Projet de règlement grand-ducal

relatif à l'efficacité énergétique et portant modification du règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988

Avis du Conseil d'État

(24 mai 2016)

Par dépêche du 12 février 2016, le Premier ministre, ministre d'État a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de règlement grand-ducal repris sous rubrique, élaboré par le ministre du Développement durable et des Infrastructures. Au projet de règlement grand-ducal proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, ainsi qu'une copie de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE.

À la date du présent avis, aucun avis d'une chambre professionnelle n'est parvenu au Conseil d'État.

Considérations générales

Le projet de règlement grand-ducal a pour objet de transposer en droit luxembourgeois l'article 6 de la directive 2012/27/UE, dénommée ci-après « la directive ». La directive a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 14 novembre 2012. Le délai accordé aux États membres pour la transposer en droit national est échu le 5 juin 2014.

La directive établit « un cadre commun de mesures pour la promotion de l'efficacité énergétique dans l'Union en vue d'assurer la réalisation du grand objectif fixé par l'Union d'accroître de 20 % l'efficacité énergétique d'ici à 2020 et de préparer la voie pour de nouvelles améliorations de l'efficacité énergétique au-delà de cette date ». En poursuivant l'atteinte d'objectifs écologiques (moins de gaz à effet de serre, moins de polluants atmosphériques, moindre pression sur les ressources non renouvelables), la directive prévoit des mesures d'économie d'énergie, et, plus particulièrement, d'efficacité énergétique que tous les États membres sont tenus d'appliquer.

L'article 6, à transposer, concerne l'achat durable. Le paragraphe 1^{er} oblige les États membres à veiller « à ce que les gouvernements centraux n'acquièrent que des produits, services et bâtiments à haute performance énergétique, dans la mesure où cela est compatible avec l'efficacité par rapport au coût, la faisabilité économique, la durabilité au sens large, l'adéquation technique et un niveau de concurrence suffisant, conformément à l'annexe III ».

L'obligation énoncée concerne, à côté de l'acquisition de produits et de services, également l'acquisition de bâtiments. À cet égard, il est à noter que le point f) de l'annexe III de la directive vise non seulement l'acquisition, mais encore la prise en location de bâtiments.

D'un point de vue technique, les auteurs transposent l'article 6 de la directive en insérant un nouvel article 169*bis* dans le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988.

Le Conseil d'État s'interroge si cette manière de procéder n'aboutit pas à une transposition incomplète de la directive. Le règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 constitue en effet un règlement d'exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Or, toutes les transactions immobilières au moyen desquelles les pouvoirs publics acquièrent ou prennent à bail des bâtiments existants, ne tombent pas nécessairement dans le champ d'application de la loi sur les marchés publics. Ainsi, la disposition en projet risque de ne pas s'appliquer à toutes les acquisitions et locations de bâtiments qui sont visées par la directive.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} a pour objet d'insérer un nouvel article 169*bis* dans le règlement grand-ducal précité du 3 août 2009. Le nouvel article doit y figurer sous le chapitre V portant comme intitulé « obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux conditions de protection et aux conditions de travail ».

Le paragraphe 1^{er} de l'article 169*bis* en projet entreprend de transposer l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive.

Le Conseil d'État constate un léger écart d'ordre sémantique entre la disposition sous revue et le texte de la directive. D'après le texte de la directive, « les gouvernements centraux n'acquièrent que des produits, services et bâtiments à haute performance énergétique, dans la mesure où cela est compatible ... ». D'après la disposition sous revue, « les autorités gouvernementales centrales ... acquièrent des produits, services et bâtiments à haute performance énergétique, dans la mesure où cela est compatible ... ». La formulation retenue par la directive étant un peu plus impérative que celle retenue par la disposition sous revue, le Conseil d'État demande aux auteurs de s'en tenir à la formulation de la directive.

La disposition sous revue vise, à l'alinéa 1^{er}, « les autorités gouvernementales centrales telles que définies par l'annexe IV de de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics » et, à l'alinéa 2, « les organes, administrations et services de l'État ». Selon le considérant numéro 19 de la directive « cette obligation [celle visée par l'article 6, paragraphe 1^{er}] devrait s'appliquer aux organismes administratifs dont la compétence s'étend à la totalité du territoire d'un État membre. Lorsque, dans un État donné, une compétence déterminée n'est pas exercée par un organisme administratif couvrant la totalité du territoire, cette obligation devrait s'appliquer aux organismes administratifs dont les compétences conjuguées s'étendent à la totalité du territoire ». Dans ce contexte, le Conseil d'État s'interroge si le périmètre des acheteurs publics qui sont visés par la disposition sous revue, est suffisamment large.

En ce qui concerne les exemptions de l'obligation qui est énoncée dans la première partie de la seule phrase formant le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État note que la disposition sous revue s'est bornée à reprendre littéralement, dans la deuxième partie de cette phrase, le texte de la directive. Le texte de transposition ne définit pas ce que, concrètement, il faut entendre par « faisabilité économique », par « durabilité au sens large » ou encore par « adéquation technique », ni n'indique de critères objectifs et précis permettant d'apprécier quand il y a ou non compatibilité avec « l'efficacité par rapport au coût » ou quand il y a lieu d'admettre qu'il existe un « niveau de concurrence suffisant ». En l'absence de définitions et de critères objectifs, chaque pouvoir adjudicateur interprétera à sa façon les conditions d'exemption si vaguement formulées. Cela entraînera nécessairement des divergences dans l'application de la règle, préjudiciables à la prévisibilité et, donc, à la sécurité juridique des soumissionnaires. Dans l'intérêt du contrôle ultérieur du bien-fondé des exemptions par le juge, il eût été utile de prévoir au moins une disposition obligeant les pouvoirs adjudicateurs qui estiment se trouver, dans le cadre de la passation d'une procédure de marché, dans l'un des cas d'exemption visés, à justifier l'exemption invoquée par écrit et au moyen d'éléments vérifiables.

Le paragraphe 2 de l'article 169bis en projet entreprend de transposer l'article 6, paragraphe 2, de la directive. La disposition de transposition sous revue concerne les « contrats des forces armées ». Il ne donne pas lieu à observation.

Le paragraphe 3 de l'article 169bis en projet entreprend de transposer l'article 6, paragraphe 3, de la directive. La disposition de transposition reprend quasi littéralement le texte de la directive qui fixe des objectifs aux États membres. Il aurait appartenu aux auteurs de définir concrètement en quoi consiste l'encouragement par le Gouvernement des autres (lesquels ?) pouvoirs adjudicateurs. Il faut se demander si, à défaut des précisions en question, la transposition de la directive peut être considérée comme effective. En l'absence des précisions, le texte sous revue est, par ailleurs, dépourvu de caractère normatif et, par conséquent, ne devrait pas figurer dans un règlement grand-ducal.

Le paragraphe 4 de l'article 169bis en projet entreprend de transposer l'article 6, paragraphe 4, de la directive. Il n'appelle pas d'observation.

Articles 2 et 3

Sans observation.

Examen de l'annexe

Aux termes de l'article 2 du projet de règlement grand-ducal, le règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 est complété par une nouvelle annexe, laquelle constitue la transposition de l'annexe III de la directive.

Il n'est pas correct de se référer au point b) à la loi du 15 décembre 2010. Cette loi ne contient pas de disposition autonome ; elle avait pour objet de modifier la loi du 19 décembre 2008, citée ci-après. La référence, erronée, à la loi du 15 décembre 2010 doit par conséquent être remplacée par une référence à la « loi modifiée du 19 décembre 2008 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie ».

L'annexe sous revue n'appelle pas d'autre observation.

Observations d'ordre légistique

Article 1^{er}

Il faut écrire « **Art. 1^{er}.** » au lieu de « **Art. 1er.** ». En outre, le texte de l'article commence dans la même ligne que le chiffre cardinal arabe indiquant l'article : « **Art. 1^{er}.** ... ».

Par ailleurs, il ne faut pas laisser d'interligne entre la phrase introductive et le texte proposé.

Dans le texte proposé de l'article 169*bis*, il convient de laisser un espace entre le chiffre cardinal arabe indiquant le numéro de l'article et celui indiquant le paragraphe 1^{er} afin d'écrire : « Art. 169*bis*. (1) ... »

Au paragraphe 1^{er}, l'alinéa 2 se termine par un point final et non pas par un point-virgule.

Article 2

L'article devrait s'écrire comme suit :

« **Art. 2.** Le règlement grand-ducal précité du 3 août est complété par l'annexe. »

Article 3

Il y a lieu d'écrire « **Art. 3.** Notre ... » et non pas « **Art. 3. –** Notre ... »

Annexe

L'annexe devrait être intitulée comme suit :

« ANNEXE :

ANNEXE X

**EXIGENCES EN MATIÈRE D'EFFICACITÉ ÉNERGÉTIQUE
POUR L'ACQUISITION DE PRODUITS, DE SERVICES ET DE
BÂTIMENTS PAR LES GOUVERNEMENTS CENTRAUX ».**

Ainsi délibéré en séance plénière, le 24 mai 2016.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes