

Projet de loi

1. **sur l'attribution de contrats de concession**
2. **modifiant le Code pénal ainsi que la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics**

Avis complémentaire du Conseil d'État

(30 janvier 2018)

Par dépêche du 9 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 un commentaire pour chacun des amendements ainsi qu'un texte coordonné du projet de loi sous avis intégrant les amendements parlementaires.

Examen des amendements

Amendement 1

L'amendement 1 se rapporte à l'article 1^{er} de la loi en projet et répond aux deux oppositions formelles que le Conseil d'État avait émises dans son avis du 24 octobre 2017 à l'égard respectivement des paragraphes 1^{er} et 2 de la version initiale de cet article. Les deux oppositions formelles peuvent être levées.

L'amendement procède par ailleurs à un nouveau découpage de l'article 1^{er} en paragraphes. Le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, dispose que « [l]a présente loi établit les règles applicables (...) lorsque la valeur estimée n'est pas inférieure aux seuils prévus à l'article 8 », tandis que l'alinéa 2 dispose que « [l]'article 2 s'applique aux contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure aux seuils prévus à l'article 8 ». L'alinéa 1^{er} laisse entendre que les procédures de passation de contrats de concessions dits d'envergure, forment l'objet exclusif de la future loi, ce qui peut être perçu comme antilogique par rapport au libellé du nouvel alinéa 2 qui fait également entrer, dans le champ d'application de la future loi, les contrats de concession de moindre envergure.

Cependant, le Conseil d'État note que l'amendement 2 introduit dans la loi en projet un nouvel article 2 ayant pour objet de déterminer le régime juridique des concessions dites de moindre envergure. Le nouvel article 2, en délimitant à suffisance son propre champ d'application, enlève son utilité à la disposition de l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, alinéa 2.

L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi en projet, tel qu'il résulte de l'amendement sous revue, est dès lors à supprimer comme étant redondant par rapport au nouvel article 2 issu de l'amendement 2.

Amendement 2

L'amendement 2 se rapporte à l'article 2 de la loi en projet qu'il supprime intégralement dans sa version initiale.

Dans son avis du 24 octobre 2017, le Conseil d'État avait recommandé, à l'endroit des considérations générales et de l'article 1^{er}, de prévoir un régime juridique pour les concessions dites de moindre envergure. Le nouvel article 2, issu de l'amendement sous revue, suit cette recommandation en étendant le champ d'application de la loi en projet aux procédures de passation des contrats dits de concession de moindre envergure et en déterminant les règles applicables à la passation de ces contrats de concession.

Le Conseil d'État note que les auteurs entendent ne pas appliquer l'article 45 de la loi en projet au régime des contrats de concession dits de moindre envergure. Or, comme l'article 45 de la loi en projet a pour objet de modifier l'article 35, point 3, du Code pénal, la référence à cet article 45 semble mal à propos dans le contexte du nouvel article 2 de la loi en projet.

L'article 35 du Code pénal énonce les peines correctionnelles et criminelles encourues par les personnes morales. Le point 3 de l'article 35, tel qu'il résultera de la modification prévue à l'article 45 de la loi en projet, énonce parmi lesdites peines celle « de l'exclusion de la participation à des procédures d'attribution de marchés publics et de contrats de concession ».

L'exclusion de l'article 45 n'est pas autrement expliquée au commentaire de l'amendement.

À défaut d'explications, le Conseil d'État a du mal à saisir la référence à l'article 45. Il ne peut pas s'imaginer que, par cette référence implicite à l'article 35 du Code pénal, les auteurs veuillent limiter l'effet de la peine de « l'exclusion de la participation à des procédures d'attribution de marchés publics et de contrats de concession », dont le libellé résulte de l'amendement 12, aux seules procédures d'attribution de contrats de concession dits d'envergure et de permettre à une personne morale condamnée à ladite peine de participer à des procédures d'attribution de contrats de concession dits de moindre envergure, malgré la condamnation à une exclusion générale. Une telle lecture de la disposition sous revue serait incohérente avec le nouveau libellé de l'article 35, point 3, du Code pénal, d'autant plus que l'exclusion des procédures de passation de marchés publics, prévue par le même texte du Code pénal est, déjà à l'heure actuelle, générale et absolue, sans distinction entre marchés publics d'envergure, tombant dans le champ d'application des directives afférentes, et marchés publics de moindre envergure qui ne tombent pas dans ce champ d'application.

Amendement 3

L'amendement 3 se rapporte à l'article 8 de la loi en projet.

Par analogie au projet de loi n° 6982 sur les marchés publics, le Conseil d'État demande de remplacer, au paragraphe 1^{er} *in fine*, les mots « (...) et par les actes délégués de la Commission européenne (...) » par ceux « (...), tel que révisé par les actes de la Commission européenne (...) ».

Amendement 4

L'amendement 4 se rapporte à l'article 27 de la loi en projet.

La problématique traitée par l'amendement sous revue touche les « informations confidentielles communiquées par un candidat ou soumissionnaire » au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice dans le cadre d'une procédure d'attribution de concession.

La même problématique de confidentialité se retrouve, de manière un peu différente, à l'amendement 1 de la série d'amendements parlementaires du 8 janvier 2018 relative au projet de loi sur les marchés publics (doc. parl. n° 6982¹⁸). Ladite série d'amendements a fait l'objet du troisième avis complémentaire du Conseil d'État du 19 janvier 2018.

Le Conseil d'État renvoie aux observations pertinentes formulées dans son avis précité du 19 janvier 2018 à l'endroit de l'amendement 1 portant sur les articles 12, paragraphe 3, et 118, paragraphe 3, du projet de loi précité sur les marchés publics.

À propos des modifications que l'amendement sous revue se propose d'apporter à l'article 27 de la loi en projet, le Conseil d'État émet les observations suivantes :

Le nouveau paragraphe 1^{er} n'appelle pas d'observation.

En ce qui concerne le nouveau paragraphe 2, le Conseil d'État note que dans le cadre d'une procédure de passation négociée d'un contrat de concession, la divulgation par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice d'informations confidentielles lui communiquées par un candidat ou soumissionnaire est possible, moyennant « l'accord exprès et préalable du candidat ou du soumissionnaire concerné ». Une disposition analogue se retrouve à l'amendement 1, précité, de la série d'amendements du 8 janvier 2018 au projet de loi sur les marchés publics. Seulement, à ce dernier amendement, il est question de l'accord « écrit et préalable ». Un accord exprès, tel que visé à l'amendement sous revue, n'est pas nécessairement écrit. Dans le but d'éviter les difficultés de preuve liées à un accord exprès mais non écrit, le Conseil d'État demande de reprendre, à l'endroit de l'amendement sous revue, également l'expression « accord écrit et préalable ».

D'un point de vue rédactionnel, il propose de conférer au nouveau paragraphe 2 de l'article 27 de la loi en projet le libellé suivant :

« (2) Toutefois, si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ont prévu que la procédure de passation du contrat de concession inclut des négociations, ils peuvent déroger au paragraphe 1^{er} en vue de la divulgation aux autres participants à la procédure des informations confidentielles communiquées par un candidat ou soumissionnaire, moyennant l'accord écrit et préalable de celui-ci. »

Le nouvel alinéa qu'il est proposé d'insérer comme alinéa 2 au paragraphe 3 de l'article 27 de la loi en projet étend le périmètre 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 ». À l'égard de cette disposition, le Conseil d'État, en se référant à son troisième avis complémentaire du 19 janvier 2018 relatif au projet de la loi sur les marchés publics (doc. parl. n° 6982¹⁸), 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.

Amendement 5

L'amendement 5 se rapporte à l'article 29 de la loi en projet.

La commission parlementaire a suivi le Conseil d'État qui avait suggéré de s'inspirer de l'article 27 de la loi belge du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

Le texte de l'amendement n'appelle pas d'observation.

Amendement 6

L'amendement 6 se rapporte à l'article 32, paragraphe 5, de la loi en projet.

L'amendement 6, en arrêtant avec précision le contenu, premièrement, des résumés des avis de concession et, deuxièmement, des avis de concession simplifiés à publier au niveau national, donne suite à une opposition formelle, émise par le Conseil d'État dans son avis du 24 octobre 2017, laquelle peut être levée.

Le Conseil d'État entérine les explications fournies au commentaire de l'amendement pour ce qui est du délai de publication des documents visés par l'amendement.

L'amendement n'appelle pas d'observation.

Amendements 7 et 8

Les amendements 7 et 8 se rapportent respectivement à l'article 33, paragraphe 1^{er}, et à l'article 36, paragraphes 2 et 4, de la loi en projet. À la phrase introductive de l'amendement 7, le Conseil d'État lit « article 33 » au lieu de « article 3 ».

Les amendements sous revue, en introduisant dans les dispositions auxquelles ils se rapportent la notion de « avis de concession simplifié », sont le corollaire de l'amendement 2.

Ils n'appellent pas d'observation.

Amendement 9

L'amendement 9 se rapporte à l'article 37, paragraphes 1^{er}, 6, 8 (nouveau) et 9 (nouveau), de la loi en projet.

Il supprime le paragraphe 6 de l'article 37 pour les mêmes motifs que les amendements parlementaires du 20 octobre 2017 ont supprimé la disposition analogue du projet de loi n° 6982 sur les marchés publics.

À l'article 37, paragraphe 1^{er}, il introduit, dans la logique de l'amendement 2, la notion de « avis de concession simplifié ».

Dans son avis du 24 octobre 2017, le Conseil d'État avait exigé « sous peine d'opposition formelle pour transposition incomplète de la directive, de prévoir dans le cadre de la loi en projet une procédure d'exclusion similaire à celle introduite par l'article 29, paragraphe 7, du projet de loi n° 6982 sur les marchés publics par l'amendement parlementaire numéro 12 du 22 juin 2017 ».

En prévoyant une procédure d'exclusion au paragraphe 9, l'amendement sous revue fait suite à l'opposition formelle, laquelle peut être levée.

L'amendement n'appelle pas d'observation.

Amendement 10

L'amendement 10 se rapporte à l'article 38, paragraphe 3, à l'article 39, paragraphe 1^{er} et à l'article 40, paragraphe 3, de la loi en projet.

Dans la logique de l'amendement 2, il introduit dans les dispositions auxquelles il se rapporte la notion de l'avis de concession simplifié.

L'amendement n'appelle pas d'observation.

Amendement 11

L'amendement 11 se rapporte à l'article 41 de la loi en projet.

Dans son avis du 24 octobre 2017, le Conseil d'État avait formulé une opposition formelle pour transposition incomplète de l'article 42, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/23/UE. L'insertion par l'amendement sous revue d'un nouveau paragraphe 1^{er} à l'article 41 de la loi en projet, donne suite à cette opposition formelle, laquelle peut être levée.

Dans le même avis, le Conseil d'État avait encore formulé une autre opposition formelle pour transposition incomplète de l'article 42,

paragraphe 2, de la directive 2014/23/UE. La suppression de l'alinéa 4 initial de l'article 41 donne suite à cette opposition formelle, laquelle peut être levée.

L'amendement n'appelle pas d'autre observation.

Amendement 12

L'amendement 12 insère un nouvel article 45 dans la loi en projet. Le nouvel article a pour objet de modifier l'article 35, point 3, du Code pénal, en étendant la peine y prévue, susceptible de frapper une personne morale, à l'exclusion de la participation aux procédures d'attribution des contrats de concession.

L'amendement sous revue, qui tient compte d'une observation formulée par le Conseil d'État dans son avis du 24 octobre 2017 à l'endroit de l'article 37 du projet de loi, n'appelle pas d'observation.

Le Conseil d'État suggère au législateur d'étudier, dans une prochaine étape, la question de savoir s'il y a lieu d'étendre l'exclusion des marchés publics, prévue dans des dispositions pénales spéciales, également aux contrats de concession. À titre d'illustration, il voudrait mentionner l'article L.623-3 du Code du travail.

Observations d'ordre légistique

Intitulé

Le Conseil d'État recommande de libeller l'intitulé de la loi en projet sous avis comme suit :

« Projet de loi sur l'attribution de contrats de concession et portant modification :

1. du Code pénal ; et
2. de la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics ».

Afin de faciliter les futures références à la loi en projet, le Conseil d'État préconise l'introduction d'un intitulé de citation, en insérant un article spécial à la fin du dispositif, qui se lira comme suit :

« Art. XX. Intitulé de citation

La référence à la présente loi se fait sous la forme suivante :
« loi du (...) sur l'attribution de contrats de concession ».

Amendement 1

À l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, la répétition erronée du mot « lorsque » doit être corrigé.

Amendement 7

À la phrase introductive, il faut écrire « article 33 » au lieu de « article 3 ».

Observations ponctuelles quant au texte coordonné

Sans avoir procédé à un examen complet du texte coordonné joint aux amendements, le Conseil d'État y a constaté les écarts relevés ci-après.

À l'article 5, point 14, du texte coordonné, la suppression de l'expression « tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes » ne trouve pas sa cause dans l'avis du Conseil d'État du 24 octobre 2017. Le Conseil d'État peut toutefois y marquer son accord.

À l'article 7, paragraphe 1^{er}, point a), l'expression « une autorité régionale ou locale » est à remplacer par l'expression « une commune ».

À l'article 18, la référence à l'article 45 est à revoir en fonction de la suite qui sera réservée aux observations du Conseil d'État en rapport avec ladite référence.

À l'article 37, paragraphe 5, le maintien de l'expression « de l'État des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices » ne correspond pas à l'avis du Conseil d'État du 24 octobre 2017 où il avait été demandé de remplacer l'expression « État membre des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices » par l'expression « l'État », au motif que « les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices auxquels la loi en projet a vocation à s'appliquer sont nécessairement établis sur le territoire national luxembourgeois ».

En ce qui concerne le nouvel article 46 relatif aux dispositions modificatives à effectuer à la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics, le Conseil d'État demande de rédiger la lettre b) qui modifie l'article 1^{er}, alinéa 3, de la loi précitée du 10 novembre 2010 comme suit :

« b) est rajouté à l'article 1^{er} un nouvel alinéa 3 avec le texte suivant :

« La présente loi s'applique aux concessions visées par la loi du (...) sur l'attribution des contrats de concessions, dénommée ci-après « la loi sur l'attribution des contrats de concession », sauf si ces concessions sont exclues en application des articles 9, 10, 11, 16 et 25 de cette loi » ; ».

Dans cette optique, il convient de remplacer dans l'ensemble de la loi en projet le renvoi à « la loi du (...) sur l'attribution de contrats de concession » par celui à « la loi sur l'attribution de contrats de concession ».

À la lettre e), le Conseil d'État demande de remplacer les mots « sur les attributions » par « sur l'attribution ».

Par ailleurs, le Conseil d'État note que l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 10 novembre 2010 consacre la forme abrégée « loi sur les marchés publics » pour renvoyer à la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics qui sera abrogée par le projet de loi n° 6982 sur les marchés publics. Le renvoi à « la loi du (...) sur les marchés publics » est à

remplacer dans l'ensemble du texte sous avis par un renvoi à « la loi sur les marchés publics ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 30 janvier 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes