

Projet de loi
sur les marchés publics

Troisième avis complémentaire du Conseil d'État
(19 janvier 2018)

Par dépêche du 8 janvier 2018, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État une série d'amendements au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission du développement durable lors de sa réunion du 4 janvier 2018.

Au texte desdits amendements étaient joints des remarques préliminaires, un commentaire pour chacun des amendements ainsi qu'un texte coordonné du projet de loi sous avis intégrant les amendements parlementaires.

Considérations générales

Le train d'amendements adopté par la Commission du développement durable lors de sa réunion du 4 janvier 2018 vise à assurer la transposition des dispositions de l'article 21 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et de l'article 39 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, qui prévoient tous les deux que, « sauf disposition contraire » de la directive ou du droit interne, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice « ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres ».

Par ces dispositions, les directives sur les marchés publics entendent instaurer, à charge des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, l'obligation de préserver la confidentialité de renseignements qui ont été désignés¹ comme confidentiels par les opérateurs, par un procédé quelconque. Cette obligation de confidentialité n'est pas limitée dans le temps ; elle continue à s'appliquer après la décision d'adjudication. Il n'y est fait exception, aux termes des dispositions à transposer, que si une règle contraire figure dans la directive elle-même (c'est-à-dire, à l'avenir, dans la loi sur les marchés publics) ou parmi les règles de droit national auxquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est soumis.

¹ Cette exigence de marquage résulte plus clairement des versions allemande (« (...) gibt ein öffentlicher Auftraggeber keine ihm von den Wirtschaftsteilnehmern übermittelten und von diesen als vertraulich eingestufteten Informationen weiter ») et anglaise (« the contracting authority shall not disclose information forwarded to it by economic operators which they have designated as confidential »).

Les auteurs du projet de loi sous examen avaient initialement entendu régler cette question dans un règlement grand-ducal élaboré concomitamment, mais le Conseil d'État avait suggéré, dans son avis du 14 juillet 2017 sur le projet dudit règlement, de transférer ce dispositif dans la loi aux fins, notamment, d'éviter la répétition de dispositions identiques dans plusieurs articles du projet de règlement².

Cette recommandation du Conseil d'État a été partiellement suivie par l'amendement n° 2, adopté par la Commission du développement durable le 19 octobre 2017. L'objet de cet amendement était d'insérer à l'article 12, paragraphe 3, et à l'article 118, paragraphe 3, du projet de loi des dispositions inspirées, respectivement, des articles 38 et 98, paragraphe 4, 195 et 252 du projet de règlement grand-ducal.

Lors de la rédaction de cet amendement, la Commission du développement durable n'a cependant pas pleinement tenu compte des observations que le Conseil d'État avait déjà formulées dans son avis du 14 juillet 2017, selon lesquelles :

« La simple référence aux « règles de droit national », qui, dans la logique des textes de la directive et du projet de règlement grand-ducal, pourraient justifier une divulgation des informations visées par la disposition, est critiquable à plusieurs niveaux. Il n'est tout d'abord pas indiqué de se référer dans une norme juridique nationale, en copiant simplement le texte de la directive, aux « règles de droit national », règles dont le contenu n'est ensuite nullement précisé. Par ailleurs, les dispositifs qui couvrent la matière – la directive, et dans son sillage le projet de règlement grand-ducal, citent à titre d'exemple les dispositions régissant l'accès à l'information – relèvent de la future loi, donc d'une norme de rang supérieur, qui a de toute façon vocation à s'appliquer et à laquelle il est dès lors superflu de renvoyer.

En ce qui concerne le fond, le Conseil d'État constate que le projet de loi sur les marchés publics interdit, en ses articles 67, 68 et 69, au pouvoir adjudicateur, « conformément aux règles sur la confidentialité, prévues par voie de règlement grand-ducal », de révéler aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord de celui-ci. Le texte proposé au niveau du projet de règlement grand-ducal est plus général en ce que l'interdiction de divulgation qui y est formulée ne vise pas exclusivement les informations confidentielles qui seraient transmises aux concurrents, mais n'est pas autrement qualifiée en ce qui concerne le cercle des bénéficiaires qui pourraient profiter d'une telle divulgation. La disposition a dès lors, en ce sens, une valeur normative additionnelle et a sa place dans la législation sur les marchés publics. Le Conseil d'État propose dès lors, compte tenu des enjeux, des ramifications du texte proposé vers d'autres législations et du caractère sensible de la matière couverte qui touche à des secrets, que toute entreprise qui en est la détentrice a intérêt à voir protégés, de régler l'ensemble de la matière au niveau de la future loi sur les marchés publics. »³

² Avis du Conseil d'État du 14 juillet 2017, n° CE 51.675, p. 17 et pp. 33 à 34.

³ Avis du Conseil d'État du 14 juillet 2017, n° CE 51.675, pp. 33 à 34.

Le Conseil d'État a dès lors été amené, dans son avis du 28 novembre 2017 portant sur ledit amendement, à formuler une opposition formelle par référence à son précédent avis :

« L'amendement indique que le devoir de confidentialité s'impose « sauf disposition contraire des règles auxquelles le pouvoir adjudicateur est soumis, notamment les dispositions régissant l'accès à l'information ». Le Conseil d'État est conscient que cette formulation est reprise des directives précitées. Dans un souci de transposition correcte et complète de la directive, le Conseil d'État demande aux auteurs, sous peine d'opposition formelle, de déterminer ces règles, étant donné qu'il ne ressort pas clairement du dispositif sous examen quelles sont les règles de confidentialité qui sont visées. Il renvoie à cet égard également à son examen de l'article 195 du projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi en projet sous avis dans son avis du 14 juillet 2017 »⁴.

Les amendements adoptés par la Commission du développement durable lors de sa réunion du 4 janvier 2018 s'inscrivent dans la suite de ce qui précède.

Examen des amendements

Amendement 1 portant sur les articles 12, paragraphe 3, et 118, paragraphe 3

Le Conseil d'État constate d'emblée que l'amendement dont il se trouve saisi a une portée considérablement plus large que les dispositions qui étaient auparavant dans le débat.

Les articles 98, 195 et 252 du projet de règlement grand-ducal et le paragraphe que l'amendement n° 2 du 19 octobre 2017 proposait d'insérer aux articles 12 et 118 du projet de loi sous examen se limitaient à assurer la transposition des articles 21 et 39 des directives précitées afin de mettre en œuvre l'obligation de garder confidentiels les renseignements « communiqués à titre confidentiel » par les opérateurs économiques.

Le nouvel amendement va plus loin puisqu'il est désormais proposé :

- i. de régler également la question de l'accès aux documents relatifs au processus d'attribution d'un marché aussi longtemps que celui-ci est en cours, et
- ii. d'étendre le périmètre de la confidentialité voulue par les directives à toute personne qui, « en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de tels renseignements confidentiels ».

a. L'accès aux documents pendant la durée de la procédure

⁴ Deuxième avis complémentaire du Conseil d'État du 28 novembre 2017, n° CE 51.62 8 (doc. parl. n° 6982¹⁶, p. 2).

Le nouveau point a) du paragraphe 3, inséré par l'amendement sous examen, vient consacrer le principe selon lequel « aussi longtemps que le pouvoir adjudicateur n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection ou de la qualification des candidats ou participants, de la régularité des offres, de l'attribution du marché public ou de la renonciation à sa passation, les candidats, les participants, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation, notamment aux demandes de participation ou de qualification, aux offres et aux documents internes du pouvoir adjudicateur ».

La Commission du développement durable s'est inspirée de l'article 13 de la loi belge du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. La disposition afférente semble avoir été introduite dans le droit belge en 2009⁵ pour répondre à des difficultés suscitées par la législation belge sur la transparence administrative⁶.

L'alinéa 1^{er} du texte qu'il est proposé d'insérer au point a) du paragraphe 3 de l'article 12 ne donne pas lieu à observation. Le Conseil d'État note qu'une annulation de la procédure dans les cas visés à l'article 39, paragraphe 3, du projet de loi ne met pas fin à l'interdiction d'accéder au dossier. En effet, comme le relève à juste titre la Commission du développement durable, l'annulation est normalement suivie d'une nouvelle procédure de passation de marché et une divulgation des documents contenus dans le dossier de la procédure annulée risquerait de fausser le jeu de la concurrence.

Le Conseil d'État s'interroge sur l'utilité du second paragraphe, qu'il est proposé d'insérer au point a) du paragraphe 3 de l'article 12 dans la mesure où le principe y énoncé doit trouver application uniquement « dans le cadre des procédures visées aux articles 67, 68 et 69 » du projet de loi, dispositions qui énoncent déjà fondamentalement la même règle⁷. La seule plus-value, d'ailleurs signalée dans le commentaire de l'amendement, est que le texte proposé précise que l'accord doit être « écrit et préalable ». Cette précision, qui va au-delà de l'exigence de la directive, paraît utile mais, de l'avis du Conseil d'État, il serait préférable de l'insérer – à l'exemple du législateur belge – directement dans les articles 67, 68 et 69. Le Conseil d'État préconise donc l'omission du second alinéa qu'il est proposé d'insérer au point a) du paragraphe 3 de l'article 12 et il peut d'ores et déjà marquer son accord avec l'insertion, aux articles 67, 68 et 69, de la formulation « sans l'accord écrit et préalable de celui-ci » en lieu et place des mots « sans l'accord de celui-ci ».

⁵ 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.

⁶ « Les soumissionnaires tentent en effet souvent d'avoir accès à ce dossier, en vertu par exemple de la loi relative à la publicité de l'administration du 11 avril 1994, avant même que l'autorité n'ait pris sa décision sur l'attribution. Il est désormais prévu explicitement qu'aussi longtemps que l'autorité adjudicatrice n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection ou de la qualification des candidats, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à la passation du marché, les candidats, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure, notamment aux demandes de participation ou de qualification, aux offres et aux documents internes de l'autorité adjudicatrice. » (Y. Cabuy, G. Dereau, V. Dor, P. Thiel et M. Vastmans, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique*, éd. Larcier, 2013, p. 669, n° 992).

⁷ L'utilité de cette disposition est d'ailleurs également débattue en Belgique. Dans leur ouvrage analysant la réforme belge de 2016, V. Dor et M. Vastmans indiquent qu'« on ne voit pas bien dans quel cas une telle divulgation serait justifiée à un moment où la décision finale de l'adjudicateur n'est pas encore prise » (V. Dor et M. Vastmans, *Commentaire article par article de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics*, éd. Wolters Kluwer, 2016, p. 83).

L'alinéa 1^{er} du texte qu'il est proposé d'insérer au point a) du paragraphe 3 de l'article 118 donne lieu aux mêmes observations que la disposition afférente à l'article 12. Le Conseil d'État s'interroge cependant sur l'opportunité de la référence au cas de figure de la « renonciation à sa passation ». L'article 39 du projet de loi, qui prévoit cette possibilité pour les Livres I^{er} et II, n'a en effet pas d'équivalent au Livre III.

Concernant le second alinéa du texte qu'il est proposé d'insérer au point a) du paragraphe 3 de l'article 118, le Conseil d'État renvoie aux observations concernant la disposition correspondante qu'il est proposé d'insérer à l'article 12.

b. L'information des soumissionnaires et la confidentialité des documents transmis par les soumissionnaires à titre confidentiel

Le nouveau point b) du paragraphe 3, tel qu'il résulterait de l'amendement sous examen, traite de deux questions distinctes :

- i. le principe selon lequel les soumissionnaires doivent être informés quant aux suites réservées à leur offre, et ce de la manière prévue au règlement grand-ducal, et
- ii. la consécration de l'obligation de confidentialité prévue à l'article 21 de la directive 2014/24/UE et à l'article 39 de la directive 2014/25/UE.

Ces deux règles sont sans rapport direct entre elles et le Conseil d'État ne comprend pas pourquoi la Commission du développement durable a choisi de les traiter dans un seul point. Il serait préférable de les séparer. En tout cas, il doit être clair que l'obligation de confidentialité à l'égard des renseignements transmis par les opérateurs économiques ne s'applique pas seulement au moment de l'information des soumissionnaires sur le résultat de la procédure de passation, mais bien de manière générale.

La Commission du développement durable a par ailleurs choisi, en réponse à l'opposition formelle du Conseil d'État, d'omettre du texte la réserve concernant les « dispositions contraires des règles auxquelles le pouvoir adjudicateur est soumis, notamment les dispositions régissant l'accès à l'information », suivant en cela le législateur belge. Cette disposition ne donne pas lieu à observation et le Conseil d'État peut donc lever son opposition formelle.

L'alinéa 2 du point b) du paragraphe 3 de l'article 12 du projet de loi, tel qu'amendé, ne répond pas à la demande du Conseil d'État « de régler l'ensemble de la matière au niveau de la future loi sur les marchés publics ». Aussi, le Conseil d'État propose-t-il de donner à cet alinéa la teneur suivante :

« Le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

L'interdiction énoncée à l'alinéa 2⁸ ne fait pas obstacle à la publicité des marchés attribués et à l'information des candidats et des soumissionnaires suivant les règles déterminées par voie de règlement grand-ducal.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas publier ou communiquer des informations dont la publication ou la communication ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques. »

En reprenant dans la loi les dispositions essentielles figurant aux articles 21, 70 et 75 de la directive 2014/24/UE, cette proposition donne une base légale aux dispositions du règlement grand-ducal d'exécution en projet.

Le Conseil d'État tient encore à souligner que l'interdiction faite aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de divulguer des renseignements qui lui ont été communiqués à titre confidentiel ne préjuge pas de la question de savoir si ces renseignements peuvent être produits dans le cadre d'un éventuel recours en justice. Le conflit entre « deux droits a priori équivalents, à savoir celui du caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle, et celui du secret des affaires (qui) risquent de se paralyser mutuellement »⁹ doit être tranché par le juge au moyen d'un examen personnel du juge portant sur la réelle confidentialité des informations concernées ou leur appartenance à la catégorie des « secrets d'affaires »¹⁰.

Concernant l'extension expresse de la confidentialité à toute personne qui, « en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de tels renseignements confidentiels », reprise de la législation belge, le Conseil d'État donne à considérer que la même règle résulte déjà, en son principe, de l'article 458 du Code pénal, qui punit d'une peine d'emprisonnement et d'une amende « toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés ». Cette disposition superflète peut donc être omise.

Le Conseil d'État voudrait enfin faire observer que les décisions de justice citées dans le commentaire accompagnant la proposition d'amendement ne sont pas véritablement en rapport avec les questions traitées aux articles 12 et 118 du projet de loi (peu importe qu'il s'agisse de la mouture résultant de l'amendement n° 2 du 19 octobre 2017 ou de la version actuelle). Le jugement du tribunal administratif du 6 février 2002

⁸ Il s'agit bien de l'alinéa 2 car l'article 12, paragraphe 3, point 2, commence par un alinéa introductif qui n'est pas affecté par l'amendement n° 1.

⁹ Tribunal administratif, 5 juillet 2007, n° 22184 du rôle.

¹⁰ Cette solution est confortée par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, selon lequel « l'instance responsable du recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable » (C.J.C.E., 14 février 2008, n° C-450/06, *Varec, JT*, 2008, p. 425, note).

(n° 14009 du rôle), l'arrêt confirmatif de la Cour administrative du 3 octobre 2002 (n° 14687C du rôle), le jugement du tribunal administratif du 12 janvier 2011 (n° 26756 du rôle) et l'arrêt confirmatif de la Cour administrative du 24 mai 2011 (n° 24947C du rôle) concernent en effet spécifiquement la question de savoir si, une fois la décision prise, le pouvoir adjudicateur peut être contraint de produire le devis établi préalablement au lancement de la procédure de passation, partant un document préparé par l'autorité administrative elle-même (ou pour son compte). Ces décisions sont donc étrangères à la fois au secret qui doit être observé pendant la procédure et à la problématique des renseignements confidentiels fournis par un soumissionnaire.

Amendement 2 portant sur les articles 67, paragraphe 5, 68, paragraphe 3 et 69

Sans observation.

Amendement 3 portant sur les articles 128, paragraphe 3 et 129, paragraphe 5

Sans observation.

Observation ponctuelle quant au texte coordonné

Sans avoir procédé à un examen complet du texte coordonné, élaboré par la Commission du développement durable, le Conseil d'État a remarqué que la teneur du texte coordonné de l'article 12, paragraphe 3, point a), alinéa 2 ne correspond pas au texte de l'amendement n° 1. La même observation vaut pour l'article 118, paragraphe 3, point a), alinéa 2.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 19 janvier 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes