van de wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993 ingevoegde artikel 65/15, dat bepaalt :

« Onder dezelfde voorwaarden als die bedoeld in artikel 65/14 en zonder dat het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vereist, kan de verhaalinstantie, eventueel op straffe van een dwangsom, de uitvoering van de in artikel 65/14 bedoelde beslissingen schorsen en, wat betreft de Raad van State, zolang het vernietigingsberoep bij hem aanhangig is :

1° de voorlopige maatregelen bevelen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad;

2° de voorlopige maatregelen bevelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van haar uitspraak.

De vordering tot schorsing wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid of in kort geding, overeenkomstig artikel 65/24.

De verhaalinstantie houdt rekening met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang, en kan beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen.

De beslissing om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan, doet geen afbreuk aan de andere door de indiener ingeroepen rechten.

De vordering tot voorlopige maatregelen kan samen met de in het eerste lid bedoelde vordering tot schorsing of met de in artikel 65/14 bedoelde vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk worden ingediend ».

B.6.2. Volgens de Ministerraad toont de verzoekende partij, die in hoofdzaak bekritiseert dat artikel 65/15 niet in werking is getreden vóór het verstrijken van de in artikel 3, lid 1, van de richtlijn 2007/66/EG bedoelde omzettingstermijn, niet aan dat de in artikel 17 van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State geregelde voorwaarden om een schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte of een reglement van een administratieve overheid te verkrijgen, onbestaanbaar zouden zijn met de richtlijn 2007/66/EG.

B.6.3. Artikel 65/15 werd in de parlementaire voorbereiding toegelicht als volgt :

« In afwijking van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan de schorsing van de uitvoering worden bevolen volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zelfs indien de onmiddellijke uitvoering van de bestreden beslissing geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou berokkenen.

De soms beperkende beoordeling van dit nadeel heeft de wetgever eerder tot het inzicht gebracht dat het om een hinderpaal kon gaan voor het instellen van nuttige beroepen door onregelmatig geweerde kandidaten of inschrijvers. Om die reden werd in het kader van de wet van 16 juni 2006, en dus onrechtstreeks, beslist de bevoegdheidsvoorwaarden van de Raad van State te wijzigen door deze voorwaarde af te schaffen. Deze maatregel die het nuttig effect van de verhaalprocedures inzake opdrachten aanzienlijk moet helpen bevorderen, wordt in dit ontwerp bevestigd » (*Parl. St., Kamer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, pp. 29-30*).

B.6.4. Daaruit blijkt dat de in artikel 65/15, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 vervatte regel is geïnspireerd op de regeling vervat in de wet van 16 juni 2006 « betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten », waarvan de datum van inwerkingtreding, volgens artikel 5 ervan, diende te worden bepaald door de Koning, wat evenwel niet is gebeurd, zodat de wet niet in werking is getreden.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat artikel 2, § 3, eerste lid, tweede zin, van de wet van 16 juni 2006, volgens hetwelk de « inschrijver die benadeeld is of benadeeld dreigt te worden, de schorsing [kan] vorderen van de gunning van de opdracht, zonder dat een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vereist », in de wet werd ingevoegd om tegemoet te komen aan een opmerking van de afdeling wetgeving van de Raad van State, die in haar advies had gesteld :

« Voorts moet erop gewezen worden dat in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zoals in de gewone schorsingsprocedure, een moeilijk te herstellen ernstig nadeel moet worden aangetoond, hetgeen niet vanzelfsprekend is, zodat op dit punt vragen kunnen rijzen over de effectieve toegankelijkheid van het rechtsmiddel voor eenieder die belang heeft bij de gunning en die door de aangevoerde schending ' is of dreigt te worden gelaedeerd ' (artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG en artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13/EEG) » (advies van 6 september 2005, 38.703/1/V, *Parl. St., Kamer, 2005-2006, DOC 51-2237/001, p. 141*).

De memorie van toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot de wet van 16 juni 2006 vermeldt ter zake :

« Paragraaf 3 schrapt de noodzaak van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel voor het instellen van een beroep volgens de spoedprocedure voor de Raad van State. Deze wijziging is noodzakelijk wil België de Europese beroepsrichtlijnen alsook de rechtspraak van het Hof van Justitie terzake eerbiedigen » (*Parl. St., Kamer, 2005-2006, DOC 51-2237/001, p. 65*).

B.6.5. De wetgever blijkt bijgevolg zelf van oordeel te zijn geweest dat de in het kader van een schorsingsprocedure bij de Raad van State geldende voorwaarde inzake het bestaan van « een moeilijk te herstellen ernstig nadeel » diende te worden geschrapt om tegemoet te komen aan de richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 « houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken » en aan de richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 « tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie », die beide in hun artikel 1, lid 3, bepaalden :

« De Lid-Staten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de Lid-Staten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden gelaedeerd ».

B.6.6. Artikel 1 van de richtlijn 2007/66/EG, die de voormelde richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG wijzigt, voorziet in een bepaling die identiek is aan het in B.6.5 aangehaalde artikel 1, lid 3, van die laatste richtlijnen. Wat de voorwaarde betreffende het risico van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft, diende de Belgische Staat de vereiste maatregelen in werking te laten treden op uiterlijk 20 december 2009 om op dit punt aan de richtlijn 2007/66/EG te voldoen.

B.7. Te dezen dient rekening ermee te worden gehouden dat het optreden van de wetgever ertoe strekt Europese richtlijnen om te zetten in nationaal recht. In die omstandigheden dient de wetgever bij het bepalen van de datum van inwerkingtreding van de wet en van overgangsmatregelen rekening te houden met de door die richtlijnen voorgeschreven datum waarop aan de bepalingen ervan dient te zijn voldaan, en dient hij zich, wanneer de omzettingstermijn dreigt te worden overschreden, te onthouden van het nemen van maatregelen die de inwerkingtreding van de wet uitstellen tot na die omzettingstermijn.

Wat artikel 7, eerste lid, betreft

B.8. Volgens het eerste lid van de bestreden bepaling komt het toe aan de Koning om de datum van inwerkingtreding van de wet van 23 december 2009 te bepalen.

In haar advies bij het ontwerp dat heeft geleid tot de wet van 23 december 2009 heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State ter zake gesteld :

« Artikel 8, eerste lid, van het ontwerp [later : artikel 7, eerste lid] draagt de Koning op om de datum van inwerkingtreding van de ontworpen wet te bepalen. Daarbij wordt geen melding gemaakt van een uiterste datum van inwerkingtreding. Er dient evenwel mee rekening te worden gehouden dat richtlijn 2007/66/EG luidens haar artikel 3, lid 1, uiterlijk op 20 december 2009 in het interne recht dient te zijn omgezet » (advies van 29 oktober 2009, 47.322/1, *Parl. St., Kamer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, p. 78*).

B.9. De parlementaire voorbereiding bevat geen verantwoording voor de in het eerste lid van de bestreden bepaling verleende machtiging aan de Koning.

B.10. De Ministerraad voert ter zake aan dat de wetgever de aanbestedende overheden de mogelijkheid heeft willen bieden om zich aan te passen aan de nieuwe regelgeving bij het organiseren van hun overheidsopdrachten.

Ofschoon die argumentatie in andere omstandigheden als legitiem zou kunnen worden beschouwd, kan ze te dezen geen objectieve en redelijke verantwoording vormen voor de in het eerste lid van de bestreden bepaling vervatte maatregel die met zich meebrengt dat de inwerkingtreding van het voormelde artikel 65/15 wordt vertraagd. Dit laatstgenoemde artikel kan de aanbestedende overheden immers niet verhinderen de procedures voor het gunnen van hun overheidsopdrachten te organiseren indien het verbindend zou zijn op de tiende dag na de bekendmaking van de wet in het *Belgisch Staatsblad*, aangezien het betrekking heeft op een voorwaarde tot aanhangigmaking bij de bevoegde rechtscolleges.

B.11. In zoverre het is gericht tegen artikel 7, eerste lid, in samenhang gelezen met artikel 65/15, ingevoegd in de wet van 24 december 1993 bij artikel 2 van de wet van 23 december 2009, is het middel gegrond.

Wat artikel 7, tweede lid, betreft

B.12. Artikel 7, tweede lid, van de bestreden wet bepaalt dat de overheidsopdrachten, de opdrachten en de prijsvragen voor ontwerpen die werden bekendgemaakt vóór de datum van inwerkingtreding van de wet of waarvoor vóór die datum een uitnodiging werd verstuurd om een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen, onderworpen blijven aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging.

B.13. Het komt in beginsel de wetgever toe om de inwerkingtreding van een nieuwe wet te regelen en uit te maken of hij al dan niet in overgangsmaatregelen dient te voorzien. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn slechts geschonden indien het tijdstip van inwerkingtreding tot een verschil in behandeling leidt waarvoor geen redelijke verantwoording bestaat of indien aan het vertrouwensbeginsel op buitensporige wijze afbreuk wordt gedaan.

Het vertrouwensbeginsel is nauw verbonden met het - tevens door de verzoekende partij aangevoerde - rechtszekerheidsbeginsel, dat de wetgever verbiedt om zonder objectieve en redelijke verantwoording afbreuk te doen aan het belang van de rechtsonderhorigen om in staat te zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien.

B.14. Het algemeen rechtsbeginsel van de onmiddellijke toepassing van de wetten op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging, vindt een nadere verwoording in artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek, dat ingevolge artikel 2 van dat Wetboek eveneens toepassing kan vinden op andere rechtsplegingen dan die welke zijn geregeld in dat Wetboek.

Artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt :

« De wetten op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging zijn van toepassing op de hangende rechtsgedingen, zonder dat die worden onttrokken aan de instantie van het gerecht waarvoor zij op geldige wijze aanhangig zijn, en behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald ».

Zoals de in die bepaling gebruikte bewoordingen aangeven, staat het aan de wetgever om uit te maken of hij in een bepaald geval afwijkt van de algemene regeling vervat in die bepaling of in het overeenstemmende algemene rechtsbeginsel, zonder dat door dat enkele feit het gelijkheidsbeginsel in het gedrang zou komen. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn slechts geschonden indien de bestreden overgangsregeling een verschil in behandeling doet ontstaan waarvoor geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat.

B.15. De wetgever kon terecht van oordeel zijn dat de toepassing van de bij de wet van 23 december 2009 ingevoerde bepalingen - die betrekking hebben op verschillende fasen bij het gunnen van opdrachten (bekendmaking, selectie, beroep, gunning, enz.), en die, onder meer door kruisverwijzingen, onderling met elkaar zijn verbonden - op de overheidsopdrachten, de opdrachten, de prijsvragen en de uitnodigingen die vóór de inwerkingtreding van de wet werden bekendgemaakt of verstuurd, aanleiding zou kunnen geven tot juridische en praktische problemen, en aldus op onevenredige wijze afbreuk zou kunnen doen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, ten aanzien van de personen die bij die opdrachten zijn betrokken.

B.16.1. Bovendien doet de bestreden bepaling, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij doet gelden, volgens welke de rechtsonderhorigen erop konden vertrouwen dat zij zich na de uiterste omzettingdatum van de richtlijn 2007/66/EG zouden kunnen beroepen op de in die richtlijn vervatte waarborgen, geen afbreuk aan het rechtszekerheidsbeginsel.

B.16.2. Enerzijds, hoewel artikel 3, lid 1, van de richtlijn 2007/66/EG bepaalt dat de lidstaten de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen « in werking [doen] treden » om uiterlijk op 20 december 2009 aan de richtlijn « te voldoen », voorziet die bepaling niet in een onmiddellijke toepassing van de omzettingwet op de aan de gang zijnde procedures inzake overheidsopdrachten.

B.16.3. Anderzijds, staat het rechtszekerheidsbeginsel, dat de voorzienbaarheid van het recht inhoudt, niet eraan in de weg dat de nationale wetgever de datum van het uitschrijven van de overheidsopdracht, en niet de toekenningsdatum ervan, in aanmerking neemt als datum waarop de nieuwe regeling toepasbaar is. De toekenningsdatum van de opdracht geeft immers het einde van de toekenningsprocedure van de overheidsopdracht aan, terwijl de beslissing van de aanbestedende overheid om het bestek vast te stellen en gebruik te maken van een bepaalde gunningsprocedure wordt genomen in het beginstadium ervan naar gelang van het recht dat op dat ogenblik van toepassing is.

B.17. Gezien het voorafgaande bestaat er geen aanleiding om het verzoek van de verzoekende partij om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie in te willigen.

B.18. In zoverre het tegen artikel 7, tweede lid, van de wet van 23 december 2009 is gericht, is het middel niet gegrond.

Om die redenen,

het Hof

- vernietigt artikel 7, eerste lid, van de wet van 23 december 2009 tot invoering van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, in zoverre het de inwerkingtreding regelt van het bij artikel 2 van de wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993 ingevoegde artikel 65/15;

- verwerpt het beroep voor het overige.

Aldus uitgesproken in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 16 juni 2011.

De griffier,

P.-Y. Dutilleux.

De voorzitter,

M. Bossuyt.

COUR CONSTITUTIONNELLE

F. 2011 — 2039

[2011/203217]

Extrait de l'arrêt n° 105/2011 du 16 juin 2011

Numéro du rôle : 4981

En cause : le recours en annulation de l'article 7 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, introduit par la SPRL « Challenge MC ».

La Cour constitutionnelle,

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

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 28 juin 2010 et parvenue au greffe le 29 juin 2010, un recours en annulation de l'article 7 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (publiée au *Moniteur belge* du 28 décembre 2009, troisième édition) a été introduit par la SPRL « Challenge MC », dont le siège est établi à 2930 Brasschaat, Ter Borcht 46.

(...)

II. *En droit*

(...)

Les dispositions attaquées et autres dispositions pertinentes

B.1.1. La partie requérante demande l'annulation de l'article 7 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui dispose :

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

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

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

« Entrent en vigueur le 25 février 2010 :

1° la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

2° le présent arrêté.

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

B.1.3. Selon l'article 1^{er} de la loi du 23 décembre 2009, cette loi transpose notamment la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 « modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics ».

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

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

Quant à l'intérêt de la partie requérante

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

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

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

B.2.2. Selon le Conseil des ministres, la partie requérante ne justifie pas d'un intérêt légitime pour demander l'annulation de la disposition attaquée. Le fait que la demande de suspension introduite le 14 mai 2010 par la partie requérante a été déclarée irrecevable par le Conseil d'Etat serait exclusivement dû à sa propre négligence et à son manque de prévoyance. En effet, au moment où la partie requérante a introduit sa demande de suspension devant le Conseil d'Etat, la loi du 23 décembre 2009 avait déjà été publiée au *Moniteur belge*, plus précisément le 28 décembre 2009.

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

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

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

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

Quant au fond

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« Par dérogation à l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la suspension de l'exécution selon la procédure d'extrême urgence pourra être ordonnée même si l'exécution immédiate de la décision attaquée ne risque pas de causer un préjudice grave difficilement réparable.

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

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

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

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

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

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

B.6.5. Il apparaît par conséquent que le législateur a lui-même considéré que la condition de l'existence d'un « préjudice grave difficilement réparable », exigée dans la procédure de suspension devant le Conseil d'Etat, devait être supprimée pour satisfaire à la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 « portant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux » et à la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 « portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications », lesquelles disposaient toutes deux, en leur article 1, paragraphe 3 :

« Les Etats membres veillent à ce que les procédures de recours soient accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée ».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ce qui concerne l'article 7, alinéa 2

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

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

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

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

L'article 3 du Code judiciaire dispose :

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

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

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

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

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

B.16.3. D'autre part, le principe de la sécurité juridique, qui implique la prévisibilité du droit, ne s'oppose pas à ce que le législateur national retienne comme date d'applicabilité de la nouvelle réglementation la date du lancement du marché public et non la date d'attribution de celui-ci. En effet, la date d'attribution du marché marque la fin de la procédure de passation du marché public, alors que la décision de l'autorité adjudicatrice d'arrêter le cahier des charges et de recourir à telle ou telle procédure de passation est prise au stade initial de celle-ci en fonction du droit applicable à ce moment.

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

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

Par ces motifs,
la Cour

- annule l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en ce qu'il règle l'entrée en vigueur de l'article 65/15, inséré par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 dans la loi du 24 décembre 1993;

- rejette le recours pour le surplus.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 16 juin 2011.

Le greffier,
P.-Y. Dutilleux.

Le président,
M. Bossuyt.

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

D. 2011 — 2039

[2011/203217]

Auszug aus dem Urteil Nr. 105/2011 vom 16. Juni 2011

Geschäftsverzeichnisnummer 4981

In Sachen: Klage auf Nichtigerklärung von Artikel 7 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 zur Einfügung eines neuen Buches über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, erhoben von der «Challenge MC» PGmbH.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Vorsitzenden M. Bossuyt und R. Henneuse, und den Richtern E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey und P. Nihoul, unter Assistenz des Kanzlers P.-Y. Dutilleux, unter dem Vorsitz des Vorsitzenden M. Bossuyt,

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

I. *Gegenstand der Klage und Verfahren*

Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 28. Juni 2010 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 29. Juni 2010 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob die «Challenge MC» PGmbH, mit Sitz in 2930 Brasschaat, Ter Borch 46, Klage auf Nichtigerklärung von Artikel 7 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 zur Einfügung eines neuen Buches über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (veröffentlicht im *Belgischen Staatsblatt* vom 28. Dezember 2009, dritte Ausgabe).

(...)

II. *In rechtlicher Beziehung*

(...)

In Bezug auf die angefochtenen Bestimmungen sowie auf andere relevante Bestimmungen

B.1.1. Die klagende Partei beantragt die Nichtigerklärung von Artikel 7 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 zur Einfügung eines neuen Buches über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, der bestimmt:

«Der König legt das Datum des Inkrafttretens des vorliegenden Gesetzes fest.

Öffentliche Aufträge, andere Aufträge und Projektwettbewerbe, die vor diesem Datum veröffentlicht werden oder für die in Ermangelung einer veröffentlichten Bekanntmachung vor diesem Datum zur Einreichung von Teilnahmeanträgen oder zur Angebotsabgabe aufgefordert wird, unterliegen weiterhin den zum Zeitpunkt der Bekanntmachung oder Aufforderung geltenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen».

B.1.2. Das Datum des Inkrafttretens des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 wurde durch Artikel 76 des königlichen Erlasses vom 10. Februar 2010 zur Abänderung verschiedener Königlicher Erlasse zur Ausführung des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge festgelegt, der bestimmt:

«Am 25. Februar 2010 treten in Kraft:

1. das Gesetz vom 23. Dezember 2009 zur Einfügung eines neuen Buches über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge,

2. der vorliegende Erlass.

Öffentliche Aufträge und Aufträge, die vor diesem Datum veröffentlicht werden oder für die in Ermangelung einer veröffentlichten Bekanntmachung vor diesem Datum zur Einreichung von Bewerbungen oder zur Angebotsabgabe aufgefordert wird, unterliegen weiterhin den zum Zeitpunkt der Bekanntmachung oder Aufforderung geltenden Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen».

B.1.3. Gemäß Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 dient dieses Gesetz insbesondere der Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 «zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge».

Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 dieser Richtlinie bestimmt:

«Die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie spätestens am 20. Dezember 2009 nachzukommen. [...]».

In Bezug auf das Interesse der klagenden Partei

B.2.1. Die klagende Partei begründet ihr Interesse an der Nichtigkeitsklage, indem sie darauf verweist, dass einerseits durch das Gesetz vom 23. Dezember 2009 die Bedingungen, um durch den Staatsrat eine Aussetzung der Ausführung einer Entscheidung des Auftraggebers zu erhalten, flexibler gestaltet worden sei in dem Sinne, dass eine klagende Partei beim Staatsrat weder einen «schwer wiedergutzumachenden ernsthaften Nachteil», noch das Bestehen einer «Dringlichkeit» nachweisen müsse, und dass andererseits ein von ihr am 14. Mai 2010 beim Staatsrat im Dringlichkeitsverfahren eingereichter Aussetzungsantrag abgewiesen worden sei.

Der Staatsrat hatte aufgrund des - in dieser Sache angefochtenen - Artikels 7 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 und des zu dessen Ausführung ergangenen königlichen Erlasses vom 10. Februar 2010 geurteilt, dass die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 noch nicht auf die Streitsache anwendbar waren - der Auftrag wurde nämlich im *Amtsblatt der Europäischen Union* und im *Anzeiger der Ausschreibungen* vom 27. Januar 2010 veröffentlicht - und dass nicht nachgewiesen wurde, dass eine einfache Aussetzung unwiderruflich zu spät erfolgen würde, um den angeführten Nachteil zu verhindern.

Die klagende Partei führt dazu ebenfalls an, dass in dem Einschreibebrief, mit dem der Auftraggeber sie davon in Kenntnis gesetzt habe, dass ihre Bewerbung nicht ausgewählt worden sei, mitgeteilt worden sei, dass sie einen Aussetzungsantrag beim Staatsrat einreichen könne, wobei auf die Bestimmungen verwiesen worden sei, die durch das Gesetz vom 23. Dezember 2009 in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 eingefügt worden seien. Sie verweist gleichzeitig darauf, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemäß Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2007/66/EG die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen mussten, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie spätestens am 20. Dezember 2009 nachzukommen.

B.2.2. Nach Auffassung des Ministerrates weise die klagende Partei nicht nach, dass sie ein rechtmäßiges Interesse besitze, um die Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Bestimmung zu fordern. Der Umstand, dass der durch die klagende Partei am 14. Mai 2010 eingereichte Aussetzungsantrag durch den Staatsrat für unzulässig erklärt worden sei, sei ausschließlich auf ihre eigene Nachlässigkeit und mangelhafte Sorgfalt zurückzuführen. Das Gesetz vom 23. Dezember 2009 sei nämlich zu dem Zeitpunkt, als die klagende Partei ihren Aussetzungsantrag beim Staatsrat eingereicht habe, bereits im *Belgischen Staatsblatt* erschienen, nämlich am 28. Dezember 2009.

B.3.1. Aus einer Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Bestimmung würde sich ergeben, dass das Gesetz vom 23. Dezember 2009, das im *Belgischen Staatsblatt* vom 28. Dezember 2009 veröffentlicht wurde, am 7. Januar 2010 in Kraft treten würde, und dass die darin enthaltenen neuen Bestimmungen auf einen öffentlichen Auftrag anwendbar wären, der wie im vorliegenden Fall im *Amtsblatt der Europäischen Union* und im *Anzeiger der Ausschreibungen* vom 27. Januar 2010 veröffentlicht wurde. Eine solche Situation würde es der klagenden Partei erlauben, Artikel 17 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof geltend zu machen, wonach ein Urteil des Staatsrates, insofern es auf einer Bestimmung eines Gesetzes, die im Nachhinein vom Verfassungsgerichtshof für nichtig erklärt worden ist, oder auf einer Verordnung zur Ausführung einer solchen Norm beruht, vollständig oder teilweise zurückgezogen werden kann, um auf diese Weise gegebenenfalls die Zurückziehung des Urteils Nr. 205.058 vom 10. Juni 2010 zu erreichen, in dem der Staatsrat den von ihr eingereichten Aussetzungsantrag abgewiesen hatte.

B.3.2. Aus diesem Urteil geht hervor, dass der Aussetzungsantrag der klagenden Partei wegen des Nichtvorhandenseins einer Gefahr eines schwer wiedergutzumachenden ernsthaften Nachteils abgewiesen wurde.

Außerdem lassen die durch die klagende Partei zur Untermauerung ihres Klagegrunds angeführten Argumente erkennen, dass die angefochtene Bestimmung hauptsächlich bemängelt wird, insofern sie das Inkrafttreten des durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 eingefügten Artikels 65/15 regelt, der bestimmt, dass «die Beschwerdeinstanz - gegebenenfalls unter Androhung eines Zwangsgeldes - die Ausführung der [...] Beschlüsse [über öffentliche Aufträge] aussetzen [kann], ohne dass ein schwer wiedergutzumachender ernsthafter Nachteil nachzuweisen ist».

B.3.3. Daraus ergibt sich, dass die klagende Partei ein ausreichendes Interesse an der Nichtigkeitsklärung von Artikel 7 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 nachweist, insofern er das Inkrafttreten des durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 eingefügten Artikels 65/15 regelt.

Zur Hauptsache

B.4. Der einzige Klagegrund ist abgeleitet aus einem Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der unmittelbaren Anwendung der Gesetze auf die Gerichtsorganisation, die Zuständigkeit und das Verfahren, mit den Artikeln 2 und 3 des Gerichtsgesetzbuches, mit Artikel 160 der Verfassung und Artikel 65/15 des Gesetzes vom 23. Dezember 1993, mit dem Legalitätsprinzip, mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit, mit Artikel 190 der Verfassung und mit der Richtlinie 2007/66/EG.

B.5.1. Der Ministerrat ficht die Zulässigkeit des Klagegrunds an, weil die klagende Partei einen Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit verschiedenen Grundsätzen, internationalen Bestimmungen und Verfassungsbestimmungen anführe, ohne anzugeben, zwischen welchen Kategorien von Personen durch die angefochtene Bestimmung ein Behandlungsunterschied eingeführt werde. Somit würde er den Hof bitten, die angefochtene Bestimmung unmittelbar anhand dieser Grundsätze, internationalen Bestimmungen und Verfassungsbestimmungen zu prüfen, wozu der Hof nicht befugt ist.

B.5.2. Wenn eine klagende Partei im Rahmen einer Nichtigkeitsklage einen Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit anderen Verfassungsartikeln oder internationalen Bestimmungen oder mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die eine grundlegende Garantie enthalten, anführt, besteht der Klagegrund darin, dass sie der Auffassung ist, dass ein Behandlungsunterschied eingeführt werde, indem diese grundlegende Garantie ihr entzogen werde durch die Bestimmung, die sie mit der Klage anführt, während diese Garantie für andere Bürger uneingeschränkt gelte. Somit bittet die klagende Partei den Hof nicht, die angefochtene Bestimmung unmittelbar anhand der erwähnten Grundsätze und Bestimmungen zu prüfen. Aus der Klageschrift und den Schriftsätzen der klagenden Partei geht ausreichend deutlich hervor, dass sie unter anderem den Behandlungsunterschied bemängelt, der durch die angefochtene Bestimmung eingeführt werde zwischen einerseits der Kategorie von Personen, die den Vorteil aus der Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG durch das Gesetz vom 23. Dezember 2009 in innerstaatliches Recht genieße, und andererseits der Kategorie von Personen, die keinen Vorteil daraus erziele wegen der in der angefochtenen Bestimmung enthaltenen Modalitäten bezüglich des Inkrafttretens des Gesetzes vom 23. Dezember 2009.

B.6.1. Die angefochtene Bestimmung wird bemängelt, insofern sie das Inkrafttreten des durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 eingefügten Artikels 65/15 regelt, der bestimmt:

«Unter den Bedingungen wie in Artikel 65/14 vorgesehen kann die Beschwerdeinstanz - gegebenenfalls unter Androhung eines Zwangsgeldes - die Ausführung der in Artikel 65/14 erwähnten Beschlüsse aussetzen, ohne dass ein schwer wiedergutzumachender ernsthafter Nachteil nachzuweisen ist; der Staatsrat kann, solange er mit einer Nichtigkeitsklage befasst ist:

1. vorläufige Maßnahmen anordnen, um den angeführten Verstoß zu beseitigen oder Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern,
2. vorläufige Maßnahmen anordnen, die für die Ausführung seiner Entscheidung erforderlich sind.

Der Aussetzungsantrag wird gemäß Artikel 65/24 im Dringlichkeitsverfahren beziehungsweise im Eilverfahren eingereicht.

Die Beschwerdeinstanz berücksichtigt die voraussehbaren Folgen der Aussetzung der Ausführung und der vorläufigen Maßnahmen im Hinblick auf alle möglicherweise geschädigten Interessen und das Interesse der Allgemeinheit und kann beschließen, die Ausführung nicht auszusetzen oder keine vorläufigen Maßnahmen zu ergreifen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten.

Der Beschluss, die Ausführung nicht auszusetzen oder keine vorläufigen Maßnahmen zu ergreifen, beeinträchtigt nicht die sonstigen Rechte des Antragstellers.

Der Antrag auf vorläufige Maßnahmen kann zusammen mit dem in Absatz 1 erwähnten Aussetzungsantrag oder mit dem in Artikel 65/14 erwähnten Nichtigkeitsantrag oder getrennt eingereicht werden».

B.6.2. Nach Auffassung des Ministerrates weise die klagende Partei, die in der Hauptsache bemängelt, dass Artikel 65/15 nicht vor Ablauf der in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2007/66/EG vorgesehenen Umsetzungsfrist in Kraft getreten sei, nicht nach, dass die in Artikel 17 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat geregelten Bedingungen, um eine Aussetzung der Ausführung eines Aktes oder einer Verordnung einer Verwaltungsbehörde zu erzielen, nicht mit der Richtlinie 2007/66/EG vereinbar seien.

B.6.3. Artikel 65/15 wurde während der Vorarbeiten wie folgt erläutert:

«In Abweichung von Artikel 17 § 2 der koordinierten Gesetze über den Staatsrat kann die Aussetzung der Ausführung gemäß einem Dringlichkeitsverfahren angeordnet werden, selbst wenn die unmittelbare Ausführung der angefochtenen Entscheidung keinen schwer wiedergutzumachenden ernsthaften Nachteil verursachen würde.

Die bisweilen einschränkende Beurteilung dieses Nachteils hat den Gesetzgeber bereits früher zu der Erkenntnis gebracht, dass es sich um ein Hindernis für das Einreichen sachdienlicher Klagen durch zu Unrecht abgewiesene Bewerber oder Bieter handeln konnte. Aus diesem Grund wurde im Rahmen des Gesetzes vom 16. Juni 2006 - also indirekt - beschlossen, die Zuständigkeitsbedingungen des Staatsrates zu ändern, indem diese Voraussetzung abgeschafft wird. Diese Maßnahme, die die sachdienliche Wirkung der Beschwerdeverfahren in Bezug auf öffentliche Aufträge erheblich begünstigen soll, wird in diesem Entwurf bestätigt» (*Parl. Dok.*, Kammer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, SS. 29-30).

B.6.4. Daraus ergibt sich, dass die in Artikel 65/15 Absatz 1 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 enthaltene Regel von der Regelung abgeleitet ist, die im Gesetz vom 16. Juni 2006 «über die Vergabe, die Unterrichtung der Bewerber und Bieter und die Wartefrist im Rahmen von öffentlichen Aufträgen und bestimmten Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen» enthalten ist, wobei das Datum des Inkrafttretens gemäß dessen Artikel 5 vom König festgelegt werden musste, was jedoch nicht geschehen ist, so dass dieses Gesetz nicht in Kraft getreten ist.

Aus den Vorarbeiten geht hervor, dass Artikel 2 § 3 Absatz 1 zweiter Satz des Gesetzes vom 16. Juni 2006, wonach der «Bieter, dem ein Schaden entstanden ist beziehungsweise zu entstehen droht, die Aussetzung der Auftragsvergabe beantragen [kann], ohne dass ein schwer wiedergutzumachender ernsthafter Nachteil nachzuweisen ist», in das Gesetz eingefügt wurde, um einer Bemerkung der Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates Folge zu leisten, die in ihrem Gutachten erklärt hatte:

«Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in dem Dringlichkeitsverfahren ebenso wie im ordentlichen Aussetzungsverfahren ein schwer wiedergutzumachender ernsthafter Nachteil nachgewiesen werden muss, was nicht selbstverständlich ist, so dass in diesem Punkt Fragen auftauchen können zur tatsächlichen Zugänglichkeit des Rechtsmittels für jeden, der ein Interesse an der Vergabe hat und dem durch den angeführten Verstoß ' ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht ' (Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665/EWG und Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 92/13/EWG)» (Gutachten vom 6. September 2005, 38.703/1/V, *Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2237/001, S. 141).

In der Begründung des Entwurfs, der zu dem Gesetz vom 16. Juni 2006 geführt hat, hieß es diesbezüglich:

«Durch Paragraph 3 wird die Notwendigkeit eines schwer wiedergutzumachenden ernsthaften Nachteils für das Einreichen einer Klage im Eilverfahren bei dem Staatsrat abgeschafft. Diese Änderung ist notwendig, wenn Belgien die europäischen Berufungsrichtlinien sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofes diesbezüglich einhalten will» (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2237/001, S. 65).

B.6.5. Folglich scheint der Gesetzgeber selbst der Auffassung gewesen zu sein, dass die im Rahmen eines Aussetzungsverfahrens beim Staatsrat geltende Bedingung in Bezug auf das Bestehen «eines schwer wiedergutzumachenden ernsthaften Nachteils» abgeschafft werden musste, um der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 «zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge» und der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 «zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor» zu entsprechen, die beide in ihrem Artikel 1 Absatz 3 bestimmten:

«Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht».

B.6.6. Artikel 1 der Richtlinie 2007/66/EG, durch die die vorerwähnten Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG abgeändert wurden, sieht eine Bestimmung vor, die mit dem in B.6.5 zitierten Artikel 1 Absatz 3 der letztgenannten Richtlinien identisch ist. Was die Bedingung bezüglich der Gefahr eines schwer wiedergutzumachenden ernsthaften Nachteils betrifft, musste der belgische Staat die erforderlichen Maßnahmen spätestens am 20. Dezember 2009 in Kraft treten lassen, um in diesem Punkt der Richtlinie 2007/66/EG nachzukommen.

B.7. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass das Auftreten des Gesetzgebers dazu dient, europäische Richtlinien in innerstaatliches Recht umzusetzen. Unter diesen Umständen muss der Gesetzgeber bei der Festlegung des Datums des Inkrafttretens des Gesetzes und von Übergangsmaßnahmen das durch diese Richtlinien vorgeschriebene Datum beachten, an dem deren Bestimmungen erfüllt sein müssen, und muss er, wenn die Umsetzungsfrist überschritten zu werden droht, darauf verzichten, Maßnahmen zu ergreifen, die das Inkrafttreten des Gesetzes über diese Umsetzungsfrist hinaus verschieben.

In Bezug auf Artikel 7 Absatz 1

B.8. Gemäß Absatz 1 der angefochtenen Bestimmung obliegt es dem König, das Datum des Inkrafttretens des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 festzulegen.

In ihrem Gutachten zu dem Entwurf, der zum Gesetz vom 23. Dezember 2009 geführt hat, hat die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates diesbezüglich Folgendes erklärt:

«Artikel 8 Absatz 1 des Entwurfs [nunmehr Artikel 7 Absatz 1] beauftragt den König, das Datum des Inkrafttretens des geplanten Gesetzes festzulegen. Dabei wird kein äußerstes Datum für das Inkrafttreten erwähnt. Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Richtlinie 2007/66/EG gemäß ihrem Artikel 3 Absatz 1 spätestens am 20. Dezember 2009 in innerstaatliches Recht umgesetzt sein muss» (Gutachten vom 29. Oktober 2009, 47.322/1, *Parl. Dok.*, Kammer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, S. 78).

B.9. Die Vorarbeiten enthalten keine Begründung für die dem König in Absatz 1 der angefochtenen Bestimmung erteilte Ermächtigung.

B.10. Der Ministerrat führt diesbezüglich an, dass der Gesetzgeber den Auftraggebern die Möglichkeit habe bieten wollen, sich bei dem Organisieren ihrer öffentlichen Aufträge der neuen Regelung anzupassen.

Obwohl diese Argumentation unter anderen Umständen als legitim angesehen werden könnte, kann sie im vorliegenden Fall keine objektive und vernünftige Rechtfertigung für die in Absatz 1 der angefochtenen Bestimmung enthaltene Maßnahme darstellen, die zur Folge hat, dass das Inkrafttreten des vorerwähnten Artikels 65/15 hinausgeschoben wird. Der letztgenannte Artikel kann die Auftraggeber nämlich nicht daran hindern, die Verfahren zur Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge zu organisieren, wenn er verbindlich sein soll am zehnten Tag nach der Veröffentlichung des Gesetzes im *Belgischen Staatsblatt*, da er sich auf eine Voraussetzung für die Befassung der Rechtsprechungsorgane bezieht.

B.11. Insofern er gegen Artikel 7 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 65/15, in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 eingefügt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009, gerichtet ist, ist der Klagegrund begründet.

In Bezug auf Artikel 7 Absatz 2

B.12. Artikel 7 Absatz 2 des angefochtenen Gesetzes bestimmt, dass öffentliche Aufträge, andere Aufträge und Projektwettbewerbe, die vor dem Datum des Inkrafttretens des Gesetzes veröffentlicht werden oder für die vor diesem Datum zur Einreichung von Teilnehmeranträgen oder zur Angebotsabgabe aufgefordert wird, weiterhin den zum Zeitpunkt der Bekanntmachung oder Aufforderung geltenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen unterliegen.

B.13. Es obliegt grundsätzlich dem Gesetzgeber, das Inkrafttreten eines neuen Gesetzes zu regeln und zu bestimmen, ob er Übergangsmaßnahmen vorsehen muss oder nicht. Gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung wird nur verstoßen, wenn der Zeitpunkt des Inkrafttretens zu einem Behandlungsunterschied führt, für den keine vernünftige Rechtfertigung besteht, oder wenn der Vertrauensgrundsatz auf übermäßige Weise verletzt wird.

Der Vertrauensgrundsatz ist eng mit dem - gleichzeitig durch die klagende Partei angeführten - Grundsatz der Rechtssicherheit verbunden, der es dem Gesetzgeber verbietet, ohne objektive und vernünftige Rechtfertigung das Interesse der Rechtsunterworfenen daran, die Rechtsfolgen ihrer Handlungen vorhersehen zu können, zu beeinträchtigen.

B.14. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der unmittelbaren Anwendung der Gesetze auf die Gerichtsorganisation, die Zuständigkeit und das Verfahren ist im Einzelnen in Artikel 3 des Gerichtsgesetzbuches formuliert, der gemäß Artikel 2 dieses Gesetzbuches ebenfalls auf andere Gerichtsverfahren als diejenigen, die in diesem Gesetzbuch geregelt werden, Anwendung finden kann.

Artikel 3 des Gerichtsgesetzbuches bestimmt:

«Die Gesetze bezüglich der Gerichtsorganisation, der Zuständigkeit und des Verfahrens sind auf laufende Prozesse anwendbar, ohne dass diese den Gerichtsinstanzen entzogen werden, vor denen sie gültig anhängig sind, und vorbehaltlich der gesetzlich bestimmten Ausnahmen».

Dem Wortlaut dieser Bestimmung zufolge ist es Aufgabe des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er in einem bestimmten Fall von der in dieser Bestimmung oder in dem entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz enthaltenen allgemeinen Regelung abweicht, ohne dass aufgrund dieses einzigen Umstands der Gleichheitsgrundsatz gefährdet wird. Die Artikel 10 und 11 der Verfassung werden nur dann verletzt, wenn die beanstandete Übergangsregelung zu einem Behandlungsunterschied führt, der weder objektiv noch vernünftig zu rechtfertigen ist.

B.15. Der Gesetzgeber konnte zu Recht der Auffassung sein, dass die Anwendung der durch das Gesetz vom 23. Dezember 2009 eingeführten Bestimmungen - die sich auf verschiedene Phasen der Vergabe von Aufträgen (Bekanntmachung, Auswahl, Beschwerde, Vergabe, usw.) beziehen, und die unter anderem durch Querverweise miteinander verbunden sind - auf öffentliche Aufträge, andere Aufträge, Projektwettbewerbe und Aufforderungen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bekannt gemacht oder verschickt wurden, Anlass zu juristischen und praktischen Problemen geben könnten und somit auf unverhältnismäßige Weise den Grundsatz der Rechtssicherheit und den Vertrauensgrundsatz für die Personen, die von diesen Aufträgen betroffen sind, beeinträchtigen könnte.

B.16.1. Außerdem beeinträchtigt die angefochtene Bestimmung im Gegensatz zu dem, was die klagende Partei anführt, wonach die Rechtsunterworfenen darauf vertrauen konnten, dass sie sich nach dem äußersten Umsetzungsdatum der Richtlinie 2007/66/EG auf die in dieser Richtlinie enthaltenen Garantien berufen können, nicht den Grundsatz der Rechtssicherheit.

B.16.2. Einerseits sieht Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2007/66/EG, der zwar bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die Rechts- und Verwaltungsvorschriften «in Kraft [setzen]», die erforderlich sind, um dieser Richtlinie spätestens am 20. Dezember 2009 «nachzukommen», nicht eine unmittelbare Anwendung des Umsetzungsgesetzes auf die laufenden Verfahren in Bezug auf öffentliche Aufträge vor.

B.16.3. Andererseits verhindert der Grundsatz der Rechtssicherheit, der die Vorhersehbarkeit des Rechts beinhaltet, nicht, dass der innerstaatliche Gesetzgeber das Datum der Ausschreibung des öffentlichen Auftrags und nicht das Datum ihrer Vergabe als das Datum berücksichtigt, an dem die neue Regelung anwendbar ist. Das Datum der Vergabe des Auftrags drückt nämlich das Ende des Vergabeverfahrens des öffentlichen Auftrags aus, während die Entscheidung des Auftraggebers, die Leistungsbeschreibung festzulegen und ein bestimmtes Vergabeverfahren anzuwenden, im Anfangsstadium entsprechend dem zu diesem Zeitpunkt anwendbaren Recht getroffen wird.

B.17. Angesichts des Vorstehenden besteht kein Anlass, dem Antrag der klagenden Partei, dem Gerichtshof der Europäischen Union Vorabentscheidungsfragen zu stellen, stattzugeben.

B.18. Insofern er gegen Artikel 7 Absatz 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 gerichtet ist, ist der Klagegrund unbegründet.

Aus diesen Gründen:

Der Hof

- erklärt Artikel 7 Absatz 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 zur Einfügung eines neuen Buches über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge für nichtig, insofern er das Inkrafttreten des durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 eingefügten Artikels 65/15 regelt;

- weist die Klage im Übrigen zurück.

Verkündet in niederländischer, französischer und deutscher Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, in der öffentlichen Sitzung vom 16. Juni 2011.

Der Kanzler,
P.-Y. Dutilleux.

Der Vorsitzende,
M. Bossuyt.

COUR CONSTITUTIONNELLE

F. 2011 — 2040

[2011/203216]

Extrait de l'arrêt n° 110/2011 du 16 juin 2011

Numéros du rôle : 5018, 5028 et 5030

En cause : les recours en annulation des articles 2 et 3 de la loi du 15 mars 2010 portant modification de l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, introduits par la SA « Belgacom », la SA « Mobistar » et la SA « KPN Group Belgium ».

La Cour constitutionnelle,

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

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

I. *Objet des recours et procédure*

a. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 17 août 2010 et parvenue au greffe le 18 août 2010, la SA « Belgacom », dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 27, a introduit un recours en annulation des articles 2 et 3 de la loi du 15 mars 2010 portant modification de l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (publiée au *Moniteur belge* du 25 mars 2010).

b. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 14 septembre 2010 et parvenue au greffe le 16 septembre 2010, la SA « Mobistar », dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, avenue du Bourget 3, a introduit un recours en annulation des mêmes dispositions légales.

c. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 16 septembre 2010 et parvenue au greffe le 17 septembre 2010, la SA « KPN Group Belgium », dont le siège social est établi à 1200 Bruxelles, rue Neerveld 105, a introduit un recours en annulation des mêmes dispositions légales.

Ces affaires, inscrites sous les numéros 5018, 5028 et 5030 du rôle de la Cour, ont été jointes.

(...)

II. *En droit*

(...)

Quant aux dispositions en cause et à l'objet des recours

B.1. La SA « Belgacom » (affaire n° 5018), la SA « Mobistar » (affaire n° 5028) et la SA « KPN Group Belgium » (affaire n° 5030) demandent l'annulation des articles 2 et 3 de la loi du 15 mars 2010 portant modification de l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

B.2.1. Les articles 2 et 3 de la loi précitée disposent :

« Art. 2. A l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, les modifications suivantes sont apportées :

1° il est inséré entre les paragraphes 1^{er} et 2 les paragraphes 1^{er}/1, 1^{er}/2, 1^{er}/3 et 1^{er}/4, libellés comme suit :

' § 1^{er}/1. Dans le but indiqué au paragraphe 1^{er}, les opérateurs autorisés à disposer de droits d'utilisation de radiofréquences en vue de l'exploitation d'un réseau et de la fourniture de services de communications électroniques mobiles offerts au public sont notamment tenus, au début de la période de validité des droits d'utilisation, de payer une redevance unique.

La redevance unique est déterminée lors de l'attribution des fréquences.