

Projet de loi

sur les marchés publics.

Avis du Conseil d'Etat

(31 mars 2009)

Par dépêche du 12 décembre 2006, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, qui fut élaboré par le ministre des Travaux publics. La lettre de saisine était accompagnée du texte du projet de loi, d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, du texte des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ainsi que du texte de deux directives rectificatives 2005/51/CE et 2005/75/CE.

Quant aux avis des chambres professionnelles compétentes, ceux de la Chambre des métiers et de la Chambre de commerce furent transmis au Conseil d'Etat par lettres des 19 septembre 2007 et 6 mars 2008 respectivement. L'avis du Syndicat des villes et communes luxembourgeoises (SYVICOL) lui fut transmis par dépêche du 2 avril 2008.

Finalement, l'avis de la Chambre d'agriculture lui a été communiqué par dépêche du 22 octobre 2008 et celui du Conseil supérieur des personnes handicapées par celle du 13 novembre 2008.

Considérations générales

Le projet de loi a pour objet de transposer dans le droit national quatre directives communautaires: la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux; la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que la directive 2005/51/CE de la Commission du 7 septembre 2005 qui modifie l'annexe XX de la directive 2004/17/CE et l'annexe VIII de la directive 2004/18/CE, ainsi que la directive 2005/75/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 rectifiant la directive 2004/18/CE.

Toutefois, les auteurs du projet de loi sous avis annoncent dès-à-présent que la faculté offerte par la directive 2004/18/CE en ce qui concerne l'introduction du régime des enchères électroniques et des systèmes d'acquisition dynamique, bien que retenue par le projet de loi, ne sera pas immédiatement mise en pratique par voie de règlement grand-ducal, de façon à permettre de tirer les leçons du recours de plus en plus répandu aux

moyens électroniques dans les procédures que parcourt la conclusion des marchés publics.

D'un point de vue formel, le texte sous examen remplacera, après l'avoir abrogée, la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. S'il peut paraître surprenant qu'une loi aussi récente que celle de 2003 qui a modifié de fond en comble la législation sur les marchés publics disparaisse après 6 années d'existence, le Conseil d'Etat peut néanmoins se déclarer d'accord avec cette visée. En effet, la disparition de l'ancienne loi et son remplacement intégral par une nouvelle loi maintiendront la cohérence interne de la législation sur les marchés publics; les personnes qui auront à manier et à appliquer cette législation se reporteront à un seul texte, sans être obligées de procéder à la collation fastidieuse de deux textes séparés et à leur coordination, avantage qui se fera sentir notamment du côté des petites et moyennes entreprises qui ne disposent d'ordinaire pas d'un service juridique outillé pour les guider à travers le dédale des textes légaux.

Comme le relèvent les auteurs du projet de loi sous examen, le Livre I traite des dispositions générales applicables à tous les marchés publics sauf les exceptions prévues par le Livre II à l'égard des marchés publics d'une certaine importance. Cet échafaudage logique est perturbé par le Livre III qui apporte des exceptions supplémentaires en sortant du régime commun les marchés publics concernant des pans entiers de l'économie (eau, énergie, transports et services postaux) qui se voient appliquer un dictionnaire différent de définitions et qui suivent des procédures particulières. Le Conseil d'Etat estime cependant que le plan développé par les auteurs du projet de loi préserve une ligne droite qui évite au lecteur de sombrer dans l'incompréhension complète d'une matière indigeste.

Le Conseil d'Etat relève une explication surprenante dans l'exposé des motifs¹ au sujet des visées des deux directives à transposer. En effet, il y aurait nécessité à adapter les procédures des marchés publics « aux besoins réels, ces procédures traditionnelles étant souvent jugées comme trop rigides par rapport aux réalités de l'achat public ». Les procédures traditionnelles avaient pourtant été mises en place par les autorités nationales des Etats membres dont chacune agissait dans le cadre constitutionnel qui lui était tracé et dont chacune tenait compte des intérêts divergents en jeu. Le cadre communautaire aurait-il fait disparaître par un coup de baguette magique ces contraintes et ces divergences? Les Etats n'auraient-ils pas compris, pendant les décennies voire les siècles ayant précédé les directives de 2004 dans le domaine des marchés publics, l'intérêt général qu'ils avaient à défendre et à faire prévaloir? Et enfin, si un texte légal de 2003 basé lui-même sur des directives communautaires est jugé maintenant comme faisant peser sur l'économie des « procédures traditionnelles » « jugées comme trop rigides par rapport aux réalités », à qui en incombe la responsabilité?

Les emprunts et les contrats d'assurance à conclure par les communes et les établissements publics, s'ils atteignent l'envergure des marchés visés par la future loi, doivent donc faire l'objet d'une procédure de marché public et sont attribués au soumissionnaire qui a présenté l'offre

¹ *Doc. parl. n° 5655*, page 6, deuxième alinéa de la section « Adaptations des procédures de passation des marchés publics ».

économiquement la plus avantageuse. Puisqu'il sera difficile de déterminer dans ces matières des critères qui permettraient d'éluder l'offre proposant le prix le plus bas, lesdites entités devront changer d'habitudes. En effet, beaucoup d'entre elles ont jugé jusqu'ici qu'il était rationnel d'un point de vue économique et sage d'un point de vue politique d'entretenir des relations privilégiées avec une banque de leur choix et d'obtenir ainsi le bénéfice du régime de client bien considéré. Le Conseil d'Etat doute qu'elles gagnent au change.

Une dernière observation s'impose avant l'examen détaillé des articles. Le changement terminologique qu'apporte le projet de loi – en remplaçant les termes « soumission » et « marché » par celui de « procédures » – ne doit pas, c'est ce qu'espère le Conseil d'Etat, annoncer un renforcement de la mentalité procédurière qui voit la procédure des marchés publics aboutir à une procédure judiciaire, et non pas à la conclusion d'un contrat de fourniture de matériel ou de services.

Le Conseil d'Etat rend attentif aux modifications de la loi précitée de 2003 sur les marchés publics prévues dans le contexte du projet de loi n° 6010 qui a fait l'objet de son avis émis en date de ce jour. Dans la mesure où les auteurs entendent reprendre les mesures prévues par lesdites modifications dans le contexte du présent projet de loi, le Conseil d'Etat admet qu'il sera saisi des amendements utiles.

Examen des articles

Livre I

Article 1^{er}

Cet article reste inchangé par rapport à la loi de 2003, et ne suscite donc pas d'observation.

Article 2

Le seul changement qu'apporte cet article par rapport à son pendant de la loi de 2003, c'est que la définition du « pouvoir adjudicateur » qu'il donne ne s'applique dorénavant plus au Livre III qui fournit à l'article 56 du projet sous examen une définition spécifique de cette notion dont la portée reste limitée au contexte exceptionnel du Livre III.

Article 3

Les modifications introduites au regard des n^{os} 1 à 5 n'appellent pas d'observation, sauf que le Conseil d'Etat suggère de donner à la définition de l'« ouvrage » cachée maintenant dans la phrase finale du n° 1.b) une place plus en vue dans un numéro spécifique (nouveau n° 10).

Les n^{os} 6 et 7 contiennent des définitions nouvelles par rapport à la loi de 2003, en ce qu'elles se réfèrent à des processus nouvellement introduits par des directives à transposer.

Le n° 8 définit les termes d'« entrepreneur », de « fournisseur » et de « prestataire de services » que la loi de 2003 avait utilisés couramment sans sentir le besoin d'en fournir une définition.

Le n° 9 apporte une définition nouvelle, suite aux innovations introduites par les directives à transposer.

Le n° 10, de a) à d), reprend le contenu des définitions des trois tirets de l'ancien article 3, n° 12, en remplaçant les termes à définir « soumission publique » par « procédure ouverte », « soumission restreinte » par « procédure restreinte », « soumission restreinte sans publication d'avis » par « procédure restreinte sans publication d'avis », « soumission restreinte avec publication d'avis » par « procédure restreinte sans publication d'avis ».

Le même n° 10, sous e), introduit la notion nouvelle de « dialogue compétitif »; cette définition reste malheureusement particulièrement opaque, puisqu'elle ne permet pas de résoudre la question de savoir si le « dialogue » entre le pouvoir adjudicateur et les candidats se déroule face à face avec chaque candidat, ou face à l'ensemble de tous les candidats. Le considérant n° 31 de la directive 2004/18/CE se borne à mentionner que face au « besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat », il faut sauvegarder aussi la « concurrence entre opérateurs économiques ». Quant à savoir comment ces deux exigences seront satisfaites simultanément, la directive reste muette, et le projet de loi n'est pas plus explicite en la matière. Au deuxième alinéa du même n° 10, e), le Conseil d'Etat suggère de lire « *la procédure visée au premier alinéa du présent numéro...* » au lieu de simplement «...au premier alinéa... ».

Les n°s 12 à 14 ajoutent des définitions nouvelles à la liste. Parce que le n° 12 reprend fidèlement la définition donnée par l'article 1^{er}, n° 13, de la directive 2004/17/CE, il s'enferme dans la même imprécision; définir une notion comme « moyen électronique » grâce au recours du terme « moyen » n'aboutit pas à une définition.

Article 4

Au quatrième alinéa, il y a lieu de lire « *...concernant leurs offres...* » au lieu de « *...concernant leurs dossiers...* » ou, pour respecter de plus près encore la définition donnée à l'article 3, n° 8, troisième alinéa, « *...concernant leur soumission...* ».

Article 5

En dehors de quelques adaptations terminologiques au paragraphe 1^{er} qui reprend la substance de l'ancien article 5, les deux nouveaux paragraphes introduisent le régime des accords-cadres, tout en renvoyant à un règlement grand-ducal ultérieur auquel il appartiendra de fixer les règles que devront respecter les pouvoirs adjudicateurs qui entendent avoir recours à ce mode de conclusion d'un marché public.

Article 6

Le texte de cet article reprend celui de l'ancien article 6, avec quelques adaptations terminologiques rendues nécessaires à cause des nouvelles définitions de certaines notions.

Article 7

Le Conseil d'Etat suggère que le texte reste au plus près des définitions données par l'article 3. Il faudrait lire par conséquent à l'alinéa 1 « ...lorsqu'il s'agit d'un marché public de travaux... » au lieu de « ...d'un marché de travaux... ».

Alors que l'alinéa 1 fixe à 125.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, le seuil inférieur au-dessus duquel la procédure restreinte avec publication d'avis peut être appliquée à un marché public de travaux, l'alinéa 4 de l'article sous examen fixe le seuil supérieur à partir duquel le recours à cette procédure n'est plus possible. Cette dernière fixation se fait par référence à l'article 21, dont les montants ne sont pas raccordés à la valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948. Si le seuil inférieur est adaptable moyennant application d'une formule de glissement, le même principe devrait valoir pour le seuil supérieur.

Article 8

Si cet article reproduit en substance le texte de l'ancien article 8 avec les adaptations rendues nécessaires par les changements dans la terminologie des définitions, le Conseil d'Etat relève cependant certaines formules qui devraient être précisées:

- au paragraphe 1^{er}, a), alinéa 2, le texte introduit la notion de « opération » qui n'est ni précisée, ni définie dans l'ensemble du texte du projet de loi;
- au paragraphe 1^{er}, g), le texte mentionne un « projet initialement envisagé » alors qu'il faudrait dire « *projet qui a fait l'objet du marché public initialement conclu* » ou « *adjudgé* »; dans ce même passage de texte, les « circonstances imprévues » qui rendent nécessaire la conclusion d'un marché complémentaire laissent le champ libre à l'arbitraire du pouvoir adjudicateur – aussi le Conseil d'Etat suggère-t-il de dire « *circonstances imprévisibles* », formule qui mettrait à la charge du pouvoir adjudicateur la preuve de l'imprévisibilité des circonstances supposées justifier le marché complémentaire; afin d'apporter au texte toute la clarté requise, il faudrait que soit précisé le passage « ...tel qu'il y est décrit... » qui laisse subsister le doute quant au document visé: s'agit-il du contrat initial, ou du projet initial qui est visé?

Les marchés publics relevant du domaine de la sécurité sont couverts par le texte des lettres j) et k), ainsi que par le paragraphe 2, a) (Armée, Police, Douane). Le Conseil d'Etat croit comprendre que le volet particulièrement sensible de la sûreté intérieure et extérieure est couvert quant à lui par le paragraphe 2, d).

Article 9

L'article reproduit le texte de l'ancien article 9.

Article 10

La notion d'« entreprise générale » fait sa première apparition au paragraphe 1^{er}. Il faut soit la définir sous l'article 3, soit fournir la référence du texte législatif où elle a été définie. La seule tentative de définition se trouve, à la connaissance du Conseil d'Etat, à l'article 10 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. Et encore ne s'agit-il que d'une définition indirecte.

Le texte du paragraphe 1^{er} n'est pas suffisamment précis aux yeux du Conseil d'Etat qui recommande la formule suivante: « *Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat qui applique l'une des procédures visées par l'article 3, N° 10, sont considérés comme ayant respecté les dispositions du Livre II de la présente loi, pour autant que cette centrale d'achat les ait respectées.* »

Article 11

Le Conseil d'Etat n'est pas d'accord à ce que la définition de la notion « offre économiquement la plus avantageuse » soit simplement abandonnée à un règlement grand-ducal. Puisque cette notion est appelée à prendre une place centrale dans le fonctionnement du régime légal des marchés publics – elle est placée dorénavant au même rang, pour ce qui est de la détermination de l'offre à retenir, que l'offre proposant le prix le plus bas – le Conseil d'Etat insiste fermement à ce qu'une définition circonstanciée de cette notion, ou l'énumération des critères quantitatifs et qualitatifs qui la circonscrivent, soit énoncée dans le texte de la loi en projet sur les marchés publics. Pour faire droit à sa demande, il suffirait que les auteurs du projet de loi sous avis intègrent dans le texte du projet de loi le texte qui figure actuellement sous l'article 88 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988.

Article 12

Le contenu de l'article reste essentiellement celui de l'article 12 de la loi de 2003, sauf que la durée maximale des marchés portant sur des travaux à caractéristiques particulières passe de 3 ans actuellement à 10 ans, grâce à l'insertion dans la loi générale sur les marchés publics d'un texte inscrit dans la loi du 21 décembre 2004 concernant le budget des recettes et dépenses de l'Etat pour l'exercice budgétaire 2005.

Article 13

Pour ce qui est du paragraphe 1^{er}, le Conseil d'Etat relève à la deuxième phrase la formule « clauses pénales ». Dans le contexte où elle est utilisée, cette formule ne peut viser que des clauses conventionnelles qui

instituent dès le cahier des charges et à l'encontre d'un adjudicataire fautif des « pénalités » grâce auxquelles le pouvoir adjudicataire veut se protéger contre certains comportements qui l'empêchent d'accomplir les responsabilités qu'il assume dans l'intérêt général. Il ne peut à l'évidence pas s'agir de pénalités au sens du Code pénal, l'article 14 de la Constitution ne pouvant en effet pas être mis entre parenthèses par une loi ni, *a fortiori*, par un règlement grand-ducal.

Afin d'établir toute la clarté nécessaire, le Conseil d'Etat suggère le texte suivant: « *Un règlement grand-ducal prévoit les modalités de l'application par le pouvoir adjudicateur à l'encontre d'un adjudicataire qui ne respecte pas les clauses et conditions du marché public qu'il est chargé d'exécuter, de clauses pénales et d'astreintes.*

Le cahier des charges régissant un marché déterminé doit indiquer la mention des pénalités susceptibles d'être prises. Elles doivent être adaptées à la nature et à l'importance du marché. »

Quant à l'exclusion, qui constitue une mesure extrême, lourde et efficace du point de vue économique, le Conseil d'Etat est d'accord avec les auteurs du projet de loi sous examen que c'est dans le dispositif de la future loi, et non pas dans un règlement grand-ducal, que les modalités d'application de cette pénalité doivent être définies.

Les détails concernant ces modalités, tels qu'exposés dans les paragraphes 3 à 8, donnent lieu aux observations qui suivent.

De l'avis du Conseil d'Etat, l'exclusion d'un opérateur économique doit pouvoir s'appliquer non seulement aux marchés publics à venir, mais aussi à deux autres hypothèses:

- celles où l'opérateur est exclu pendant l'une des étapes d'une procédure d'adjudication, et
- celles où il est exclu d'un marché qui lui a déjà été attribué.

Aussi la substance de l'article 139 du règlement grand-ducal du 30 juin 2003 mentionné ci-dessus devrait-elle être reprise dans le contexte de l'article sous examen.

Pour ce qui est des causes justificatives qui peuvent provoquer l'exclusion, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à ce que la formule « gravité des désordres causés par un opérateur économique » soit retenue. La constatation, lors du déroulement d'une procédure de marché public ou lors de l'exécution de celui-ci, de faits ou de circonstances et l'appréciation qu'ils constituent des désordres graves ne peuvent pas être abandonnées au seul pouvoir adjudicataire. Le texte de la future loi doit impérativement expliciter les éléments qui doivent être réunis pour que l'on soit en présence d'une cause suffisante, susceptible de justifier la mise en œuvre de la pénalité de l'exclusion.

Dans ce même contexte, le Conseil d'Etat estime que les « clauses pénales » auxquelles peut donner lieu l'exécution d'un marché public relèvent du droit administratif général.

La phrase introductive du paragraphe 4 devrait se lire: « *Cette exclusion peut être décidée s'il y a...* » au lieu de « peut ... avoir lieu... ». Ce paragraphe ne vise de toute façon pas des incidents qui auraient eu lieu en cours de procédure ou à l'occasion de la procédure, mais des événements arrivés ou constatés postérieurement à l'attribution du marché. Pour ce qui est du « manque de probité commerciale », ce manque soit est suffisamment grave pour provoquer une procédure judiciaire ou une intervention du ministre de qui relèvent les autorisations de faire le commerce, soit n'entraîne pas cette intervention, hypothèse qui fait douter de la nécessité de considérer ce manque comme cause de déclenchement de l'exclusion.

Les décisions d'exclusion sont des décisions administratives, sujettes au contrôle du juge administratif. Le Conseil d'Etat est à se demander cependant si tous les délais de droit commun prévus en matière de procédure administrative contentieuse sont compatibles avec l'urgence à laquelle peut être confronté un pouvoir adjudicateur. Les délais prévus par les articles 13 et 16 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives paraissent excessivement longs dans le contexte de l'exécution d'un marché public.

S'il n'est pas contestable que l'inscription des sanctions dans le Livre I les rend applicables à l'ensemble des marchés publics, le Conseil d'Etat préférerait les voir figurer sous le Livre IV, qui comporterait alors trois Titres (Titre I: Sanctions; Titre II: Annexes; Titre III: Clause abrogatoire).

Articles 14 à 19

Ces articles restent pratiquement inchangés par rapport à 2003 et ne donnent pas lieu à observation.

Article 20

Le paragraphe 1^{er} maintient, en faveur du Fonds pour le logement à coût modéré, l'exemption prévue déjà dans la loi de 2003, situation extraordinaire qui avait donné lieu à une critique soutenue dans l'avis du 21 juillet 2000 du Conseil d'Etat, ainsi que dans son avis complémentaire du 8 novembre 2001 relatifs au projet de loi ayant abouti à l'adoption de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. La prorogation de cette situation privilégiée est d'autant plus surprenante que le Gouvernement oblige sans hésiter des entités ne relevant pas du droit public à se soumettre à la législation sur les marchés publics si leurs activités sont financées majoritairement par l'Etat. Le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs du projet de loi sous examen sur la situation de tous les autres fonds et fonds spéciaux fonctionnant auprès de l'Etat et dont beaucoup sont engagés dans des activités complexes en matière de marchés publics sans que les complications qui résultent de l'application de la législation sur les marchés publics soient considérées comme raison suffisante pour les exempter de ce régime.

Le paragraphe 5 institue un nouveau service au sein d'un ministère. Il s'agit là d'une disposition qui n'est pas respectueuse de la séparation instituée par la Constitution entre les pouvoirs législatif et exécutif. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette non-conformité à l'article 76

de la Constitution. L'arrêté royal grand-ducal du 9 juillet 1857 portant organisation du Gouvernement grand-ducal constitue de toute façon une base suffisante pour réaliser les intentions des auteurs du projet de loi sous examen.

Livre II

Article 21

Cet article définit le cadre dans lequel s'appliqueront les dispositions spécifiques du Livre II du projet de loi sous examen, dispositions qui portent sur les « marchés d'une certaine envergure » auxquels s'appliquent des règles particulières.

En fonction des pouvoirs adjudicateurs et des types de marchés à conclure, les seuils maxima et minima dans lesquels se situent les marchés d'une certaine envergure varient. Dorénavant, la valeur est exprimée en euros, et non plus en droits de tirage spéciaux.

Sous le point a), le mot « cela » ne donne pas satisfaction puisque, selon l'interprétation qu'on veut bien lui donner, il peut s'appliquer aussi bien à la phrase introductive de l'article sous examen qu'à la première phrase du point a). Le Conseil d'Etat suggère le texte suivant: « ...à l'annexe IV; pour les pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans le domaine de la défense, les dispositions du Livre II ne sont applicables aux marchés publics de fournitures que s'ils portent sur des produits visés à l'annexe V; ».

Article 22

Cet article reprend en substance l'article 30 de la loi de 2003 tout en l'adaptant.

Le texte sous revue amène le Conseil d'Etat à réitérer l'observation qu'il a faite au regard de l'article 20: si en effet l'Etat et les communes sont obligés de soumettre au régime des marchés publics ceux des marchés que passe une entité de droit privé du moment que le marché à conclure est subventionné à plus de 50% par l'une des entités de droit public qui tombe dans le champ d'application du projet sous examen, c'est que l'application du régime des marchés publics ne peut pas constituer une contrainte excessive, sinon des associations fonctionnant grâce à une petite équipe de volontaires n'arriveraient pas à se conformer aux exigences de la législation sur les marchés publics. *A fortiori*, le Fonds pour le logement à coût modéré devrait être à même d'appliquer la même législation.

Article 23

Cet article très long reprend, en adaptant le texte aux principes découlant des directives à transposer, une série d'articles de la loi de 2003 (29, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39 et 43). Il ne fixe pas seulement – comme l'indique son intitulé – les méthodes de calcul devant établir la valeur d'un marché, mais aussi des règles qui interdisent l'utilisation de subterfuges et

d'artifices destinés à maintenir un marché à l'intérieur des seuils fixés au titre de la catégorie des marchés d'une certaine envergure, alors qu'il dépasse manifestement les seuils indiqués.

Article 24

Le texte de l'article sous examen a pour effet d'étendre en principe les dispositions de la loi à intervenir à tout le secteur de la défense, à l'exclusion des éléments mentionnés à l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne, c'est-à-dire la production et le commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre.

Ce texte est à lire conjointement avec celui de l'article 28 du projet sous examen, qui soustrait au champ d'application de la future loi les marchés publics secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Les deux textes ne suscitent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 25

Le texte répète les règles établies sous l'article 10, (2) et (3), à l'égard du recours aux services d'une centrale d'achats. Il ne comporte pas d'observation.

Article 26

L'annonce dans un article spécifique des marchés publics particuliers auxquels s'applique le Livre III est inutile puisque les dispositions de ce Livre III fournissent les règles qui permettent de circonscrire les exceptions par rapport au régime normal constitué par les Livres I et II. Ce texte et cet article peuvent être supprimés.

Article 27

Du fait que le secteur des télécommunications ne fait plus partie désormais du Livre III qui porte sur les marchés publics de certains secteurs économiques limitativement énumérés, ces marchés relèvent du droit commun en matière de marchés publics, y compris les mesures de protection et ce pour des considérations de sécurité et de sûreté. Il est donc inutile de les relever spécialement et il serait plus logique de rayer simplement le texte de l'article sous examen.

Article 28

Quant au libellé de l'article sous examen, bien qu'il ne fasse que reproduire le texte de l'article 67 de la loi de 2003, le Conseil d'Etat regrette qu'il n'indique pas le ou les textes sur lesquels peut se fonder la décision de déclarer « secret » un marché déterminé. Par ailleurs, comme les marchés relevant des secteurs « sécurité » et « sûreté » sont traités spécifiquement par d'autres articles, la création d'une catégorie de marchés « secrets » – surtout si elle est régentée par une définition des plus larges qui repose sur

l'interprétation de ce que peut exiger, dans une situation déterminée, la « protection des intérêts essentiels de l'Etat » – s'éloigne très nettement des soucis de clarté et de transparence dont s'inspirent les directives à transposer.

Article 29

Cet article reproduit, avec de légers ajustements, l'article 69 de la loi de 2003. L'un de ces changements – le remplacement, sous a), du mot « ouvrage » par celui de « projet » – conduit à la formule «...l'exploitation en commun d'un projet par les Etats signataires... ». L'exploitation d'un ouvrage est facile à concevoir, celle d'un projet semble impossible. Le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du projet sous examen, puisque l'article 3, 1.,b) fournit désormais une définition de l'« ouvrage » qui est « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ». Il suggère de lire ce passage comme suit: « *...l'exploitation en commun de l'objet du marché public* ».

Enfin, il est recommandé de lire sous a): « *... avec un ou plusieurs pays tiers...* » au lieu de « Etat non membre de la Communauté européenne », et sous b) « *ou d'un pays tiers* » au lieu de « ou d'un Etat non membre de la Communauté européenne; ».

Article 30

Le texte sous examen instaure une série d'exceptions, c'est-à-dire de marchés publics qui ne sont pas éligibles pour l'application du régime des « marchés d'une certaine envergure ». Ces marchés publics restent donc soumis à l'emprise du Livre I; il serait dès lors plus rationnel d'inclure les dispositions visées sous le Chapitre III du Livre II.

Le Conseil d'Etat ne discute pas de l'opportunité d'inscrire sur la liste des marchés d'une certaine envergure l'une ou l'autre des catégories énumérées par l'article 30. A l'évidence, les motifs qui justifient l'inscription sur la liste sont des plus variés, passant de l'application d'un régime préférentiel (le point b) « qui tend » à protéger la fabrication de programmes de radiodiffusion) à l'impossibilité (les services d'arbitrage et de conciliation visés par le point c)).

Article 31

Le texte exclut de la catégorie des « marchés d'une certaine envergure » ceux qui fonctionnent sur base d'une concession de services. La disposition sous examen ne soustrait pas ces marchés à toute considération de concurrence, puisque la définition donnée par l'article 3, point 4, précise que les contrats de concession de services doivent présenter les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services. C'est donc la procédure qui mène au choix du concessionnaire qui doit être entourée des garanties de transparence et de publicité, et non pas le contrat précis qui porte sur l'objet de la concession.

Article 32

Le Conseil d'Etat ne trouve pas d'application possible de cette disposition à la situation interne du Grand-Duché, surtout que les auteurs du projet de loi omettent de fournir la moindre explication à l'endroit de cet article. L'article pourrait donc être éliminé du projet de loi.

Article 33

Le Conseil d'Etat se déclare d'accord avec la disposition qui accorde aux ateliers protégés une situation à part. Il estime cependant qu'il faudrait faire un pas de plus en évitant de faire jouer la concurrence entre les ateliers protégés. Chacune de ces institutions se trouve dans une situation particulière, s'occupe d'un groupe spécifique de personnes handicapées et sera donc toujours défavorisée sur le marché ouvert par rapport à d'autres ateliers qui, momentanément ou institutionnellement, peuvent présenter une offre plus avantageuse pour l'adjudicateur. Le Conseil d'Etat donnerait sa préférence à un régime permettant aux pouvoirs adjudicateurs de traiter librement, pour les marchés publics qu'il leur destine, avec tel atelier qu'il choisit en fonction des besoins propres des institutions.

Articles 34 à 36

Sans observation.

Intitulé du Titre II

L'intitulé du Titre II (« Procédures »), qui ne pourrait pas être plus court, laisse cependant planer un doute sur sa signification. Alors que sous le régime de la loi de 2003, le terme de « procédures » visait l'ensemble de règles législatives et réglementaires que devaient parcourir étape par étape certains marchés publics, l'utilisation du même terme à l'article 3, n° 10, du projet de loi sous examen ne vise plus une suite d'étapes obligatoires, mais les marchés publics eux-mêmes. La question se pose donc de savoir s'il ne faut pas intituler le Titre II « *Conditions de recours aux différents types de marchés publics* ».

Article 37

Le paragraphe 1^{er} reprend textuellement (sauf les ajustements terminologiques requis à la suite de la redéfinition de certaines des notions utilisées) l'article 44 de la loi de 2003. Le Conseil d'Etat suggère d'adapter le passage «...en règle générale... » qui n'est ni suffisamment affirmatif au point de ne pas admettre d'exception, ni suffisamment précis pour indiquer le cadre dans lequel des exceptions seraient admises au principe. Or, manifestement, des exceptions sont à prévoir – elles vont être explicitées aux articles qui suivent dans le Chapitre I, et dans les Chapitres II à VI du Titre II, de même que dans le Titre III. S'il était dans l'intention des auteurs du projet de loi sous examen de rendre possibles et d'annoncer ces exceptions, il vaudrait mieux lire: « *Les marchés publics de travaux, de fournitures et de services visés au présent Livre sont passés par les pouvoirs adjudicateurs soit par procédure ouverte, soit par procédure restreinte.* »

Le paragraphe 1^{er} rend le principe général applicable aux marchés publics de travaux qui en étaient exclus ou dispensés sous le régime de la loi de 2003.

Le paragraphe 2 est superflu, puisqu'il n'a qu'un effet d'annonce des exceptions qui seront explicitées dans les articles 39, 40 et 41. Il peut donc être supprimé sans problème. S'il était maintenu, le Conseil d'Etat demande que la terminologie des deux alinéas qui forment le paragraphe 2 soit harmonisée. En effet, alors que l'alinéa 1 spécifie que certaines exceptions au principe posé par le paragraphe 1^{er} sont possibles « Dans les cas et circonstances spécifiques expressément prévues (*sic*) aux articles... », l'alinéa 2 varie ce passage en mettant « Dans les circonstances particulières expressément prévues... ».

Quant au paragraphe 3 du projet (qui deviendrait le paragraphe 2 si le Conseil d'Etat était suivi dans l'observation qui précède), il faudrait le lire comme suit: « *Les règles...sont déterminées...* » au lieu de « ...sont à déterminer... ».

Article 38

Ce texte reprend en substance, tout en l'adaptant, l'ancien article 45. Le Conseil d'Etat suggère de lire la première phrase comme suit: « *Le recours à la procédure négociée et au dialogue compétitif est autorisé sous condition qu'il soit précédé d'une décision motivée*

- *du ministre du ressort, si le marché public est de la compétence d'organes, administrations ou services de l'Etat;*
- *du collège des bourgmestre et échevins, si le marché est de la compétence d'une commune;*
- *de l'organe habilité à engager le pouvoir adjudicateur, pour tout autre pouvoir adjudicateur. »*

Article 39

Bien que le paragraphe 1^{er} repose essentiellement sur l'article 46 de la loi de 2003, certaines formules méritent d'être réexaminées.

Afin de la clarifier et de lui donner une force contraignante sans ambiguïté, la première phrase devrait se lire comme suit: « *Par exception à l'article 37, alinéa 1^{er}, les pouvoirs adjudicateurs, sous condition d'avoir publié un avis de marché et d'avoir sélectionné les candidats selon les critères de sélection qualitatifs fixés par voie de règlement grand-ducal, sont autorisés à recourir, pour les marchés publics visés à l'article 37, paragraphe 1^{er}, à la procédure du marché négocié s'ils se trouvent dans l'une des situations suivantes:...* »

Pour ce qui est du texte sous a), le texte du commentaire de l'article, d'une part, est ambigu et, d'autre part, ne concorde pas avec celui du projet de loi. Il n'est en effet pas clair si l'alinéa 2 n'autorise le recours au marché négocié après publication d'un avis de marché que si toutes les offres présentées initialement sont irrégulières ou inacceptables, ou si certaines de ces offres ou la plupart d'elles sont irrégulières ou inacceptables. De l'avis

du Conseil d'Etat, si une seule des offres présentées est régulière et acceptable, elle devrait entraîner la poursuite de la procédure en recourant au marché négocié en vue de la conclusion du marché avec l'auteur de cette offre. En outre, il est difficilement compréhensible comment le pouvoir adjudicateur serait obligé d'inclure dans la procédure négociée « tous les soumissionnaires et les seuls soumissionnaires » qui ont donné satisfaction aux critères de sélection qualitatifs et qui ont remis une offre régulière. Ou bien il est obligé de les inclure tous dans la nouvelle procédure (même ceux qui ont remis une offre irrégulière ou inacceptable lors de la première procédure), ou bien il est obligé d'inclure seulement ceux qui ont remis une offre régulière et acceptable. Ceci soulève de nouveau le problème évoqué à l'ingrès du présent alinéa – la présence d'un seul soumissionnaire qui a remis lors de la procédure initiale une offre régulière et acceptable. Le Conseil d'Etat estime que le texte suivant rend mieux les intentions des auteurs du projet de loi: « ...*inclut dans la procédure négociée tous les soumissionnaires qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte ou du dialogue compétitif antérieur, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation du marché;* ».

Sous c), la mention « ...telles que la conception d'ouvrages... » est inutile. La définition du « marché public de travaux » donnée par l'article 3, 1., b), vise aussi la conception de travaux (mais seulement si la conception des travaux de bâtiment ou de génie civil constitue l'objet du marché conjointement avec l'exécution de ces mêmes travaux). Si la définition est trop restrictive, les auteurs du projet de loi devraient en revoir le contenu de façon à couvrir toutes les hypothèses qu'ils envisagent. Par ailleurs, l'illustration de la notion des « prestations intellectuelles » dans le domaine des marchés portant sur des prestations de service, par la seule «conception d'ouvrage » qui tient du domaine de l'exécution de travaux, est source d'imprécision et d'interprétation. Aussi le Conseil d'Etat demande-t-il que ce passage soit précisé.

Article 40

Au paragraphe 2 sous b), le terme « ...une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées... » se prête à toutes les interprétations, et doit donc être précisé faute de quoi il constituera le point de départ de recours juridictionnels faciles à prévoir – et à prévenir.

La même observation vaut pour la formule « ...à des conditions particulièrement avantageuses... » du paragraphe 2, sous d).

Au paragraphe 3, il faudrait lire: « ...*fait suite à un concours obéissant aux règles fixées par voie de règlement grand-ducal* ».

Au paragraphe 4, sous a), premier tiret, la notion de « ...sans inconvénient majeur... » n'est pas précise et risque de donner lieu à des recours devant les juridictions.

Article 41

Le Conseil d'Etat suggère de lire le premier alinéa comme suit: « ...conformément à des modalités précisées par voie de règlement grand-ducal ».

Article 42

Le Conseil d'Etat suggère de lire le paragraphe 1^{er} comme suit: « *Un règlement grand-ducal établit les règles concernant l'organisation des concours ayant pour objet l'offre de prestations de services...* »; il suggère aussi de compléter la liste des définitions de l'article 3 par celle du « *concours* ».

Quant au paragraphe 2, sous a), les idées des auteurs du projet de loi ne sont pas claires: s'agit-il d'interdire des limitations de participation à des concours qui élimineraient des personnes issues de certaines parties du territoire d'un Etat, ou d'interdire à certaines personnes de prendre part à certains marchés concernant des parties du territoire d'un Etat?

Article 43

Sans observation.

Article 44

Etant donné que les articles 43 et 44 règlent le champ d'application des dispositions du chapitre III du Titre II du Livre II de la future loi, il vaudrait mieux les insérer à la place du premier et du deuxième articles de ce chapitre, et d'ajuster en conséquence la numérotation des articles 42 et 43 du projet sous avis.

A l'article 44, alinéa 3, il y a lieu de placer entre guillemets le terme « seuil », pour rester en ligne avec le passage parallèle de l'alinéa 2.

Article 45

Sans observation.

Article 46

Le texte de l'article, alinéa 2, (« ...sauf dans des cas exceptionnels... ») laisse à désirer précisément parce qu'il ne fournit aucun critère objectif qui permettrait de déterminer si l'on se trouve ou non en présence d'une situation constituant un cas exceptionnel.

Article 47

Le Conseil d'Etat suggère de lire: « ...sont déterminés... » au lieu de « sont à déterminer ».

Article 48

Le texte de l'alinéa 1 serait plus facile à lire s'il disait: « *Le présent chapitre s'applique à tout contrat de concession de travaux publics dont le montant égale ou dépasse 6.242.000 euros* ».

Article 49

L'alinéa serait plus facile à lire s'il disait: « *Les dispositions de l'article qui précède...* ».

Article 50

L'observation qui précède vaut également pour le commencement de l'alinéa 1 de l'article sous examen.

Article 51

Si les intentions des auteurs du projet de loi sous examen sont claires (il s'agit d'étendre le champ d'application de la législation sur les marchés publics à des acteurs économiques qui ne sont pas compris dans la définition des pouvoirs adjudicateurs telle qu'elle est fournie par l'article 2 du projet de loi), le texte proposé pourrait être plus précis. Le Conseil d'Etat suggère la formule suivante: « *... l'acte par lequel ce droit est octroyé oblige l'entité concernée de respecter, dans les marchés de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, de ne pas discriminer les soumissionnaires en raison de leur nationalité* ».

Article 52

Sans observation.

Article 53

Le Conseil d'Etat suggère de compléter le passage final de cet article de la façon suivante: « *... visant à choisir, selon des modalités et des critères à fixer dans le même règlement grand-ducal, l'entrepreneur...* ».

Article 54

Sans observation.

Livre III

Le Livre III du projet de loi sous examen règle la situation faite aux marchés publics dans certains secteurs spécifiques (eau, énergie, transports, services postaux). Le secteur des services postaux y est nouvellement inscrit, alors que celui des télécommunications tombe dorénavant sous la portée des règles du Livre I applicables en principe à tous les marchés publics.

Intitulés des Titres I et II

Les intitulés des Titres I et II prètent à confusion, puisqu'ils indiquent tous les deux qu'ils portent sur des définitions, le premier sur des définitions en relation avec le champ d'application vu essentiellement sous l'angle des types de marchés publics, et le second vu sous l'angle des entités adjudicatrices et des activités visées. De l'avis du Conseil d'Etat, il serait préférable de prévoir un seul article consacré aux définitions et d'y regrouper toutes les définitions utilisées par la suite dans les articles faisant partie du Livre III. Cette façon de faire aurait le léger désavantage que le lecteur devrait passer à travers toutes les définitions énumérées pour trouver celle qui l'intéresse et qu'il serait obligé de se constituer une image des marchés publics visés, des acteurs pris en considération et des activités réglées. Ce désavantage serait compensé par le fait que le lecteur saurait qu'il ne trouvera pas une nouvelle fois sous un autre article des définitions nécessaires à la compréhension du texte.

Articles 55 et 56

Le Conseil d'Etat suggère de donner à l'article 55 le même début qu'à l'article 56 actuel, et de lire: « *Aux fins du présent Livre, on entend par:...* ».

Il ne répète pas les observations auxquelles ont donné lieu les définitions des articles 2 et 3, dans la mesure où certaines des définitions données par les articles 55 et 56 sous examen sont identiques à celles fournies précédemment aux articles 2 et 3.

Il relève une différence inexplicée par rapport aux définitions de l'article 3 qui utilise systématiquement les termes de « marchés publics » alors que les articles 55 et 56 parlent tout aussi systématiquement de « marchés ». L'utilisation d'une terminologie unifiée dans tout le texte de la future loi faciliterait la compréhension et préviendrait des interprétations divergentes, donc des litiges. Cette dernière observation vaut particulièrement pour les divergences terminologiques en apparence anodines entre les définitions données aux articles 2 et 3, et celles données aux articles 55 et 56. La définition du « marché public » dans l'article 3 et celle du « marché de fournitures, de travaux et de services » dans l'article 55 en est un bon exemple.

L'intitulé du Chapitre II du Titre II « Les activités » mériterait d'être précisé en « *Dispositions relatives aux activités des secteurs visés par le Livre III* ».

Article 57

Le Conseil d'Etat suggère de lire l'intitulé de l'article « *Energie: gaz, chaleur et électricité* », afin d'établir ainsi le rapport avec les secteurs visés par le Livre III.

Quant au texte du paragraphe 1^{er},a), repris textuellement de la directive 2004/17/CE, il n'est pas compréhensible. En effet, qu'est-ce à dire

que « la mise à disposition... de réseaux fixes destinés à fournir un service au public », sinon la livraison de gaz ou de chaleur par le truchement d'un pipe-line et de tuyauteries? Tenter de comprendre la signification du texte en appliquant le bon sens aboutit cependant à une impasse puisque la fourniture de service doit se pratiquer notamment « dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution » de gaz ou de chaleur. Or, ce qui est visé comme prestation de service doit se situer à l'intérieur du cadre tracé par l'exigence de la mise à disposition ou l'exploitation « de réseaux fixes ». Même si le législateur luxembourgeois est tenu par la directive qu'il s'agit de transposer, rien ne s'oppose à ce qu'il apporte un peu de clarté dans un texte opaque. Puisque le commentaire de l'article n'est pas plus clair que le texte lui-même, le Conseil d'Etat ne se voit pas en mesure de faire une proposition de texte alternative.

Un texte d'une teneur pratiquement identique se retrouve sous le paragraphe 3 pour l'électricité, et au paragraphe 4 pour l'eau – les observations faites à l'alinéa qui précède leur sont donc aussi applicables.

Enfin, le paragraphe 1^{er} établit un lien entre les dispositions du Livre III et des « activités » alors qu'il institue en fait un lien avec des marchés publics conclus dans certains secteurs économiques dans la mesure où ces marchés relèvent d'activités spécifiquement définies des pouvoirs adjudicateurs. Le Conseil d'Etat suggère d'écrire ce passage comme suit: « *En ce qui concerne le gaz et l'eau, le présent Livre s'applique aux marchés publics conclus en relation avec*

a)...

b)... »

Le paragraphe 2 devrait se lire par conséquent: « *Si une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs est engagée dans l'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux qui fournissent un service au public, les marchés publics qu'elle conclut en relation avec ces activités ne sont pas soumis à la règle définie par le paragraphe 1^{er} qui précède, lorsque:*

a)...

b)... »

Les mêmes observations valent pour le paragraphe 3.

Article 58

Les observations faites à l'égard de l'article 56 valent aussi pour le texte de l'article 58.

Etant donné que les paragraphes 1^{er} et 2 énumèrent les activités (ou, dans la conception du Conseil d'Etat, des marchés publics relevant de certaines activités) qui tombent sous la portée de l'article sous examen, il vaut mieux réunir toutes ces activités (ou tous ces marchés) sous un seul paragraphe. Cette façon de procéder aurait l'avantage de ne pas donner l'impression que les activités liées au traitement des eaux usées sont cachées un peu honteusement à la fin du paragraphe 2 comme s'il s'agissait d'activités inavouables. Le texte du nouveau paragraphe 1^{er} se lirait donc comme suit: « *Le présent Livre s'applique aux pouvoirs adjudicateurs qui*

déclenchent une procédure devant aboutir à l'attribution d'un marché public ou à un concours ayant la même finalité si le marché public ou le concours porte sur:

a)...

b)...

c) des projets de génie hydraulique...

d) l'évacuation ou le traitement des eaux usées. »

Articles 59 et 60

Les observations faites sous les articles 56 et 57 s'appliquent, compte tenu des ajustements de terminologie qui s'imposent en raison des matières différentes visées, également aux deux articles sous examen.

Article 61

Sans observation.

Article 62

Dans la mesure où la liste fournie par l'Annexe VI de la future loi « n'est pas exhaustive » et qu'elle est donc susceptible d'être complétée, le Conseil d'Etat insiste pour que les compléments à apporter le soient impérieusement par une loi. Il demande donc que la précision suivante soit apportée par la dernière phrase de l'article sous examen: « *Les modifications que la loi fera subir à cette annexe sont à communiquer à la Commission européenne.* »

Article 63

Le Conseil d'Etat relève que le texte de cet article s'insère dans la logique qu'il a préconisée sous ses observations concernant les articles 57 et suivants, en ce qui concerne la distinction à opérer entre marchés publics et activités des pouvoirs adjudicateurs.

Article 64

Sans observation, puisque le texte est identique à l'alinéa 1 de l'article 4 du projet de loi sous avis.

Article 65

Sans observation.

Article 66

Le Conseil d'Etat préférerait voir reformulé le paragraphe 1^{er} comme suit: « *Un accord-cadre constitue un marché au sens de l'article 55, point 1, et doit être attribué conformément aux dispositions déterminées par voie de règlement grand-ducal.* »

Le paragraphe 2 de l'article sous examen et le texte de l'article 86, point i), parce qu'ils renvoient le lecteur de l'un vers l'autre, deviennent incompréhensibles. Si une entité adjudicatrice peut recourir aux procédures ouverte, restreinte ou négociée pour attribuer un marché public fondé sur un accord-cadre respectant les dispositions du Livre III (art. 66), il est difficile de saisir la plus-value de l'article 86,i), qui autorise les entités adjudicatrices à recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable (c'est-à-dire sans passer par l'une des procédures restreinte, ouverte et négociée) si les marchés à passer sont fondés sur un accord-cadre respectueux des conditions de l'article 66, paragraphe 2.

Quant au paragraphe 3, il est inutile parce que les accords-cadre passés sans être conformes aux règles du Livre III ne sont pas à considérer comme marché public répondant à la définition de l'article 55, 1.,a). L'attribution de travaux, de fournitures ou de prestations de service selon des règles qui ne concorderaient pas avec celles applicables aux marchés publics ne deviendra pas un marché public valide pour peu que les formes d'attributions retenues soient celles des procédures ouverte, restreinte ou négociée.

Le texte du paragraphe 4 est ambigu, dans la mesure où il autorise la lecture selon laquelle les entités adjudicatrices seraient autorisées à recourir à un accord-cadre dans le but d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence, tant que ce recours ne se ferait pas de façon abusive. Or, il semble que les auteurs du projet de loi veuillent plutôt dire que la conclusion d'un accord-cadre destiné à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence constitue en soi déjà un abus qu'il s'agit d'interdire. La formule suivante devrait répondre à leurs intentions: « *Il est interdit aux entités adjudicatrices de recourir à la conclusion d'un accord-cadre dans le but d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.* » Le non-respect de cette disposition ouvrira dès lors la possibilité d'un recours devant les juridictions compétentes.

Article 67

Le Conseil d'Etat propose d'écrire le passage final de cet article comme suit: «...*sont déterminées par voie de règlement grand-ducal* ».

Article 68

Le texte de cet article atteindra son but sans l'ajout de la mention « A moins qu'ils ne soient exclus en vertu des exclusions prévues aux articles 71 à 78 ou conformément à l'article 81 concernant la poursuite de l'activité en question », puisqu'il va de soi qu'un marché expressément exclu du champ d'application du Livre III ne pourra y entrer sous prétexte que son volume rentre dans le cadre dont le seuil inférieur est fixé par l'article 68.

Article 69

Sans observation, puisque l'article reprend essentiellement les dispositions de l'article 23.

Articles 70 à 78

Les mesures de non-applicabilité prononcées par le texte de ces articles signifient donc que les marchés visés relèvent tout simplement du régime normal en matière de marchés publics. Ces articles n'appellent pas d'observation particulière de la part du Conseil d'Etat.

Article 79

Comme la mesure prévue par le texte de l'article 79 constitue le pendant de l'article 33, le Conseil d'Etat réitère à son égard les observations qu'il a présentées à l'endroit de l'article 33.

Article 80

Au sujet du paragraphe 2, le Conseil d'Etat relève que l'article 55, paragraphe 7, ne fournit pas une liste d'hypothèses, mais la définition de ce qu'est une centrale d'achat, de sorte que le bout de phrase « ...dans les hypothèses visées à l'article 55, point 7... » devra être supprimé.

Article 81

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi donnent dans le contexte de l'article sous examen au terme « marché » une signification différente que pour le reste du contenu du projet de loi. En effet, ne sont pas visés spécifiquement les marchés publics ni même les différentes « procédures », mais le fait que, pour certains travaux, fournitures et services, la concurrence entre fournisseurs et prestataires doit exister effectivement et que la personne qui se trouve à la recherche d'une contrepartie capable de livrer ou de fournir les travaux, fournitures ou services trouve facilement les contreparties susceptibles d'intervenir. Afin de garantir la cohésion rédactionnelle de l'ensemble du projet de loi, il est important que les termes utilisés gardent la même signification à travers l'ensemble du texte. Exceptionnellement, l'utilisation d'un terme dans une signification secondaire ou différente de la signification principale est concevable, mais sous condition que la portée de cette signification soit clairement précisée, notamment par une définition et la mention des articles spécifiques pour lesquels la signification normale est remplacée par la signification spécifique.

Ainsi, le paragraphe 1^{er} propose dans la version actuelle la formule suivante: « Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité ... ne sont pas soumis au présent livre si l'activité est exposée directement à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. » L'utilisation dans une même phrase du même terme « marché » sous deux significations différentes ne contribue pas à la lecture facile du texte, et risque de constituer la source d'interprétations divergentes qui constitueront à leur tour la base de recours devant les juridictions.

Le texte du paragraphe 2 se limite à reprendre le texte communautaire au lieu de proposer les règles qui, dans le droit interne luxembourgeois, constitueront les normes exécutant et appliquant les règles édictées par les directives qu'il s'agit de transposer. La formule « ...pour déterminer si une

activité est directement exposée à la concurrence, il faut se fonder sur des critères qui soient conformes aux dispositions du Traité instituant la Communauté européenne... », bien que puisée littéralement dans l'article 10, 1., de la directive 2004/17/CE, n'a pas sa place dans la loi de transposition qui devrait précisément indiquer les critères retenus du côté luxembourgeois en vue de déterminer si une activité est directement exposée à la concurrence ou non, critères dont la fidélité par rapport aux directives à transposer est sujette au contrôle de la Commission et, éventuellement, de la Cour de Justice des Communautés européennes. L'injonction « il faut se fonder » s'adresse au législateur luxembourgeois qui ne peut pas se faciliter la tâche en abandonnant à tout pouvoir adjudicateur d'apprécier sous sa responsabilité si, et dans quelle mesure, il respecte les dispositions des directives transposées.

Le même problème se retrouve au paragraphe 3. L'Annexe VII de la future loi luxembourgeoise n'est en effet pas une disposition communautaire. L'utilisation de la formule « ... si les dispositions de la législation communautaire mentionnées à l'annexe VII ont été mises en œuvre et appliquées » constitue en fait un appel à transposer les directives au lieu d'être leur transposition dans le système normatif luxembourgeois.

Dans le paragraphe 3 encore, la formule « ...il doit être démontré que l'accès au marché en cause est libre... » est imparfaite, puisque le texte de transposition d'une directive communautaire ne peut pas abandonner au public ou aux opérateurs économiques une charge qui est de la compétence propre du législateur.

Le même flottement en matière de transposition des directives communautaires se révèle à l'égard du paragraphe 4, alinéa final. La formule « ...lorsque le libre accès à un marché donné est supposé se fonder sur... » doit absolument être remplacée par un texte indiquant la personne ou l'entité ayant le droit ou l'obligation d'apprécier si le fondement de l'interprétation du texte auquel se réfère le projet de loi est ou n'est pas correct et qui sera responsable du contenu de l'argumentation qui est supposée étayer cette interprétation.

Le paragraphe 6 montre à quel niveau de complication est arrivé l'interaction du droit communautaire avec le droit national. Il est en effet surprenant de voir le législateur luxembourgeois prétendre imposer à la Commission européenne des règles procédurales et de fonctionnement, alors qu'en réalité la future loi de transposition ne fait que reprendre, probablement pour bien informer le public intéressé des possibilités de recours et d'intervention, des règles qui trouvent parfaitement leur place dans une directive communautaire, mais qui devraient être éliminées du texte de transposition. Les personnes physiques et morales qui sont exposées directement à l'application du droit communautaire n'ont pas besoin de ce rappel dans une loi luxembourgeoise.

En raison de la façon complètement inappropriée dont les auteurs du projet de loi sous examen procèdent à la transposition du texte de la directive communautaire dans le droit national luxembourgeois, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'ensemble du texte de l'article 81.

Articles 82 à 84

Sans observation.

Article 85

Le paragraphe 1^{er} est soit à rayer, soit à modifier puisque la formule « ... appliquent les procédures qui sont adaptées aux fins du présent livre » semble laisser à l'appréciation des entités adjudicatrices l'interprétation de ce qui est compatible avec les directives à transposer, alors que c'est le législateur luxembourgeois qui doit tracer le cadre national conforme aux exigences communautaires. L'abandon du paragraphe 1^{er} se justifie encore dans la mesure où le paragraphe 2 apporte des précisions sur le point de savoir quelles procédures sont supposées « adaptées » dans le contexte du Livre III.

En raison de l'inadaptation du texte proposé par le projet de loi sous avis, par rapport à une transposition correcte, le Conseil d'Etat réitère à l'égard du texte de l'article 85 l'opposition formelle qu'il a exprimée à l'endroit de l'article 81.

Articles 86 à 89

Dans la mesure où ces textes constituent le pendant des articles 40 à 46 du projet de loi sous examen, les observations faites par le Conseil d'Etat à l'endroit des articles 40 à 46 restent pertinentes pour les articles sous examen.

Articles 90 à 92

Sans observation.

Annexes

Les Annexes faisant partie intégrante de la loi en projet de donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 31 mars 2009.

Pour le Secrétaire général,
L'Attaché,

s. Yves Marchi

Le Président,

s. Alain Meyer