

Projet de loi

sur l'attribution des contrats de concession

Avis du Conseil d'État

(24 octobre 2017)

Par dépêche du 25 avril 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet, élaboré par le ministre du Développement durable et des Infrastructures.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière ainsi que du texte de la directive à transposer, à savoir la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Par dépêche du 20 septembre 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État d'amendements gouvernementaux au projet sous avis, à la demande du ministre du Développement durable et des Infrastructures. Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire pour chacun des amendements ainsi que d'un texte coordonné de la loi en projet intégrant les amendements en question.

Les avis du Conseil de la concurrence, de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 15 novembre 2016, 13 février 2017 et 3 mars 2017.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis transpose en droit national la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Au niveau européen, avant que n'intervienne la directive 2014/23/UE, l'attribution des seules concessions de travaux était régie par le droit européen, en l'occurrence par 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. Les concessions de services ne faisaient pas l'objet d'une directive ; elles étaient uniquement soumises aux principes découlant du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) que sont notamment les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence.

Au niveau national, la directive 2004/18/CE a été transposée par la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et par 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 du 13 décembre 1988. Bien que ces instruments nationaux donnent une définition tant des concessions de travaux publics que des concessions de services, seule l'attribution des concessions de travaux publics y est réglementée, pour autant que la valeur de ces concessions excède le seuil européen. Il n'existe pas de règles nationales concernant les concessions de services, hormis l'article 12 de la loi précitée du 3 août 2009 qui a trait à leur durée, et l'article 31 qui les soustrait à l'applicabilité du livre II de la loi, sauf en ce qui concerne l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité du concessionnaire potentiel, inscrite à l'article 51 de la loi.

Actuellement, les marchés publics sont régis, au niveau européen, par 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 ainsi que par 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. Ces directives sont en voie d'être transposées en droit national par le projet de loi n° 6982 sur les marchés publics et par le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du XX XXXX XXXX sur les marchés publics et de la loi du XX XXXX XXXX sur l'attribution des contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106, point 10°, de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. Les deux instruments de transposition en projet ont fait l'objet des avis du Conseil d'État des 23 mai et 14 juillet 2017 et d'un avis complémentaire du 14 juillet 2017 sur les amendements parlementaires du 22 juin 2017.

Le droit européen consacre désormais des instruments différents aux marchés publics (directives 2014/24/UE et 2014/25/UE) et aux concessions (directive 2014/23/UE). Il en sera de même au niveau national : La future loi sur les marchés publics ne comprendra plus de disposition relative aux concessions, celles-ci devant faire l'objet de la loi en projet.

Cette loi en projet, qui fait l'objet du présent avis, s'applique exclusivement aux concessions dont le montant hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) dépasse le seuil européen qui, depuis le 1^{er} janvier 2016, se situe à 5 225 000 euros, pour autant qu'elles ne relèvent pas des secteurs exclus. Fort de ce constat, on peut regretter que le projet de loi ne fixe pas de règles pour les concessions de moindre envergure, lesquelles restent dès lors entourées d'un certain flou juridique. Les concessions de moindre envergure n'échappent cependant pas complètement à l'emprise du droit européen, mais restent soumises aux principes généraux du TFUE énoncés ci-devant.

Le Conseil d'État voudrait profiter de l'occasion pour suggérer aux auteurs de prévoir dans la loi en projet un régime juridique pour les concessions dites de moindre envergure, afin d'aider les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de satisfaire au mieux aux obligations découlant du droit européen, en ce qui concerne ce type de concessions.

On note encore que, contrairement à la législation sur les marchés publics, il n'y a pas deux régimes applicables en fonction des activités, de

sorte que le projet de loi s'applique sans distinction et aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices.

Finalement, le Conseil d'État voudrait attirer l'attention sur le fait que le terme « concession » s'applique en droit luxembourgeois, encore à des contrats de concessions comme notamment les concessions domaniales et les concessions de pharmacies, qui ne rentrent pas dans le champ d'application de la loi en projet.

Examen des articles

Observation générale

Quant à l'intitulé du projet de loi sous examen, le Conseil d'État insiste à s'en tenir à l'intitulé de la directive 2014/23/UE à transposer pour écrire :

« Projet de loi sur l'attribution de contrats de concession ».

TITRE I – Objet, champ d'application, principes et définitions

Chapitre I – Champ d'application, principes généraux et définitions

Section I – Objet, champ d'application, principes généraux, définitions et seuils

Article 1^{er} – *Objet et champ d'application*

L'article sous examen transpose l'article 1^{er} de la directive 2014/23/UE et détermine l'objet et le champ d'application de la loi en projet.

Au paragraphe 1^{er}, l'expression « lorsque la valeur estimée dépasse le seuil prévu à l'article 8 » ne transpose pas fidèlement le paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} de la directive 2014/23/UE où l'expression correspondante se lit comme suit : « lorsque la valeur estimée n'est pas inférieure aux seuils prévus à l'article 8 ». Le Conseil d'État doit, par conséquent, s'opposer formellement au libellé du paragraphe 1^{er} pour transposition incorrecte de la directive.

Le paragraphe 2 ajoute à la loi en projet une disposition ayant vocation à s'appliquer aux concessions qui ne tombent pas dans le champ d'application de la directive. Selon cette disposition, les règles procédurales de la loi en projet s'appliquent de manière facultative, lorsque la valeur estimée d'un contrat de concession est inférieure au seuil prévu à l'article 8, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/23/UE, qui est actuellement de 5 225 000 euros. Il est à noter que les auteurs se réfèrent aux « règles procédurales de la présente loi », ce qui soulève la question de savoir si les dispositions de fond de la loi n'ont pas vocation à s'appliquer. Il serait correct de reprendre l'expression utilisée au paragraphe 1^{er} et de viser « les règles applicables aux procédures de passation des contrats de concession ».

Le paragraphe 2 laisse ouverte la question de savoir dans quels cas « les règles procédurales de la présente loi » s'appliquent et dans quels cas elles ne s'appliquent pas. Le Conseil d'État croit comprendre que les auteurs entendent laisser ce choix aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Mais, de quelle manière ce choix s'exerce-t-il ? Faut-il à cet effet une décision explicite et formelle ou suffit-il que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice décide « de conférer une publicité par un avis de concession » pour que la décision sur l'applicabilité des « règles procédurales de la présente loi » soit prise implicitement ? Quel serait, par ailleurs, le contenu d'un tel avis de concession, sachant qu'aucune annexe de la loi ne fait référence à l'avis de concession prévu à l'article 1^{er} ? À supposer que la décision sur l'applicabilité des « règles procédurales de la présente loi » soit prise, quelle en serait alors la portée ? Est-ce que toutes les dispositions de la loi, applicables aux concessions se situant au-dessus des seuils européens, seraient applicables, sauf les dispositions relatives à la publicité, puisque « la publicité au niveau national est suffisante » ? Ou est-ce que les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices peuvent choisir les règles qui trouvent application ? Quelle serait la sanction si, malgré leur décision emportant applicabilité totale ou partielle de la loi, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ne se conformaient pas aux règles applicables ? Le texte dispose encore « que la publicité au niveau national est suffisante » et « qu'une telle publicité comporte obligatoirement l'annonce par la voie de la presse indigène ». Sachant qu'en général, la publicité est assurée par la publication des actes dont la publicité est prescrite, que faut-il, concrètement, publier, et selon quelles modalités, pour que la publicité au niveau national soit valablement effectuée ? Que faut-il entendre par « l'annonce [obligatoire] par la voie de la presse indigène » ? L'annonce doit-elle contenir l'avis de concession dans son intégralité ou suffit-il de faire mention dans l'annonce de certains (lesquels ?) de ces éléments ? Est-ce que par « presse indigène » il faut entendre uniquement la presse écrite (quotidienne ? hebdomadaire ? mensuelle ?) ou également la presse parlée et télévisée ?

Le vice de rédaction soulevé ainsi que la série de questions sans réponse montrent que le paragraphe 2 ne satisfait pas aux exigences de la sécurité juridique. Le Conseil d'État est, par conséquent, amené à s'y opposer formellement.

Le Conseil d'État constate qu'il n'est pas dans l'intention des auteurs d'obliger les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de conférer une publicité aux concessions dites de moindre envergure. Il estime cependant qu'il n'est pas dans l'intérêt de la transparence de laisser aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices le choix de la publicité dont ils entendent entourer ces projets de concession. Il trouve indiqué d'imposer des règles de publicité et même d'aller au-delà en créant un régime juridique complet, applicable aux concessions de moindre envergure.

Puisque la loi en projet s'appliquera exclusivement dans l'ordre juridique interne luxembourgeois, il n'est pas nécessaire d'affirmer au paragraphe 5 que les différents instruments juridiques y visés relèvent de l'organisation interne de l'État. Les mots « sont considérés comme relevant de l'organisation interne de l'État et à ce titre » peuvent dès lors être supprimés.

Article 2 – *Principe de libre administration par les pouvoirs publics*

L'article sous examen se propose de transposer l'article 2 de la directive 2014/23/UE.

L'article sous revue est à omettre puisqu'il règle les rapports entre l'Union européenne et les États membres. Il est à noter qu'une disposition analogue ne se retrouve ni dans la loi sur les marchés publics en projet¹ ni dans la loi belge du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

Article 3 – *Principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence*

L'article sous examen transpose l'article 3 de la directive 2014/23/UE.

Le Conseil d'État demande de conférer au troisième alinéa de l'article sous revue un libellé plus impératif en écrivant :

« Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices garantissent ... ».

Article 4 – *Liberté de définir les services d'intérêt économique général*

L'article sous examen est censé transposer l'article 4 de la directive 2014/23/UE.

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen est superfétatoire, sachant qu'il reprend uniquement la possibilité qu'offre l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/23/UE aux États membres de définir les services d'intérêt économique général ainsi que le rappel que les États membres peuvent décider dans quelle mesure ils souhaitent assumer certaines fonctions publiques, sans néanmoins préciser davantage ces deux éléments. À défaut de valeur normative, le Conseil d'État préconise d'omettre ce paragraphe. Par conséquent, l'intitulé de l'article sous examen est à adapter pour écrire :

« **Art. 4.** Services d'intérêt général non économiques ».

Article 5 – *Définitions*

L'article sous examen transpose l'article 5 de la directive 2014/23/UE.

Au point 10, la référence à l'État membre, empruntée à la directive, est à abandonner. Dans la directive, elle désigne en effet l'État membre appelé à transposer celle-ci. Le Conseil d'État, en s'inspirant de la loi belge précitée du 17 juin 2016, propose de conférer au point 10 le libellé suivant :

« 10) « droits exclusifs », les droits accordés par l'autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à un seul opérateur économique l'exercice d'une activité visée à l'annexe II et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité. »

¹ Projet de loi n° 6982.

Au point 11, la même adaptation qu'au point 10 s'impose. Partant, le Conseil d'État propose de conférer au point 11 le libellé suivant :

« 11) « droits spéciaux », les droits accordés par l'autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à plusieurs opérateurs économiques l'exercice d'une activité visée à l'annexe II et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité ».

Le point 14 a été modifié par l'amendement numéro 1 de la série d'amendements gouvernementaux du 20 septembre 2016.

Quant au point 14 relatif à la définition des « codes CPV », tout en renvoyant à son avis du 23 mai 2017 relatif au projet de loi sur les marchés publics (doc. parl. n° 6982⁷, page 27, *sub* article 85), le Conseil d'État fait observer qu'il y a lieu de remplacer la référence au règlement européen visé à l'article 27 de la directive 2014/23/UE par une référence directe au règlement (CE) n° 2195/2000 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV). Il faut donc écrire comme suit :

« 14) Les références aux nomenclatures applicables aux marchés publics renvoient aux codes CPV prévus par le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics, tels que modifiés par des actes délégués de la Commission européenne. (...) »

Au même endroit, il convient également de modifier le texte pour prévoir la publication d'un avis non plus au Mémorial, mais au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

Les autres définitions, toutes reprises de l'article 5 de la directive 2014/23/UE, ne donnent pas lieu à observation.

Article 6 – Pouvoirs adjudicateurs

L'article sous examen transpose l'article 6 de la directive 2014/23/UE.

Le Conseil d'État donne à considérer que le Luxembourg ne dispose pas d'autorités régionales et que les seules autorités locales sont les communes. Dans cette logique, l'expression « autorité régionale » est à supprimer, à chacune de ses occurrences dans le projet de loi sous revue et l'expression « autorité locale » est à chacune de ses occurrences à remplacer par la notion de « commune ».

Pour les raisons énoncées ci-avant, les points 2) et 3) sont à omettre.

Article 7 – Entités adjudicatrices

L'article sous examen transpose l'article 7 de la directive 2014/23/UE.

Au paragraphe 1^{er}, lettre a), la référence à la notion d'« autorité régionale », inconnue au Luxembourg, est à supprimer. Il suffit de se référer à l'État, aux communes ou autres organismes de droit public. Le Conseil d'État renvoie à son observation relative au même sujet à l'endroit de l'article 6.

Le paragraphe 2, lettre b), a été modifié par l'amendement numéro 2 de la série précitée d'amendements gouvernementaux du 20 septembre 2016. Le Conseil d'État demande de faire une référence aux « actes délégués de la Commission européenne ».

Article 8 – Seuils et méthodes de calcul de la valeur estimée des concessions

L'article sous examen transpose l'article 8 de la directive 2014/23/UE.

L'article sous revue a été modifié par l'amendement numéro 3 de la série d'amendements gouvernementaux du 20 septembre 2016. Ainsi, le paragraphe 1^{er} et le paragraphe 7 ont reçu un nouveau libellé. Les paragraphes 8, 9 et 10 ont été ajoutés ; ils transposent l'article 9 de la directive 2014/23/UE.

Au paragraphe 1^{er} du texte coordonné de la loi en projet, la note de bas de page est à supprimer suite aux amendements précités.

Comme pour le projet de loi précité sur les marchés publics (article 52), les auteurs du projet de loi sous examen se limitent à un renvoi au texte de la directive (paragraphe 1^{er}) pour ensuite détailler la procédure que la Commission européenne suivra pour réviser et publier les seuils (paragraphes 7 à 10). S'agissant, dans ce dernier cas, de dispositions qui se limitent à conférer des compétences et à imposer des obligations aux seules autorités de l'Union européenne, en l'occurrence la Commission européenne, le Conseil d'État aurait tendance à y voir des dispositions qui ne requièrent pas l'adoption de mesures de transposition spécifiques dans l'ordre juridique national. Le Conseil d'État propose dès lors de faire référence au paragraphe 1^{er} aux seuils prévus par l'article 8 de la directive 2014/23/UE et par les actes délégués de la Commission européenne pris en exécution de l'article 8 de cette directive. Une référence aux articles 48 et 49 de la directive n'est, par contre, pas nécessaire, étant donné qu'il s'agit de dispositions qui règlent les modalités d'après lesquelles s'exerce la délégation conférée à la Commission européenne.

Il y a dès lors lieu de renoncer aux paragraphes 7, 8 et 9 ainsi qu'à l'alinéa 1^{er} du paragraphe 10, seules les dispositions des alinéas 2 et 3 concernant la date de l'entrée en vigueur des actes modificatifs de l'Union européenne et la publication par le ministre d'un avis au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg étant à maintenir.

À l'alinéa 3 du paragraphe 10, il convient de modifier le texte pour prévoir la publication d'un avis non plus au Mémorial, mais au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

Section II – Exclusions

Article 9 – Exclusions applicables aux concessions attribuées par des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices

L'article sous examen transpose l'article 10 de la directive 2014/23/UE.

Au paragraphe 4, point a), de l'article 10 de la directive 2014/23/UE, l'expression « un État membre » vise exclusivement l'État membre qui transpose la directive et ne vise pas indistinctement tous les États membres de l'Union européenne. Ainsi, au paragraphe 4, point a), de l'article sous revue, l'expression « un État membre » est à remplacer par l'expression « l'État ».

Au paragraphe 5, point a), ne doivent être visés que les accords ou arrangements internationaux auxquels le Grand-Duché de Luxembourg est partie. Dans cette logique, il faut écrire comme suit :

« a) les règles de procédure spécifiques découlant d'un accord ou d'un arrangement international conclu entre l'État et un ou plusieurs autres États membres de l'Union européenne ou pays tiers ».

Au point c), l'expression « par un État membre » est à remplacer par l'expression « par l'État », puisque les concessions attribuées par d'autres États membres ne rentrent pas dans le champ d'application de la loi en projet.

Article 10 – *Exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques*

L'article sous examen transpose l'article 11 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 11 – *Exclusions spécifiques dans le domaine de l'eau*

L'article sous examen transpose l'article 12 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 12 – *Concessions attribuées à une entreprise liée*

L'article sous examen transpose l'article 13 de la directive 2014/23/UE.

Le Conseil d'État note que là où l'article 13 de la directive fait référence à la directive 2013/34/UE, l'article sous revue fait référence à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

En ce qui concerne l'alinéa 1^{er} de l'article sous revue, la référence à la loi précitée du 10 août 1915 est correcte, puisque l'ensemble des entreprises dont les comptes annuels doivent être consolidés sur la base de cette loi est identique à l'ensemble des entreprises dont cette consolidation est exigée par la directive 2013/34/UE.

En ce qui concerne l'alinéa 2 de l'article sous revue, la référence à la loi précitée du 10 août 1915 est incorrecte. En effet, l'ensemble des entités qui ne relèvent pas de la directive 2013/34/UE n'est pas identique à l'ensemble des entités qui ne relèvent pas de la loi du 10 août 1915, puisque, par exemple, la société coopérative relève de la loi de 1915 sans relever de la directive 2013/34/UE.

Étant donné que l'article sous revue constitue une exception ayant pour effet de restreindre le champ d'application de la directive, l'élargissement du périmètre de cette exception à toutes les entités qui ne

relèvent pas de la loi précitée du 10 août 1915 aurait pour conséquence d'étendre l'exception au-delà de ce qui est autorisé par l'article 13 de la directive et de réduire ainsi indûment le champ d'application de la directive. Le Conseil d'État exige dès lors, sous peine d'opposition formelle pour transposition incorrecte de la directive, de conférer à la phrase introductive de l'alinéa 2 de l'article sous revue le libellé suivant :

« En ce qui concerne les entités qui ne sont pas visées par le paragraphe 1^{er}, on entend par « entreprise liée » une entreprise : ... ».

Article 13 – *Concessions attribuées à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise*

L'article sous examen transpose l'article 14 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 14 – *Notification des informations par les entités adjudicatrices*

L'article sous examen transpose l'article 15 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 15 – *Exclusion des activités directement exposées à la concurrence*

L'article sous examen transpose l'article 16 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 16 – *Concessions entre entités dans le secteur public*

L'article sous examen transpose l'article 17 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Section III – Dispositions générales

Article 17 – *Durée de la concession*

L'article sous examen transpose l'article 18 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 18 – *Services sociaux et autres services spécifiques*

L'article sous examen transpose l'article 19 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 19 – *Contrats mixtes*

L'article sous examen transpose l'article 20 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 20 – *Contrats mixtes comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité*

Cet article, qui transpose l'article 21 de la directive 2014/23/UE, règle la façon de procéder en présence de contrats mixtes ayant pour objet des éléments relevant d'une concession couverte par la présente loi ainsi que des

achats ou d'autres éléments couverts par l'article 346 du TFUE ou la loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité. Le texte proposé reprend celui de la directive et ne donne pas lieu à observation de principe de la part du Conseil d'État.

Afin de mieux faire ressortir le caractère « mixte » des contrats concernés, on pourrait utilement préciser au paragraphe 1^{er}, que l'article s'applique « aux contrats mixtes qui ont à la fois pour objet des éléments relevant d'une concession couverte par la présente loi ainsi que des achats relevant de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou de la loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ».

Article 21 – Contrats couvrant à la fois des activités visées à l'annexe II et d'autres activités

L'article sous examen transpose l'article 22 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 22 – Contrats couvrant des activités visées à l'annexe II et des activités comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité

L'article sous examen transpose l'article 23 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Section IV – Situations spécifiques

Article 23 – Concessions réservées

L'article sous examen transpose l'article 24 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 24 – Services de recherche et développement

L'article 24 transpose l'article 25 de la directive 2014/23/UE. Il limite l'applicabilité de la loi en projet en ce qui concerne les concessions de services de recherche et développement aux concessions relevant de certains codes CPV de la nomenclature européenne des marchés publics et remplissant les conditions définies par le projet de loi.

L'article n'appelle pas d'observation.

Chapitre II – Principes

Article 25 – Opérateurs économiques

L'article sous examen transpose l'article 26 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 26 – Nomenclatures

L'article sous examen transpose l'article 27 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 27 – Confidentialité

L'article sous examen transpose l'article 28 de la directive 2014/23/UE.

En ce qui concerne la terminologie, le Conseil d'État note que le début du paragraphe 1^{er}, tout comme le texte afférent de la directive, se réfère aux seuls « pouvoirs adjudicateurs » et non pas aux « pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ». Il considère que cette référence devrait également se lire « pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ».

Toujours en ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État note ensuite le caractère très approximatif des formulations utilisées pour circonscrire le champ des informations tombant sous le coup de l'interdiction. Ceci dit, les auteurs ont fidèlement transposé le prescrit de la directive sur ce point.

Ensuite, le texte de la loi en projet se réfère aux « règles de droit national » qui pourraient justifier une divulgation des informations visées par la disposition sous revue. Il n'est 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. Le Conseil d'État demande aux auteurs de régler le détail de cette manière à l'endroit de la disposition sous revue, tout en gardant le parallélisme avec les dispositions à insérer à ce sujet dans la future loi sur les marchés publics. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à son avis précité du 14 juillet 2017, à l'endroit de l'article 195.

Article 28 – Règles applicables aux communications

L'article sous examen transpose l'article 29 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

TITRE II – Règles relatives à l'attribution de concessions : Principes généraux et garanties de procédures

Chapitre I – Principes généraux

Article 29 – Principes généraux

L'article sous examen transpose l'article 30 de la directive 2014/23/UE. Le paragraphe 3 de cet article a été modifié par l'amendement numéro 4 de la série précitée d'amendements gouvernementaux du 20 septembre 2016.

Le paragraphe 3 de l'article sous revue est censé transposer le paragraphe 3 de l'article 30 de la directive 2014/23/UE, lequel dispose que les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des contrats de concession, les opérateurs économiques se conforment aux obligations environnementales, sociales et du travail.

Tout en se référant à son avis du 23 mai 2017 relatif au projet de loi sur les marchés publics (doc. parl. n° 6982⁷), le Conseil d'État fait observer

que reprendre simplement ce texte au paragraphe 3 de l'article sous avis ne constitue pas une mesure appropriée. Le Conseil d'État estime que l'État veille déjà au respect de ces obligations. Si toutefois les auteurs souhaitent ancrer cette obligation dans le projet de loi sous avis, ils pourraient s'inspirer de l'article 27 de la loi belge du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession – tout en prévoyant une annexe similaire à celle de l'annexe IV de la loi belge – qui dispose ce qui suit :

« Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant, à quelque stade que ce soit, et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution de la concession, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe IV.

Sans préjudice de l'application des sanctions visées dans d'autres dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, l'adjudicateur qui constate dans le chef des candidats, soumissionnaires ou concessionnaires des manquements aux obligations visées à l'alinéa 1^{er}, applique les mesures prévues aux articles 46 et 50 à 52 ou, si la concession est déjà conclue, les sanctions prévues en cas de manquement contractuel. »

Par ailleurs, il convient de faire référence aux « actes délégués de la Commission européenne ».

Article 30 – *Avis de concession*

L'article sous examen transpose l'article 31 de la directive 2014/23/UE.

Le paragraphe 2 fait référence aux « formulaires types ». Le Conseil d'État demande aux auteurs de préciser que l'autorité qui est compétente pour établir ces formulaires types, est la Commission européenne, conformément à l'article 33, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive.

Au paragraphe 5, point a) *in fine*, la référence à l'article 38, paragraphe 1^{er} doit être remplacée par la référence à l'article 37, paragraphe 1^{er}.

Article 31 – *Avis d'attribution de concession*

L'article sous examen transpose l'article 32 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 32 – *Rédaction et modalités de publication des avis*

L'article sous examen transpose l'article 33 de la directive 2014/23/UE.

Au paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État, en se référant à son observation à l'endroit de l'article 30, paragraphe 2, demande aux auteurs de préciser que l'autorité qui est compétente pour établir ces formulaires types est la Commission européenne, conformément à l'article 33, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive.

Les deuxième et troisième phrases du paragraphe 2 et le paragraphe 3 reproduisent dans le texte national des dispositions de la directive qui se limitent à conférer des compétences ou à imposer des obligations à un organisme représentant l'Union européenne. Ces textes sont, partant, à supprimer.

Le paragraphe 5 ajoute à la loi en projet une disposition qui n'est pas issue de la directive, et qui impose aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices l'obligation de procéder à la publication des avis de concession au niveau national. Les modalités de la publication sont laissées au choix des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, à ceci près que la publicité doit comporter, de manière obligatoire, « l'annonce par la voie de la presse indigène ». Le Conseil d'État estime que les prescriptions entourant la publicité au niveau national ne sont pas suffisamment précises en ce qui concerne le contenu de l'annonce et les délais de publication. Faut-il publier l'avis de concession dans son intégralité, ou suffit-il d'y mentionner ses éléments essentiels ? Dans l'affirmative, lesquels ? Quels sont les délais à respecter pour que la publicité soit effective ? Pour des raisons liées à la sécurité juridique, le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle, que le contenu de l'annonce à publier dans la presse indigène soit précisé. Il renvoie par ailleurs à ses observations concernant l'article 1^{er} de la loi en projet.

Article 33 – *Mise à disposition des documents de concession par voie électronique*

L'article sous examen transpose l'article 34 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 34 – *Lutte contre la corruption et prévention des conflits d'intérêts*

L'article sous examen transpose l'article 35 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Chapitre II – Garanties de procédure

Article 35 – *Spécifications techniques et fonctionnelles*

L'article sous examen transpose l'article 36 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 36 – *Garanties de procédure*

L'article sous examen transpose l'article 37 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 37 – *Sélection et évaluation qualitative des candidats*

L'article sous examen transpose l'article 38 de la directive 2014/23/UE.

Au paragraphe 5, alinéa 1^{er}, il y a lieu de remplacer l'expression « de l'État membre des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices » par

l'expression « l'État », étant donné 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.

Au paragraphe 7, point b), il y a lieu de viser également les procédures nationales présentant des similitudes avec la faillite et le concordat préventif, comme par exemple la gestion contrôlée. La référence aux « législations et réglementations nationales » est à remplacer par une référence aux « législations et réglementations d'autres États ». Au point i) *in fine*, l'expression « État membre » est à remplacer par le terme « État ».

Le paragraphe 8, alinéa 1^{er}, prévoit qu'un opérateur économique doit obligatoirement être exclu s'il s'avère qu'à un stade quelconque de la procédure il se trouve dans l'un des cas visés aux paragraphes 4 ou 5. En se référant au paragraphe 5 dans son ensemble, la disposition sous revue s'écarte de la directive 2014/23/UE dans la mesure où l'article 38, paragraphe 8, alinéa 1^{er}, de celle-ci ne vise que le seul premier alinéa du paragraphe 5 du même article de la directive. La référence du projet de loi au paragraphe 5, alinéas 1^{er} et 2, est toutefois justifiée, puisque, dans la transposition de l'article 38, paragraphe 5, alinéa 2, de la directive, les auteurs ont opté pour l'exclusion définitive des opérateurs économiques y visés. Cependant, la référence au paragraphe 6 est erronée et est à redresser.

L'article 38, paragraphe 10, de la directive impose à l'État de mettre en œuvre les conditions d'application dudit article 38 par « disposition législative, réglementaire ou administrative » et de déterminer « la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 9 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité ». Il faut constater que la loi en projet ne prévoit pas de disposition en ce sens. Afin de combler cette lacune, le Conseil d'État demande aux auteurs, 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 à 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.

Par ailleurs, au paragraphe 9, la référence au paragraphe 6 est à remplacer par la référence au paragraphe 7.

Le Conseil d'État donne encore à considérer que, d'après l'article 35 du Code pénal, « [l]es peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes morales sont : 1) (...); 2) (...); 3) l'exclusion de la participation à des marchés publics; 4) (...) ». Étant donné que le Code pénal est d'interprétation stricte et dans un souci de cohérence des textes, le Conseil d'État insiste à ce que l'article précité du Code pénal soit complété afin d'y inclure l'exclusion de la participation à la procédure d'attribution des contrats de concession.

Article 38 – *Délais de réception des candidatures et des offres pour la concession*

L'article sous examen transpose l'article 39 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 39 – *Information des candidats et des soumissionnaires*

L'article sous examen transpose l'article 40 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 40 – *Critères d'attribution*

L'article sous examen transpose l'article 41 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

TITRE III – Règles relatives à l'exécution des contrats de concession

Article 41 – *Sous-traitance*

L'article sous examen transpose l'article 42 de la directive 2014/23/UE.

Le projet de loi sous revue ne transpose pas le paragraphe 1^{er} de l'article 42 de la directive 2014/23/UE au motif – énoncé au commentaire de l'article – que les dispositions de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance sont applicables aux contrats de concession. Le Conseil d'État ne partage pas ce point de vue, car, aux termes de ses articles 1^{er} et 2, cette loi vise exclusivement les marchés publics et les contrats d'entreprise. Elle ne vise pas les concessions au sens du projet de loi sous revue. Aussi le Conseil d'État exige-t-il, sous peine d'opposition formelle pour transposition incomplète de la directive, que l'article sous revue soit complété par les dispositions appropriées en vue d'assurer la transposition complète de l'article 42, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/23/UE. Une alternative pourrait consister à modifier la loi précitée du 23 juillet 1991 pour inclure les concessions dans le champ d'application de celle-ci.

D'après le paragraphe 2, alinéa 3, de l'article sous revue, « les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent imposer au concessionnaire l'obligation de fournir les informations requises directement ». Le Conseil d'État admet que ce texte se veut la transposition de l'article 42, paragraphe 3, alinéa 2, de la directive 2014/23/UE selon lequel « nonobstant le premier alinéa, les États membres peuvent imposer au concessionnaire l'obligation de fournir les informations requises directement ». Dans l'hypothèse où le législateur userait de la faculté offerte par la directive, l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 de l'article sous revue, imposant aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices d'exiger certaines données du concessionnaire, deviendrait superflu, puisque le législateur obligerait le concessionnaire à fournir spontanément les données en question. Or, apparemment, les auteurs n'entendent pas faire usage de la susdite faculté. Dans ce cas, l'alinéa 3 constitue une redite par rapport à l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 de l'article sous revue, étant donné que, pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, « exiger » les données du concessionnaire (alinéa 1^{er}) ou lui « imposer » de les fournir directement, revient au même. L'alinéa 3 est dès lors à supprimer.

D'après l'alinéa 4 du paragraphe 2, « les alinéas 1^{er} à 3 ne s'appliquent pas aux fournisseurs ». Le Conseil d'État suppose que cet alinéa se veut la

transposition de l'article 42, paragraphe 3, alinéa 3, de la directive. D'après ce texte européen, les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 42, paragraphe 3, de la directive, ne s'appliquent pas aux fournisseurs.

Dans l'agencement de l'article 41, paragraphe 2, du projet de loi, selon la lecture du Conseil d'État,

- l'alinéa 1^{er} correspond à l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3 de l'article 42 de la directive ;
- l'alinéa 2 correspond à l'alinéa 4 du paragraphe 3 de l'article 42 de la directive ;
- l'alinéa 3 correspond à l'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 42 de la directive ;
- l'alinéa 4 correspond à l'alinéa 3 du paragraphe 3 de l'article 42 de la directive.

Dans la mesure où l'alinéa 4 du paragraphe 2 de l'article 41 du projet de loi sous avis exempte les fournisseurs des règles prévues aux « alinéas 1^{er} à 3 », il ne transpose pas correctement la directive, puisqu'il étend le périmètre de l'exemption aux dispositions de l'alinéa 2 (alinéa 4 du paragraphe 3 de l'article 42 de la directive). L'exemption, telle qu'elle est prévue à l'alinéa 3 du paragraphe 3 de l'article 42 de la directive, ne vise en effet pas l'alinéa 4 de ce paragraphe de la directive. De la transposition incorrecte, il résulte par ailleurs un illogisme contraire à la sécurité juridique. En effet, d'après l'alinéa 4 du paragraphe 2 de l'article 41 du projet de loi sous avis, l'alinéa 2 ne s'applique pas aux fournisseurs, alors que le point b) de ce même alinéa 2 englobe explicitement les fournisseurs dans son champ d'application. Le Conseil d'État s'oppose, en conséquence, formellement à l'article 41, paragraphe 2, alinéa 4, de la loi en projet, pour transposition incorrecte de la directive.

En ce qui concerne le paragraphe 3, le Conseil d'État renvoie aux observations qu'il a formulées à l'endroit de l'article 29.

Le paragraphe 5 fait référence à la loi précitée du 23 juillet 1991, laquelle, comme le Conseil d'État vient de le relever à l'endroit du paragraphe 1^{er}, n'est pas applicable aux concessions. Il demande, en conséquence, de supprimer ce paragraphe.

Article 42 – *Modification de contrats en cours*

L'article sous examen transpose l'article 43 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 43 – *Résiliation de concessions*

L'article sous examen transpose l'article 44 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

Article 44 – *Contrôle et rapports*

L'article sous examen transpose l'article 45 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'observation.

TITRE IV - Dispositions modificatives

Article 45 – *Dispositions modificatives de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics*

L'article sous examen a pour objet de modifier la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics, afin d'inclure les concessions dans le champ d'application de cette loi.

Le texte que le point a) de l'article sous revue se propose d'ajouter comme nouvel alinéa 3 à l'article 1^{er} de la loi de 2010 devrait être corrigé comme suit :

« La présente loi s'applique aux concessions visées ... ».

Au point c) de l'alinéa unique, la référence à la « loi du 10 novembre 2010 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité » est à rectifier pour écrire « loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ».

Dans le dessein de faire concorder l'intitulé de la loi précitée du 10 novembre 2010 avec l'élargissement de son objet résultant de la disposition sous revue, le Conseil d'État demande de conférer à l'intitulé de ladite loi le libellé suivant :

« Loi du 10 novembre 2010 relative aux recours en matières de marchés publics et d'attribution de contrats de concession ».

TITRE V – Règles d'exécution

Article 46 – *Règles d'exécution*

Pour le Conseil d'État, l'article sous revue, qui ne fait d'ailleurs pas l'objet d'un commentaire à l'endroit du commentaire des articles, fait double emploi avec l'article 44, paragraphe 2. Comme il est, en plus, libellé de manière trop vague, le Conseil d'État demande de le supprimer.

TITRE VI – Dispositions finales

Article 47 – *Annexes*

L'alinéa 1^{er} de l'article sous examen est à supprimer pour être sans apport normatif.

Les alinéas 2 et 3 sont à adapter comme suit :

« Les modifications aux annexes III et X de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession s'appliquent avec effet au jour de la date de l'entrée en vigueur des actes délégués afférents de l'Union européenne.

Le ministre publie un avis au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, renseignant sur les modifications ainsi intervenues, en y ajoutant une référence à l'acte publié au Journal officiel de l'Union européenne. »

ANNEXES

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Dans l'ensemble du projet de loi, il y a lieu de se référer au « Titre I^{er} », au « Chapitre I^{er} » et à la « Section I^e ».

Par ailleurs, dans le corps du texte, il y a lieu d'écrire le terme « Livre » avec une lettre initiale majuscule, sauf en ce qui concerne l'article 45 relatif aux dispositions modificatives de la loi précitée du 10 novembre 2010.

Article 6 – Pouvoirs adjudicateurs

La définition au point 2 doit se terminer par un point final.

Article 8 – Seuils et méthodes de calcul de la valeur estimée des concessions

Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu d'écrire « au seuil prévu à l'article 8, paragraphe 1^{er}, de la directive ... ». La même observation vaut pour les paragraphes 7 et 10. En effet, les références aux paragraphes d'un article s'opèrent sans l'utilisation de parenthèses. Cette règle d'ordre légistique est d'ailleurs respectée dans la suite du projet.

Comme indiqué de façon correcte au paragraphe 9, alinéa 2, il convient de faire référence au paragraphe 10 « au paragraphe 9, alinéa 1^{er}, ... ».

Article 9 – Exclusions applicables aux concessions attribuées par des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices

Au paragraphe 8, point d), i., aux premier et deuxième tirets, les caractères « d' » sont à insérer avant respectivement « un arbitrage » et « une procédure ».

Au paragraphe 8, point d), ii., le point final est à remplacer par un point-virgule. La même observation vaut pour le point e) du même paragraphe. Le point h), par contre, doit se terminer par un point final.

Article 12 – Concessions attribuées à une entreprise liée

Aux paragraphes 1^{er} et 2, il convient de se référer à la « loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ».

Article 19 – Contrats mixtes

L'alinéa 3 du paragraphe 2 doit se terminer par un point final.

Article 24 – *Services de recherche et développement*

Comme l'article ne contient qu'un seul paragraphe, il n'y a pas lieu à numérotation, et les caractères « (1) » en début d'article sont à supprimer.

Article 29 – *Principes généraux*

Au paragraphe 3, il convient d'écrire :

« (3) Lors de l'exécution ... ».

Article 33 – *Mise à disposition des documents de concession par voie électronique*

Au paragraphe 4 de l'article sous examen, il convient d'écrire « ... est déterminée par voie de règlement grand-ducal ».

Article 37 – *Sélection et évaluation qualitative des candidats*

Il y a lieu d'écrire « Code pénal ».

Article 41 – *Sous-traitance*

Pour des raisons de cohérence dans la rédaction des dispositions, il conviendrait d'évoquer le « concessionnaire » et non « l'adjudicataire ».

Article 44 – *Contrôle et rapports*

Au paragraphe 2 de l'article sous examen, il convient d'écrire « ... sont déterminés par voie de règlement grand-ducal ».

Article 46 – *Règles d'exécution*

Il convient d'écrire « ... sont déterminées par voie de règlement grand-ducal ».

Annexes III et IV

La formulation « de la présente directive » est à remplacer par « de la présente loi ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants, le 24 octobre 2017.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes