

N° 6119³**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI**instituant les recours en matière de marchés publics**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(29.6.2010)

Par dépêche du 22 février 2010, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous examen, élaboré par le ministre du Développement durable et des Infrastructures. Etaient joints au texte du projet de loi un exposé des motifs ainsi qu'un commentaire des articles, tout comme était joint le texte de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

La lettre de saisine annonce que le dossier est soumis pour avis aux chambres professionnelles. En raison de l'urgence invoquée par le Gouvernement – le texte faisant l'objet de la saisine aurait dû être transposé jusqu'au 20 décembre 2009 – la situation ne permet pas au Conseil d'Etat d'attendre la communication des avis annoncés des chambres professionnelles avant d'émettre son avis.

Le dossier fut complété par les avis de la Cour administrative et du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, transmis au Conseil d'Etat respectivement le 20 avril 2010 et le 1er juin 2010.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi a pour objet de transposer en droit luxembourgeois la directive 2007/66/CE susmentionnée. Le texte qui sera mis en place abrogera les lois des 13 mars 1993 (transposition de la directive 89/665/CEE) et 27 juillet 1997 (transposition de la directive 92/13/CEE).

L'un des changements principaux qu'introduira le texte sous examen est constitué par l'ouverture par un tiers d'un recours judiciaire contre la décision sur l'attribution d'un marché, avant même la conclusion de ce marché. Afin d'accélérer au maximum la décision, le recours est à porter devant le président du Tribunal administratif qui tranchera par voie de référé.

D'une façon générale, la directive à transposer vise à accélérer les procédures de réclamation et les recours, à mieux tenir compte de tous les intérêts en jeu, à accélérer l'exécution des décisions judiciaires et à introduire un délai de suspension entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion du contrat qui en résultera.

*

EXAMEN DES ARTICLES*Article 1er*

Le texte de l'article sous examen délimite le champ d'application de la future loi sous les dispositions de laquelle ne tombent que les marchés visés par les Livres II et III de la loi sur les marchés publics, c'est-à-dire les „marchés d'une certaine envergure“ ainsi que les marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ne sont donc pas seulement visées des entités

adjudicatrices publiques, comme l'Etat et les communes, mais aussi les entités adjudicatrices privées visées par les articles 22, 51 et 56 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Article 2

Le texte de cet article est la conséquence de la distinction à opérer suivant la nature de la personnalité juridique qui est à considérer comme „pouvoir adjudicateur“ ou „entité adjudicatrice“: s'il s'agit d'une personne de droit public, les recours sont à porter devant les juridictions administratives; s'il s'agit d'une personne de droit privé, les recours relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire. Dans les deux hypothèses, la distinction vaut aussi, bien sûr, pour les recours en matière de référé.

Articles 3 et 4

En se référant à l'avis émis en la matière par la Cour administrative, le Conseil d'Etat ne peut que recommander l'élimination des ambiguïtés provoquées par le projet de texte sous examen. D'un côté, il y a lieu de préciser la notion de „mesures provisoires“ au sujet desquelles le texte n'indique pas si le caractère provisoire annonce la possibilité d'un recours contre la décision présidentielle, ou si certaines mesures ordonnées par l'ordonnance présidentielle peuvent être limitées dans le temps.

Il serait opportun de maintenir la possibilité d'un remplacement du président en cas d'empêchement, situation que les lois du 13 mars 1993 et 27 juillet 1997, qui ont transposé les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE et qui seront abrogées par la loi en projet, avaient prévue.

Article 5

Sans observation.

Articles 6 à 8

En se référant à son observation formulée *in fine* de l'examen des articles 3 et 4, le Conseil d'Etat demande que le président du Tribunal d'arrondissement dispose lui aussi de la possibilité de se faire remplacer par un juge en cas d'empêchement.

En outre, à l'article 8, point c), premier tiret, il y a lieu de citer correctement la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

La même observation vaut pour l'article 9, point b).

Article 9

Afin de prévenir toute ambiguïté, le Conseil d'Etat suggère d'ajouter, sous b), derrière le passage de texte „... articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20 paragraphe (5), ou de l'article 21,“ la précision „de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics“.

Article 10

Alors que l'alinéa 1 parle du „président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés“, et le second alinéa du „juge“, il reste à savoir si l'alinéa 2 vise lui aussi le juge des référés.

Article 11

En vertu de l'alinéa 1, le juge des référés peut considérer qu'un marché, même passé illégalement, n'est pas nécessairement dépourvu d'effets s'il constate que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent le maintien du marché. En vertu de l'alinéa 2, l'intérêt économique directement lié au marché ne peut être considéré comme constituant une raison impérieuse d'intérêt général que dans l'hypothèse où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets du marché aurait des „conséquences disproportionnées“. Il serait dès lors utile de savoir si le caractère disproportionné du marché déclaré sans effets doit être recherché dans le chef du pouvoir adjudicateur, ou dans celui de l'adjudicataire, ou même dans le chef des deux. En présence des raisons impérieuses d'intérêt général mentionnées à l'alinéa 1, le Conseil d'Etat estime que seuls les intérêts du pouvoir adjudicateur, et encore sous condition qu'il s'agisse de l'Etat ou d'une commune, peuvent être considérés comme remplissant la condition de l'intérêt général. Le texte sous examen serait donc à préciser dans le sens voulu.

Article 12

Sans observation.

Article 13

Le début de l'alinéa 1 se prête à l'interprétation qu'il y aurait une déclaration d'absence d'effets par le juge des référés, mais que cette déclaration ne s'appliquerait pas dans les circonstances mentionnées sous les trois tirets qui suivent. Or, de l'avis du Conseil d'Etat, ce qui est visé, c'est que, contrairement à la règle générale établie par l'article 9, paragraphe 1er, c), il n'y a pas lieu à déclaration d'absence d'effets du juge des référés dans les situations énumérées par les trois tirets de l'article 13. Il y aurait donc lieu de dire:

„L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue par l'article 9, paragraphe (1), point c), est exclue si ...“.

Articles 14 et 15

Sans observation.

Article 16

En présence des observations présentées dans l'avis du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 avril 2010 au regard de l'article sous examen, en l'absence d'explications satisfaisantes fournies à ce sujet par le commentaire de l'article, le Conseil d'Etat recommande aux auteurs du projet de loi de préciser la portée du pouvoir accordé au juge des référés d'octroyer au pouvoir adjudicateur une indemnité. Ce pouvoir s'applique-t-il uniquement dans le contexte de l'article 14?

Articles 17 et 18

Sans observation.

Article 19

Le Conseil d'Etat fait sienne l'observation présentée au sujet de l'article sous examen par le président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le 14 avril 2010.

Articles 20 et 21

Sans observation.

Article 22

L'avis du président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 avril 2010 attire à juste titre l'attention sur le fait que l'abrogation des lois de 1993 et de 1997 sans disposition transitoire risque de créer une situation intenable à l'égard des recours qui peuvent avoir été introduits sur base des lois abrogées, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord dès à présent avec le texte de toute disposition transitoire destinée à prévenir les complications mentionnées.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 29 juin 2010.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges SCHROEDER

