



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 6119

Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics

Date de dépôt : 10-03-2010

Date de l'avis du Conseil d'État : 29-06-2010

Auteur(s) : Monsieur Claude Wiseler, Ministre du Développement durable et des Infrastructures

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
11-11-2010	Résumé du dossier	Résumé	<u>3</u>
10-03-2010	Déposé	6119/00	<u>5</u>
20-04-2010	Avis de la Cour administrative (25.3.2010)	6119/01	<u>28</u>
02-06-2010	Avis du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (14.4.2010)	6119/02	<u>31</u>
29-06-2010	Avis du Conseil d'Etat (29.6.2010)	6119/03	<u>39</u>
08-07-2010	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission du Développement durable	6119/04	<u>44</u>
16-07-2010	Avis complémentaire du Conseil d'Etat (16.7.2010)	6119/05	<u>55</u>
26-07-2010	Rapport de commission(s) : Commission du Développement durable Rapporteur(s) : Monsieur Léon Gloden	6119/07	<u>58</u>
26-07-2010	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission du Développement durable	6119/06	<u>71</u>
11-08-2010	Avis de la Chambre de Commerce (28.7.2010)	6119/08	<u>80</u>
28-09-2010	Deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat (28.9.2010)	6119/09	<u>91</u>
29-09-2010	Rapport de commission(s) : Commission du Développement durable Rapporteur(s) : Monsieur Léon Gloden	6119/10	<u>94</u>
09-11-2010	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (09-11-2010) Evacué par dispense du second vote (09-11-2010)	6119/11	<u>107</u>
29-09-2010	Commission du Développement durable Procès verbal (39) de la reunion du 29 septembre 2010	39	<u>110</u>
23-07-2010	Commission du Développement durable Procès verbal (35) de la reunion du 23 juillet 2010	35	<u>119</u>
19-07-2010	Commission du Développement durable Procès verbal (34) de la reunion du 19 juillet 2010	34	<u>123</u>
08-07-2010	Commission du Développement durable Procès verbal (33) de la reunion du 8 juillet 2010	33	<u>129</u>
09-06-2010	Commission du Développement durable Procès verbal (28) de la reunion du 9 juin 2010	28	<u>135</u>
12-11-2010	Publié au Mémorial A n°203 en page 3378	6119	<u>162</u>

Résumé

6119 RESUME

Le projet de loi a pour objet de transposer en droit luxembourgeois 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.

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 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.

6119/00

N° 6119
CHAMBRE DES DEPUTES
 Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI
instituant les recours en matière de marchés publics

* * *

(Dépôt: le 10.3.2010)

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (23.2.2010).....	1
2) Exposé des motifs	2
3) Texte du projet de loi.....	7
4) Commentaire des articles	13

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre du Développement durable et des Infrastructures et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.– Notre Ministre du Développement durable et des Infrastructures est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics.

Melbourne, le 23 février 2010

*Le Ministre du Développement durable
 et des Infrastructures,*
 Claude WISELER

HENRI

*

EXPOSE DES MOTIFS

Les voies de recours en matière de marchés publics font depuis 1989 l'objet de directives européennes, différentes de celles réglant et coordonnant l'attribution des marchés publics, en l'occurrence la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, transposées en droit national par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Ainsi la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, transposée en droit national par la loi du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665, et la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, transposée en droit national par la loi du 27 juillet 1997, règlent actuellement les recours pour les marchés publics.

*

1. HISTORIQUE

Les directives initiales relatives aux voies de recours en matière de marchés publics datant de 1989 et de 1992 avaient pour objet d'instaurer des voies de recours efficaces alors qu'il était constaté à l'époque que dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne, l'absence de moyens efficaces ou l'insuffisance des moyens existants dissuadait les entreprises de tenter de participer à des marchés publics dans d'autres Etats membres.

Les exigences principales de ces deux directives étaient les suivantes:

- accessibilité et efficacité des recours;
- possibilité de dédommagement en cas de préjudice subi;
- contrôle préventif en amont de la conclusion du marché;
- système d'alarme à déclencher par la Commission européenne.

Il fut constaté lors de la transposition de la directive 89/665 que les deux premières exigences étaient déjà remplies en droit luxembourgeois.

Si à l'époque, le Comité du Contentieux du Conseil d'Etat était compétent pour connaître des recours contre des décisions administratives telles que le constituent les décisions d'adjudication, il y a lieu de préciser que ce sont depuis 1997 les juridictions de l'ordre administratif, à savoir le Tribunal administratif en première instance et la Cour administrative en instance d'appel qui sont compétentes en la matière.

Ces juridictions administratives ont compétence pour annuler des décisions d'adjudication. Le délai de recours est de trois mois à partir de la notification correcte de la décision d'adjudication conformément à l'article 13, paragraphe (1) de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

L'indemnisation du soumissionnaire irrégulièrement évincé, relève en raison du système juridictionnel dualiste, de la compétence du juge civil et se fait sur base de la responsabilité délictuelle, voire quasi délictuelle sur base de l'article 1382 du Code Civil, ou encore sur base de la loi du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques.

Afin de permettre un contrôle préventif, la loi du 13 mars 1993 a instauré une procédure de référé devant le Président du Comité du Contentieux afin qu'il puisse intervenir avant la conclusion du contrat dans la procédure d'adjudication de marchés publics. Cette nouvelle attribution a dérogé à la règle générale de l'époque qu'un recours devant une juridiction administrative n'est ouvert que contre des décisions à caractère individuel, alors que les dispositions des dossiers de soumissions sont à considérer comme des actes administratifs à caractère réglementaire. En plus, le Président du Comité du Contentieux

a reçu non seulement la faculté d'annuler des dispositions des dossiers de soumission contraires à la norme communautaire, mais encore de corriger des dispositions de la norme communautaire, de suspendre la procédure d'adjudication et même de supprimer des dispositions litigieuses, de sorte qu'il s'agissait d'un recours en réformation.

La loi du 13 mars 1993 concerne uniquement des pouvoirs adjudicateurs constituant des entités publiques qui rendent des décisions administratives, dont le contentieux d'annulation et de réformation relève des juridictions administratives.

La directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications qui fut transposée par la loi du 27 juillet 1997 ne s'applique pas uniquement à des entités du secteur public, mais également des entités qui relèvent du secteur privé, comme par exemple des sociétés privées bénéficiant d'un droit exclusif comme la S.E.O. ou des entrepreneurs privés de transports d'autobus desservant des lignes de transport public. Pour cette raison, cette directive parle d'entités adjudicatrices et non pas de pouvoirs adjudicateurs.

Les dispositions s'appliquant à ces secteurs se distinguent par une plus grande flexibilité notamment dans le domaine de la procédure d'attribution d'un marché. Elles sont actuellement réglées par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux transposée en droit national par la loi sur les marchés publics (transposée en droit national par le livre III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics).

En ce qui concerne la transposition des dispositions de la directive 92/13, la loi du 27 juillet 1997 fait appliquer aux recours contre les décisions des entités publiques, qui rendent des décisions administratives, les dispositions de la loi modifiée du 13 mars 1993 de sorte qu'actuellement les juridictions administratives connaissent des recours en référé avant la conclusion du contrat et des recours en annulation contre la décision d'adjudication, tandis que les juridictions civiles sont compétentes pour le contentieux relatif à l'indemnisation.

Pour les recours contre les marchés relatifs à des commandes des entités privées, appelées ci-après entités adjudicatrices privées, la loi du 27 juillet 1997 a conféré la compétence aux juridictions civiles, la procédure du référé y étant bien ancrée. En effet, les juridictions administratives ne sont pas compétentes pour connaître des recours contre des décisions d'entités privées.

Cette loi a conféré au juge civil la possibilité, soit de prendre par référé des mesures provisoires, de suspendre la procédure et de supprimer des dispositions discriminatoires, soit d'émettre un ordre de paiement dissuasif à l'encontre de l'entité tant qu'elle persiste dans l'illégalité. La possibilité d'annulation n'est donc pas prévue.

L'entité qui s'est vue infliger un ordre de paiement doit verser la somme due à l'Etat, de sorte qu'il n'y pas de risque de double indemnisation, le recours en indemnisation restant toujours ouvert pour des concurrents évincés à tort.

La loi du 27 juillet 1997 a également instauré la possibilité de recourir à un attestateur, ou en cas de litige, la possibilité d'une procédure de conciliation.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi modifiée du 13 mars 1993 et de la loi du 27 juillet 1997, le contentieux en application de ces deux lois était peu abondant, l'on doit même dire que l'application de la loi du 27 juillet 1997, vu le nombre très réduit d'entités visées, est restée quasiment lettre morte.

Les recours usuels contre les décisions d'attribution de marchés publics se font par des recours en annulation devant le Tribunal administratif et ne sont intentés qu'après la notification de rejet d'une offre.

*

**2. LA NOUVELLE DIRECTIVE 2007/66/CE DU PARLEMENT EUROPEEN
ET DU CONSEIL DU 11 DECEMBRE 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 directive 2007/66/CE prévoit un certain nombre de mécanismes, dont les principales caractéristiques peuvent être résumées de la manière suivante:

- o procédures rapides et efficaces de correction et de protection;
- o annulation des décisions illégales y compris celles contenues dans les documents du marché;
- o octroi de dommages et intérêts;
- o balance des intérêts en présence;
- o exécution efficace des décisions des instances de recours;
- o délai de suspension (standstill);
- o information précise des candidats concernés et des soumissionnaires;
- o absence d'effets des marchés passés en violation de certaines obligations imposées par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE et sanctions de substitution.

Les consultations des parties concernées au niveau européen, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ont révélé un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de recours existant dans les Etats membres. En raison de ces faiblesses, les mécanismes visés par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. Ainsi, la directive 2007/66/CE dispose dans son considérant „*qu'il conviendrait de renforcer les garanties de transparence et de non-discrimination que ces directives cherchent à assurer afin que la Communauté dans son ensemble puisse bénéficier pleinement des effets positifs de la modernisation et de la simplification des règles relatives à la passation des marchés publics auxquelles ont abouti les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Il convient donc d'apporter aux directives 89/665/CEE et 92/13/CEE les précisions indispensables pour atteindre les résultats recherchés par le législateur*“.

Il est précisé dans les considérants que „*parmi les faiblesses relevées figure notamment l'absence, entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion dudit marché, d'un délai permettant un recours efficace. Cela conduit parfois les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices désireux de rendre irréversibles les conséquences de la décision d'attribution contestée à précipiter la signature du contrat. Afin de remédier à cette faiblesse, qui compromet gravement la protection juridictionnelle effective des soumissionnaires concernés, c'est-à-dire les soumissionnaires qui n'ont pas encore été définitivement exclus, il y a lieu de prévoir un délai de suspension minimal, pendant lequel la conclusion du contrat concerné est suspendue, que celle-ci intervienne ou non au moment de la signature du contrat*“.

Il est à noter que cette problématique a déjà fait en 2002 l'objet d'une mise en demeure de la part de la Commission européenne alors qu'il fut estimé à l'époque que la législation luxembourgeoise ne satisfaisait pas aux exigences posées par la directive 89/665/CEE telles qu'interprétées par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt „Alcatel“ du 28 octobre 1999 dans l'affaire C-81/98, pour la raison que la législation luxembourgeoise, dans la mesure qu'elle prévoyait que la décision d'adjudication vaut en principe conclusion du contrat (article 32 paragraphe 8 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics de travaux et fournitures pour le compte de l'Etat), et ne permettait pas un recours „utile“ contre cette décision, c'est-à-dire à un stade où les violations peuvent encore être corrigées.

Le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 a partant, afin de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des Communautés européennes, prévu à l'article 90 paragraphe (4):

„La conclusion du contrat avec l'adjudicataire a lieu après un délai d'au moins quinze jours à compter de l'information donnée aux autres concurrents suivant les dispositions du paragraphe précédent. Elle a lieu par l'apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document de soumission remis par l'adjudicataire.“

Cette disposition a été reprise par le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics dans l'article 90 (4).

Le délai de suspension minimal sera désormais retenu et encadré plus en détail dans le présent projet de loi.

Il est à préciser que l'article 90 (4) du règlement grand-ducal précité s'applique à tous les marchés publics quelle que soit leur envergure, tandis que les dispositions du projet de loi sous rubrique ont uniquement vocation à s'appliquer aux marchés des livres II et III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, donc ceux tombant dans le champ d'application des directives sur les marchés publics 2004/17/CE et 2004/18/CE.

La directive 2007/66/CE innove dans la mesure qu'elle introduit des sanctions efficaces notamment à l'encontre de la violation de l'obligation de délai de suspension (standstill) qui sont des conditions indispensables pour qu'un recours soit efficace. Ainsi les marchés conclus en violation du délai de suspension sont considérés en principe comme dépourvus d'effets s'ils s'accompagnent d'une violation de dispositions des directives 2004/17/CE ou 2004/18/CE et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant ce recours d'obtenir le marché.

Dans l'hypothèse d'autres violations des conditions formelles, en sus de la violation du délai de standstill, des sanctions de substitution sont prévues par le présent projet de loi, qui peuvent consister en des pénalités financières ou en un abrègement de la durée du marché.

Une autre grande nouveauté du présent projet de loi consiste dans la lutte contre la passation illégale de procédures négociées sans publication préalable, que la Cour de Justice des Communautés européennes a qualifiée comme la violation la plus importante en matière de marchés publics de la part d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice. La directive prévoit ainsi pour les procédures négociées passées de manière illégale également la sanction de l'absence d'effets, voire des sanctions de substitution. Afin d'éviter l'incertitude juridique susceptible de découler de l'absence d'effets, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices disposeront de la faculté de procéder à la publication d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne informant de l'intention de procéder par voie négociée sans publication préalable, qualifié d'avis de transparence ex ante volontaire. En effet, de cette manière, il est donné une publicité adéquate aux marchés négociés sans publication préalable.

Par contre le système d'attestation prévu par la directive 92/13/CEE, qui est resté quasiment inutilisé, et qui ne se justifie plus au vu de l'absence de demande réelle de la part des entités adjudicatrices est supprimé, de même que le mécanisme de conciliation qui n'a suscité aucun intérêt réel de la part des opérateurs économiques.

*

3. TRANSPOSITION EN DROIT NATIONAL

Le projet de loi va reprendre les possibilités de recours prévues par la loi modifiée du 13 mars 1993 et la loi du 27 juillet 1997, abstraction faite des dispositions qui sont abrogées par la directive 2007/66/CE.

Le projet de loi aura l'ambition de coordonner en un texte les deux directives 89/665/CE et 92/13/CEE qui sont modifiées de manière très substantielle par la directive 2007/66/CE.

Il convient de préciser qu'en matière de marchés publics, les recours de droit commun sont évidemment toujours possibles, à savoir le recours en annulation devant les juridictions administratives et les recours en indemnisation devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

L'instauration du délai de suspension minimal de 15 jours à respecter entre la notification de la décision d'adjudication et la conclusion du contrat, prévu à l'article 90 (4) du règlement grand-ducal du 8 août 2009 précité a provoqué à plusieurs reprises la saisine du Président du Tribunal administratif en application des articles 11 et 12 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

La jurisprudence a admis qu'en introduisant un délai entre la date de l'adjudication et celle de la conclusion du contrat d'exécution du marché, les auteurs de la réglementation entendaient conférer aux soumissionnaires évincés un droit de recours contre la décision d'adjudication autre que celui se soldant par l'octroi de dommages-intérêts (Ordonnance du 4 avril 2006; No 21098 du rôle).

Le recours possible, outre le recours gracieux à introduire auprès du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, ou encore auprès de la Commission des Soumissions, consiste partant en un recours en sursis à exécution devant le Président du Tribunal administratif, alors que le délai de suspension, n'étant que de 15 jours minimum, ne saurait suffire pour que le juge administratif rende un jugement au fond concernant la régularité du choix de l'adjudicataire.

Dans l'ordonnance prémentionnée, il fut retenu qu'il fallait admettre que la nouvelle réglementation a conféré au Président du Tribunal administratif, statuant dans le cadre des pouvoirs des articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le pouvoir de prononcer le sursis à exécution d'une décision d'adjudication d'un marché public, un tel sursis entraînant essentiellement que tant qu'une ordonnance de sursis à exécution produit ses effets, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne sauraient conclure le contrat d'exécution du marché litigieux. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice sont obligés de suspendre la conclusion du contrat jusqu'au moment où le litige a été tranché au fond par le Tribunal administratif, voire la Cour administrative. Des raccourcissements des délais peuvent être demandés conformément à l'article 5 paragraphe (8) de la loi précitée.

A noter qu'en ce qui concerne l'application de l'article 11 (2) de la loi prémentionnée qui prévoit que le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif et que d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux, la jurisprudence est constante dans la mesure que le moyen tiré de l'absence du risque d'un préjudice grave et définitif est toujours rejeté de sorte qu'il est uniquement toisé sur le deuxième moyen relatif à la question du sérieux des moyens invoqués.

Cette possibilité du sursis à exécution a eu dans certains litiges comme conséquence que des marchés attribués à tort à des soumissionnaires n'ont pas été exécutés, de sorte qu'une nouvelle décision d'adjudication a pu être prise. Dans d'autres hypothèses, il s'est avéré que des requérants dont la demande en sursis a été rejetée n'ont plus continué l'affaire au fond devant le Tribunal administratif, pour la raison que leur recours avait pour raison unique de se voir attribuer le marché et non pas d'obtenir des dommages et intérêts.

Désormais, le projet de loi contient des dispositions plus détaillées quant à la durée du délai de suspension, et des sanctions en cas de non-respect de ce délai sont prévues, à savoir l'absence d'effets, qui peut être prononcée en plus des dommages et intérêts au bénéfice du soumissionnaire indûment évincé.

Une conséquence positive de cette possibilité de saisir le Président du Tribunal administratif consiste dans le fait que des litiges peuvent être résolus rapidement, et que les hypothèses de procédures en dommages et intérêts, intentés par des soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue à un moment où le marché est en pleine exécution, sont devenues moins fréquentes.

Pour les procédures négociées sans publication préalable, comme le projet de loi prévoit la possibilité de la publication d'un avis ex ante informant de l'intention d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice de conclure un tel marché, un recours en sursis à exécution devant le Président du Tribunal administratif sera désormais également possible à l'encontre de la procédure négociée.

En ce qui concerne les sanctions en cas de non-respect des délais susmentionnés, il convient de préciser qu'elles relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. En effet, en cas de non-respect d'un délai entre la décision d'attribution d'un marché public et la conclusion du contrat, ce contrat est forcément conclu au moment où un soumissionnaire qui est évincé introduit un recours, de sorte que les juridictions administratives ne sont plus compétentes.

Les sanctions qui sont conformément au projet de loi, à la disposition des juges de l'ordre judiciaire consistent à ce qu'ils peuvent d'un côté prononcer le contrat comme dépourvu d'effets et d'un autre côté qu'ils peuvent prononcer des sanctions de substitution, à savoir l'imposition de pénalités financières ou en un abrégement de la durée du marché.

Il ressort en effet des considérants de la directive 2007/66/CE que l'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives, mais la directive prévoit quand même la possibilité, lorsque les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce l'exigent pour des raisons impérieuses d'intérêt général, que le contrat ne soit pas remis en cause. Des sanctions de substitution telles qu'énoncées dans le paragraphe précédent sont à prononcer dans ce cas de figure.

La compétence pour déclarer le contrat dépourvu d'effets incombe au président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, qui connaît déjà des litiges en matière de marchés publics depuis la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992.

Vu que les possibilités de recours en vue de déclarer le contrat comme dépourvu d'effets, voire de demander l'application de sanctions de substitution sont clairement encadrées par le présent projet de texte, et que le contentieux est relativement réduit en application des deux lois du 13 mars 1993 et du 27 juillet 1997 précitées, il est probable que les recours devant le juge des référés resteront peu fréquents.

Finalement, en ce qui concerne les entités adjudicatrices privées, les recours qui, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices rendant des décisions administratives, sont de la compétence des juridictions administratives, relèvent du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, et en cas de contestations sérieuses, ces ordonnances peuvent être subordonnées à une décision au fond.

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Chapitre I – Dispositions générales

Art. 1er. La présente loi s'applique aux marchés visés par les livres II et III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, dénommée ci-après par „la loi sur les marchés publics“, sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 24 à 32, de l'article 59, paragraphe (2), des articles 70 à 78, des articles 80 et 81 et de l'article 89 de cette même loi.

Les marchés visés à l'alinéa 1er incluent les marchés publics, les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords-cadres et les concessions de travaux publics visés par les livres II et III de la loi sur les marchés publics.

Les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

Art. 2. Les dispositions des articles 3, 4 et 6 sont uniquement applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2 de la loi sur les marchés publics et aux entités adjudicatrices visées par l'article 56 de cette même loi qui sont des autorités administratives.

Les dispositions des articles 20 et 21 sont uniquement applicables aux entités adjudicatrices privées visées par l'article 56 de la loi sur les marchés publics.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi en ce qui concerne le règlement de procédure des juridictions administratives, les dispositions de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives sont applicables.

Les requêtes en référé devant le président du tribunal administratif prévues aux articles 3 et 6 de la présente loi doivent être signifiées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visée de manière parallèle au dépôt au greffe du tribunal.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi, les recours qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont réglés par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile.

Art. 3. Le président du tribunal administratif peut prendre par voie de référé des mesures provisoires ayant pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir, à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

Art. 5. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

Art. 6. Le président du tribunal administratif peut être saisi endéans les délais prévus à l'article 5 conformément à l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Art. 7. La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 197 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, sous réserve des dispositions de l'article 198 de ce même règlement pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre II de la loi sur les marchés publics, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 308, alinéa (1) du règlement grand-ducal précité sous réserve des dispositions de l'article 308, alinéa (2);
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable.

Art. 8. Les délais visés à l'article 5 ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si une publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* n'est pas obligatoire;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 5 est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 46 de la loi sur les marchés publics.

Lorsque la dérogation visée au point c) est invoquée, le marché en cause est déclaré comme dépourvu d'effets conformément aux articles 9 à 11 et 15:

- s'il y a violation de l'article 221, alinéa (2), second tiret du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics
et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils d'application du livre II de la loi sur les marchés publics.

Art. 9. Un marché est déclaré dépourvu d'effets par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés:

- a) si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics;
- b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions des livres II ou III du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 8, point c), deuxième alinéa.

La décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond établissant qu'une violation a été commise.

Art. 10. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont laissées à l'appréciation du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

L'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles est possible, mais la portée de l'annulation peut également être limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, le juge devra imposer des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).

Art. 11. Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés à l'article 9, s'il constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés doit imposer des sanctions financières, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

Art. 12. La déclaration d'absence d'effets prévue à l'article 9, point a) ne s'applique pas si:

- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics,
- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence ex ante volontaire exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 18, et
- le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au *Journal officiel de l'Union européenne*.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités des articles 6 ou 21, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 13. La déclaration d'absence d'effets prévue à l'article 9, paragraphe (1), point c), ne s'applique pas si:

- le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à l'article 221, alinéa (2), second tiret du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics,

- le pouvoir adjudicateur a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 7, premier tiret, et
- la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités de l'article 6, le pouvoir adjudicateur est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 14. (1) En cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou de l'article 21, sans que les conditions d'application de l'article 9, point b) ne soient remplies, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prononce des sanctions de substitution.

(2) Les sanctions de substitution pouvant être prononcées suivant l'article 10, alinéa (2) et suivant l'article 14, paragraphe (1) doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Elles consistent:

- à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou
- à abréger la durée du marché.

Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés tient compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l'article 10 la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

Dans l'hypothèse où une pénalité financière est imposée, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés émet un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins de cet article.

Art. 15. (1) L'introduction d'un recours en application de l'article 9 doit intervenir:

- a) avant l'expiration d'un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où:
 - le pouvoir adjudicateur a publié l'avis d'attribution du marché conformément aux articles 172 à 181 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics, voire conformément aux articles 274 à 283 de ce même règlement pour les entités adjudicatrices, à condition que cet avis contienne la justification de la décision d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou
 - le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion d'un accord-cadre ou de l'adjudication d'un marché, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs tel que prévu à l'article 7. Ce délai s'applique également aux cas visés à l'article 8, point c);
- b) avant l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté les dispositions du point a).

Art. 16. En cas de recours téméraire et vexatoire, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut, à la demande du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, octroyer une indemnité adéquate, dont le montant total ne peut en aucun cas dépasser 5 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

Art. 17. Tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice autre que l'Etat qui a fait l'objet d'une notification de la Commission européenne, en application de l'article 3 de la directive 89/665/CEE du

Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures de travaux, ou en application de l'article 8 de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, est tenu de fournir à l'autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal, dans les dix jours de la notification, tous les documents et renseignements nécessaires à l'élaboration de la communication à faire en application des directives précitées.

Art. 18. L'avis de transparence ex ante volontaire visé à l'article 12, deuxième tiret, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice.

Art. 19. Une autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal communique chaque année à la Commission européenne le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que leurs instances de recours ont prises conformément à l'article 11.

Chapitre II – Règles particulières applicables aux recours en matière de passation de marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Art. 20. (1) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut soit

- a) prendre des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice. Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis du marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause; soit
- b) prendre toutes mesures autres que celles prévues au point a), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; il peut notamment émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, en tenant compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(3) La somme à verser conformément au paragraphe (1), point b) doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement

de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a bien été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

(4) L'assignation en référé prévue par le paragraphe (2) doit se faire avant la décision d'adjudication par l'entité adjudicatrice. La requérante notifie par voie d'huissier à l'entité adjudicatrice l'assignation en référé.

(5) L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

Art. 21. Dans les hypothèses et délais prévus à l'article 5, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut ordonner le sursis à exécution de la conclusion du contrat par une entité adjudicatrice.

Les dispositions des articles 5, 7 et 8 doivent être respectées par les entités adjudicatrices.

L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la signature du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Lorsque le sursis à exécution est prononcé, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise.

Chapitre III – Dispositions finales

Art. 22. La loi modifiée du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics et la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications sont abrogées.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1er:

L'article 1er délimite le champ d'application du présent projet de loi quant à la matière et quant aux personnes.

Sont uniquement soumis au présent projet de loi les marchés tombant dans le champ d'application des livres II et III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics (nommée par la suite „la loi sur les marchés publics“). Les marchés exclus en vertu de différentes dispositions de cette loi ne sont partant pas visés par ce projet de loi. Il est par ailleurs précisé que les dispositions de ce projet de loi s'appliquent à la fois aux marchés qui peuvent être attribués par la procédure ouverte, par la procédure restreinte ou par la procédure négociée, et aux accords-cadres et aux concessions de travaux publics.

L'article précise également que les procédures de recours visés par cette loi doivent être accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée, que ce soit une violation de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

Article 2:

Ce projet de texte reprend et confirme la répartition des compétences entre les deux ordres judiciaires, telle qu'opérée par loi du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 et la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive du Conseil No 91/13/CEE du 25 février 1992 et fixe par le biais de cet article quelle juridiction est compétente.

Ainsi les recours prévus aux articles 3, 4 et 6 qui relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre administratif ne sont ouverts que contre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices qui sont des autorités administratives, tandis que les recours prévus aux articles 20 et 21 ne sont ouverts que contre les entités adjudicatrices privées, qui en l'occurrence ne rendent pas des décisions administratives.

Les autres recours, qui se situent dans l'ordre chronologique après la conclusion du contrat ayant fait l'objet du marché, relèvent, quelle que soit la nature de l'entité en cause, des juridictions de l'ordre judiciaire. Le texte suit sur ce point la jurisprudence des juridictions administratives selon laquelle „*tout comme les contestations se rapportant aux contrats conclus par l'administration, les contestations ou prétentions pouvant résulter du refus de l'administration de s'engager contractuellement sont exclusivement de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire*“ (CA 12-3-98 (10497C); TA 26-6-03 (15341)).

L'article 2 a encore pour objet de préciser les règles de procédure devant les tribunaux en ce qui concerne les recours prévus par le présent projet de loi. Dans les deux cas, ce sont les règles de procédure généralement applicables devant ces juridictions qui ont vocation à s'appliquer.

Il est encore précisé que les requêtes en référé adressées au président du tribunal administratif doivent être signifiées de manière parallèle par voie d'huissier au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visées afin qu'ils soient au courant de manière non équivoque et sursoient à toute mesure d'exécution de l'acte attaqué.

Article 3:

L'article 3 énumère les mesures que le président du tribunal administratif peut prendre dans le cadre de la procédure appelée couramment „référé précontractuel“, donc dans la procédure qui précède la décision d'adjudication. Cet article reprend les dispositions de l'article 2 de la loi du 13 mars 1993 précitée et donne ainsi la possibilité aux opérateurs économiques d'agir contre des irrégularités au niveau des documents de soumission et qui par le biais de ce „référé précontractuel“, peuvent encore être corrigées par ordonnance du président du tribunal administratif.

En pratique, il y a cependant lieu de préciser que cette possibilité de recours, bien qu'instituée déjà depuis 1993, est actuellement très peu utilisée par les opérateurs économiques.

Article 4:

L'alinéa (1) de cet article reprend le texte de l'article 3 de la loi modifiée du 13 mars 1993 précitée, autorisant le président du tribunal administratif à refuser les mesures sollicitées du moment que leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages.

L'alinéa (2) s'inspire de l'article 6 de la loi modifiée du 13 mars 1993 dans la mesure que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices visés sont obligés de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en adjudication, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé. Ainsi, lorsque le président du tribunal administratif est saisi d'un référé en amont de l'ouverture des offres, les documents de soumissions peuvent encore être modifiés suite à l'ordonnance du président, sans qu'une nouvelle procédure de mise en concurrence ne doive être lancée.

Article 5:

Cet article introduit au niveau de cette loi le délai de standstill entre la communication de la décision d'adjudication aux opérateurs économiques concernés et la conclusion du contrat, qui avait déjà été introduit par l'article 90, paragraphe (4) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics suite à la mise en demeure de la Commission européenne dont mention dans l'exposé des motifs.

Il est donné la possibilité d'utiliser des moyens électroniques de communication ou le télécopieur auquel cas le délai de standstill doit être d'au moins 10 jours ou, si d'autres moyens sont utilisés, à savoir la voie postale, le délai devra être d'au moins 15 jours. Il est précisé que ces délais commencent à courir à partir du lendemain de l'envoi. Cette formule confère un maximum de sécurité juridique au pouvoir adjudicateur, voire à l'entité adjudicatrice dans la mesure que la date d'envoi peut être objectivement déterminée, tandis que la date de la réception constituerait un facteur d'incertitude.

Ce délai de standstill est uniquement prévu dans l'hypothèse qu'on se trouve face à des soumissionnaires ou candidats concernés. En ce qui concerne la définition des candidats et soumissionnaires, il y a lieu de se référer aux définitions prévues par l'article 3 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. En sus de la définition des soumissionnaires ou candidats concernés donnée par cet article, il y a lieu de noter qu'il s'agit en pratique des candidats ou soumissionnaires dont l'offre ou la candidature n'a pas été retenue.

L'introduction de ce délai de standstill présente l'avantage que dans l'hypothèse que le délai soit respecté, des décisions d'attribution de marchés publics irrégulières peuvent encore être rectifiées sans que le marché ne soit en train d'être exécuté. Ceci présente l'avantage que le risque qu'un opérateur économique, choisi en vertu d'une décision irrégulière, réalise un marché public est substantiellement réduit. Ainsi l'opérateur économique qui a d'abord été évincé de manière irrégulière, pourra se voir attribuer le marché après décision judiciaire, ce qui sera plus bénéfique pour les parties en cause que l'octroi de dommages et intérêts au requérant et l'exécution du marché en parallèle sur base d'une décision irrégulière.

Article 6:

L'article 6 décrit la possibilité de recours devant le président du tribunal administratif durant la période de standstill et qui tend à la demande en sursis à exécution de la décision d'adjudication. Dès la saisine du Président du Tribunal administratif, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé, ce qui signifie que la conclusion du contrat sur base du marché public dont est saisi le président ne pourra pas avoir lieu. Le président ordonnera soit le sursis à exécution auquel cas ce sera le tribunal administratif qui rendra le jugement au fond, soit il n'accordera pas de sursis, auquel cas le contrat pourra être conclu. Si l'ordonnance était rendue avant l'expiration du délai de 10, voire 15 jours prévu à l'article 5, ce délai de standstill devra pourtant toujours être respecté.

Article 7:

Cet article décrit de quelles informations les soumissionnaires et candidats doivent disposer lorsque la décision d'attribution et en conséquence l'information du rejet de leur offre leur est communiquée. Comme en application notamment des règles relatives à la procédure administrative non contentieuse, les décisions administratives de rejet doivent être motivées, de même que les voies de recours doivent être indiquées, cet article ne fait que corroborer une obligation administrative bien établie depuis 1979.

Il s'agira en l'occurrence des motifs du rejet de l'offre, par exemple la raison pour laquelle l'offre n'est pas techniquement conforme. L'identité de l'adjudicataire retenu sera également communiquée.

Il y a cependant lieu de noter que l'article 198 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics apporte une atténuation à ce principe d'information dans la mesure où il peut être renoncé à la communication de certains renseignements lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

Des obligations analogues sont prévues pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi sur les marchés publics.

Article 8:

Cet article énumère les hypothèses dans lesquelles les différents délais de standstill prévus à l'article 5 ne s'appliquent pas.

La première hypothèse vise les cas où une publication au niveau européen telle qu'elle est prévue aux livres II et III n'est pas obligatoire, en l'occurrence la procédure négociée sans publication d'un avis de marché.

La deuxième hypothèse est soit celle que le seul soumissionnaire concerné est celui auquel le marché est attribué, donc qu'il n'y a que remise d'une seule offre, soit que dans les procédures en deux phases, seul un soumissionnaire introduirait une offre et qu'il n'y aurait plus de candidats concernés, alors que ceux-ci ont déjà pu se prévaloir en amont de leur droit aux recours.

La troisième hypothèse vise les marchés fondés sur un accord-cadre. Un délai de standstill n'est souvent pas envisageable en pratique dans cette hypothèse, alors que les marchés fondés sur un accord-cadre se dénotent par la rapidité de la procédure d'attribution de ces marchés. Cependant dans cette hypothèse où il n'y a pas d'application du délai de standstill, le marché pourra être déclaré sans effet comme prévu par les articles ultérieurs (articles 9 à 11 et 15) s'il y a eu une violation des règles prévues par l'article 221 alinéa (2) du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et qui sont relatives au déroulement de la procédure à suivre afin d'attribuer un marché fondé sur un accord-cadre dans les cas où les termes de l'accord-cadre n'étaient pas tous fixés d'avance. Il faudra cependant que l'envergure du marché dont il s'agit et fondé sur l'accord-cadre dépasse le seuil d'application du livre II de la loi sur les marchés publics.

En pratique, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice auront dans le cadre d'un accord-cadre donc la possibilité, soit de ne pas respecter le délai de standstill auquel cas ils s'exposent au risque que le contrat conclu sur base de cet accord pourra être déclaré comme dépourvu d'effets, soit, ils pourront respecter le délai de standstill, auquel cas cette sanction n'est pas possible.

Article 9:

Cet article énumère les hypothèses dans lesquelles un marché peut être déclaré comme dépourvu d'effets. Il s'agit d'une mesure très sévère, destinée à sanctionner certaines violations de droit communautaire. En effet selon le considérant 14 de la directive 2007/66/CE, „l'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les entreprises qui ont été privées illégalement de la possibilité de participer à la procédure de passation“.

La faculté de déclarer un marché dépourvu d'effets incombe aux juridictions de l'ordre judiciaire, alors qu'il s'agit d'un litige qui naît après la conclusion du marché, de sorte qu'il y a eu formation d'un contrat sur base contractuelle, régi par le droit privé, quel que soit la personnalité juridique du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice. A l'instar de l'article 2 de la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992, et à l'instar des textes belges, c'est le Président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés qui sera saisi de ces litiges. En effet, comme les contrats ont déjà commencé à être exécutés, il est indiqué que la procédure soit efficace et accélérée.

Il est cependant prévu que cette décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond, dans l'hypothèse où des contestations sérieuses concernant les prétendues violations des textes applicables sont soulevées. Les auteurs se sont inspirés de la disposition y afférente figurant dans l'article 2 (b) de la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992.

Les hypothèses dans lesquelles un marché est déclaré sans effet sont:

- o Il y a eu attribution d'un marché par la procédure négociée sans publication d'un avis de marché, sans que préalablement il y ait eu une publication d'un avis de transparence ex ante volontaire et que le recours à cette procédure n'était pas autorisé par la loi sur les marchés publics, c'est-à-dire autorisé par une des hypothèses limitativement prévues par les articles 40 et 86 de cette loi;
- o Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a violé les dispositions du présent projet de loi prévues aux articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou 21 visant à garantir que les opérateurs puissent introduire utilement des recours avant la conclusion du contrat. Cependant une simple violation formelle de ces dispositions n'entraîne pas la sanction de l'absence d'effets. Il faut en plus d'un côté qu'il y a eu une violation de dispositions des livres II ou III respectivement de la loi sur les marchés publics ou du règlement d'exécution, les livres II et III de ces deux textes transposant en droit national les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, et d'un autre côté que cette violation ait compromis les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché.
- o Dans l'hypothèse d'un marché fondé sur un accord-cadre pour lequel l'article 8 c) prévoit que le délai de standstill n'est pas obligatoire. Si des violations au déroulement de la procédure relative à l'attribution d'un marché fondé sur l'accord-cadre sont constatées, et si le seuil d'application du livre II de la loi sur les marchés publics est dépassé, le contrat est déclaré comme dépourvu d'effets. Il est cependant à préciser que ces dispositions ne s'appliquent pas si le pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 13, a décidé de respecter, à côté des règles de procédure relatives à la conclusion d'un marché fondé sur un accord-cadre, les obligations relatives à l'information des soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue et le délai de standstill.

Article 10:

Cet article encadre les pouvoirs du président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés, à savoir qu'est permise soit l'annulation avec effet rétroactif de toutes les obligations contractuelles découlant du marché public litigieux, soit que la portée de l'annulation est limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce dernier cas, des sanctions alternatives s'imposent.

Le pouvoir donné au juge de déclarer des contrats nuls avec ou sans effet rétroactif résulte de la volonté du législateur européen de dissuader les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de procéder par la „chasse à la signature“, donc à signer le plus rapidement les contrats et passer la commande afin de se prévaloir du principe *pacta sunt servanda*, impliquant que les contrats, au voeu de la sécurité juridique des contractants, ne pourront être défaits.

Comme le présent projet de loi confère de tels pouvoirs au président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices encourent le risque de sanctions très sévères en cas de non-respect de dispositions telles que le délai de standstill, du sursis à exécution ou du recours à la procédure négociée sans publication d'avis de marché. Il se confirme par ailleurs qu'en cas de respect de ces dispositions, non seulement les droits des opérateurs économiques évincés sont protégés, mais également ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, dans la mesure qu'ils n'encourent pas le risque de sanctions financières.

Il convient finalement de noter que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent après un tel recours qui a été déclaré fondé, procéder à une nouvelle décision d'attribution en tenant compte des conclusions du juge, et procéder à une nouvelle information.

Article 11:

Cet article prévoit que le juge saisi a la possibilité de ne pas déclarer sans effets un marché s'il constate que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus.

La prise en compte des raisons impérieuses d'intérêt général peut s'inspirer de la définition qui en est donnée à l'article 4, point 8) de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Dès lors, sont des „raisons impérieuses d'intérêt général“ des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui incluent au moins les justifications suivantes: l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des

animaux, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national, et la politique vétérinaire.

Par exemple, le juge devrait admettre qu'il est indispensable que les effets du marché soient maintenus pour certains achats tels que des vaccins, lorsque l'annulation d'un contrat y afférent pourrait compromettre immédiatement les soins apportés aux patients.

Lorsque le juge ne déclare pas un marché dépourvu d'effets, il prononce à titre de substitution des sanctions visées à l'article 14.

Article 12:

Cet article prévoit la possibilité d'échapper à la sanction de l'absence d'effets en cas de marché à passer par procédure négociée sans publication d'un avis de marché, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis exprimant son intention de conclure le marché et a respecté un délai minimum de 10 jours avant de procéder à cette conclusion. Cette transparence, dite „transparence ex ante volontaire“ est donc une forme d'issue de secours offerte au pouvoir adjudicateur, voire à l'entité adjudicatrice qui voudrait se prémunir des conséquences relativement douloureuses d'une déclaration d'absence d'effets. Pendant ce délai des opérateurs économiques intéressés par le marché en cause pourront donc introduire une réclamation, voire un recours pour contester la décision de recours à la procédure négociée sans publicité.

Cette publication de l'intention de passer par procédure négociée sans publicité confère une plus grande transparence à la façon d'attribuer des marchés. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ne pourront plus, à moins qu'ils soient prêts à courir le risque de voir déclaré le contrat comme dépourvu d'effets, passer dans le silence des procédures négociées sans publicité, alors qu'une publicité ex ante de leur volonté est la seule voie qui leur confère une sécurité juridique après la conclusion du contrat.

Il est rappelé que la publication d'un tel avis conférant au marché à conclure une transparence ex ante n'est pas une obligation, mais une possibilité. En cas de marché à passer d'extrême urgence, cas de figure prévu par l'article 40, paragraphe (1), c) de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, une telle publicité n'est évidemment pas possible, de sorte que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit supporter les risques inhérents aux recours ouverts, si l'urgence était contestée.

Selon les considérants 15 et 16 de la directive 2007/66/CE peuvent figurer parmi les raisons susceptibles de justifier la passation d'une procédure négociée sans publication d'un avis de marché, en ce qui concerne le livre II, les exceptions prévues aux articles 24 à 32 de la loi sur les marchés publics, les hypothèses figurant aux articles 40, 45 et 50 de cette même loi, la passation de marchés de services conformément à l'article 35 de cette loi ou encore la passation d'un marché interne légal (in-house) selon l'interprétation qui en est faite par la Cour de Justice des Communautés européennes.

En ce qui concerne le livre III, il s'agit des marchés qui remplissent les conditions pour une exclusion ou des arrangements spéciaux conformément à l'article 59 paragraphe (2), aux articles 70 à 78, aux articles 80, 81 ou 89 de la loi sur les marchés publics, des cas entraînant l'application de l'article 86 de cette même loi, ou de la passation de marchés de services conformément à l'article 83 de cette loi.

Le point de départ du délai visé à cet article est le lendemain du jour de la publication de cet avis au Journal officiel de l'Union européenne et non le lendemain de son envoi à l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

Le deuxième alinéa précise qu'en cas de recours à l'encontre de la décision de recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, il doit être sursis à la conclusion du contrat.

Article 13:

Cet article prévoit la possibilité d'échapper à la sanction de l'absence d'effets lorsque le pouvoir adjudicateur a conclu un accord-cadre avec plusieurs opérateurs économiques, et si lors de la passation

des marchés fondés sur cet accord-cadre, il respecte d'un côté les règles de procédure relatives à l'attribution de ces marchés prévues à l'article 221, alinéa (2), second tiret du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi et d'un autre côté a envoyé une décision d'attribution de ce marché, dûment motivée aux soumissionnaires concernés. En plus, les conditions de standstill de 15 jours en cas de transmission par voie postale, voire de 10 jours, en cas de transmission électronique ou par télécopieur, doivent être respectées.

Le deuxième alinéa précise qu'en cas de recours durant le délai de standstill devant le président du tribunal administratif, il doit être sursis à la conclusion du contrat.

Article 14:

Paragraphe (1)

Ce paragraphe précise, que pour les violations des articles 4 alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou 21, à savoir du respect du sursis à exécution en cas de référé précontractuel au sujet d'un document d'appel d'offre, ou du délai de standstill, sans que pour autant dans ces deux hypothèses, une telle violation aurait privé le soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à terme son recours précontractuel contre la violation effective d'une disposition des livres II ou III de la législation et réglementation sur les marchés publics, et aurait ainsi compromis les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché, uniquement des sanctions de substitution, mais non pas l'absence d'effets pourront être prononcées par le juge saisi.

La sanction de l'absence d'effets est donc clairement limitée à certains cas de figure précis, figurant à l'article 9 du présent projet de texte, tandis que l'unique violation des exigences formelles, sans que la perte d'une chance pour le soumissionnaire d'obtenir le marché n'en soit la conséquence, peut seulement avoir pour conséquence des sanctions de substitution. Autrement dit, les soumissionnaires qui n'étaient de toute façon pas susceptibles de se voir attribuer le marché ne pourront obtenir du juge qu'il le déclare dépourvu d'effets. En effet, dans une telle hypothèse, une annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles aurait été une sanction disproportionnée.

Paragraphe (2)

Ce paragraphe indique les sanctions de substitution qui peuvent être prononcées, à savoir les pénalités financières ou l'abrégement de la durée du marché en cause.

Le président du tribunal d'arrondissement peut tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur, voire de l'entité adjudicatrice et la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets, pour déterminer la sanction de substitution.

A l'instar de l'article 2 de la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992, et à l'instar de l'article 9, c'est le président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés qui sera saisi de ces litiges.

Il est précisé que la pénalité financière s'élève au maximum à 15% du montant hors TVA du marché attribué, afin de respecter le caractère effectif, proportionné et dissuasif de celle-ci. Cette somme sera versée à l'administration de l'enregistrement et des domaines.

Il est prévu que cette décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond, dans l'hypothèse où des contestations sérieuses concernant les prétendues violations des textes applicables sont soulevées. Les auteurs du projet de loi se sont inspirés de la disposition y afférente figurant dans l'article 2 (b) de la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992.

Il est encore précisé que dans de telles hypothèses où des sanctions de substitution sont prononcées, l'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas de sanction appropriée et n'est donc pas suffisant.

Article 15:

Cet article est relatif aux délais dans lesquels les recours doivent être introduits devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés en vue de voir déclarer le contrat dépourvu d'effets ou de voir appliquer des sanctions de substitution. Ce délai est de 30 jours si les conditions suivantes sont respectées:

1. Dans l'hypothèse du recours à une procédure négociée sans publication d'un avis de marché, un avis d'attribution de marché doit être publié conformément aux dispositions relatives de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. La publication de cet avis s'impose qu'un avis de transparence ex ante ait été publié ou non, la publication de l'avis de transparence ex ante ayant comme seule conséquence, à condition que le délai de standstill d'au moins 10 jours prévu à l'article 12 tiret 3 soit respecté, que la déclaration d'absence d'effets ne constitue plus une possibilité de sanction.
2. Pour les marchés où une mise en concurrence a eu lieu, il est impératif que les soumissionnaires et candidats concernés aient été informés de la conclusion de l'accord-cadre ou de la décision d'adjudication du marché selon les règles prévues par les livres II et III du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, auxquelles renvoie l'article 7 du présent texte.

En ce qui concerne les marchés fondés sur un accord-cadre, et ce même dans l'hypothèse que le délai de standstill ne soit pas appliqué en vertu de l'article 8 c), le délai de 30 jours court à partir de cette information concernant la décision d'adjudication.

Si les informations décrites ci-dessus ne sont pas données dans la forme exigée, voire qu'elles ne sont pas données du tout, le délai de recours est de 6 mois à compter du lendemain de la conclusion du contrat.

Comme la sanction de l'absence d'effets, voire les sanctions de substitution sont des sanctions sévères et afin de garantir la sécurité juridique des contrats en cours, il est opportun de limiter la possibilité de ces recours dans le temps.

Article 16:

Afin de contrecarrer le risque de recours à des fins manifestement dilatoires ou abusifs, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut octroyer au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice une indemnité adéquate qui ne peut pas dépasser 5 pourcent hors TVA du marché finalement attribué.

Article 17:

Selon l'avis du Conseil d'Etat du 10 mars 1992, l'article 3 de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures de travaux octroie à la Commission européenne un droit d'intervention dans les procédures d'adjudication qui tombent dans le champ d'application de cette directive et aménage encore les modalités de l'intervention de la Commission européenne. Comme déjà relevé par le Conseil d'Etat dans cet avis et vu que les dispositions de cet article n'ont pas été modifiées substantiellement par la directive 2007/66 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13 CEE, le contenu de cet article 3 s'impose aux seuls Etats membres sans qu'il soit nécessaire de l'inscrire en droit national, de sorte qu'il n'y a pas lieu de transposer l'article 3 en droit interne.

L'ancien article 9 de la loi du 13 mars 1993, suggéré dans sa forme par le Conseil d'Etat, est à maintenir afin de faciliter l'exécution des obligations qu'impose l'article 3 de la directive précitée aux Etats membres. Ainsi les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices autres que l'Etat doivent-ils fournir à l'autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal dans un délai de 10 jours les pièces nécessaires à l'élaboration de la communication qui doit être transmise en application de l'article 3 de la directive précitée à la Commission européenne.

Comme l'article 8 de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications prévoit pour ces secteurs cette même procédure, le présent article 17 s'applique également aux entités adjudicatrices autres que l'Etat.

En suivant la logique de l'avis du Conseil d'Etat précité, l'autorité luxembourgeoise en charge sera déterminée par voie de règlement grand-ducal afin de laisser au pouvoir exécutif une plus grande flexibilité dans la désignation de cette autorité. Il en sera de même à l'article 19 en ce qui concerne l'autorité qui transmettra les ordonnances y visées.

Article 18:

Cet article énumère les données que l'avis de transparence ex ante volontaire doit contenir. En pratique, à l'instar des autres avis devant être publiés dans le Journal officiel de l'Union européenne, la rédaction et la transmission de cet avis pourront se faire par le biais du portail électronique des marchés publics, administré par le ministre ayant les travaux publics dans ses attributions.

Article 19:

Conformément aux exigences des directives visées, la Commission européenne doit être informée des ordonnances rendues en vertu de l'article 11, c'est-à-dire celles rendues par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés dans les hypothèses où il aurait la possibilité de déclarer un marché comme dépourvu d'effets, mais où il ne l'a pas fait pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

Article 20:

L'article 20, de même que l'article 21 reprennent des dispositions de la loi du 27 juillet 1997, qui visait les recours en matière de passation des marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Actuellement, le livre III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics s'applique aux marchés dépassant les seuils communautaires dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, et se distingue par une plus grande flexibilité dans le choix des procédures de mise en concurrence.

En matière de recours pour ces marchés, la particularité consiste dans le fait que le livre III s'applique aux entités adjudicatrices qui peuvent être d'un côté des autorités administratives dont les décisions sont susceptibles de recours devant les juridictions administratives, et d'autre côté des entités privées qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs conférés par une autorité compétente.

Les recours à l'encontre de décisions d'entités privées ne sont pas possibles devant les juridictions administratives. Il y a partant lieu de régler les recours prévus aux articles 3, 4 et 6 devant les juridictions administratives de manière différente s'ils sont intentés à l'encontre d'entités privées.

Il y a lieu de noter que le nombre d'entités adjudicatrices privées est limité, de sorte que le contentieux y relatif devrait également s'avérer très réduit. Ainsi depuis la loi du 27 juillet 1997, les dispositions y relatives sont restées quasiment lettre-morte.

Dans cette optique, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut, conformément à la directive, soit prendre par référé des mesures provisoires, pour suspendre la procédure et supprimer des dispositions discriminatoires, soit émettre un ordre de paiement dissuasif à l'encontre de l'entité tant qu'elle persiste dans l'illégalité. L'émission d'un tel ordre de paiement constitue une sanction alternative uniquement prévue dans le cadre de recours à l'encontre d'entités adjudicatrices privées.

Dans les deux alternatives, la possibilité d'accorder des dommages et intérêts est toujours donnée.

A l'instar des dispositions de l'article 14, l'ordre de paiement s'élève au maximum à 15 pour cent hors TVA du marché attribué.

A l'instar des dispositions relatives au recours devant le Président du Tribunal administratif à l'article 7, l'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

Article 21:

En ce qui concerne le recours à l'encontre de la décision d'adjudication par une entité privée, que ce soit avant ou après la conclusion du contrat, il relève toujours de la compétence des juridictions civiles. Ce sera le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés qui aura la compétence d'ordonner le sursis à exécution en cas de saisine lors du délai de standstill, avant la conclusion du contrat.

La compétence de rendre un jugement au fond, en cas d'ordonnance de sursis à exécution, appartiendra au juge civil.

Il est à noter que les obligations d'information sont identiques à celles imposées aux autorités administratives, et que les dérogations au délai de suspension sont également applicables. L'entité adjudicatrice

catrice privée est également obligée de surseoir à la signature du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé. Pour ces raisons, il est rappelé que les articles afférents, à savoir les articles 5, 7 et 8 sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs privés.

En cas de contestations sérieuses, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise.

Article 22:

Cet article dispose que les deux lois actuellement applicables aux recours en matière de marchés publics sont abrogées.

Service Central des Imprimés de l'Etat

6119/01

N° 6119¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

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

* * *

AVIS DE LA COUR ADMINISTRATIVE

(25.3.2010)

Le présent avis fait suite à une demande afférente formulée le 12 février 2010 par Monsieur le Ministre de la Justice et ne porte que sur les dispositions prévues qui rentrent dans la sphère de compétence des juridictions de l'ordre administratif.

La Cour tient à préciser d'emblée que dès lors que l'avis qu'elle émet porte exclusivement sur des dispositions relatives à la modification du régime de la voie de référé existant devant la juridiction du président du tribunal administratif et de ses modalités de mise en oeuvre, elle considère ne pas entrer en conflit avec les dispositions de l'article 23 alinéa 1er de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, disposant qu'„*aucun membre de la Cour administrative ne pourra siéger dans des affaires ayant trait à l'application de dispositions légales ou réglementaires au sujet desquelles il a pris part à l'élaboration ... à quelque titre que ce soit (...)*“.

1. Les articles 3 et 4 de l'avant-projet de loi ont trait au „référé précontractuel“, c'est-à-dire aux mesures que le président du tribunal administratif peut prendre au cours de la procédure de mise en adjudication.

Il s'agit en fait de la reprise des articles 2 et 3 de la loi du 13 mars 1993. En ce qui concerne la nature juridique de la voie de recours y visée, il se dégage de la jurisprudence présidentielle qu'il fallait y voir une sorte de référé au fond, c'est-à-dire une voie de droit principale – non conditionnée par un recours au fond, à introduire préalablement ou concomitamment, comme c'est le cas dans le cadre de la procédure de référé telle qu'instituée par les articles 11 (effet suspensif du recours au fond) et 12 (mesures provisoires tendant à sauvegarder les intérêts des parties au recours au fond) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. Les mesures prises étaient considérées comme étant essentiellement des mesures définitives et non pas simplement provisoires.

Ceci étant, il convient de constater que l'article 3 de l'avant-projet de loi reprend de la loi de 1993 le terme générique de „mesures provisoires“ que le président du tribunal administratif peut être appelé à prendre pour corriger ou empêcher des violations du droit communautaire ou des dommages, notamment la suppression de spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires contenues dans les documents de l'appel à la concurrence.

Or, l'emploi du qualificatif „provisoire“ est de nature à provoquer des incertitudes quant à la nature – provisoire ou définitive – de la voie de référé instituée. En effet, d'un côté, la terminologie suggère la possibilité de voir remettre en cause les mesures ordonnées par le président. D'un autre côté, le terme employé se heurte au caractère essentiellement définitif notamment de la suppression de spécifications dans les documents de l'appel d'offres. Il conviendrait soit de prévoir et de distinguer entre mesures provisoires et mesures définitives, soit tout simplement de considérer l'ensemble des mesures présidentielles comme étant définitives.

Par ailleurs, l'avant-projet de loi reste muet quant à la force exécutoire de l'ordonnance présidentielle à intervenir et quant aux éventuelles voies de recours existant à son encontre, alors que la loi de 1993 prévoyait que l'ordonnance présidentielle était exécutoire et non susceptible de faire l'objet d'un recours. Il conviendrait de préciser ces points. – Il y a encore lieu de noter dans ce contexte que la loi

de 1993 précisait en son article 10 que le „*juge qui a connu de la demande d'effet suspensif du recours*“ ne pourra pas siéger au fond. C'est à bon escient que ce libellé n'a pas été repris, étant donné que s'il n'y a rien à objecter à ce que le président ou le juge le remplaçant siégeant en tant que juge de référé ne pourra pas siéger dans une éventuelle procédure dirigée contre la décision d'adjudication, il n'en reste pas moins que la terminologie employée impliquait à son tour des interrogations quant à la nature exacte du référé précontractuel.

Contrairement à la loi du 13 mars 1993, l'avant-projet de loi ne prévoit pas la possibilité d'un remplacement du président en cas d'empêchement. En vue d'une prompte évacuation des affaires, il serait utile que le texte soit amendé en ce sens.

2. En ce qui concerne l'article 6 de l'avant-projet de loi, la Cour note que le projet de loi table sur le constat qu'en matière de marchés publics, il se dégagerait de la jurisprudence relative à la condition de l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif, tel qu'énoncé par l'article 11 (2) de la loi du 21 juin 1999, que le moyen tiré de l'absence de pareil risque „*est toujours rejeté*“ et que les discussions ne portaient que sur la deuxième condition légale relative à l'exigence de moyens sérieux invoqués au fond (exposé des motifs page 5). Les auteurs du projet de loi qui paraissent s'accommoder avec cette vision des choses, tablant sur la prémisse de base que le risque de préjudice est en la matière toujours vérifié, se réfèrent par la suite tout simplement à l'article 11.

Ceci étant dit, force est non seulement de constater qu'il ne paraît pas être de la meilleure technique législative possible de faire une référence à une disposition exigeant la vérification d'une double condition, dès lors que l'on ne tient pour appropriée qu'une seule d'entre elles, il convient surtout d'insister sur ce que la jurisprudence récente ne va plus entièrement dans le sens de la jurisprudence constante antérieure (ord. prés. du 7 août 2009, No 25934 du rôle, rejet d'une requête de sursis à exécution, au motif de l'absence de vérification de l'exigence légale d'un préjudice grave et définitif), de sorte qu'il serait judicieux de prévenir toutes discussions sur ce point en exemptant expressément la vérification de la condition légale de l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif. La seule condition de l'intérêt à agir, applicable en vertu du droit commun, semble suffisante pour prévenir des recours abusifs.

3. De façon plus générale, la Cour se permet encore de relever que contrairement à ce que peut suggérer son intitulé, l'avant-projet de loi n'a pas pour vocation de régir „les recours en matière de marchés publics“, d'ailleurs même pas l'entière de la voie de référé administratif existant en matière de marchés publics, dès lors que, dans le cadre de la transposition de la directive 2007/66/CE, ne sont visés que les recours pour les marchés de grande envergure, tombant dans le champ d'application des directives européennes.

Or, la Cour donne à considérer que les constats faits par les instances communautaires au niveau des faiblesses des régimes de recours ne se limitent pas aux seuls marchés de grande envergure, mais que peuvent aussi être touchés les autres marchés publics, pour y être source de non moins de frustrations compréhensibles et que tel est notamment et plus particulièrement le cas en droit luxembourgeois au niveau de la lutte efficace contre d'éventuelles tentatives de rendre irréversibles les conséquences d'une décision d'attribution. S'il s'agit là certes essentiellement d'une considération d'opportunité politique, une réflexion sur la mise en place également d'une réglementation pour les marchés de moindre envergure, voire un régime uniforme pour tous les marchés publics, ne paraît point inutile. Il se pourrait même qu'une question d'égalité devant la loi se pose, car on peut, le cas échéant, se demander légitimement si la différence de traitement des soumissionnaires, en ce qui concerne la possibilité d'agir contre un cahier des charges inadéquat, selon que le marché est régi ou non par le droit communautaire, est rationnellement justifiée et conforme à l'article 10*bis* de la Constitution.

Ainsi délibéré en assemblée générale, le 25 mars 2010.

Le Président de la Cour administrative,
Georges RAVARANI

6119/02

N° 6119²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

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

* * *

**AVIS DU PRESIDENT DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT
DE LUXEMBOURG**

(14.4.2010)

Le présent avis fait suite à une demande afférente formulée le 12 février 2010 par Monsieur le Ministre de la Justice et transmise par Monsieur le Procureur Général d'Etat avec invitation à Monsieur le Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg de se prononcer en particulier sur la modification et l'élargissement des compétences des juridictions judiciaires et administratives.

Il y a lieu de préciser qu'indépendamment de la question de la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels, déjà actuellement applicable aux recours en matière de passation de marchés publics, l'avant-projet de loi soumis reprend très largement les dispositions de la directive 2007/66/CE (ci-après „la directive“) dont il assure la transposition. Dans ces conditions, le présent avis se limitera pour l'essentiel à commenter les extensions apportées aux compétences de notre juridiction et les difficultés soulevées par ces modifications, sans que les origines de ces difficultés ne soient analysées à tous les stades. Il convient de rajouter que la directive 2007/66/CE n'a pas d'existence autonome, mais qu'elle modifie les directives 89/665/CEE (article 1er de la directive) et 92/13/CEE (article 2 de la directive), qui hormis leur champ d'application sont quasiment identiques.

En rapport avec la question de la répartition de la compétence entre les deux ordres juridictionnels, il y a lieu de relever que l'article 2 de l'avant-projet de loi commenté opère partie de cette répartition par référence à l'article 56 de la loi sur les marchés publics. A cette fin il est précisé dans l'avant-projet de loi commenté que relève des juridictions administratives le contentieux afférent à des entités adjudicatrices qualifiées „d'autorités administratives“, alors que le contentieux afférent à des entités adjudicatrices qualifiées „d'entités adjudicatrices privées“ relève de la compétence des juridictions judiciaires. Force est néanmoins de constater qu'aucun de ces termes n'est utilisé audit article 56 qui définit une autre terminologie.

Il faut ensuite relever que l'avant-projet de loi commenté attribue systématiquement les nouvelles compétences au „Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés“, et non pas, tel que cela est actuellement le cas aux termes des articles 919 et suivants du nouveau code de procédure civile au „Président du Tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace“. Il s'agit là d'une nouvelle variante terminologique après celle utilisée par les articles 1017-1 et suivants du même code („le Président du Tribunal d'arrondissement“), dans le cadre de ce qui semblent être les compétences du juge des référés¹.

Afin d'éviter des débats sur la répartition des compétences, il pourrait s'avérer opportun d'harmoniser la terminologie employée en ces différents points.

¹ L'exigence de l'intervention du juge des référés figure notamment à l'article 2 § 1 point a) de l'article 1er de la directive: „Exigences en matière de procédures de recours; 1. Les Etats membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er prévoient les pouvoirs permettant: a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur; ...“.

Une des principales innovations prévues par l'avant-projet de loi commenté figure à son article 9 qui prévoit dans certains cas la possibilité pour le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés de déclarer un marché comme dépourvu d'effets. Le Président peut subordonner sa déclaration à une décision au fond établissant qu'une violation a été commise.

La privation d'effets d'un marché relève exclusivement de la compétence judiciaire, alors qu'elle intervient après la conclusion du marché.

Conformément aux exigences de la directive, cet article dispose que certaines violations des règles applicables aux marchés publics sont sanctionnées par la privation d'effets du marché. En vertu de l'article 10 de l'avant-projet de loi commenté, cette privation d'effets peut aller jusqu'à l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles conclues en exécution dudit marché. Il s'agit là d'une extension significative des pouvoirs et missions du Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juges de référés, qui en l'état actuel de la procédure civile ne prend en principe que des mesures provisoires ne préjudiciant pas au fond, alors qu'il ne procède pas à une analyse du fond du dossier². Le fait que le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés puisse soumettre la privation d'effets à une éventuelle décision au fond établissant qu'une violation a été commise, suggère que le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés n'examine pas non plus le fond du dossier lorsqu'il est saisi d'un recours aux fins de privation des effets d'un marché. Le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut donc prendre des mesures préjudiciant gravement au fond, car la privation d'effets d'un marché semble s'assimiler dans ses effets à une annulation et non pas à une simple suspension, alors qu'il ne procède pas à un examen approfondi de la cause tel que le fait le juge du fond.

Il peut être relevé que l'avant-projet de loi commenté ne précise pas, ni à l'article 9 ni à l'article 14, si la décision au fond visée est la décision d'annulation des juridictions administratives ou le recours en indemnisation devant les juridictions judiciaires, voire même si le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut soumettre la privation d'effets aux deux, alternativement ou conjointement. Cette question doit être mise en rapport avec la jurisprudence permettant d'obtenir des dommages et intérêts au judiciaire, sans annulation préalable de la décision administrative de la part des juridictions administratives³.

S'il est admis que la décision au fond visée est celle des juridictions judiciaires, dont le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés fait partie, la situation est d'autant plus paradoxale que ce dernier se voit dès lors attribuer des pouvoirs qui vont au-delà de ceux dont dispose le juge judiciaire au fond. En effet, une fois le contrat conclu, celui-ci ne peut plus être annulé par le juge judiciaire pour des motifs tenant à l'irrégularité de la procédure d'attribution du marché. Le juge judiciaire, saisi au fond, ne peut dans un tel cas, qu'octroyer des dommages et intérêts. Les pouvoirs du Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés vont en cela également au-delà de ceux du juge administratif saisi au fond, alors que l'annulation de la décision d'attribution du marché public que celui-ci peut prononcer reste sans influence sur le contrat civil qui s'en est suivi⁴.

Le fait pour le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés de soumettre la privation d'effets du marché à une décision au fond des juridictions judiciaires, oblige ainsi la partie exerçant un recours à introduire une action en dommages et intérêts, même si elle n'a, le cas échéant,

2 „... les mesures à prendre par le juge des référés étant des dispositions provisoires de nature à remédier à un état de crise conflictuelle, sans pour autant trancher le fond du litige ni fixer les droits des parties (J.Cl. Proc. civ. Vo Référé fasc. 233, 6, 1988, No 32) ...“ Cour 18 février 1992, No 13564 du rôle; „Par arrêt du 26 octobre 1983 (No du rôle 6515) la Cour a décidé que le juge des référés est compétent pour faire cesser une voie de fait, c.-à-d. un acte illégal portant préjudice à autrui et a précisé que le juge des référés peut fonder sa décision sur une situation de fait ou de droit qui n'est pas ou ne peut pas être sérieusement contestée. Il est constant que dans le cadre de l'article 807, alinéa premier du code de procédure civile la condition de l'urgence n'est plus requise. Même dans le cadre de l'article 807, alinéa 1er le juge des référés doit se déclarer incompétent pour statuer sur une contestation touchant au principal. L'examen de la validité de certaines clauses statutaires et réglementaires d'une a.s.b.l. et l'interprétation d'une décision du Tribunal d'honneur d'une fédération sportive quant à ses effets et à son bien-fondé amèneraient le juge des référés à trancher une question de fond. La décision d'un Tribunal d'honneur ne constituant pas une voie de fait définie comme étant un acte violemment et manifestement illégal, le juge des référés est incompétent pour connaître d'une demande tendant à l'annulation de pareille décision.“ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (référé) 29 mai 1985, No 528/85 du rôle.

3 „Procédure administrative contentieuse“, M. Feyereisen et al. éd. promoculture, No 506 et ss; et „La responsabilité des personnes privées et publiques“, G. Ravarani, Pasicrisie 2006, 2ème éd., No 192.

4 TA 23.10-01, No du rôle 16537.

pas encore subi de dommage eu égard à la rapidité de son intervention, simplement pour pouvoir obtenir la privation des effets. Si dès lors le juge du fond juge le recours non fondé, la privation d'effets ne sortira pas ses effets. Il en va autrement des pénalités financières que le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés doit imposer au cas où il limite la privation d'effets à l'avenir. Il n'est pas précisé si l'administration de l'enregistrement et des domaines devra restituer les pénalités perçues en cas de non-condamnation au fond de l'adjudicateur, étant entendu que l'absence de condamnation au judiciaire peut trouver sa source dans d'autres causes que l'absence de violation de la loi. Cette question se pose également si le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés ne soumet pas la décision de privation d'effets à une décision au fond. Dans ce cas, l'avant-projet de loi commenté ne précise pas ce qu'il advient du marché au cas où le juge du fond conclut à l'absence de violation de la loi. La décision de privation d'effets est-elle alors mise à néant? Si tel n'est pas le cas, la décision jugée non fondée du Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés aura produit son principal effet, la mise à néant du marché. Si à l'inverse la décision du juge du fond prive d'effets la décision du Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, il se pose la question du devenir du nouveau contrat le cas échéant conclu après la privation d'effets du marché⁵. Il faut encore relever qu'au cas où le demandeur au recours décide de ne pas poursuivre une action au fond afin d'obtenir des dommages et intérêts, à laquelle il pourrait, notamment au vu des incertitudes prémentionnées, ne pas avoir d'intérêt⁶, la décision du Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés serait donc de fait définitive, alors que le défendeur au recours n'a pas la possibilité d'introduire une demande en dommages et intérêts⁷, et ce nonobstant le fait que le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés n'a pas procédé à un examen du fond de la cause.

Force est néanmoins de constater que, tel que l'avant-projet est actuellement rédigé, il appartient au Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés de déclarer un marché dépourvu d'effets et d'apprécier ensuite les conséquences du constat de l'absence d'effets du marché. Il faut en déduire que le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés n'a pas, en droit, de pouvoir d'appréciation sur cette privation d'effets, mais qu'il doit la constater si les conditions en sont remplies, sauf le cas de l'article 11. Néanmoins, en fonction de l'appréciation de ce magistrat, le marché privé d'effets dépliera tout de même au moins une partie de ses effets. A ce sujet il y a lieu de relever l'ambiguïté articulant les deux paragraphes de l'article 10. Le premier laissant au juge la faculté d'apprécier les conséquences du constat de l'absence d'effets, le second énonçant deux alternatives, sans qu'il n'en ressorte si ces possibilités sont exhaustives ou exemplatives⁸.

L'examen de „*tous les aspects pertinents*“ pour constater „*que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus*“ prévu à l'article 11 de l'avant-projet de loi commenté, suggère quant à lui la faculté pour le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés de procéder à un examen du fond de la cause. La liste particulièrement vaste des raisons à prendre en compte⁹, confrontée au manque de précision des critères d'appréciation, ne sont pas de nature à assurer la sécurité juridique.

L'article 12 de l'avant-projet de loi commenté exclut la privation d'effets pour les marchés à propos desquels la violation de l'article 9 point a) a été commise par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en estimant que les exigences y posées ne s'appliquaient pas. Si cette „*estimation*“¹⁰ ne doit

5 cf. avant l'avant-projet de loi soumis; commentaire des articles; article 10 dernier alinéa.

6 „La responsabilité des personnes privées et publiques“, G. Ravarani, Pasicrisis 2006, 2ème éd., No 193.

7 Cette observation devrait d'ailleurs s'appliquer pareillement au recours devant les juridictions administratives.

8 Le commentaire des articles tend à indiquer que cette alternative est exhaustive. cf. avant l'avant-projet de loi soumis; commentaire des articles; article 10 premier alinéa.

9 cf. avant l'avant-projet de loi soumis; commentaire des articles; article 11: „*l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national, et la politique vétérinaire*“.

10 Même si le terme „estime“ est repris de l'article 2quinquies § 4 des articles 1er et 2ème de la directive.

pas être étayée par des éléments objectifs, et dans la mesure où il faut partir du principe que les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices sont respectueuses de la loi, il faut assumer que la violation de la loi intervenue est toujours causée, sauf le cas de négligence, dans la croyance erronée du respect de la loi. Dès lors, il ne peut jamais dans le cas de figure de la violation de l'article 9 point a) susmentionné y avoir de privation d'effets, sauf preuve de la mauvaise foi des pouvoirs adjudicateurs.

Ni l'article 12, ni l'article 13 de l'avant-projet de loi commenté ne précisent si les conditions d'exclusion de la privation d'effets de l'article 9 qu'ils prévoient, sont cumulatives ou alternatives, même si on peut penser qu'elles sont cumulatives¹¹.

Les observations relatives à la notion „*d'estimation*“ s'appliquent mutatis mutandis à l'article 13 de l'avant-projet de loi commenté.

Les observations faites au sujet des articles 9 et 10 s'appliquent également mutatis mutandis à l'article 14 de l'avant-projet de loi commenté. Pour l'application de cet article se pose la question supplémentaire de l'intérêt que peut avoir une personne lésée au sens de l'article 1er de l'avant-projet de loi commenté, de recourir à cette procédure en cas de marché à exécution instantanée, ou en cas de marché déjà exécuté. En effet cet article ne prévoit comme sanctions que l'imposition de sanctions financières au bénéfice de l'Etat et l'abrégement de la durée du marché. Or, cette deuxième sanction n'a pas de sens en cas de marché à exécution instantanée, ou en cas de marché déjà exécuté. Quant à la première sanction, elle ne présente pas d'intérêt pour un soumissionnaire particulier. Cet article risque dès lors de ne pas trouver d'application pour ces marchés. Cette question est dès lors à mettre en relation avec l'exigence d'effectivité et de dissuasion posée par la directive.

Il est à noter que l'imposition de sanctions financières peut être subordonnée à une décision au fond établissant la violation commise, mais non pas l'abrégement du marché.

Le point b) de l'article 15 dispose que le recours prévu à l'article 9 est, dans certaines conditions, possible jusqu'à 6 mois après la conclusion du contrat. Or, le recours en annulation contre un acte administratif à caractère réglementaire¹² n'est en principe possible que pendant 3 mois. La décision sur un recours prévu à l'article 9, qui peut potentiellement être soumise quant à ses effets au recours en annulation prémentionné, peut partant intervenir alors même que la décision à laquelle son efficacité peut être soumise, ne peut plus intervenir.

L'article 16 instaure une disposition, non prévue par la directive, permettant au Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés d'octroyer une indemnité à l'adjudicateur en cas de recours téméraire et vexatoire. En droit commun le juge des référés ne dispose pas de cette faculté, alors qu'il n'examine pas le fond de la cause¹³. De surcroît l'article 16 ne précise pas si cette possibilité lui est accordée au cours de l'instance prévue par l'article 14, ou même postérieurement à une telle instance, voire postérieurement à une instance au fond. Hormis la dernière hypothèse, qui ne paraît pas celle envisagée au regard de l'emplacement de cette disposition dans l'avant-projet de loi commenté, cette faculté d'indemnisation pose la question du devenir, et/ou de la crédibilité, de cette condamnation pour recours téméraire et vexatoire, en cas de condamnation au fond de l'adjudicateur.

A l'article 19, une disposition reprise littéralement de l'article 4 de l'article 1er et de l'article 12 de l'article 2 de la directive, impose aux Etats membres d'informer la Commission des décisions que „*leurs*“ instances de recours ont prises. Transposé en droit national, cette disposition devrait être modifiée, en „*les*“ ou en un terme renvoyant au même sens, alors que ce ne sont pas les instances de recours de l'autorité transmettant les décisions à la Commission, mais celles de l'Etat membre, dont les décisions doivent être transmises.

L'article 20, relatif aux marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, reprend pratiquement au mot près les dispositions de la loi du 27 juillet 1997. Il n'en reste pas moins que les pouvoirs attribués au Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés requièrent un examen de la cause qui ne peut être

11 Il semble ressortir des commentaires des articles 12 et 13 qu'il s'agit de conditions cumulatives. Les articles en question reprennent littéralement la structure des articles 2quinquies § 4 et 5 des articles 1er et 2ème de la directive.

12 „Procédure administrative contentieuse“, M. Feyereisen et al. éd. promoculture, page 504.

13 „Le juge des référés appelé à prendre une mesure provisoire ne saurait connaître d'une demande en allocation de dommages-intérêts pour procédure vexatoire, l'examen d'une telle demande impliquant l'appréciation de la notion de faute, partant du fond du droit.“ Cour 18 juin 1991, 28, 221.

sommaire et dépassant l'évident et l'incontestable¹⁴, pouvant même exiger des mesures d'investigation nécessitant le recours à des techniciens ou à des consultants¹⁵. Il est le pendant, pour les adjudicateurs auxquels il s'applique, de l'article 3 de l'avant-projet de loi commenté, relativement aux autres adjudicateurs. Force est néanmoins de constater que ces deux articles ne sont pas identiques, l'article 20 de l'avant-projet de loi commenté reprend les dispositions de l'article 2 § 1 a) et b) de la directive 92/13/CEE en remplaçant toutefois le „et“ joignant les points a) et b) dudit article par un „notamment“, ce qui n'est pas neutre. Alors que l'article 3 de l'avant-projet de loi commenté reprend, en y ajoutant la limite ci-dessous évoquée, les dispositions de l'article 2 § 1 a) et b) de la directive 89/665/CEE, mais en supprimant les termes „ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur“. Outre ces différentes modifications, le résultat principal de cette disparité est que l'article 3 de l'avant-projet de loi commenté limite la suspension de la procédure de passation du marché à la prise des mesures de correction ordonnées, alors que l'article 20 de l'avant-projet de loi commenté ne prévoit pas cette limite, de sorte qu'il laisse une incertitude qui devra le cas échéant être tranchée par les tribunaux.

Par ailleurs, l'exécution de l'ordre de paiement émis par le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés en application du point b) de l'article 20, est soumise à la perpétuation ou à la réalisation de l'infraction qu'il a constatée (ce qui est paradoxal, alors que la violation doit déjà être constatée au moment de l'émission de l'ordre de paiement, seule la référence à la perpétuation est dès lors pertinente) postérieurement à l'émission de l'ordre de paiement. Il n'est ni précisé si cette exécution requiert un retour par devant le juge ayant émis l'ordre de paiement aux fins de constater la perpétuation de l'infraction ni comment cette disposition s'articule avec la possible soumission de ce paiement à une décision au fond.

Contrairement à l'article 9 de l'avant-projet de loi commenté, l'imposition de sanctions financières peut ici être soumise par le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, à une décision au fond constatant qu'une violation a été commise. Concernant les problèmes soulevés par cette soumission et sa possibilité, il est renvoyé aux observations faites sous l'article 9 de l'avant-projet de loi commenté.

Le § 2 de l'article 20 permet au Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés de ne pas prendre les mesures prévues au § 1: „en tenant compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public (le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés) peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages“. Ces critères particulièrement larges pour apprécier une conséquence simplement potentielle, permettent de fait au Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés de ne jamais prendre les mesures prévues au § 1.

L'article 21 de l'avant-projet de loi commenté précise que lorsque le sursis à exécution est prononcé, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise. Or, le sursis à exécution est facultatif. Cela signifie-t-il que si le sursis n'est pas prononcé, une décision au fond ne peut plus intervenir pour établir qu'une violation a été commise?

Cet article renvoie, pour les délais endéans lesquels la requête aux fins d'un sursis à exécution doit intervenir, à l'article 5. L'article 5 prévoit deux alternatives relativement à la durée du délai durant lequel le sursis peut être requis (aux termes duquel le contrat peut être conclu). Ce délai est de 10 respectivement de 15 jours à compter du lendemain de la notification de la décision selon le mode de notification choisi. Les articles 2bis § 2 des articles 1er et 2ème de la directive prévoient une troisième faculté: „ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché“, sans qu'il ne soit toutefois précisé si cette faculté est alternative ou inclusive¹⁶. Dans la deuxième hypothèse les dispositions prévues ne satisferaient pas aux exigences de la directive.

14 „Le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable.“ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (référé) 8 novembre 2002, No 78204.

15 P. ex.: suppression de spécifications techniques économiques ou financières, modification des cahiers des charges, émission d'un ordre de paiement d'une somme de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction ...

16 Les articles 2quater des articles 1er et 2ème de la directive utilisent en effet le terme „soit“, terme exclusivement alternatif, en rapport avec le délai d'introduction du recours, là où les articles 2bis § 2 et 1 § 5 des articles 1er et 2ème de la directive, au contenu par ailleurs similaire, utilisent le terme „ou“, susceptible d'une interprétation inclusive.

Les dispositions actuellement en vigueur sont abrogées par l'article 22, alors qu'il ne peut être exclu que des procédures soient en cours, alors que le projet de loi ne prévoit pas de dispositions transitoires. Ainsi la question risque-t-elle notamment de se poser pour un marché conclu avant l'entrée en vigueur du présent avant-projet de loi, mais pour lequel un recours tendant à la privation d'effets serait possible après son entrée en vigueur.

A titre de conclusion, et même si, de l'avis de l'autorité requérant le présent avis, les recours actuellement possibles devant les juridictions judiciaires n'ont connu qu'une faible application, l'extension considérable des missions et des pouvoirs du Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, prévus par l'avant-projet de loi commenté, ainsi que la rapidité de cette procédure et l'efficacité potentielle pour le recourant des mesures que peut prononcer ce juge, est susceptible d'engendrer un accroissement considérable de ce contentieux devant cette juridiction, qui, combiné à l'extension des missions attribuées, est susceptible d'engendrer un engorgement de nature à priver le référé de sa célérité.

Service Central des Imprimés de l'Etat

6119/03

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

Service Central des Imprimés de l'Etat

6119/04

N° 6119⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

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

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Amendements adoptés par la Commission du Développement durable</i>	
1) Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat (8.7.2010).....	1
2) Texte coordonné.....	3

*

**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(8.7.2010)

Monsieur le Président,

Me référant à l'article 19 (2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, j'ai l'honneur de vous soumettre ci-après une série d'amendements au projet de loi sous rubrique, amendements adoptés par la Commission du Développement durable lors de sa réunion du 8 juillet 2010.

Je vous joins, à titre indicatif, un texte coordonné tenant compte de ces propositions d'amendements de la Chambre des Députés et des suggestions du Conseil d'Etat que la Commission a faites siennes.

*

Amendement I

Les articles 3 et 4 se liront comme suit:

Art. 3. *Le président du tribunal administratif peut prendre par voie de référé des mesures ayant pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.*

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. (1) *Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.*

(2) *Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir, à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.*

(3) L'ordonnance est exécutoire dès sa notification. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

(4) En cas d'empêchement du président du tribunal administratif, il est remplacé par un membre du tribunal administratif.

Commentaire de l'amendement I

La Commission du Développement durable tient compte de l'observation faite par la Haute Corporation en ce qui concerne l'ambiguïté créée dans cet article par les termes „mesures provisoires“ et elle retient rayer le mot „provisoire“ dans les articles 3 et 4.

De même elle tient à préciser dans l'article 4 que l'ordonnance est exécutoire dès sa notification, et qu'elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

Finalement, comme recommandé par le Conseil d'Etat, elle ajoute un nouveau paragraphe à l'article 4 qui précise qu'en cas d'empêchement du président du tribunal administratif, il est remplacé par un membre du tribunal administratif.

Afin de garantir la lisibilité, l'article 4 est constitué de 4 paragraphes.

*

Amendement II

L'article 10 se lira comme suit:

Art. 10. *Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont laissées à l'appréciation du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.*

L'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles est possible, mais la portée de l'annulation peut également être limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés devra imposer des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).

Commentaire de l'amendement II

La Commission du Développement durable tient à préciser que le juge visé à l'alinéa (2) de cet article est également le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés et propose d'amender l'article en ce sens.

*

Amendement III

L'article 12 se lira comme suit:

Art. 12. *L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue par l'article 9, point a) est exclue si:*

- *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics,*
- *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis de transparence ex ante volontaire exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 18, et*
- *le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au Journal officiel de l'Union européenne.*

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités des articles 6 ou 21, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Commentaire de l'amendement III

La Commission du Développement durable, en tenant compte de l'observation faite par la Haute Corporation en ce qui concerne l'article 13, décide d'amender dans ce même sens l'article 12 afin de garder une analogie dans le texte.

Amendement IV

L'article 19 se lira comme suit:

Art. 19. *Une autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal communique chaque année à la Commission européenne le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que les instances de recours ont prises conformément à l'article 11.*

Commentaire de l'amendement IV

La Commission du Développement durable tient compte de l'observation faite par la Haute Corporation et remplace „leurs“ par „les“.

*

Au nom de la Commission du Développement durable, je vous saurais gré de bien vouloir m'envoyer l'avis du Conseil d'Etat sur les amendements exposés ci-dessus dans les meilleurs délais.

Copie de la présente est envoyée pour information au Ministre du Développement durable et des Infrastructures, au Ministre délégué au Développement durable et aux Infrastructures et à la Ministre aux Relations avec le Parlement.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Président de la Chambre des Députés,
Laurent MOSAR

*

TEXTE COORDONNE**PROJET DE LOI****instituant les recours en matière de marchés publics****Chapitre I – Dispositions générales**

Art. 1er. La présente loi s'applique aux marchés visés par les livres II et III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, dénommée ci-après par „la loi sur les marchés publics“, sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 24 à 32, de l'article 59, paragraphe (2), des articles 70 à 78, des articles 80 et 81 et de l'article 89 de cette même loi.

Les marchés visés à l'alinéa 1er incluent les marchés publics, les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords-cadres et les concessions de travaux publics visés par les livres II et III de la loi sur les marchés publics.

Les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

Art. 2. Les dispositions des articles 3, 4 et 6 sont uniquement applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2 de la loi sur les marchés publics et aux entités adjudicatrices visées par l'article 56 de cette même loi qui sont des autorités administratives.

Les dispositions des articles 20 et 21 sont uniquement applicables aux entités adjudicatrices privées visées par l'article 56 de la loi sur les marchés publics.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi en ce qui concerne le règlement de procédure des juridictions administratives, les dispositions de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives sont applicables.

Les requêtes en référé devant le président du tribunal administratif prévues aux articles 3 et 6 de la présente loi doivent être signifiées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visée de manière parallèle au dépôt au greffe du tribunal.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi, les recours qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont réglés par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile.

Art. 3. Le président du tribunal administratif peut prendre par voie de référé des mesures ayant pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. (1) Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(2) Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir, à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

(3) L'ordonnance est exécutoire dès sa notification. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

(4) En cas d'empêchement du président du tribunal administratif, il est remplacé par un membre du tribunal administratif.

Art. 5. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

Art. 6. Le président du tribunal administratif peut être saisi endéans les délais prévus à l'article 5 conformément à l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Art. 7. La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 197 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, sous réserve des dispositions de l'article 198 de ce même règlement pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre II de la loi sur les marchés publics, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des

motifs pertinents visés à l'article 308, alinéa (1) du règlement grand-ducal précité sous réserve des dispositions de l'article 308, alinéa (2).

- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable.

Art. 8. Les délais visés à l'article 5 ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si une publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* n'est pas obligatoire;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 5 est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 46 de la loi sur les marchés publics.

Lorsque la dérogation visée au point c) est invoquée, le marché en cause est déclaré comme dépourvu d'effets conformément aux articles 9 à 11 et 15:

- s'il y a violation de l'article 221, alinéa (2), second tiret du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics
et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils d'application du livre II de la loi sur les marchés publics.

Art. 9. Un marché est déclaré dépourvu d'effets par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés:

- a) si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics;
- b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions des livres II ou III du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 8, point c), deuxième alinéa.

La décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond établissant qu'une violation a été commise.

Art. 10. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont laissées à l'appréciation du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

L'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles est possible, mais la portée de l'annulation peut également être limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, **le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés** devra imposer des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).

Art. 11. Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés à l'article 9, s'il constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés doit imposer des sanctions financières, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de

passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

Art. 12. L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue par l'article 9, point a) est exclue si:

- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics,
- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence ex ante volontaire exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 18, et
- le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au Journal officiel de l'Union européenne.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités des articles 6 ou 21, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 13. 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:

- le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à l'article 221, alinéa (2), second tiret du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics,
- le pouvoir adjudicateur a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 7, premier tiret, et
- la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités de l'article 6, le pouvoir adjudicateur est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 14. (1) En cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou de l'article 21, sans que les conditions d'application de l'article 9, point b) ne soient remplies, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prononce des sanctions de substitution.

(2) Les sanctions de substitution pouvant être prononcées suivant l'article 10, alinéa (2) et suivant l'article 14, paragraphe (1) doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Elles consistent:

- à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou
- à abréger la durée du marché.

Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés tient compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l'article 10 la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

Dans l'hypothèse où une pénalité financière est imposée, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés émet un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins de cet article.

Art. 15. (1) L'introduction d'un recours en application de l'article 9 doit intervenir:

- a) avant l'expiration d'un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où:
 - le pouvoir adjudicateur a publié l'avis d'attribution du marché conformément aux articles 172 à 181 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée sur les marchés publics, voire conformément aux articles 274 à 283 de ce même règlement pour les entités adjudicatrices, à condition que cet avis contienne la justification de la décision d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou
 - le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion d'un accord-cadre ou de l'adjudication d'un marché, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs tel que prévu à l'article 7. Ce délai s'applique également aux cas visés à l'article 8, point c);
- b) avant l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté les dispositions du point a).

Art. 16. En cas de recours téméraire et vexatoire, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut, à la demande du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, octroyer une indemnité adéquate, dont le montant total ne peut en aucun cas dépasser 5 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

Art. 17. Tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice autre que l'Etat qui a fait l'objet d'une notification de la Commission européenne, en application de l'article 3 de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures de travaux, ou en application de l'article 8 de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, est tenu de fournir à l'autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal, dans les dix jours de la notification, tous les documents et renseignements nécessaires à l'élaboration de la communication à faire en application des directives précitées.

Art. 18. L'avis de transparence ex ante volontaire visé à l'article 12, deuxième tiret, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice.

Art. 19. Une autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal communique chaque année à la Commission européenne le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que les instances de recours ont prises conformément à l'article 11.

Chapitre II – Règles particulières applicables aux recours en matière de passation de marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Art. 20. (1) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut soit

- a) prendre des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice. Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis du marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause; soit
- b) prendre toutes mesures autres que celles prévues au point a), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; il peut notamment émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, en tenant compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(3) La somme à verser conformément au paragraphe (1), point b) doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a bien été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

(4) L'assignation en référé prévue par le paragraphe (2) doit se faire avant la décision d'adjudication par l'entité adjudicatrice. La requérante notifie par voie d'huissier à l'entité adjudicatrice l'assignation en référé.

(5) L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

Art. 21. Dans les hypothèses et délais prévus à l'article 5, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut ordonner le sursis à exécution de la conclusion du contrat par une entité adjudicatrice.

Les dispositions des articles 5, 7 et 8 doivent être respectées par les entités adjudicatrices.

L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la signature du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Lorsque le sursis à exécution est prononcé, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise.

Chapitre III – Dispositions finales

Art. 22. La loi modifiée du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics et la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglemen-

taires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications sont abrogées.

Art. 23. (1) La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial.

(2) Les procédures comportant publication d'un avis, publiées avant la date d'entrée en vigueur, et à défaut de publication d'un avis, les invitations à présenter une candidature ou à remettre une offre, lancées avant la date d'entrée en vigueur, demeurent soumises aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation.

Service Central des Imprimés de l'Etat

6119/05

N° 6119⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

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

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(16.7.2010)

Par dépêche du 8 juillet 2010, le Président de la Chambre des députés, en se référant à l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, a saisi ce dernier d'une série d'amendements se rapportant au projet de loi mentionné en exergue. Ces amendements, pris sur initiative de la commission du Développement durable, étaient accompagnés de brefs commentaires ainsi que d'un texte coordonné.

Les modifications proposées répondent largement à des observations présentées dans l'avis du 29 juin 2010 du Conseil d'Etat.

Seuls les textes proposés comme nouveaux alinéas 3 et 4 de l'article 4 (amendement I) donnent lieu aux observations suivantes:

En ce qui concerne l'alinéa 3, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec la première phrase. Quant à la seconde phrase („Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.“), il en recommande l'abandon. Il est vrai que la loi du 13 mars 1993 prévoyait que l'ordonnance présidentielle était exécutoire et non susceptible de faire l'objet d'un recours, mais cette loi était bien antérieure à la création des juridictions administratives qui sont structurées de façon à rendre possible l'appel. La possibilité d'interjeter appel contre la décision du juge du référé est manifestement dans l'intérêt du justiciable. L'abandon de la deuxième phrase aurait pour effet de faire place au fonctionnement des règles procédurales ordinaires devant les juridictions administratives.

L'alinéa 4 proposé par la commission de la Chambre des députés pourrait à son tour être abandonné, et l'effet voulu pourrait être obtenu moyennant léger changement à apporter à l'article 3, première phrase du premier alinéa, qui devrait se lire comme suit dans l'intérêt de l'alignement du libellé à l'article 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives:

„Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but ...“

Pour ce qui est du remplacement du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, par un juge, le Conseil d'Etat estime que la situation est réglée par le Nouveau Code de procédure civile et qu'il serait superfétatoire de mentionner aux articles 9, 10, 11, 14 et 16 derrière la formule „... le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés ...“, la formule complémentaire „... ou le juge qui le remplace, ...“. Si toutefois la Chambre des députés devait décider de retenir la formule complémentaire dans le texte de chacun des articles mentionnés ou dans une formule générale ayant le même but, le Conseil d'Etat peut marquer dès à présent son accord avec la solution retenue.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 juillet 2010.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges SCHROEDER

Service Central des Imprimés de l'Etat

6119/07

N° 6119⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

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

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION DU DEVELOPPEMENT DURABLE

(23.7.2010)

La Commission se compose de: M. Fernand BODEN, Président; M. Léon Gloden, Rapporteur; M. François BAUSCH, Mme Anne BRASSEUR, MM. Lucien CLEMENT, Fernand DIEDERICH, Fernand ETGEN, Mme Marie-Josée FRANK, M. André HOFFMANN, Mme Lydia MUTSCH, MM. Roger NEGRI, Marcel OBERWEIS et Marc SPAUTZ, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

En date du 4 mars 2010, le Ministre du Développement durable et des Infrastructures a déposé le projet sous rubrique à la Chambre des Députés.

Le texte était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis de la Cour administrative est parvenu à la Chambre des Députés en date du 20 avril 2010 et l'avis du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg est parvenu à la Chambre des Députés en date du 2 juin 2010.

Lors de sa réunion du 9 juin 2010, la Commission du Développement durable a désigné Monsieur le Député Léon Gloden comme rapporteur.

Le Conseil d'Etat a rendu son avis en date du 29 juin 2010.

Au cours de sa réunion du 8 juillet 2010, la Commission du Développement durable a examiné le projet de loi et a adopté plusieurs amendements parlementaires, à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat. Ce dernier a rendu son avis complémentaire en date du 16 juillet 2010.

En date du 19 juillet 2010, la Commission a procédé à l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat. En date du 23 juillet 2010, elle a adopté une nouvelle série d'amendements parlementaires. Elle a également adopté le présent rapport, sous réserve que la Haute Corporation se déclare d'accord avec les amendements formulés.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES**A. Situation légale et réglementaire actuelle**

Les voies de recours en matière de marchés publics font depuis 1989 l'objet de directives européennes, différentes de celles réglant et coordonnant l'attribution des marchés publics, en l'occurrence la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, transposées en droit national par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Ainsi la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, transposée en droit national par la loi du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive 89/665, et la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, transposée en droit national par la loi du 27 juillet 1997 règlent actuellement les recours pour les marchés publics.

Il fut constaté à l'époque que certaines des exigences de ces directives étaient déjà remplies en droit luxembourgeois, et que d'autres devaient encore être transposées.

Le projet de loi sous rubrique, en reprenant les voies de recours fixées par les deux lois susmentionnées dans la mesure qu'elles ont été reprises par 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, détaille les voies de recours et introduit la possibilité de voir déclarer un marché dépourvu d'effet.

Il y a lieu de préciser que le présent projet de loi ne modifie ni le champ d'application de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, ni les règles de procédure prévues par cette même loi.

B. Lignes directrices de la nouvelle législation

Le système juridictionnel du Luxembourg en matière de marchés publics suffit à certaines exigences communautaires dans la mesure que des recours en annulation sont possibles devant les juridictions administratives et que le droit à dédommagement du préjudice subi peut être invoqué devant les juridictions civiles.

Les exigences supplémentaires introduites par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, et par la directive 2007/66/CE sont transposées par le biais du présent projet de loi:

1. Contrôle préventif en amont de la conclusion du contrat

Cette exigence, déjà prévue actuellement par les directives 89/665 et 92/13, donne la possibilité aux opérateurs économiques d'introduire par voie de référé un recours déjà avant toute décision d'adjudication, afin de corriger des irrégularités au niveau des dossiers de soumission.

2. Délai de suspension (stand-still)

Le projet de loi prévoit un délai de suspension entre la décision d'adjudication et la conclusion du marché, afin que des opérateurs dont l'offre a été écartée à tort, puissent faire valoir utilement leur droit de recours sans que l'exécution du marché n'ait déjà commencé. Ce délai a déjà été prévu par le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et est déjà actuellement appliqué aux procédures des marchés publics.

3. Absence d'effets des marchés passés en violation de certaines obligations en matière de marchés publics

Une grande nouveauté, afin de faire respecter plusieurs exigences procédurales en matière de marchés publics, consiste dans le fait que les contrats conclus en violation de ces obligations peuvent être déclarés comme sans effet par le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés. Il s'agit d'une exigence de la directive 2007/66 qui va dans le sens de sanctions à qualifier de sévères, mais efficaces en cas de non-respect des exigences légales et réglementaires en la matière. Ainsi, un contrat conclu dans la violation de ces dispositions pourra être annulé et ne produira plus d'effets. Cette faculté est cependant limitée à certains cas de figure bien précis. En plus, le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, dispose de la faculté de considérer des raisons impérieuses d'intérêt général et de prononcer uniquement des sanctions de substitution. Le juge des référés pourra ainsi par ordonnance abréger la durée du marché, voire encore prononcer des sanctions financières.

4. *Publicité ex ante en cas de recours à la procédure négociée sans publication d'avis*

Le projet de loi prévoit la sanction de l'absence d'effets pour les contrats conclus sous forme de procédure négociée sans publication d'avis, dans l'hypothèse que le recours à cette procédure ne soit autorisé par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Afin de pouvoir échapper au risque d'une telle sanction, le projet de loi prévoit la possibilité de conférer à un tel marché une publicité ex ante, permettant à des opérateurs économiques potentiellement intéressés de se faire connaître avant que le marché ne soit définitivement attribué, et pouvant empêcher ainsi une attribution sans mise en concurrence.

C. Analyse des avis rendus

1. *Avis de la Cour administrative et du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg*

Les deux avis proposent plusieurs améliorations de texte, notamment en ce qui concerne le référé précontractuel devant le Président du Tribunal administratif. Il en est tenu compte dans la mesure où le Conseil d'Etat se rallie également à ces avis.

2. *Avis du Conseil d'Etat*

La Haute Corporation tient à préciser qu'en raison de l'urgence, elle rend son avis sans que les avis des Chambres professionnelles aient été rendus.

Le Conseil d'Etat relève que le projet de loi „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 qui en résultera“.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat note que les modifications proposées répondent largement à des observations présentées dans son avis du 29 juin 2010.

D. Commentaire des articles

Le texte qui a été retenu par la Commission du Développement durable tient dans la mesure du possible compte de l'avis du Conseil d'Etat. A quelques endroits du texte, la Commission a décidé de suivre la directive au lieu de l'avis du Conseil d'Etat, afin de garantir que les dispositions des directives soient transposées correctement.

Il est à préciser que sous les articles 6 à 8, le Conseil d'Etat a fait la remarque que l'intitulé correct de la loi sur les marchés publics est „la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics“, pour la raison que cette loi vient effectivement de faire l'objet d'une modification. La Commission du Développement durable décide partant de redresser cette erreur dans tous les articles qui mentionnent cette loi ou son règlement d'exécution.

Article 3

La Commission du Développement durable tient compte de l'observation faite par le Conseil d'Etat en ce qui concerne l'ambiguïté produite par le terme „mesure provisoire“, et décide de biffer le terme „provisoire“, alors que les mesures prises, consistant dans des corrections des dossiers de soumissions, ont au niveau de la procédure de mise en adjudication un caractère définitif. Cette modification est transmise en date du 8 juillet 2010 sous forme d'amendement parlementaire au Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 4

La Commission du Développement durable tient compte des observations formulées par l'avis de la Cour administrative et le Conseil d'Etat, et formule un amendement parlementaire.

Cet article comprendra désormais 4 paragraphes, les deux premiers paragraphes contenant les dispositions telles qu'elles se trouvent dans le texte initial, tout en rayant le terme „provisoire“ dans la notion „mesures provisoires“.

Un troisième paragraphe précisera que l'ordonnance est exécutoire dès sa notification et qu'elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

Le quatrième paragraphe prévoit, comme recommandé par le Conseil d'Etat, qu'en cas d'empêchement du président du tribunal administratif, il sera remplacé par un membre du tribunal administratif.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat note que:

- En ce qui concerne l'alinéa 3, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec la première phrase. Quant à la seconde phrase („Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.“), il en recommande l'abandon. Il est vrai que la loi du 13 mars 1993 prévoyait que l'ordonnance présidentielle était exécutoire et non susceptible de faire l'objet d'un recours, mais cette loi était bien antérieure à la création des juridictions administratives qui sont structurées de façon à rendre possible l'appel. La possibilité d'interjeter appel contre la décision du juge du référé est manifestement dans l'intérêt du justiciable. L'abandon de la deuxième phrase aurait pour effet de faire place au fonctionnement des règles procédurales ordinaires devant les juridictions administratives.
- L'alinéa 4 pourrait à son tour être abandonné, et l'effet voulu pourrait être obtenu moyennant léger changement à apporter à l'article 3, première phrase du premier alinéa, qui devrait se lire comme suit dans l'intérêt de l'alignement du libellé à l'article 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives:

„Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but ...“.

La Commission décide de suivre ces suggestions, en adaptant les articles 3 et 4.

Articles 6 à 8

La Commission du Développement durable décide, en ce qui concerne ces deux articles, de ne pas tenir compte de la suggestion du Conseil d'Etat en vertu de laquelle le président du Tribunal d'arrondissement disposerait également de la possibilité de se faire remplacer par un juge en cas d'empêchement.

La Commission du Développement durable a introduit des amendements parlementaires aux articles 7 premier tiret et 8 c) premier tiret, de même qu'aux articles 9 b), 13 premier tiret et 15 a) premier tiret du présent projet de loi, adoptés au cours de sa réunion du 23 juillet 2010. Elle a en effet constaté que „*Contrairement aux références à des actes d'une intensité normative supérieure ou égale, qui sont à assortir de l'intitulé exact des actes visés, le renvoi à des actes d'une intensité normative inférieure doit, en principe, se limiter à indiquer leur nature, ceci en raison du principe de la hiérarchie des normes juridiques qui impose le parallélisme des formes.*“ (Traité de légistique formelle, Marc Besch, Publication du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg). Dès lors, dans un souci de respect de la hiérarchie des normes juridiques, la Commission du Développement durable a décidé de biffer dans les articles 7 premier tiret, 8 c) premier tiret, de même qu'aux articles 9 b), 13 premier tiret et 15 a) premier tiret du présent projet de loi, toute référence au règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et d'y insérer la description des procédures ou situations visées aux articles de ce règlement grand-ducal qui furent cités dans les articles précités du présent projet de loi.

Article 9

Après explications fournies par Monsieur le Ministre du Développement durable et des Infrastructures, la Commission du Développement durable prend note que le renvoi aux articles 4 alinéa (2), 5, 6, 20 paragraphe (5) ou 21 constitue un renvoi à des articles du projet de loi lui-même, de sorte qu'il doit y avoir une erreur de lecture du texte de la part de la Haute Corporation.

Dans un souci de respect de la hiérarchie des normes, la Commission du Développement durable a introduit un amendement à l'article 9 b). Pour le commentaire de cet amendement, il est prié de se reporter ci-dessus.

Article 10

La Commission du Développement durable décide de suivre le Conseil d'Etat et de préciser que dans l'alinéa (2) il s'agit également du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 11

La Commission du Développement durable décide de ne pas modifier cet article pour la raison de ne pas vouloir courir le risque de procéder à une transposition non conforme de la directive.

Article 12

La Commission du Développement durable décide, afin de garder une analogie dans le texte, d'amender cet article pour que la première phrase ait la même portée du point de vue de la procédure que la première phrase de l'article 13 concernant lequel le Conseil d'Etat a proposé une modification qui est acceptée par la Commission du Développement durable.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 13

La Commission du Développement durable décide de suivre le Conseil d'Etat de modifier cet article dans le sens proposé par la Haute Corporation.

Dans un souci de respect de la hiérarchie des normes, la Commission du Développement durable a introduit un amendement à l'article 13, premier tiret. Pour le commentaire de cet amendement, il est prié de se reporter ci-dessus.

Article 15

Dans un souci de respect de la hiérarchie des normes, la Commission du Développement durable a introduit un amendement à l'article 15 a) premier tiret. Pour le commentaire de cet amendement, il est prié de se reporter ci-dessus.

Article 16

La Commission du Développement durable décide de ne pas tenir compte des interrogations de la part du Conseil d'Etat pour la raison qu'il paraît clair qu'il s'agit des recours introduits dans le cadre du présent projet de loi devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

Article 19

La Commission du Développement durable décide de suivre l'observation faite par le Conseil d'Etat, et de remplacer „leurs“ instances de recours par „les“ instances de recours. Elle formule un amendement parlementaire dans ce sens.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 23

La Commission du Développement durable décide de prévoir, sur recommandation du Conseil d'Etat, des mesures transitoires, et décide d'ajouter un nouvel article 23, qui dispose dans son premier paragraphe que le projet de loi va entrer en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial, de sorte que les acteurs concernés pourront être informés en temps utile des nouvelles possibilités de recours qui s'appliqueront alors aux nouvelles procédures de marchés publics.

Un deuxième paragraphe précise que les procédures visant à attribuer un marché, entamées avant l'entrée en vigueur de la présente loi, demeurent soumises à la législation en matière de recours actuellement applicable.

*

III. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

Compte tenu de ce qui précède, la Commission du Développement durable recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi sous rubrique dans la teneur qui suit:

*

PROJET DE LOI instituant les recours en matière de marchés publics

Chapitre I – Dispositions générales

Art. 1er. La présente loi s'applique aux marchés visés par les livres II et III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, dénommée ci-après par „la loi sur les marchés publics“, sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 24 à 32, de l'article 59, paragraphe (2), des articles 70 à 78, des articles 80 et 81 et de l'article 89 de cette même loi.

Les marchés visés à l'alinéa 1er incluent les marchés publics, les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords-cadres et les concessions de travaux publics visés par les livres II et III de la loi sur les marchés publics.

Les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

Art. 2. Les dispositions des articles 3, 4 et 6 sont uniquement applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2 de la loi sur les marchés publics et aux entités adjudicatrices visées par l'article 56 de cette même loi qui sont des autorités administratives.

Les dispositions des articles 20 et 21 sont uniquement applicables aux entités adjudicatrices privées visées par l'article 56 de la loi sur les marchés publics.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi en ce qui concerne le règlement de procédure des juridictions administratives, les dispositions de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives sont applicables.

Les requêtes en référé devant le président du tribunal administratif prévues aux articles 3 et 6 de la présente loi doivent être signifiées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visée de manière parallèle au dépôt au greffe du tribunal.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi, les recours qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont réglés par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile.

Art. 3. Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. (1) Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(2) Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

(3) L'ordonnance est exécutoire dès sa notification.

Art. 5. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

Art. 6. Le président du tribunal administratif peut être saisi endéans les délais prévus à l'article 5 conformément à l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Art. 7. La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par le pouvoir adjudicateur sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par les entités adjudicatrices sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues,
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable.

Art. 8. Les délais visés à l'article 5 ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si une publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* n'est pas obligatoire;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 5 est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 46 de la loi sur les marchés publics.

Lorsque la dérogation visée au point c) est invoquée, le marché en cause est déclaré comme dépourvu d'effets conformément aux articles 9 à 11 et 15:

- s'il y a violation des dispositions régissant l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telles que fixées par règlement grand-ducal,
- et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils d'application du livre II de la loi sur les marchés publics.

Art. 9. Un marché est déclaré dépourvu d'effets par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés:

- a) si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics;

- b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions régissant le cahier général des charges applicables aux marchés publics d'une certaine envergure et le cahier général des charges applicables aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux telles que fixées par règlement grand-ducal, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 8, point c), deuxième alinéa.

La décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond établissant qu'une violation a été commise.

Art. 10. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont laissées à l'appréciation du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

L'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles est possible, mais la portée de l'annulation peut également être limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés devra imposer des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).

Art. 11. Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés à l'article 9, s'il constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés doit imposer des sanctions financières, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

Art. 12. L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue par l'article 9, point a) est exclue si:

- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics,
- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence ex ante volontaire exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 18, et
- le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au *Journal officiel de l'Union européenne*.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités des articles 6 ou 21, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 13. 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:

- le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à la procédure relative à l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telle que fixée par règlement grand-ducal,
- le pouvoir adjudicateur a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 7, premier tiret, et

- la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités de l'article 6, le pouvoir adjudicateur est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 14. (1) En cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou de l'article 21, sans que les conditions d'application de l'article 9, point b) ne soient remplies, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prononce des sanctions de substitution.

(2) Les sanctions de substitution pouvant être prononcées suivant l'article 10, alinéa (2) et suivant l'article 14, paragraphe (1) doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Elles consistent:

- à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou
- à abréger la durée du marché.

Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés tient compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l'article 10 la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

Dans l'hypothèse où une pénalité financière est imposée, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés émet un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins de cet article.

Art. 15. L'introduction d'un recours en application de l'article 9 doit intervenir:

- a) avant l'expiration d'un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où:
 - le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié l'avis d'attribution de marché selon les procédures fixées par règlement grand-ducal, à condition que cet avis contienne la justification de la décision d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*
 - le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion d'un accord-cadre ou de l'adjudication d'un marché, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs tel que prévu à l'article 7. Ce délai s'applique également aux cas visés à l'article 8, point c);
- b) avant l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté les dispositions du point a).

Art. 16. En cas de recours téméraire et vexatoire, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut, à la demande du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, octroyer une indemnité adéquate, dont le montant total ne peut en aucun cas dépasser 5 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

Art. 17. Tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice autre que l'Etat qui a fait l'objet d'une notification de la Commission européenne, en application de l'article 3 de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés

publics de fournitures de travaux, ou en application de l'article 8 de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, est tenu de fournir à l'autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal, dans les dix jours de la notification, tous les documents et renseignements nécessaires à l'élaboration de la communication à faire en application des directives précitées.

Art. 18. L'avis de transparence ex ante volontaire visé à l'article 12, deuxième tiret, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice.

Art. 19. Une autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal communique chaque année à la Commission européenne le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que les instances de recours ont prises conformément à l'article 11.

Chapitre II – Règles particulières applicables aux recours en matière de passation de marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Art. 20. (1) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut soit

- a) prendre des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice. Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis du marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause;
soit
- b) prendre toutes mesures autres – que celles prévues au point a), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; il peut notamment émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, en tenant compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(3) La somme à verser conformément au paragraphe (1), point b) doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a bien été

commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

(4) L'assignation en référé prévue par le paragraphe (2) doit se faire avant la décision d'adjudication par l'entité adjudicatrice. La requérante notifie par voie d'huissier à l'entité adjudicatrice l'assignation en référé.

(5) L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

Art. 21. Dans les hypothèses et délais prévus à l'article 5, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut ordonner le sursis à exécution de la conclusion du contrat par une entité adjudicatrice.

Les dispositions des articles 5, 7 et 8 doivent être respectées par les entités adjudicatrices.

L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la signature du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Lorsque le sursis à exécution est prononcé, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise.

Chapitre III – Dispositions finales

Art. 22. La loi modifiée du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics et la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications sont abrogées.

Art. 23. (1) La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial.

(2) Les procédures comportant publication d'un avis, publiées avant la date d'entrée en vigueur, et à défaut de publication d'un avis, les invitations à présenter une candidature ou à remettre une offre, lancées avant la date d'entrée en vigueur, demeurent soumises aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation.

Luxembourg, le 23 juillet 2010

Le Rapporteur,
Léon GLODEN

Le Président,
Fernand BODEN

Service Central des Imprimés de l'Etat

6119/06

N° 6119⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

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

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Amendements adoptés par la Commission du Développement durable</i>	
1) Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat (26.7.2010).....	1
2) Texte coordonné.....	3

*

**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(26.7.2010)

Monsieur le Président,

Me référant à l'article 19 (2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, j'ai l'honneur de vous soumettre ci-après une série d'amendements au projet de loi sous rubrique, amendements adoptés par la Commission du Développement durable lors de sa réunion du 23 juillet 2010.

Je vous joins, à titre indicatif, un texte coordonné tenant compte de ces propositions d'amendements de la Chambre des Députés et des suggestions du Conseil d'Etat que la Commission a faites siennes.

Amendement I concernant l'article 7, premier tiret

L'article 7, premier tiret se lira comme suit:

- *d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par le pouvoir adjudicateur sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par les entités adjudicatrices sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues;*

Amendement II concernant l'article 8 c), premier tiret

L'article 8 c), premier tiret se lira comme suit:

- *s'il y a violation des dispositions régissant l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telles que fixées par règlement grand-ducal,*

Amendement III concernant l'article 9 b)

L'article 9 b) se lira comme suit:

- b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener*

à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions régissant le cahier général des charges applicables aux marchés publics d'une certaine envergure et le cahier général des charges applicables aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux telles que fixées par règlement grand-ducal, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;

Amendement IV concernant l'article 13, premier tiret

L'article 13, premier tiret se lira comme suit:

- le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à la procédure relative à l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telle que fixée par règlement grand-ducal,*

Amendement V concernant l'article 15 a) premier tiret

L'article 15 a) premier tiret se lira comme suit:

- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié l'avis d'attribution de marché selon les procédures fixées par règlement grand-ducal, à condition que cet avis contienne la justification de la décision d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne*

*

COMMENTAIRE DES AMENDEMENTS

„Contrairement aux références à des actes d'une intensité normative supérieure ou égale, qui sont à assortir de l'intitulé exact des actes visés, le renvoi à des actes d'une intensité normative inférieure doit, en principe, se limiter à indiquer leur nature, ceci en raison du principe de la hiérarchie des normes juridiques qui impose le parallélisme des formes.“ (Traité de légistique formelle, Marc Besch, Publication du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg)

Dès lors, dans un souci de respect de la hiérarchie des normes juridiques, la Commission du Développement durable se propose de biffer dans les articles 7 premier tiret, 8 c) premier tiret, 9 b), 13 premier tiret et 15 a) premier tiret du présent projet de loi, toute référence au règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et de décrire les procédures ou situations visées aux articles de ce règlement grand-ducal qui furent cités dans les articles précités du présent projet de loi.

*

Au nom de la Commission du Développement durable, je vous saurais gré de bien vouloir m'envoyer l'avis du Conseil d'Etat sur les amendements exposés ci-dessus dans les meilleurs délais, ceci afin de permettre à la Chambre des Députés d'évacuer le projet de loi au cours de la semaine du 11 octobre 2010.

Copie de la présente est envoyée pour information au Ministre du Développement durable et des Infrastructures, au Ministre délégué au Développement durable et aux Infrastructures et à la Ministre aux Relations avec le Parlement.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Président de la Chambre des Députés,
Laurent MOSAR

*

TEXTE COORDONNE

(Les propositions du Conseil d'Etat que la Commission a faites siennes sont soulignées; les amendements sont en gras et soulignés)

PROJET DE LOI instituant les recours en matière de marchés publics

Chapitre I – Dispositions générales

Art. 1er. La présente loi s'applique aux marchés visés par les livres II et III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, dénommée ci-après par „la loi sur les marchés publics“, sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 24 à 32, de l'article 59, paragraphe (2), des articles 70 à 78, des articles 80 et 81 et de l'article 89 de cette même loi.

Les marchés visés à l'alinéa 1er incluent les marchés publics, les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords-cadres et les concessions de travaux publics visés par les livres II et III de la loi sur les marchés publics.

Les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

Art. 2. Les dispositions des articles 3, 4 et 6 sont uniquement applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2 de la loi sur les marchés publics et aux entités adjudicatrices visées par l'article 56 de cette même loi qui sont des autorités administratives.

Les dispositions des articles 20 et 21 sont uniquement applicables aux entités adjudicatrices privées visées par l'article 56 de la loi sur les marchés publics.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi en ce qui concerne le règlement de procédure des juridictions administratives, les dispositions de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives sont applicables.

Les requêtes en référé devant le président du tribunal administratif prévues aux articles 3 et 6 de la présente loi doivent être signifiées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visée de manière parallèle au dépôt au greffe du tribunal.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi, les recours qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont réglés par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile.

Art. 3. Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. (1) Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(2) Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

(3) L'ordonnance est exécutoire dès sa notification. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

(4) En cas d'empêchement du président du tribunal administratif, il est remplacé par un membre du tribunal administratif.

Art. 5. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

Art. 6. Le président du tribunal administratif peut être saisi endéans les délais prévus à l'article 5 conformément à l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Art. 7. La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par le pouvoir adjudicateur sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par les entités adjudicatrices sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues;
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable.

Art. 8. Les délais visés à l'article 5 ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si une publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* n'est pas obligatoire;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 5 est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 46 de la loi sur les marchés publics.

Lorsque la dérogation visée au point c) est invoquée, le marché en cause est déclaré comme dépourvu d'effets conformément aux articles 9 à 11 et 15:

- s'il y a violation des dispositions régissant l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telles que fixées par règlement grand-ducal,

et

- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils d'application du livre II de la loi sur les marchés publics.

Art. 9. Un marché est déclaré dépourvu d'effets par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés:

- a) si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics;
- b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions **régissant le cahier général des charges applicables aux marchés publics d'une certaine envergure et le cahier général des charges applicables aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux telles que fixées par règlement grand-ducal**, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 8, point c), deuxième alinéa.

La décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond établissant qu'une violation a été commise.

Art. 10. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont laissées à l'appréciation du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

L'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles est possible, mais la portée de l'annulation peut également être limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés devra imposer des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).

Art. 11. Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés à l'article 9, s'il constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés doit imposer des sanctions financières, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

Art. 12. L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue par l'article 9, point a) est exclue si:

- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics,
- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence ex ante volontaire exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 18, et
- le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au *Journal officiel de l'Union européenne*.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités des articles 6 ou 21, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 13. 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:

– **le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à la procédure relative à l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telle que fixée par règlement grand-ducal,**

- le pouvoir adjudicateur a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 7, premier tiret, et
- la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités de l'article 6, le pouvoir adjudicateur est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 14. (1) En cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou de l'article 21, sans que les conditions d'application de l'article 9, point b) ne soient remplies, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prononce des sanctions de substitution.

(2) Les sanctions de substitution pouvant être prononcées suivant l'article 10, alinéa (2) et suivant l'article 14, paragraphe (1) doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Elles consistent:

- à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou
- à abrégé la durée du marché.

Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés tient compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l'article 10 la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

Dans l'hypothèse où une pénalité financière est imposée, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés émet un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins de cet article.

Art. 15. L'introduction d'un recours en application de l'article 9 doit intervenir:

- a) avant l'expiration d'un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où:
 - **le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié l'avis d'attribution de marché selon les procédures fixées par règlement grand-ducal,** à condition que cet avis contienne la justification de la décision d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou;
 - le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion d'un accord-cadre ou de l'adjudication d'un marché, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs tel que prévu à l'article 7. Ce délai s'applique également aux cas visés à l'article 8, point c);
- b) avant l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté les dispositions du point a).

Art. 16. En cas de recours téméraire et vexatoire, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut, à la demande du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, octroyer

une indemnité adéquate, dont le montant total ne peut en aucun cas dépasser 5 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

Art. 17. Tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice autre que l'Etat qui a fait l'objet d'une notification de la Commission européenne, en application de l'article 3 de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures de travaux, ou en application de l'article 8 de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, est tenu de fournir à l'autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal, dans les dix jours de la notification, tous les documents et renseignements nécessaires à l'élaboration de la communication à faire en application des directives précitées.

Art. 18. L'avis de transparence ex ante volontaire visé à l'article 12, deuxième tiret, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice.

Art. 19. Une autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal communique chaque année à la Commission européenne le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que les instances de recours ont prises conformément à l'article 11.

Chapitre II – Règles particulières applicables aux recours en matière de passation de marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Art. 20. (1) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut soit

- a) prendre des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice. Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis du marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause; soit
- b) prendre toutes mesures autres que celles prévues au point a), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; il peut notamment émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, en tenant compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que

de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(3) La somme à verser conformément au paragraphe (1), point b) doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a bien été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

(4) L'assignation en référé prévue par le paragraphe (2) doit se faire avant la décision d'adjudication par l'entité adjudicatrice. La requérante notifie par voie d'huissier à l'entité adjudicatrice l'assignation en référé.

(5) L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

Art. 21. Dans les hypothèses et délais prévus à l'article 5, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut ordonner le sursis à exécution de la conclusion du contrat par une entité adjudicatrice.

Les dispositions des articles 5, 7 et 8 doivent être respectées par les entités adjudicatrices.

L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la signature du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Lorsque le sursis à exécution est prononcé, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise.

Chapitre III – Dispositions finales

Art. 22. La loi modifiée du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics et la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications sont abrogées.

Art. 23. (1) La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial.

(2) Les procédures comportant publication d'un avis, publiées avant la date d'entrée en vigueur, et à défaut de publication d'un avis, les invitations à présenter une candidature ou à remettre une offre, lancées avant la date d'entrée en vigueur, demeurent soumises aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation.

6119/08

N° 6119⁸**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

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

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(28.7.2010)

L'objet du présent projet de loi est de transposer dans la réglementation nationale 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 transposition de cette directive s'opère par l'abrogation (i) de la loi modifiée du 13 mars 1933 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics et (ii) de la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

*

RESUME SYNTHETIQUE

La Chambre de Commerce, tout en saluant le travail de transposition effectué par les auteurs du projet de loi sous avis de la directive 2007/66/CE précitée, relève que le contenu du projet de loi, visant à réglementer une partie des recours existants, n'est pas en adéquation avec son intitulé et a pour conséquence une différence de traitement judiciaire des recours introduits dans le cadre des marchés publics nationaux par rapport à ceux introduits dans le cadre des marchés publics d'envergure relevant du droit communautaire.

La Chambre de Commerce regrette également que les auteurs du projet de loi aient fait l'impasse sur une structuration plus claire des recours en matière de marchés publics relevant d'une part des autorités judiciaires administratives et d'autre part des autorités judiciaires civiles. La lecture du projet de loi en est d'autant moins aisée que les incessants renvois entre articles soulèvent un certain nombre d'incertitudes. La Chambre de Commerce propose par conséquent un agencement plus structuré des articles afin d'assurer une meilleure lisibilité et *in fine* une plus grande sécurité juridique au projet de loi.

La Chambre de Commerce s'interroge finalement sur l'intérêt financier pour les opérateurs économiques de recourir à la nouvelle procédure de référé aboutissant à la déclaration d'absence d'effet d'un marché public indûment attribué alors que la pénalité financière est érigée en amende dont seul l'Etat est bénéficiaire.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet de loi sous avis que sous réserve expresse de la prise en considération de ses remarques.

Appréciation du projet de loi

	<i>Incidence</i>
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	n.a.
Impact financier sur les entreprises	n.a.
Transposition de directive	++
Simplification administrative	0
Impact sur les finances publiques	n.d.

Légende

++	:	très favorable
+	:	favorable
0	:	neutre
-	:	défavorable
--	:	très défavorable
n.a.	:	non applicable
n.d.	:	non disponible

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La Chambre de Commerce salue le travail de transposition effectué par les auteurs du projet de loi sous avis de la directive 2007/66/CE précitée, laquelle améliore le cadre et l'efficacité des procédures de recours en matière de marchés publics d'envergure relevant du droit communautaire.

La Chambre de Commerce regrette toutefois que le projet de loi ne soit pas à la hauteur de l'ambition affichée par son intitulé, à savoir de traiter de tous les recours en matière de marchés publics, et que les auteurs du projet de loi n'aient, à l'instar des lois belges et françaises, introduit une structuration dans le projet de loi, afin d'assurer une parfaite compréhension et une meilleure lisibilité du contentieux judiciaire en matière de marchés publics.

Le champ d'application limité du projet de loi

La Chambre de Commerce s'étonne du choix de l'intitulé du projet de loi „instituant les recours en matière de marchés publics“ alors que le projet de loi ne vise à réglementer qu'une partie des recours existants. A ce sujet, la Chambre de Commerce regrette profondément que les auteurs du projet de loi se soient limités à la simple transposition de la directive précitée alors que la complexité de la législation en matière de marchés publics et l'éparpillement juridique des règles relatives aux recours en matière de marchés publics auraient justifié la rédaction d'une loi unique traitant de l'intégralité des recours envisageables. D'ailleurs, il est permis de s'interroger pourquoi les règles relatives aux recours judiciaires en matière de marchés publics n'ont pas été intégrées aux réformes successives de la législation en matière de marchés publics.

La Chambre de Commerce relève que sont exclus du champ d'application du projet de loi, les recours à introduire dans le cadre des marchés publics nationaux relevant des dispositions du Livre Ier de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics (ci-après la „Loi“) et des recours ordinaires en annulation et en indemnisation.

Le tableau ci-dessous synthétise les recours envisageables dans le cadre des différents marchés publics et indique (*) les recours dont le projet de loi sous avis traite.

<i>Recours</i> <i>Marchés</i>	<i>Recours administratif</i>		<i>Recours civil</i>		
	<i>Recours en référé</i>	<i>Recours en annulation</i>	<i>Recours en référé</i>		<i>Recours en indemnisation</i>
			<i>Mesures provisoires</i>	<i>Absence d'effets</i>	
Marchés nationaux relevant du Livre Ier	oui	oui	oui	<u>non</u>	oui
Marchés d'envergure relevant du Livre II	oui(*)	oui	oui	oui(*)	oui
Marchés relevant du Livre III passés par les pouvoirs adjudicateurs	oui(*)	oui	oui	oui(*)	oui
Marchés relevant du Livre III passés par les entités adjudicatrices	non	non	oui(*)	<u>non</u>	oui

(*) recours traités par le projet de loi

Le champ d'application actuel du projet de loi a pour double conséquence, d'une part, d'introduire une différence de régime juridique entre recours en référé déposés respectivement dans le cadre des marchés publics nationaux (relevant du Livre Ier de la Loi) de ceux introduits dans le cadre des marchés publics d'envergure (relevant du Livre II de la Loi), et d'autre part, de conférer davantage de pouvoirs au juge saisi d'un recours effectué dans le cadre d'un marché public d'envergure que s'il ne l'était d'un recours intenté dans le cadre d'un marché public national.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, le traitement différentiel entre justiciables est contraire au principe constitutionnel de traitement égalitaire alors que le seul élément de différenciation entre les marchés publics nationaux et les marchés publics d'envergure relevant du droit communautaire est fondé sur des seuils renseignés à l'article 21 de la Loi. Par ailleurs, le traitement différentiel complexifie davantage une matière d'ores et déjà hautement technique, ce qui impose des coûts en conseils juridiques importants aux opérateurs économiques désireux de faire valoir leurs droits, et risque pour le surplus d'engorger les tribunaux et le travail des juges qui seront confrontés à des régimes de recours différents et avec des pouvoirs de décision différents.

Aussi la Chambre de Commerce demande-t-elle à ce que, a minima, les nouvelles règles prévues par le projet de loi soient étendues aux recours introduits dans le cadre des marchés nationaux et que le juge civil ait la possibilité de déclarer un marché public national relevant du Livre Ier de la Loi comme étant dépourvu d'effets. Cela bénéficiera également aux pouvoirs adjudicateurs qui ne seront pas soumis au respect de dispositions différentes selon l'envergure du marché public concerné. La Chambre de Commerce milite également en faveur d'une loi unique regroupant l'intégralité des recours envisageables, au besoin en faisant référence aux dispositions contenues dans d'autres textes, ceci afin d'assurer une homogénéité et une vision claire du contentieux en matière de marchés publics.

Le défaut de structuration du projet de loi

La Chambre de Commerce regrette que les auteurs du projet de loi se soient limités dans le projet de loi à reproduire la structure de la directive à transposer alors que l'on peut reprocher à cette dernière d'être désordonnée et difficilement compréhensible et à mettre en oeuvre. La Chambre de Commerce aurait apprécié que les auteurs du projet de loi s'inspirent davantage des lois belge et française qui se positionnent comme modèles de transparence et de clarté des régimes applicables aux différents recours.

Pour assurer une parfaite lisibilité du projet de loi et un maximum de sécurité juridique, la Chambre de Commerce suggère de retravailler l'agencement actuel du projet de loi et de positionner les articles selon la structure titrée suivante:

Chapitre I – Dispositions générales

1. Champ d'application (art. 1 et 2)
2. Information des soumissionnaires de la décision d'attribution (art. 7)
3. Délais de suspension entre l'attribution du marché et la conclusion du contrat (art. 5)

- 4. Dérogations au délai de suspension (art. 8)
- 5. L'avis de transparence (art. 18)

Chapitre II – Procédure devant les juridictions administratives

- 6. Le référé précontractuel
 - Les mesures provisoires (art. 3)
 - La suspension de la procédure de passation du marché (art. 4)
 - Délais de recours devant le tribunal administratif (art. 6)

Chapitre III – Procédure devant les juridictions civiles

- 7. Le référé ordinaire
 - La déclaration d'absence d'effet (art. 9)
 - Conséquences de la déclaration d'absence d'effet (art. 10)
 - L'exception à la déclaration d'absence d'effet (art. 11)
 - Communications à la Commission européenne (art. 19)
 - Dérogations à la déclaration d'absence d'effet (art. 12 et 13)
 - Les sanctions de substitution (art. 14)
 - Délais de recours devant le tribunal d'arrondissement (art. 15)
 - Sanction du recours téméraire et vexatoire (art. 16)
- 8. Règles particulières applicables aux entités adjudicatrices privées [...]
 - Les mesures provisoires (art. 20 (1) a))
 - Les pénalités financières (art. 20 (1) b))
 - La suspension de la procédure de passation du marché (art. 21)

Chapitre IV – Mécanisme correcteur

- 9. Procédure de notification de la Commission européenne (art. 17)

Chapitre V – Dispositions finales

- 10. Abrogation des lois du 13 mars 1993 et 27 juillet 1997 (art. 22)

La Chambre de Commerce est persuadée que la simplification de l'accès à la législation et de sa compréhension fait partie intégrante du processus de simplification administrative et que toutes les parties concernées par la législation en matière de marchés publics sont bénéficiaires de lois aisées à mettre en oeuvre.

La Chambre de Commerce aurait également apprécié, pour faciliter son analyse, que les auteurs du projet de loi fassent davantage référence dans le commentaire des articles aux dispositions de la directive transposée ainsi qu'à la législation belge dont ils s'inspirent à plusieurs reprises.

La Chambre de Commerce approuve enfin que les auteurs du projet de loi aient respecté le principe „toute la directive, rien que la directive“ auquel la Chambre de Commerce tient tout particulièrement, mais relève l'introduction de la sanction des recours téméraires et vexatoires qui n'est pas prévue par la directive.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Concernant l'article 1er

Les articles 1er et 2 du projet de loi délimitent le champ d'application matériel et personnel du projet et définissent la répartition des compétences entre les deux ordres judiciaires.

La Chambre de Commerce relève que l'alinéa (2) de l'article 1er ne vise pas les systèmes d'acquisition dynamiques parmi les marchés visés par le projet de loi. S'il est certain que les systèmes d'acquisition dynamiques ne sont pas utilisés à ce jour, à défaut d'un règlement grand-ducal d'exécution à leur sujet, il n'en reste pas moins que la Loi du 25 juin 2009 consacre leur existence et qu'ils sont visés à l'article premier, paragraphe 1, alinéa (2) de la directive que le projet de loi entend transposer. Aux yeux de la Chambre de Commerce, le champ d'application du projet de loi devrait également comprendre les systèmes d'acquisition dynamiques afin d'être conforme à la tendance actuelle visant à concrétiser la simplification administrative et la dématérialisation des procédures.

Concernant l'article 2

La Chambre de Commerce relève aux deux premiers alinéas de l'article 2 que les auteurs du projet de loi ont souhaité inscrire le principe de la répartition des compétences entre l'ordre judiciaire administratif et l'ordre judiciaire civil dans le projet de loi. Les formulations proposées semblent néanmoins davantage être de nature introductive aux articles qu'elles citent, ce d'autant plus qu'elles ne font aucune référence au référé ordinaire devant les juridictions civiles contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs dont traitent les articles 9 à 16 du projet de loi avisé. La Chambre de Commerce suggère que ces alinéas soient transférés vers le chapitre II, respectivement III (point 8) de la structure de projet présentée dans les considérations générales du présent avis.

La Chambre de Commerce note également que l'alinéa 3 de l'article 2 précise que les requêtes en référé adressées au président du tribunal administratif doivent être signifiées de manière parallèle par voie d'huissier au pouvoir adjudicateur. Il pourrait être fait l'économie d'une telle disposition alors que l'article 4 (1) de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, dont les règles de procédures s'imposent dans le cadre des recours en matière de marchés publics, prévoit la signification de la requête aux tiers intéressés, dont le pouvoir adjudicateur.

Concernant l'article 4

L'article 4 alinéa (2) précise que le pouvoir adjudicateur doit surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence ou à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé. La Chambre de Commerce estime qu'au vu du commentaire émis au sujet de l'article 2 alinéa (3) ci-avant, l'alinéa (2) de l'article 4 doit indiquer à partir de quel moment le pouvoir adjudicateur doit suspendre toute activité, à savoir à partir de la signification de la requête, ce d'autant plus que le recours n'a pas d'effet suspensif (voir article 11 (1) de la loi du 21 juin 1999 précitée).

Concernant l'article 5

L'article 5 du projet de loi introduit le délai de *stand-still* entre la communication de la décision d'adjudication aux opérateurs économiques concernés et la conclusion du contrat, lequel est également consacré par l'article 90 paragraphe (4) du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la Loi du 25 juin 2009.

La Chambre de Commerce soutient les auteurs du projet de loi en ce qu'ils ont écarté le délai de suspension de 10 jours à compter de la réception de la décision d'adjudication par le soumissionnaire. La date de réception constitue en effet un facteur d'incertitude tant pour le pouvoir adjudicateur que les soumissionnaires alors que le pouvoir adjudicateur doit attendre de se voir retourner par la poste tous les avis de réception pour pouvoir déterminer quel est le délai de suspension effectif qu'il doit respecter. Par ailleurs, il est fort probable que les délais d'acheminement du courrier au niveau international diffèrent des délais d'acheminement national, de sorte que le pouvoir adjudicateur serait confronté à plusieurs délais de suspension, qui sont également les délais de recours, en fonction de la distance des opérateurs économiques concernés. Aux yeux de la Chambre de Commerce, l'économie de cinq jours par rapport au délai de suspension de quinze jours à partir de l'envoi de la décision d'adjudication n'est pas établie et il suffit au pouvoir adjudicateur d'adresser les décisions d'adjudication le même jour à tous les opérateurs économiques concernés pour pouvoir immédiatement déterminer le délai de suspension et de recours applicable. Il est néanmoins regrettable que l'introduction de cette disposition opère une différence entre les délais d'attente applicables aux marchés d'envergure relevant du droit communautaire (10 jours) et les marchés nationaux (15 jours).

L'article 5 alinéa (2) définit ce qu'il faut entendre par soumissionnaire concerné. La Chambre de Commerce note que les auteurs du projet de loi ont repris textuellement l'article 2bis, paragraphe 2, alinéa (2) de la directive transposée sans adapter les termes „une instance de recours indépendante“ à la législation luxembourgeoise. La Chambre de Commerce suggère de remplacer les termes „une instance de recours indépendante“ par le terme „le tribunal compétent“.

Concernant l'article 7

L'article 7 du projet de loi décrit les informations que le pouvoir adjudicateur doit adresser aux soumissionnaires et candidats lorsqu'il les informe de la décision d'adjudication et, le cas échéant, du rejet de leur candidature ou de leur soumission.

La Chambre de Commerce relève que la transmission d'un exposé synthétique des motifs de la décision du pouvoir adjudicateur doit être concomitante à la transmission de la décision d'adjudication. Cette disposition semble être en contradiction avec l'article 196 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 précité, lequel prévoit que la transmission des motifs s'effectue sur demande de l'opérateur économique concerné. La Chambre de Commerce accueille favorablement l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de transmettre les motifs en même temps que la décision d'adjudication. Cette obligation met un terme à la pratique de certains pouvoirs adjudicateurs d'attendre l'écoulement du délai de quinze jours, prévu à l'article 90 paragraphe (4) du règlement grand-ducal du 3 août 2009 précité, pour transmettre les motifs, ce qui a pour conséquence d'empêcher l'opérateur économique d'introduire une requête en référé utile, à défaut pour lui de connaître les motifs de son écartement.

Concernant l'article 8

L'article 8 du projet de loi énumère limitativement les hypothèses dans lesquelles les délais de suspension prévus à l'article 5 ne s'appliquent pas.

La Chambre de Commerce regrette que l'article 8, étant une exception aux principes de l'article 5, ne soit pas disposé immédiatement après ledit article 5, ceci afin de faciliter la lecture et la compréhension du texte dans sa globalité. La Chambre de Commerce réitère sa proposition de structuration de l'intégralité du projet de loi tel qu'abordée dans le cadre des considérations générales du présent avis.

La Chambre de Commerce relève que l'article 8 transpose les dispositions de l'article 2ter de la directive, mais elle s'interroge sur la portée de l'exception aux délais de suspension. Si les délais de l'article 5 ne s'appliquent pas aux trois hypothèses listées, cela signifie-t-il qu'un recours en référé précontractuel est écarté? Dans l'affirmative, un recours dans les délais prévus à l'article 15 du projet de loi est-il possible? Il serait approprié que le projet de loi fasse toute la lumière sur les possibilités de recours.

Concernant l'article 9

L'article énumère les situations dans lesquelles un marché peut être déclaré comme dépourvu d'effets.

La Chambre de Commerce relève que le point b) de l'article 9 fait référence aux dispositions des articles 6 et 21 et sanctionne leur violation. L'article 6 traite des délais de saisine du président du tribunal administratif et l'article 21 règle le recours à l'encontre de la décision d'adjudication par une entité privée. Il échet de constater que l'article 2quinquies, paragraphe 1, point b) de la directive transposée ne prévoit pas la sanction de la violation des dispositions dont traitent les articles 6 et 21 du projet de loi, mais se limite à viser la violation des règles relatives (i) au recours gracieux, (ii) à l'obligation de surseoir et (iii) aux délais de suspension. Aux yeux de la Chambre de Commerce, le point b) de l'article 9 ne devrait pas viser les dispositions de l'article 6 et se limiter à la violation de l'alinéa (3) de l'article 21, ce dernier ayant trait à l'obligation de surseoir.

Concernant l'article 10

L'article 10 encadre les pouvoirs du président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés.

En ce qui concerne l'alinéa premier de l'article 10, la Chambre de Commerce relève que les auteurs du projet de loi se sont inspirés du libellé de l'article 2quinquies, paragraphe 1, alinéa (2) de la directive transposée, lequel prévoit que les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national. Il convient de noter que la directive laisse le soin aux législations nationales de déterminer les conséquences du constat d'absence d'effet et que l'alinéa premier de l'article 10 du projet de loi ne fait que répéter cette obligation tout en dictant les pouvoirs du président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés à l'alinéa (2). La Chambre de Commerce suggère la suppression de l'alinéa premier et propose que l'article 10 soit reformulé comme suit:

„Art. 10. Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés ou le juge qui le remplace apprécie les conséquences du constat de l'absence d'effets en ordonnant soit l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles, soit l'annulation des obligations devant encore être exécutées, auquel cas il impose des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).“

Concernant l'article 11

L'article 11 du projet de loi prévoit que le juge saisi a la possibilité de ne pas déclarer sans effets un marché s'il constate que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent le maintien du marché.

La Chambre de Commerce relève que les auteurs du projet de loi se sont limités à prévoir la possibilité d'infliger une pénalité financière à titre de sanction de substitution, alors que l'article 2quinquies, paragraphe 3, permet aux législations nationales de prévoir comme sanction de substitution l'abrégement de la durée du marché. La Chambre de Commerce regrette que cette option n'ait pas été retenue par les auteurs du projet de loi alors que l'abrégement de la durée d'un marché qui a été conclu en violation des règles applicables semble être une alternative favorisant le marché concurrentiel, avec un potentiel d'économies pour le pouvoir adjudicateur, sans passer par la voie de la sanction financière à charge du pouvoir adjudicateur, et donc à charge du budget public.

La Chambre de Commerce souhaite également préciser que le terme „sanction financière“ doit être remplacé par le terme „pénalité financière“ alors que c'est le terme de pénalités financières qui est utilisé au sujet des sanctions de substitution à l'article 14, paragraphe (2).

Concernant les articles 12 et 13

Les articles 12 et 13 du projet de loi prévoient la possibilité d'échapper, sous certaines conditions, à la sanction de l'absence d'effets en cas de marché à passer par procédure négociée sans publication d'un avis de marché (article 12) ou lorsque le pouvoir adjudicateur a conclu un accord-cadre avec plusieurs opérateurs économiques (article 13).

Si les auteurs du projet de loi ont correctement transposé les dispositions de l'article 2quinquies, paragraphes 4 et 5 de la directive transposée, la Chambre de Commerce souhaite souligner que l'exercice du recours en référé prévu à l'alinéa 2 des articles 12 et 13 du projet de loi n'est possible que dans la mesure où la conclusion du contrat n'est pas intervenue. Il en va ainsi lorsque le pouvoir adjudicateur a procédé soit à la publication de l'avis de transparence, soit à l'information aux soumissionnaires concernés de l'attribution du marché, et qu'un recours est introduit avant l'écoulement de la période de suspension.

Il est néanmoins possible au pouvoir adjudicateur de conclure le contrat avant l'écoulement du délai de suspension, notamment dans le cadre de la procédure négociée sans publication d'un avis de marché. Les auteurs du projet de loi précisent à ce sujet que „*les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ne pourront plus, à moins qu'ils soient prêts à courir le risque de voir déclaré le contrat comme dépourvu d'effets, passer dans le silence des procédures négociées sans publicité, alors qu'une publicité ex ante de leur volonté est la seule voie qui confère une sécurité juridique après la conclusion du contrat*“.

La Chambre de Commerce s'interroge sur le raisonnement des auteurs du projet de loi qui mentionnent le recours en déclaration d'absence d'effets après la conclusion du contrat dans le commentaire des articles 12 et 13, alors que ces derniers ne prévoient que le recours précontractuel.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, il convient de mentionner la possibilité du recours en déclaration d'absence d'effet dans le cadre des articles avisés afin que soit couverte l'hypothèse d'un recours lorsque le pouvoir adjudicateur a conclu le marché avant l'expiration de la période de suspension.

Concernant l'article 14

L'article 14 traite des sanctions de substitution qui peuvent être décidées en cas de violation des exigences formelles prévues par le projet de loi.

En ce qui concerne l'alinéa 1, la Chambre de Commerce renvoie aux commentaires formulés à l'encontre des dispositions de l'article 9 du projet de loi, lequel comporte les renvois aux mêmes articles.

En ce qui concerne l'alinéa 2, la Chambre de Commerce relève que le renvoi aux dispositions de l'article 11, traitant de l'exception à la déclaration d'absence d'effets pour raison impérieuse, est manquant.

La Chambre de Commerce s'interroge sur les critères d'appréciation des auteurs du projet de loi quant à la fixation d'une pénalité financière à 15% du montant hors TVA du marché attribué. Il échet

de faire remarquer que la législation française a retenu une pénalité financière d'un maximum de 20% comme remplissant les conditions d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion. La Chambre de Commerce souscrit davantage au taux retenu par le législateur français, ce qui permet au juge de fixer une pénalité qui soit proportionnelle et dissuasive, notamment en ce qui concerne des marchés d'une envergure moindre.

La Chambre de Commerce s'interroge également sur l'intérêt financier pour les opérateurs économiques de recourir à la nouvelle procédure de référé aboutissant à la déclaration d'absence d'effet d'un marché public indûment attribué alors que la pénalité financière est érigée en amende dont seul l'Etat est bénéficiaire. De toute évidence, l'opérateur économique indûment évincé devra encore introduire un recours en indemnisation pour pouvoir espérer avoir droit à l'attribution de dommages et intérêts, ce qui entraînera également une multiplication des procédures et un engorgement des tribunaux.

La Chambre de Commerce insiste sur le fait que, nonobstant pour le dernier paragraphe de l'article 2sexies de la directive transposée d'indiquer que l'octroi de dommages et intérêts n'est pas une sanction appropriée, ce qui sous-entend que la directive n'interdit pas aux Etats membres de prévoir l'octroi de telles indemnités en complément des pénalités financières, le projet de loi devrait consacrer la possibilité pour le juge des référés d'ordonner l'indemnisation d'un opérateur économique indûment évincé alors qu'il ordonne des sanctions de substitution à défaut de déclarer le marché public incriminé comme étant dépourvu d'effets. Une telle disposition aurait le mérite de rendre le recours en déclaration d'absence d'effets plus attrayant aux soumissionnaires indûment évincés et de faire l'économie du recours supplémentaire en indemnisation, donc de diminuer le coût du contentieux judiciaire des entreprises et éviter l'engorgement des tribunaux.

Concernant l'article 15

L'article 15 est relatif aux délais endéans lesquels les recours en déclaration d'absence d'effets (point a) ou pour voir des sanctions de substitution prononcées (point b) doivent être introduits.

La Chambre de Commerce note que les auteurs du projet de loi transposent les dispositions de l'article 2septies de la directive en s'inspirant de la formulation du droit belge, plus particulièrement en ce qui concerne l'utilisation au point b) de l'article 15 des termes „*lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté les dispositions du point a)*“.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, la directive n'entend pas limiter la possibilité de recours endéans un délai de 6 mois dans les seules situations où l'autorité adjudicatrice ne respecterait pas les dispositions du point a), à savoir l'obligation de publication ou de communication aux soumissionnaires concernés de l'avis d'attribution du marché, le point b) de l'article 2septies de la directive transposée étant rédigé de la façon suivante: „*et en tout état de cause avant l'expiration d'un délai minimal de 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat*“.

Partant, la Chambre de Commerce demande à ce que le point b) de l'article 15 soit reformulé afin que *toutes les autres situations* que celles décrites au point a) puissent faire l'objet d'un recours endéans un délai de 6 mois.

La Chambre de Commerce souhaite rappeler les considérations développées dans les considérations générales concernant l'absence de mention quant à l'existence des autres voies de recours ouvertes en matière de marchés publics, à savoir le recours administratif en annulation et la demande civile en indemnisation. A l'instar de la législation belge (article 65/23 de la loi du 23 décembre 2009) et pour gagner en sécurité et clarté juridique, la Chambre de Commerce milite en faveur de l'introduction, à défaut de loi unique traitant de l'intégralité des recours en matière de marchés publics, au sein de l'article 15 d'une référence à l'existence des voies de recours mentionnées.

Concernant l'article 16

L'article 16 lutte contre les recours introduits à des fins dilatoires ou abusives.

La Chambre de Commerce félicite les auteurs du projet de loi d'avoir transposé la directive dans son ensemble selon le principe „*toute la directive, rien que la directive*“, mais se doit de s'opposer à l'introduction de dispositions non prévues à la directive et qui pour le surplus sont prévues par le Nouveau Code de Procédure Civile.

Concernant l'article 18

L'article 18 énumère les données que l'avis de transparence ex ante volontaire doit contenir.

Tout en transposant correctement l'article 3bis de la directive, la Chambre de Commerce estime que le contenu de l'article 18 trouverait une meilleure place près de l'article 12 dont il vient compléter le dispositif.

A ce sujet, la Chambre de Commerce souhaite rappeler les observations formulées dans les considérations générales du présent avis au sujet de la structure du projet de loi qui mériterait d'être revue.

Concernant les articles 20 et 21

Les articles 20 et 21 reprennent les dispositions de la loi du 27 juillet 1997 qui vise les recours en matière de passation des marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

La Chambre de Commerce regrette que les règles de la loi du 27 juillet 1997 aient perdu de leur clarté et lisibilité au sein du projet sous avis. En particulier, le paragraphe 3 de l'article 20 répète à plusieurs reprises les termes „empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction“ et reprend le contenu du point b) du paragraphe 1 „Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise“. Aux yeux de la Chambre de Commerce, le paragraphe 4 devrait également renvoyer au référé prévu par le paragraphe 1.

La Chambre de Commerce comprend que le contentieux résultant de l'application des articles 20 et 21 est très réduit, mais craint que la rédaction actuelle de ces articles n'introduise un certain flou quant à la nature des recours envisageables. A la lecture des articles, la Chambre de Commerce comprend que le chapitre II prévoit (i) le référé précontractuel aux articles 20 (1) a) et 21 et (ii) le référé en vue de voir le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice condamné(e) notamment à des pénalités financières à l'article 20 (1) b).

La structuration des recours peut, aux yeux de la Chambre de Commerce, être rendue plus aisée, notamment en indiquant avec précision la nature de tous les recours envisageables à l'encontre des décisions des entités adjudicatrices privées.

Enfin, la Chambre de Commerce renvoie au commentaire formulé à l'encontre du montant de 15% en tant que pénalité financière au sein de l'article 14 du projet de loi.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet de loi sous avis que sous réserve expresse de la prise en considération de ses remarques.

6119/09

N° 6119⁹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

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

* * *

DEUXIEME AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(28.9.2010)

Par dépêche du Président de la Chambre des députés du 26 juillet 2010, qui se référait à l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, ce dernier fut saisi d'une série de cinq amendements adoptés par la Commission du Développement durable concernant le projet de loi sous rubrique.

A la lettre de saisine était joint un texte coordonné du projet de loi intégrant le texte des cinq amendements dans le texte du projet de loi, mais relevant aussi quelques adaptations du texte initial du projet de loi que la commission compétente de la Chambre des députés y apporte en suivant des suggestions émises par le Conseil d'Etat dans ses avis précédents.

Au texte des amendements était joint en outre un bref commentaire.

Le Conseil d'Etat constate que ces amendements poursuivent tous le même but: éliminer dans le texte de la future loi la référence à un règlement grand-ducal précis, mentionné par son intitulé et sa date. En procédant ainsi, la Commission du Développement durable entend respecter un principe élémentaire de la légistique formelle, et prévient simultanément l'inconvénient majeur du texte initial, qui aurait exigé à l'avenir que toute modification du texte du règlement grand-ducal mentionné par la future loi entraîne une modification subséquente du texte de la loi qui fait référence à ce règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec les cinq amendements proposés.

Les adaptations apportées au texte initial du projet de loi suite à des suggestions faites dans ses avis trouvent évidemment eux aussi son approbation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 28 septembre 2010.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges SCHROEDER

Service Central des Imprimés de l'Etat

6119/10

N° 6119¹⁰**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

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

* * *

**RAPPORT COMPLEMENTAIRE DE LA COMMISSION
DU DEVELOPPEMENT DURABLE**

(29.9.2010)

La Commission se compose de: M. Fernand BODEN, Président; M. Léon Gloden, Rapporteur; M. François BAUSCH, Mme Anne BRASSEUR, MM. Lucien CLEMENT, Fernand DIEDERICH, Fernand ETGEN, Mme Marie-Josée FRANK, M. André HOFFMANN, Mme Lydia MUTSCH, MM. Roger NEGRI, Marcel OBERWEIS et Marc SPAUTZ, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

En date du 4 mars 2010, le Ministre du Développement durable et des Infrastructures a déposé le projet sous rubrique à la Chambre des Députés.

Le texte était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis de la Cour administrative est parvenu à la Chambre des Députés en date du 20 avril 2010 et l'avis du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg est parvenu à la Chambre des Députés en date du 2 juin 2010.

Lors de sa réunion du 9 juin 2010, la Commission du Développement durable a désigné Monsieur le Député Léon Gloden comme rapporteur.

Le Conseil d'Etat a rendu son avis en date du 29 juin 2010.

Au cours de sa réunion du 8 juillet 2010, la Commission du Développement durable a examiné le projet de loi et a adopté plusieurs amendements parlementaires, à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat. Ce dernier a rendu son avis complémentaire en date du 16 juillet 2010.

En date du 19 juillet 2010, la Commission a procédé à l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat. En date du 23 juillet 2010, elle a adopté une nouvelle série d'amendements parlementaires. Elle a également adopté un rapport, sous réserve que la Haute Corporation se déclare d'accord avec les amendements formulés.

L'avis de la Chambre de Commerce date du 28 juillet 2010.

En date du 28 septembre 2010, le Conseil d'Etat a rendu son deuxième avis complémentaire. La Commission du Développement durable a examiné cet avis et adopté le présent rapport complémentaire en date du 29 septembre 2010.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES**A. Situation légale et réglementaire actuelle**

Les voies de recours en matière de marchés publics font depuis 1989 l'objet de directives européennes, différentes de celles réglant et coordonnant l'attribution des marchés publics, en l'occurrence

la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, transposées en droit national par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Ainsi la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, transposée en droit national par la loi du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive 89/665, et la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, transposée en droit national par la loi du 27 juillet 1997 règlent actuellement les recours pour les marchés publics.

Il fut constaté à l'époque que certaines des exigences de ces directives étaient déjà remplies en droit luxembourgeois, et que d'autres devaient encore être transposées.

Le projet de loi sous rubrique, en reprenant les voies de recours fixées par les deux lois susmentionnées dans la mesure qu'elles ont été reprises par 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, détaille les voies de recours et introduit la possibilité de voir déclarer un marché dépourvu d'effet.

Il y a lieu de préciser que le présent projet de loi ne modifie ni le champ d'application de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, ni les règles de procédure prévues par cette même loi.

B. Lignes directrices de la nouvelle législation

Le système juridictionnel du Luxembourg en matière de marchés publics suffit à certaines exigences communautaires dans la mesure que des recours en annulation sont possibles devant les juridictions administratives et que le droit à dédommagement du préjudice subi peut être invoqué devant les juridictions civiles.

Les exigences supplémentaires introduites par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, et par la directive 2007/66/CE sont transposées par le biais du présent projet de loi:

1. Contrôle préventif en amont de la conclusion du contrat

Cette exigence, déjà prévue actuellement par les directives 89/665 et 92/13 donne la possibilité aux opérateurs économiques d'introduire par voie de référé un recours déjà avant toute décision d'adjudication, afin de corriger des irrégularités au niveau des dossiers de soumission.

2. Délai de suspension (stand-still)

Le projet de loi prévoit un délai de suspension entre la décision d'adjudication et la conclusion du marché, afin que des opérateurs dont l'offre a été écartée à tort, puissent faire valoir utilement leur droit de recours sans que l'exécution du marché ait déjà commencé. Ce délai a déjà été prévu par le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et est déjà actuellement appliqué aux procédures des marchés publics.

3. Absence d'effets des marchés passés en violation de certaines obligations en matière de marchés publics

Une grande nouveauté, afin de faire respecter plusieurs exigences procédurales en matière de marchés publics consiste dans le fait que les contrats conclus en violation de ces obligations, peuvent être déclarés comme sans effet par le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés. Il s'agit d'une exigence de la directive 2007/66 qui va dans le sens de sanctions à qualifier de sévères, mais efficaces en cas de non-respect des exigences légales et réglementaires en la matière.

Ainsi, un contrat conclu dans la violation de ces dispositions pourra être annulé et ne produira plus d'effets. Cette faculté est cependant limitée à certains cas de figure bien précis. En plus, le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés dispose de la faculté de considérer des raisons impérieuses d'intérêt général et de prononcer uniquement des sanctions de substitution. Le juge des référés pourra ainsi par ordonnance abréger la durée du marché, voire encore prononcer des sanctions financières.

4. Publicité ex ante en cas de recours à la procédure négociée sans publication d'avis

Le projet de loi prévoit la sanction de l'absence d'effets pour les contrats conclus sous forme de procédure négociée sans publication d'avis, dans l'hypothèse que le recours à cette procédure ne soit autorisé par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Afin de pouvoir échapper au risque d'une telle sanction, le projet de loi prévoit la possibilité de conférer à un tel marché une publicité ex ante, permettant à des opérateurs économiques potentiellement intéressés de se faire connaître avant que le marché ne soit définitivement attribué, et pouvant empêcher ainsi une attribution sans mise en concurrence.

C. Analyse des avis rendus

1. Avis de la Cour administrative et du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

Les deux avis proposent plusieurs améliorations de texte, notamment en ce qui concerne le référé précontractuel devant le Président du Tribunal administratif. Il en est tenu compte, dans la mesure où le Conseil d'Etat se rallie également à ces avis.

2. Avis du Conseil d'Etat

La Haute Corporation tient à préciser qu'en raison de l'urgence, elle rend son avis sans que les avis des Chambres professionnelles aient été rendus.

Le Conseil d'Etat relève que le projet de loi „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 qui en résultera“.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat note que les modifications proposées répondent largement à des observations présentées dans son avis du 29 juin 2010.

Dans son deuxième avis complémentaire du 28 septembre 2010, le Conseil d'Etat se déclare d'accord avec les cinq amendements proposés par la Commission du Développement durable en date du 23 juillet 2010.

D. Commentaire des articles

Le texte qui a été retenu par la Commission du Développement durable tient dans la mesure du possible compte de l'avis du Conseil d'Etat. A quelques endroits du texte, la Commission a décidé de suivre la directive au lieu de l'avis du Conseil d'Etat, afin de garantir que les dispositions des directives soient transposées correctement.

Il est à préciser que sous les articles 6 à 8, le Conseil d'Etat a fait la remarque que l'intitulé correct de la loi sur les marchés publics est „la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics“, pour la raison que cette loi vient effectivement de faire l'objet d'une modification. La Commission du Développement durable décide partant de redresser cette erreur dans tous les articles qui mentionnent cette loi ou son règlement d'exécution.

Article 3

La Commission du Développement durable tient compte de l'observation faite par le Conseil d'Etat en ce qui concerne l'ambiguïté produite par le terme „mesure provisoire“, et décide de biffer le terme „provisoire“, alors que les mesures prises, consistant dans des corrections des dossiers de soumissions, ont au niveau de la procédure de mise en adjudication un caractère définitif. Cette modification est transmise en date du 8 juillet 2010 sous forme d'amendement parlementaire au Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 4

La Commission du Développement durable tient compte des observations formulées par l'avis de la Cour administrative et le Conseil d'Etat, et formule un amendement parlementaire.

Cet article comprendra désormais 4 paragraphes, les deux premiers paragraphes contenant les dispositions telles qu'elles se trouvent dans le texte initial, tout en rayant le terme „provisoire“ dans la notion „mesures provisoires“.

Un troisième paragraphe précisera que l'ordonnance est exécutoire dès sa notification et qu'elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

Le quatrième paragraphe prévoit, comme recommandé par le Conseil d'Etat, qu'en cas d'empêchement du président du tribunal administratif, il sera remplacé par un membre du tribunal administratif.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat note que:

- En ce qui concerne l'alinéa 3, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec la première phrase. Quant à la seconde phrase („Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.“), il en recommande l'abandon. Il est vrai que la loi du 13 mars 1993 prévoyait que l'ordonnance présidentielle était exécutoire et non susceptible de faire l'objet d'un recours, mais cette loi était bien antérieure à la création des juridictions administratives qui sont structurées de façon à rendre possible l'appel. La possibilité d'interjeter appel contre la décision du juge du référé est manifestement dans l'intérêt du justiciable. L'abandon de la deuxième phrase aurait pour effet de faire place au fonctionnement des règles procédurales ordinaires devant les juridictions administratives.
- L'alinéa 4 pourrait à son tour être abandonné, et l'effet voulu pourrait être obtenu moyennant léger changement à apporter à l'article 3, première phrase du premier alinéa, qui devrait se lire comme suit dans l'intérêt de l'alignement du libellé à l'article 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives:

„Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but ...“

La Commission décide de suivre ces suggestions, en adaptant les articles 3 et 4.

Articles 6 à 8

La Commission du Développement durable décide, en ce qui concerne ces deux articles, de ne pas tenir compte de la suggestion du Conseil d'Etat en vertu de laquelle le président du Tribunal d'arrondissement disposerait également de la possibilité de se faire remplacer par un juge en cas d'empêchement.

La Commission du Développement durable a introduit des amendements parlementaires aux articles 7 premier tiret et 8 c) premier tiret, de même qu'aux articles 9 b), 13 premier tiret et 15(1) a) premier tiret du présent projet de loi, adoptés au cours de sa réunion du 23 juillet 2010. Elle a en effet constaté que „*Contrairement aux références à des actes d'une intensité normative supérieure ou égale, qui sont à assortir de l'intitulé exact des actes visés, le renvoi à des actes d'une intensité normative inférieure doit, en principe, se limiter à indiquer leur nature, ceci en raison du principe de la hiérarchie des normes juridiques qui impose le parallélisme des formes.*“ (Traité de légistique formelle, Marc Besch, Publication du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg). Dès lors, dans un souci de respect de la hiérarchie des normes juridiques, la Commission du Développement durable a décidé de biffer dans les articles 7 premier tiret, 8 c) premier tiret, de même qu'aux articles 9 b), 13 premier tiret et 15(1) a) premier tiret du présent projet de loi, toute référence au règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et d'y insérer la description des procédures ou situations visées aux articles de ce règlement grand-ducal qui furent cités dans les articles précités du présent projet de loi.

Article 9

Après explications fournies par Monsieur le Ministre du Développement durable et des Infrastructures, la Commission du Développement durable prend note que le renvoi aux articles 4 alinéa (2), 5, 6, 20 paragraphe (5) ou de l'article 21 constitue un renvoi à des articles du projet de loi lui-même, de sorte qu'il doit y avoir une erreur de lecture du texte de la part de la Haute Corporation.

Dans un souci de respect de la hiérarchie des normes, la Commission du Développement durable a introduit un amendement à l'article 9 b). Pour le commentaire de cet amendement, il est prié de se reporter ci-dessus.

Article 10

La Commission du Développement durable décide de suivre le Conseil d'Etat et de préciser que dans l'alinéa (2) il s'agit également du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 11

La Commission du Développement durable décide de ne pas modifier cet article pour la raison de ne pas vouloir courir le risque de procéder à une transposition non conforme de la directive.

Article 12

La Commission du Développement durable décide, afin de garder une analogie dans le texte, d'amender cet article pour que la première phrase ait la même portée du point de vue de la procédure que la première phrase de l'article 13 concernant lequel le Conseil d'Etat a proposé une modification qui est acceptée par la Commission du Développement durable.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 13

La Commission du Développement durable décide de suivre le Conseil d'Etat de modifier cet article dans le sens proposé par la Haute Corporation.

Dans un souci de respect de la hiérarchie des normes, la Commission du Développement durable a introduit un amendement à l'article 13, premier tiret. Pour le commentaire de cet amendement, il est prié de se reporter ci-dessus.

Article 15

Dans un souci de respect de la hiérarchie des normes, la Commission du Développement durable a introduit un amendement à l'article 15(1) a) premier tiret. Pour le commentaire de cet amendement, il est prié de se reporter ci-dessus.

Article 16

La Commission du Développement durable décide de ne pas tenir compte des interrogations de la part du Conseil d'Etat pour la raison qu'il paraît clair qu'il s'agit des recours introduits dans le cadre du présent projet de loi devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

Article 19

La Commission du Développement durable décide de suivre l'observation faite par le Conseil d'Etat, et de remplacer „leurs“ instances de recours par „les“ instances de recours. Elle formule un amendement parlementaire dans ce sens.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 23

La Commission du Développement durable décide de prévoir, sur recommandation du Conseil d'Etat, des mesures transitoires, et décide d'ajouter un nouvel article 23, qui dispose dans son premier paragraphe que le projet de loi va entrer en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial, de sorte que les acteurs concernés pourront être informés en temps utile des nouvelles possibilités de recours qui s'appliqueront alors aux nouvelles procédures de marchés publics.

Un deuxième paragraphe précise que les procédures visant à attribuer un marché, entamées avant l'entrée en vigueur de la présente loi, demeurent soumises à la législation en matière de recours actuellement applicable.

*

III. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

Compte tenu de ce qui précède, la Commission du Développement durable recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi sous rubrique dans la teneur qui suit:

*

PROJET DE LOI instituant les recours en matière de marchés publics

Chapitre I – Dispositions générales

Art. 1er. La présente loi s'applique aux marchés visés par les livres II et III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, dénommée ci-après par „la loi sur les marchés publics“, sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 24 à 32, de l'article 59, paragraphe (2), des articles 70 à 78, des articles 80 et 81 et de l'article 89 de cette même loi.

Les marchés visés à l'alinéa 1er incluent les marchés publics, les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords-cadres et les concessions de travaux publics visés par les livres II et III de la loi sur les marchés publics.

Les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

Art. 2. Les dispositions des articles 3, 4 et 6 sont uniquement applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2 de la loi sur les marchés publics et aux entités adjudicatrices visées par l'article 56 de cette même loi qui sont des autorités administratives.

Les dispositions des articles 20 et 21 sont uniquement applicables aux entités adjudicatrices privées visées par l'article 56 de la loi sur les marchés publics.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi en ce qui concerne le règlement de procédure des juridictions administratives, les dispositions de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives sont applicables.

Les requêtes en référé devant le président du tribunal administratif prévues aux articles 3 et 6 de la présente loi doivent être signifiées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visée de manière parallèle au dépôt au greffe du tribunal.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi, les recours qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont réglés par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile.

Art. 3. Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. (1) Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(2) Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

(3) L'ordonnance est exécutoire dès sa notification.

Art. 5. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

Art. 6. Le président du tribunal administratif peut être saisi endéans les délais prévus à l'article 5 conformément à l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Art. 7. La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par le pouvoir adjudicateur sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par les entités adjudicatrices sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues,
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable.

Art. 8. Les délais visés à l'article 5 ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si une publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* n'est pas obligatoire;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 5 est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 46 de la loi sur les marchés publics.

Lorsque la dérogation visée au point c) est invoquée, le marché en cause est déclaré comme dépourvu d'effets conformément aux articles 9 à 11 et 15:

- s'il y a violation des dispositions régissant l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telles que fixées par règlement grand-ducal,
- et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils d'application du livre II de la loi sur les marchés publics.

Art. 9. Un marché est déclaré dépourvu d'effets par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés:

- a) si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics;

- b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions régissant le cahier général des charges applicables aux marchés publics d'une certaine envergure et le cahier général des charges applicables aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux telles que fixées par règlement grand-ducal, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 8, point c), deuxième alinéa.

La décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond établissant qu'une violation a été commise.

Art. 10. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont laissées à l'appréciation du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

L'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles est possible, mais la portée de l'annulation peut également être limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés devra imposer des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).

Art. 11. Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés à l'article 9, s'il constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés doit imposer des sanctions financières, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

Art. 12. L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue par l'article 9, point a) est exclue si:

- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics,
- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence ex ante volontaire exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 18, et
- le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au *Journal officiel de l'Union européenne*.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités des articles 6 ou 21, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 13. 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:

- le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à la procédure relative à l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telle que fixée par règlement grand-ducal,

- le pouvoir adjudicateur a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d’attribution du marché, accompagnée d’un exposé synthétique des motifs, conformément à l’article 7, premier tiret, et
- la conclusion du contrat n’a pas pu avoir lieu avant l’expiration d’un délai d’au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d’attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si d’autres moyens de communication sont utilisés, avant l’expiration d’un délai d’au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d’attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités de l’articles 6, le pouvoir adjudicateur est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu’à la notification de l’ordonnance en référé et jusqu’à l’expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 14. (1) En cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou de l’article 21, sans que les conditions d’application de l’article 9, point b) ne soient remplies, le président du tribunal d’arrondissement siégeant comme juge des référés prononce des sanctions de substitution.

(2) Les sanctions de substitution pouvant être prononcées suivant l’article 10, alinéa (2) et suivant l’article 14, paragraphe (1) doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Elles consistent:

- à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur ou à l’entité adjudicatrice, ou
- à abréger la durée du marché.

Le président du tribunal d’arrondissement siégeant comme juge des référés tient compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur ou de l’entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l’article 10 la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

Dans l’hypothèse où une pénalité financière est imposée, le président du tribunal d’arrondissement siégeant comme juge des référés émet un ordre de paiement d’une somme déterminée au profit de l’Etat et à percevoir par l’administration de l’enregistrement et des domaines. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s’élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

L’octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins de cet article.

Art. 15. (1) L’introduction d’un recours en application de l’article 9 doit intervenir:

- a) avant l’expiration d’un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où:
 - le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice a publié l’avis d’attribution de marché selon les procédures fixées par règlement grand-ducal, à condition que cet avis contienne la justification de la décision d’attribuer le marché sans publication préalable d’un avis de marché au *Journal officiel de l’Union européenne*;
 - le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion d’un accord-cadre ou de l’adjudication d’un marché, pour autant que cette information soit accompagnée d’un exposé synthétique des motifs tel que prévu à l’article 7. Ce délai s’applique également aux cas visés à l’article 8, point c);
- b) avant l’expiration d’un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat lorsque le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice n’a pas respecté les dispositions du point a).

Art. 16. En cas de recours téméraire et vexatoire, le président du tribunal d’arrondissement siégeant comme juge des référés peut, à la demande du pouvoir adjudicateur ou de l’entité adjudicatrice, octroyer une indemnité adéquate, dont le montant total ne peut en aucun cas dépasser 5 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

Art. 17. Tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice autre que l’Etat qui a fait l’objet d’une notification de la Commission européenne, en application de l’article 3 de la directive 89/665/CEE du

Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures de travaux, ou en application de l'article 8 de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, est tenu de fournir à l'autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal, dans les dix jours de la notification, tous les documents et renseignements nécessaires à l'élaboration de la communication à faire en application des directives précitées.

Art. 18. L'avis de transparence ex ante volontaire visé à l'article 12, deuxième tiret, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice.

Art. 19. Une autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal communique chaque année à la Commission européenne le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que les instances de recours ont prises conformément à l'article 11.

Chapitre II – Règles particulières applicables aux recours en matière de passation de marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Art. 20. (1) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut soit

- a) prendre des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice. Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis du marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause; soit
- b) prendre toutes mesures autres que celles prévues au point a), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; il peut notamment émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, en tenant compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(3) La somme à verser conformément au paragraphe (1), point b) doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement

de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a bien été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

(4) L'assignation en référé prévue par le paragraphe (2) doit se faire avant la décision d'adjudication par l'entité adjudicatrice. La requérante notifie par voie d'huissier à l'entité adjudicatrice l'assignation en référé.

(5) L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

Art. 21. Dans les hypothèses et délais prévus à l'article 5, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut ordonner le sursis à exécution de la conclusion du contrat par une entité adjudicatrice.

Les dispositions des articles 5, 7 et 8 doivent être respectées par les entités adjudicatrices.

L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la signature du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Lorsque le sursis à exécution est prononcé, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise.

Chapitre III – Dispositions finales

Art. 22. La loi modifiée du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics et la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications sont abrogées.

Art. 23. (1) La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial.

(2) Les procédures comportant publication d'un avis, publiées avant la date d'entrée en vigueur, et à défaut de publication d'un avis, les invitations à présenter une candidature ou à remettre une offre, lancées avant la date d'entrée en vigueur, demeurent soumises aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation.

Luxembourg, le 29 septembre 2010

Le Rapporteur,
Léon GLODEN

Le Président,
Fernand BODEN

Service Central des Imprimés de l'Etat

6119/11

N° 6119¹¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

PROJET DE LOI

instituant les recours en matière de marchés publics

* * *

**DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL
PAR LE CONSEIL D'ETAT**

(26.10.2010)

Le Conseil d'Etat,

appelé par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 18 octobre 2010 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

PROJET DE LOI

instituant les recours en matière de marchés publics

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 12 octobre 2010 et dispensé du second vote constitutionnel;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'Etat en ses séances des 29 juin 2010 et 16 juillet 2010 et 28 septembre 2010;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique du 26 octobre 2010.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges SCHROEDER

Service Central des Imprimés de l'Etat



CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

RM/vg

Commission du Développement durable

Procès-verbal de la réunion du 29 septembre 2010

ORDRE DU JOUR :

1. Adoption du projet de procès-verbal de la réunion du 22 septembre 2010 (à 14.30 heures)
2. 6192 Projet de loi concernant certaines modalités d'application et la sanction du règlement (CE) No 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur le commerce des produits dérivés du phoque
- Désignation d'un rapporteur
3. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics
- Rapporteur : Monsieur Léon Gloden
(en cas de disponibilité du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat)
- Présentation et adoption d'un projet de rapport complémentaire
4. Nouvelle procédure législative concernant l'optimisation du suivi financier des grands projets d'infrastructure
- Continuation de l'échange de vues
5. Demande du groupe *déi gréng* du 14 septembre 2010 :
« Irrégularités/illégalités en relation avec la désignation des zones spéciales conservation (règlement grand-ducal du 6 novembre 2009 relatif à la directive 92/43/CEE) et la mise en œuvre des mesures compensatoires prévues dans le cadre de la construction de la route du nord (loi du 27 juillet 1997) »
6. Examen du projet de résolution relative aux écluses sur la Moselle (voir courrier électronique du 23 septembre 2010)
7. Divers

*

Présents : M. Eugène Berger, M. Fernand Boden, M. Lucien Clement, M. Fernand Diederich, M. Fernand Etgen, Mme Marie-Josée Frank, M. Camille Gira, M. André Hoffmann, Mme Lydia Mutsch, M. Roger Negri, M. Marcel Oberweis, M. Ben Scheuer, M. Marc Spautz,

M. Léon Gloden, Rapporteur du projet de loi 6119,

M. Michel Wolter, observateur,

M. Claude Wiseler, Ministre du Développement durable et des Infrastructures,
M. Marco Schank, Ministre délégué au Développement durable et aux
Infrastructures,

M. Guy Besch, M. Roland Fox, Mme Frédérique Hengen, M. Jean Leyder, M.
Claude Pauly, M. Tom Schram, M. Tom Weisgerber, du Ministère du
Développement durable et des Infrastructures,

M. Jean-Marie Franziskus, de la Société nationale des chemins de fers
luxembourgeois (CFL),

M. Jean-Paul Bever, Mme Rachel Moris, de l'Administration parlementaire

*

Présidence : M. Fernand Boden, Président de la Commission

*

1. Adoption du projet de procès-verbal de la réunion du 22 septembre 2010

Le projet de procès-verbal de la réunion du 22 septembre 2010 est adopté.

2. 6192 Projet de loi concernant certaines modalités d'application et la sanction du règlement (CE) No 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur le commerce des produits dérivés du phoque

Monsieur Marcel Oberweis est nommé Rapporteur du projet de loi sous rubrique.

3. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics

Les amendements introduits par la Commission en date du 23 juillet dernier n'ont pas soulevé de commentaire de la part du Conseil d'Etat.

Monsieur le Rapporteur présente succinctement le projet de rapport complémentaire. Après quelques modifications d'ordre purement rédactionnel, ce projet de rapport complémentaire est adopté à l'unanimité des membres présents.

La Commission propose le modèle de temps de parole de base pour les discussions en séance plénière.

4. Nouvelle procédure législative concernant l'optimisation du suivi financier des grands projets d'infrastructure

Les représentants du Ministère informent les membres de la Commission que la liste récapitulative des projets ayant fait l'objet d'une autorisation par la Chambre des Députés, en respect avec la nouvelle procédure législative relative à l'optimisation du suivi financier des grands projets d'infrastructure, leur sera fournie dans les meilleurs délais. Cette liste renseignera également sur l'éventuel rééchelonnement dans le temps de la réalisation de ces projets.

Etant donné que les membres de la Commission n'ont pas de question supplémentaire à poser aux représentants du Ministère, Monsieur le Président-Rapporteur est chargé de préparer son projet de papier de discussion, afin qu'il puisse être examiné au cours de la prochaine réunion.

5. Demande du groupe déi gréng du 14 septembre 2010 : « Irrégularités/illégalités en relation avec la désignation des zones spéciales conservation (règlement grand-ducal du 6 novembre 2009 relatif à la directive 92/43/CEE) et la mise en œuvre des mesures compensatoires prévues dans le cadre de la construction de la route du nord (loi du 27 juillet 1997) »

Le groupe parlementaire *déi gréng* explique les raisons pour lesquelles il a introduit la demande de procéder à l'échange de vues sous rubrique. Il accuse en effet le Gouvernement de ne pas avoir respecté le droit européen, et plus précisément la directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

Pour rappel, la directive précitée a été transposée en droit national par la loi du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles. En 2006, le Gouvernement luxembourgeois a arrêté et présenté à la Commission européenne sa 2^e liste de zones naturelles protégées dans le cadre du réseau européen Natura 2000. Puis, en date du 17 novembre 2009, le Gouvernement a publié le règlement grand-ducal portant désignation des zones spéciales de conservation. Or, en comparant les plans envoyés par le Grand-Duché à Bruxelles en 2006 et les plans contenus dans le règlement grand-ducal de 2009, le groupe *déi gréng* a constaté qu'au moins deux zones spéciales de conservation ont été modifiées. Il s'agit des zones suivantes :

- Sanem - Groussebesch / Schouweiler - Bitchenheck (LU0001027),
- Grunewald (LU0001022).

Le Gouvernement a donc, l'an passé, redéfini les zones habitats par rapport à la version de 2006, en retirant certaines parties des zones déclarées protégées. Or, d'après *déi gréng*, le Gouvernement n'était pas en droit de revoir ces plans, car seule la Commission européenne peut procéder à des modifications sur base de motifs scientifiques. Le Gouvernement aurait donc agi en contradiction avec la directive 92/43/CEE, qui prévoit qu'une fois qu'une zone est classée, seule la Commission européenne a le pouvoir de la déclasser, sur base d'études scientifiques fournies par l'Etat membre. En effet, dans son article 9, la directive dispose clairement qu'un site répertorié comme zone spéciale de conservation ne peut être modifié qu'avec l'habilitation expresse de la Commission : « *La Commission, agissant selon la procédure prévue à l'article 19, procède à l'évaluation périodique de la contribution de Natura 2000 à la réalisation des objectifs visés aux articles 2 et 3. Dans ce contexte, le déclassement d'une zone spéciale de conservation peut être considéré là où l'évolution naturelle relevée au titre de la surveillance prévue à l'article 11 le justifie* ».

Le premier site protégé diminué de certaines surfaces est situé sur les territoires des communes de Bascharage, Dippach, Reckange-sur-Mess et Sanem. Le groupe

parlementaire *déi gréng* a constaté que la zone déclassée coïncide avec le tracé du futur contournement de Bascharage et il déclare ne pas croire à un hasard. Tout en admettant que la présence d'une zone d'habitat n'exclut pas définitivement la construction du contournement de Bascharage, il estime que cela doit se faire en respectant certaines règles (réalisation d'une étude d'impact, sollicitation de l'avis des communes, mise en œuvre de mesures compensatoires,...).

Déi gréng accusent donc le Gouvernement d'avoir sciemment commis une infraction à une directive européenne, et notamment à l'article 4 paragraphe 5 de la directive qui prévoit que « *dès qu'un site est inscrit sur une telle liste, il est soumis aux dispositions de l'article 6 paragraphes 2, 3 et 4 de la directive* ». Ceci signifie concrètement que les Etats membres doivent prendre des mesures nécessaires pour protéger le site. En outre, l'article 6 paragraphe 4 de la directive dispose que « *si, en dépit de conclusions négatives de l'évaluation des incidences sur le site et en l'absence de solutions alternatives, un plan ou projet doit néanmoins être réalisé pour des raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, l'Etat membre prend toute mesure compensatoire nécessaire pour assurer que la cohérence globale de Nature 2000 est protégée* » et que « *L'Etat membre informe la Commission des mesures compensatoires adoptées* ». *Déi gréng* réclame plus de transparence dans la gestion des dossiers et le respect des droits démocratiques. C'est pour cette raison que le groupe parlementaire souhaite savoir à quel niveau la décision de modifier la zone protégée autour de Bascharage a été prise.

Suite à cette intervention, Monsieur le Ministre du Développement durable et des Infrastructures explique que le règlement grand-ducal, bien que publié en novembre 2009 alors qu'il était déjà ministre compétent en la matière, a été élaboré par son prédécesseur et adopté par le Conseil de Gouvernement en mars 2009. Ce texte a ensuite été positivement avisé par le Conseil d'Etat et a suivi la procédure habituelle. Il déclare cependant ne pas pouvoir donner de plus amples explications sur la façon dont le texte a été élaboré, car il n'a pas participé à sa rédaction et propose, le cas échéant, de s'adresser à qui de droit.

Monsieur le Ministre souscrit par ailleurs aux accusations du groupe *déi gréng* et reconnaît que la réglementation européenne n'a pas été respectée. Il annonce vouloir y remédier dans les meilleurs délais. Il donne à cet égard à considérer qu'il s'est rendu compte de cette problématique au printemps de cette année, lorsque son département a entamé des réflexions approfondies sur les autorisations à obtenir dans le cadre du projet de construction du contournement de Bascharage. Au cours de l'été, la Commission européenne a été informée du fait que le Luxembourg devrait adapter sa législation pour se conformer aux procédures européennes.

Dans ce contexte, Monsieur le Ministre explique avoir approfondi l'analyse de toute la procédure de classement des zones protégées et s'être rendu compte de la complexité de la problématique. Il faut tout d'abord savoir qu'il existe deux procédures différentes pour la désignation de zones spéciales de conservation : la procédure nationale et la procédure européenne. Ces deux procédures ont des points communs.

La procédure européenne de désignation des zones spéciales de conservation se fait en trois étapes :

- 1) chaque Etat membre propose une liste de sites abritant des habitats naturels et des espèces animales et végétales sauvages, ceci en se conformant aux critères établis dans les annexes de la directive européenne ;
- 2) sur la base des listes nationales et en accord avec les Etats membres, la Commission arrête une liste des sites d'importance communautaire pour chacune des neuf régions biogéographiques de l'Union ;

- 3) dans un délai maximal de six ans suivant la sélection d'un site comme site d'importance communautaire, les Etats membres doivent désigner ces sites comme zones spéciales de conservation.

A ceci s'ajoute que le règlement grand-ducal de novembre 2009 a été pris sur base de l'article 4 de la loi du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, qui prévoit que : « *Les annexes 1-8 à la présente loi en font partie intégrante. Elles peuvent être amendées par règlement grand-ducal. Tout règlement modifiant ou complétant une annexe de la présente loi doit comporter la mention :*

- *du numéro de l'annexe concernée ;*
- *des numéros et des intitulés des directives communautaires comportant la dernière version complète de cette annexe ainsi que des modifications qu'elle a subies dans la suite ;*
- *des numéros des Journaux Officiels des Communautés Européennes et de leurs annexes dans lesquels ces directives ont été publiées ».*

Cet article peut être interprété de plusieurs façons. En effet, la phrase : « *Elles peuvent être amendées par règlement grand-ducal* » donne à penser que l'annexe 5, qui reprend la liste des zones protégées, peut très facilement être modifiée. Mais, la suite de l'article laisse entrevoir que l'on ne peut modifier les annexes qu'en cas de modification d'une annexe d'une directive européenne si la Commission européenne a donné son accord préalable. Etant donné que l'article 4 de la loi de 2004 peut prêter à confusion, Monsieur le Ministre est d'avis qu'il doit être clarifié.

Il faut en outre comprendre l'historique de cette problématique. Ainsi, si l'on consulte les annexes de la loi de 2004 et que l'on effectue une comparaison des sites repris dans l'annexe 5 de cette loi avec la liste des sites qui ont finalement été notifiés à Bruxelles en 2006, l'on remarque que le site de Bascharage n'est pas repris dans la loi de 2004, alors qu'il a été notifié à la Commission européenne en 2006. Cette différence s'explique par le fait que le Luxembourg a désigné le site de Bascharage pour la liste de ses sites à protéger comme site d'importance communautaire supplémentaire afin de remédier aux insuffisances de ses propositions initiales faites dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 92/43/CEE. Ces insuffisances avaient été constatées par la Commission européenne et concernaient la représentation inadéquate des prairies à molinies. En effet, lorsque le Luxembourg a envoyé sa liste initiale à la Commission européenne, celle-ci lui a demandé d'identifier des terrains supplémentaires. Suite à cette demande, le site de Bascharage a été notifié et la Commission européenne a entériné la liste proposée par le Luxembourg. A ce moment, il semble évident que les annexes de la loi de 2004 auraient dû être complétées par le biais d'une modification de la loi. Or, cela n'a pas été fait. Donc, les annexes de la loi ne correspondaient pas à la liste notifiée à Bruxelles.

Dans une étape ultérieure, le règlement grand-ducal de novembre 2009 a désigné une série de sites d'importance communautaire en vertu de la procédure prévue par la directive. Cependant, le site LU0001027 n'y est pas représenté comme sur les fiches remises par le Gouvernement luxembourgeois à la Commission en 2006. En effet, cette zone y apparaît sous une forme réduite par rapport à celle qui a été notifiée à Bruxelles en 2006.

Le représentant du groupe *déi gréng* signale que, dans le cadre de la présente discussion, sa préoccupation première n'est pas la construction du contournement de Bascharage, mais le fait que les surfaces de certaines zones protégées aient été modifiées sans respecter la procédure européenne. Il exige de connaître les motivations fondamentales de ces décisions et souhaite dans ce contexte que les courriers échangés entre le Ministère de l'Environnement et celui des Travaux publics soient mis à disposition de la Chambre. Il souhaite notamment savoir qui a exercé des pressions pour que de tels projets d'aménagement puissent être adoptés au détriment de l'environnement et de la loi. En

réponse à cette intervention, Monsieur le Ministre explique que les discussions autour du contournement de Bascharage ont eu lieu sous l'impact de l'évolution du plan sectoriel « Transports ». Il ajoute qu'à ses yeux, le PST est une priorité absolue et que le projet du contournement de Bascharage en fait partie. Il reconnaît donc bien volontiers avoir exercé une certaine pression auprès du Ministère de l'Environnement en 2006, dans son rôle de Ministre des Travaux publics pour que ce projet devienne une réalité et déclare être toujours du même avis aujourd'hui. Par contre, il ajoute qu'à l'époque, il n'était pas responsable de la procédure juridique qui devait être respectée par le Ministère de l'Environnement. Monsieur le Ministre rappelle également que, sur base de l'article 12 de la loi du 19 janvier 2004, il est possible de réaliser un tel projet en respectant une procédure bien déterminée.

*

Il a été soutenu que la commune de Bascharage n'aurait pas été informée du fait qu'un de ses terrains se trouvait sur la liste des sites d'importance communautaire. Pourtant, la commune était doublement concernée : non seulement le site en question se trouve sur son territoire, mais elle en est aussi propriétaire. L'actuel bourgmestre de cette commune explique qu'il n'a été informé du classement de ce site que suite à la conférence de presse organisée en date du 14 septembre 2010 par *déi gréng*. Il s'insurge contre ce manque d'information et exige d'être tenu au courant, documents à l'appui, de ce qui s'est exactement passé. Il est par ailleurs d'avis que la lecture des articles 34 à 38 de la loi du 19 janvier 2004 permet aisément de comprendre que les communes doivent être consultées et informées. Il évoque tout particulièrement l'article 38 qui dispose que « *L'Etat et les communes prennent les mesures appropriées pour éviter, en tenant compte des exigences citées à l'article 34 de la présente loi, dans les zones Natura 2000, la détérioration des habitats naturels et des habitats d'espèces ainsi que les perturbations touchant les espèces pour lesquelles les zones ont été désignées, pour autant que ces perturbations soient susceptibles d'avoir un effet significatif eu égard aux objectifs de la présente loi* ». Il est en effet évident que si une commune doit prendre les mesures appropriées pour éviter la détérioration des habitats naturels et des habitats d'espèces dans les zones Natura 2000, elle doit être au courant de l'existence d'une telle zone sur son territoire !

L'orateur proteste vivement contre le fait que la commune de Bascharage n'est à ce jour pas officiellement au courant qu'un de ses terrains a été classé en 2006. Il estime scandaleux que les principes généraux de droit n'aient pas été respectés et que plusieurs centaines d'hectares aient été classés, sans qu'aucun règlement grand-ducal n'ait été publié, ni que les annexes de la loi de 2004 n'aient été amendées par la voie législative.

Il est d'autant plus mécontent que le tracé du contournement de Bascharage, dont la construction est revendiquée par la commune depuis une trentaine d'années, est quasiment fixé depuis 2003 et que la Chambre des Députés a d'ores et déjà donné son accord de principe en la matière, par la motion votée en date du 24 octobre 2007 dans le cadre du débat sur le financement des grands projets d'infrastructure. Il ne parvient pas à comprendre les raisons qui ont mené le Gouvernement à classer en catimini cette zone dans la liste des sites d'importance communautaire en 2006 alors que l'on savait déjà à cette époque que le contournement de Bascharage serait établi à cet endroit.

Monsieur le Bourgmestre exige donc d'être informé de manière détaillée de ce qui s'est passé en 2006. Il veut notamment savoir quelle analyse scientifique a servi de base à la décision de classer ce site plutôt qu'un autre. Monsieur le Ministre explique, qu'outre plusieurs visites sur le terrain, la décision s'est basée sur des documents comme la cartographie de la phytosociologie forestière ou la cartographie des surfaces de diversité biologique. Les membres de la Commission demandent à ce que ces documents soient mis à la disposition de la Chambre des Députés.

Monsieur le Bourgmestre est d'avis que la loi de 2004 doit être modifiée afin de clarifier l'obligation d'information préalable aux communes concernées par le classement d'une zone leur appartenant et afin de prévoir un droit de recours en la matière. En outre, il souhaiterait qu'une analyse sérieuse de la valeur juridique du classement de 2006 soit faite car il estime qu'étant donné que les communes n'ont pas été informées au préalable et qu'aucun règlement grand-ducal n'a été publié (alors que la procédure décrite à l'article 34 de la loi de 2004 le prévoit), le classement de 2006 est inopposable.

Il est également procédé à un bref échange de vues concernant le fait que la décision de notifier le site de Bascharage à Bruxelles en 2006, ne soit pas une décision du Conseil de Gouvernement, mais du seul Ministre de l'Environnement. Monsieur le Ministre du Développement durable et des Infrastructures s'engage à vérifier ces faits, mais il est d'avis que le Ministre de l'Environnement a considéré que ce type de décision était de sa compétence exclusive et que, juridiquement parlant, l'approbation du Conseil de Gouvernement ne s'imposait pas.

*

Monsieur le Ministre du Développement durable et des Infrastructures résume ensuite brièvement la situation et donne à considérer qu'il se trouve face à un problème juridique, dû à l'existence de deux procédures séparées, la procédure nationale et la procédure européenne. Le fait que le Ministre compétent n'ait pas informé les communes concernées de la notification faite à Bruxelles en 2006 a des conséquences différentes au niveau national et au niveau européen :

- au niveau national, la question se pose de savoir si la procédure est oui ou non viciée.
- le fait que la procédure nationale n'ait pas été respectée ne saurait avoir un effet à Bruxelles, car la procédure européenne ne prévoit pas d'informer les communes du classement d'un de leurs terrains. Ainsi, la notification faite en 2006 existe bel et bien en droit européen. Le fait que la procédure luxembourgeoise ne soit pas clôturée n'a aucune influence sur sa valeur juridique.

Monsieur le Ministre reconnaît être face à un problème juridique complexe. Il est en contact avec la Commission européenne pour tenter de régler la situation.

*

D'une manière générale, les membres de la Commission se déclarent très étonnés que de tels agissements aient pu avoir lieu et demandent au Gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour y remédier. Si certains souhaitent convoquer le Ministre de l'Environnement de l'époque pour lui demander de fournir les explications en la matière, cette proposition n'est cependant pas retenue.

En conclusion, les représentants gouvernementaux s'engagent à régler les problèmes juridiques soulevés au cours du présent échange de vues dans les meilleurs délais. Dans ce contexte, ils vont, d'une part, poursuivre leurs discussions avec la Commission européenne et, d'autre part, déposer un projet de loi visant à modifier la loi du 19 janvier 2004. Ils feront tout leur possible pour mettre les procédures à respecter en cas de classement ou de déclassement d'une zone de conservation en conformité avec la législation nationale et la réglementation communautaire.

*

Les discussions concernant le cas du *Gréngewald* auront lieu au cours de la prochaine réunion.

6. Examen du projet de résolution relative aux écluses sur la Moselle

Ce point n'a pas été abordé.

7. Divers

Il n'y aura pas de réunion le 6 octobre prochain. Les prochaines réunions auront lieu les 13 et 18 octobre 2010.

Luxembourg, le 5 octobre 2010

La secrétaire,
Rachel Moris

Le Président,
Fernand Boden



CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

RM/vg

Commission du Développement durable

Procès-verbal de la réunion du 23 juillet 2010

ORDRE DU JOUR :

1. Adoption du projet de procès-verbal de la réunion du 19 juillet 2010
2. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics
 - Rapporteur : Monsieur Léon Gloden
 - Présentation et adoption d'une série d'amendements parlementaires
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

*

Présents : M. Eugène Berger, M. Fernand Boden, Mme Anne Brasseur, M. Fernand Etgen, Mme Marie-Josée Frank, M. Léon Gloden (remplaçant M. Lucien Clement), Mme Lydia Mutsch, M. Roger Negri, M. Marcel Oberweis, M. Ben Scheuer, M. Marc Spautz,

M. Jean Colombera, observateur,

M. Claude Wiseler, Ministre du Développement durable et des Infrastructures,
M. Marco Schank, Ministre délégué au Développement durable et aux Infrastructures,

Mme Françoise Kuth, du Ministère de la Justice,

Mme Francine Cocard, M. Timon Oesch, de l'Administration parlementaire

*

Présidence : M. Fernand Boden, Président de la Commission

*

1. Adoption du projet de procès-verbal de la réunion du 19 juillet 2010

Le projet de procès-verbal de la réunion du 19 juillet 2010 est adopté.

2. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics

Monsieur le Rapporteur présente les amendements à apporter au texte du projet de loi sous rubrique. Il explique que, dans un souci de respect de la hiérarchie des normes juridiques, il convient de biffer dans les articles 7 premier tiret, 8 c) premier tiret, 9 b), 13 premier tiret et 15(1) a) premier tiret du projet de loi, toute référence au règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et de décrire les procédures ou situations visées aux articles de ce règlement grand-ducal dans les articles précités du projet de loi. En effet, « *contrairement aux références à des actes d'une intensité normative supérieure ou égale, qui sont à assortir de l'intitulé exact des actes visés, le renvoi à des actes d'une intensité normative inférieure doit, en principe, se limiter à indiquer leur nature, ceci en raison du principe de la hiérarchie des normes juridiques qui impose le parallélisme des formes*¹ ». Il s'ensuit dès lors que :

- l'article 7, premier tiret se lira comme suit : « - *d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par le pouvoir adjudicateur sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par les entités adjudicatrices sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues ;* »

- l'article 8 c), premier tiret se lira comme suit : « - *s'il y a violation des dispositions régissant l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telles que fixées par règlement grand-ducal,* »

- l'article 9 b) se lira comme suit : « *b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions régissant le cahier général des charges applicables aux marchés publics d'une certaine envergure et le cahier général des charges applicables aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie des transports et des services postaux telles que fixées par règlement grand-ducal, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché ;* »

- l'article 13, premier tiret se lira comme suit : « - *le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à la procédure relative à l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telle que fixée par règlement grand-ducal,* »

- l'article 15 (1) a) premier tiret se lira comme suit : « - *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié l'avis d'attribution de marché selon les procédures fixées par règlement grand-ducal, à condition que cet avis contienne la justification de la décision d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne,* »

Suite à une question afférente, le Ministère se déclare d'accord avec ces amendements qui, selon lui, apportent une clarification juridique. Il confirme en outre qu'au cours des dernières années, plusieurs lois ont été votées dans lesquelles des références précises à des

¹ Traité de légistique formelle, Marc Besch, Publication du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg

règlements grand-ducaux sont citées. Il apparaît donc que la Chambre des Députés devra à l'avenir se fixer une procédure en la matière.

Les amendements sont ensuite adoptés à l'unanimité des membres présents. Ils seront envoyés au Conseil d'Etat dans les meilleurs délais.

Le projet de rapport est également adopté à l'unanimité des membres présents, sous réserve de l'accord du Conseil d'Etat. Il est à noter que la prochaine réunion de la Haute Corporation aura lieu le 28 septembre 2010. Après cette date, la Commission du Développement durable se réunira une nouvelle fois afin d'examiner l'avis du Conseil d'Etat et d'adopter un projet de rapport complémentaire.

3. Divers

La commission parlementaire réitère son souhait d'être tenue au courant dès qu'un projet de loi est adopté par le Conseil de Gouvernement.

Dans ce contexte, Monsieur le Ministre délégué informe que le Conseil de Gouvernement vient d'adopter plusieurs amendements gouvernementaux au projet de loi N°5888 relative à la chasse, ainsi que deux projets de règlement grand-ducal y relatifs :

- le projet de règlement grand-ducal concernant l'emploi des armes et munitions de chasse, les moyens autorisés pour l'exercice de la chasse ainsi que l'emploi du chien de chasse ;
- le projet de règlement grand-ducal déterminant les espèces de gibier qui peuvent faire l'objet d'un appâtage ainsi que les conditions et modalités de cet appâtage.

La prochaine réunion aura lieu le 22 septembre 2010. Au cours de cette réunion, la liste des grands projets d'infrastructure de l'Etat sera présentée à la Chambre par les fonctionnaires du Ministère. La réunion du 29 septembre 2010 sera quant à elle consacrée à un échange de vues avec Monsieur le Ministre au sujet de ces grands projets. A cet égard, il est rappelé que le Règlement de la Chambre prévoit en son article 99 que « *le Gouvernement saisit le 30 juin au plus tard la Chambre des Députés d'une liste de projets prioritaires à construire par l'Etat au cours des exercices suivants et dont le coût dépasse le seuil prévu par l'article 99 de la Constitution* » et que de ce fait, le Gouvernement accuse d'ores et déjà un certain retard en la matière. Monsieur le Ministre donne à considérer que cette liste de projets sera soumise à l'approbation du Conseil de Gouvernement sous peu et sera ensuite immédiatement transmise à la Chambre. Il est en outre signalé que le groupe politique CSV a introduit une demande d'organisation d'un débat d'orientation sur les projets d'infrastructure. Ces deux points pourraient utilement être examinés et évacués ensemble.

Luxembourg, le 28 juillet 2010

La secrétaire,
Rachel Moris

Le Président,
Fernand Boden



CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2009-2010

RM/vg

Commission du Développement durable

Procès-verbal de la réunion du 19 juillet 2010

ORDRE DU JOUR :

1. Adoption des projets de procès-verbal des réunions des 7 et 8 juillet 2010
2. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics
- Rapporteur : Monsieur Léon Gloden
- Présentation et adoption d'un projet de rapport (sous réserve de la disponibilité de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat)
3. Divers

*

Présents : M. Eugène Berger, M. Fernand Boden, Mme Anne Brasseur, M. Léon Gloden (remplaçant M. Marc Spautz), M. André Hoffmann, M. Roger Negri, M. Marcel Oberweis, M. Ben Scheuer,

M. Jacques-Yves Henckes, observateur,

M. Claude Wiseler, Ministre du Développement durable et des Infrastructures,

M. Jean Leyder, M. Claude Pauly, du Ministère du Développement durable et des Infrastructures,

Mme Rachel Moris, de l'Administration parlementaire

Excusée : Mme Lydia Mutsch

*

Présidence : M. Fernand Boden, Président de la Commission

*

1. Adoption des projets de procès-verbal des réunions des 7 et 8 juillet 2010

Les projets de procès-verbal des réunions des 7 et 8 juillet 2010 sont adoptés.

2. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics

Suite à une question afférente, il est rappelé que la directive 2007/66/CE aurait dû être transposée en droit national pour le 20 décembre 2009 et que le Luxembourg risque donc d'être condamné à des sanctions pécuniaires pour retard de transposition. C'est pour cette raison que, malgré le fait que le projet de loi sous rubrique ne pourra en aucun cas être évacué en séance plénière avant le mois d'octobre prochain, le Ministère a demandé à la Commission du Développement durable de poursuivre ces travaux parlementaires, afin de pouvoir informer la Commission européenne que les travaux parlementaires étant finis, le texte est prêt à être voté en séance publique.

La Commission examine ensuite l'avis complémentaire que le Conseil d'Etat a émis en date du 16 juillet 2010, suite aux amendements introduits le 8 juillet dernier. Dans cet avis, la Haute Corporation constate que les modifications proposées répondent largement à ses observations présentées dans son premier avis du 29 juin 2010. Seuls les textes proposés comme nouveaux alinéas 3 et 4 de l'article 4 donnent lieu aux observations suivantes :

En ce qui concerne l'alinéa 3, le Conseil d'Etat se déclare d'accord avec la première phrase, mais il recommande l'abandon de la seconde (« *Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.* »). Il est vrai que la loi du 13 mars 1993 prévoyait que l'ordonnance présidentielle était exécutoire et non susceptible de faire l'objet d'un recours, mais cette loi était bien antérieure à la création des juridictions administratives qui sont structurées de façon à rendre possible l'appel. La possibilité d'interjeter appel contre la décision du juge du référé est manifestement dans l'intérêt du justiciable. L'abandon de la deuxième phrase aurait pour effet de faire place au fonctionnement des règles procédurales ordinaires devant les juridictions administratives.

La Haute Corporation est aussi d'avis que l'alinéa 4 de l'article 4 pourrait aussi être abandonné et l'effet voulu pourrait être obtenu moyennant un léger changement à apporter à l'article 3, première phrase du premier alinéa, qui devrait se lire comme suit dans l'intérêt de l'alignement du libellé à l'article 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives : « *Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but ...* ».

La Commission du Développement durable décide de suivre le Conseil d'Etat et de modifier les articles 3 et 4 en conséquence. Ces deux articles se liront comme suit :

Art. 3. Le président du tribunal administratif peut prendre par voie de référé des mesures ayant Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. (1) *Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.*

(2) *Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.*

(3) *L'ordonnance est exécutoire dès sa notification. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.*

(4) *En cas d'empêchement du président du tribunal administratif, il est remplacé par un membre du tribunal administratif.*

*

Monsieur le Rapporteur informe ensuite les membres de la commission parlementaire d'une complication juridique dans le texte du projet de loi. En effet, les articles 7 premier tiret, 8 c) premier tiret, 9 b), 13 premier tiret et 15(1) a) premier tiret font référence au règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Or, il s'agit en l'occurrence d'une mauvaise technique légistique qui aurait pour conséquence de donner force de loi aux articles du règlement grand-ducal cités dans le texte législatif.

Il s'ensuit un bref échange de vues au terme duquel les membres de la Commission, en accord avec Monsieur le Ministre, décident d'amender une nouvelle fois le texte du projet, et ceci malgré le fait que le Luxembourg soit tenu de transposer la directive européenne dans les meilleurs délais. Il s'avère en fait qu'en tout état de cause, la date de l'adoption du texte en séance plénière ne devrait pas être retardée, car le Conseil d'Etat pourra aviser ces amendements au cours de sa réunion du 28 septembre 2010.

Pour ce qui est de la forme à donner aux amendements, deux alternatives sont évoquées :

- les articles concernés du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 pourraient être textuellement recopiés dans le texte de loi ;
- le texte législatif pourrait se borner à décrire les procédures ou situations visées aux articles de ce règlement grand-ducal.

La Commission du Développement durable charge Monsieur le Rapporteur de réfléchir à ces deux options et de lui soumettre un projet de lettre d'amendements lors d'une réunion qui aura lieu le 23 juillet prochain. Lors de cette même réunion, le projet de rapport devrait également être adopté, sous réserve de l'accord à venir du Conseil d'Etat.

*

Suite à une question afférente, Monsieur le Rapporteur explique que le projet de loi 6119 prévoit la sanction de l'absence d'effets pour les contrats conclus sous forme de procédure négociée sans publication d'avis. En effet, dans un souci de transparence, une publication préalable doit être faite dans le *Journal officiel de l'Union européenne* pour informer les entreprises de l'existence d'une procédure négociée. Au cas où aucun avis préalable n'aurait été publié, la sanction est l'absence d'effets.

Un intervenant critique le texte d'une manière générale et souhaite que le Gouvernement s'engage à le retravailler. L'orateur évoque plusieurs points qui mériteraient d'être clarifiés afin d'en améliorer la sécurité juridique. Il regrette notamment que les détails concernant le format de l'avis à publier dans le cadre de la passation d'un marché public soit fixé et puisse être modifié par un règlement européen, notamment eu égard au fait que les règlements européens sont d'application directe en droit national et qu'ils ne sont pas publiés au Mémorial A. En réponse à cette intervention, les représentants gouvernementaux expliquent que ces discussions auront leur place dans le cadre d'une révision globale de la loi sur les marchés publics.

3. Divers

Monsieur le Ministre informe les membres de la Commission que les quatre départements du Ministère du Développement durable et des Infrastructures (aménagement du territoire, environnement, travaux publics et transports) déménageront prochainement dans le bâtiment Tour Alcide de Gasperi à Kirchberg. Cette décision a été prise, d'une part, dans un souci de rationalité et de fonctionnalité et, d'autre part, pour faire suite à la décision gouvernementale de ne plus occuper de bâtiments dont l'Etat luxembourgeois n'est pas propriétaire. La loi du 24 juillet 2001 relative à l'extension et à la modernisation du Centre de Conférences à Luxembourg avait accordé un crédit de 6,5 milliards de LUF, soit environ 160 millions d'euros pour l'aménagement du Centre de conférences dont ce bâtiment fait partie. L'orateur explique que ce budget ne sera outrepassé que de 1 ou de 2 %, afin d'aménager des cloisons et d'acheter du matériel de bureau. Ce dépassement n'implique donc pas le dépôt d'un nouveau projet de loi, étant donné que la procédure décidée par la Commission du Contrôle de l'exécution budgétaire et des Comptes au cours de la réunion du 20 avril 2009 dispose qu'un dépassement du montant autorisé inférieur à 5% du coût global doit simplement être autorisé dans le cadre de l'approbation de la loi concernant les recettes et les dépenses de l'Etat pour l'exercice suivant. Cependant, étant donné qu'il s'agit d'un changement de programme par rapport à la loi précitée de 2001, Monsieur le Ministre demande l'accord de la Commission du Développement durable. La commission parlementaire n'a aucune objection à émettre.

La Commission constate que la Chambre des Salariés a rendu des avis sur plusieurs projets de loi, qui n'ont pas encore été déposés à la Chambre. Ces projets sont :

- le projet de loi portant a) simplification et accélération de la procédure d'autorisation des établissements classés et b) modifiant la loi modifiée du 10 juin 1888 relative aux établissements classés ;
- le projet de loi portant exécution et sanction du règlement (CE) N°1005/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone ;
- le projet de loi portant exécution et sanction de certains règlements communautaires relatifs aux installations contenant certains gaz à effet de serre fluorés ;
- le projet de loi modifiant la loi modifiée du 21 juin 1976 relative à la lutte contre la pollution de l'atmosphère relatif au projet de règlement grand-ducal portant application de la directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe ;
- le projet de loi portant exécution du règlement (CE) N° 433/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière

d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO2 des véhicules légers.

Afin d'éviter à l'avenir ce genre d'oubli, la commission parlementaire souhaite être tenue au courant dès qu'un projet de loi est adopté par le Conseil de Gouvernement.

*

Outre les deux réunions du 23 juillet prochain (la première à 14h15 pour adopter les amendements relatifs au projet de loi 6119 instituant les recours en matière de marchés publics et, le cas échéant, le projet de rapport ; la seconde à 14h30 conjointement avec la Commission de la Santé et de la Sécurité sociale et la Commission de l'Agriculture, de la Viticulture et du Développement rural au sujet de la proposition de réforme de la Commission européenne en matière de procédure d'autorisation des organismes génétiquement modifiés), les prochaines réunions auront lieu le 22 septembre 2010. A 10h30, la Commission du Développement durable examinera la liste des grands projets d'infrastructures de l'Etat. Au cours de l'après-midi, elle procédera à la visite du Port de Mertert.

Les membres de la Commission confirment également leur volonté de consacrer une journée entière à la problématique des déchets, dès la rentrée.

Luxembourg, le 21 juillet 2010

La secrétaire,
Rachel Moris

Le Président,
Fernand Boden

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2009-2010

RM/vg

Commission du Développement durable

Procès-verbal de la réunion du 08 juillet 2010

ORDRE DU JOUR :

1. 6110 Projet de loi ayant pour objet
 - A) la transposition en droit national de la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire;
 - B) la création d'un organisme de contrôle du marché ferroviaire;
 - C) de modifier la loi modifiée du 11 juin 1999 relative à l'accès à l'infrastructure ferroviaire et à son utilisation;
 - D) de modifier la loi modifiée du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire
 - Rapporteur : Monsieur Marc Spautz
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

2. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics
 - Rapporteur : Monsieur Léon Gloden
 - Présentation du projet de loi
 - Examen de l'avis du Conseil d'Etat
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

*

Présents : M. François Bausch, M. Eugène Berger, M. Fernand Boden, M. Lucien Clement, M. Fernand Diederich, M. Fernand Etgen, Mme Marie-Josée Frank, Mme Lydia Mutsch, M. Roger Negri, M. Marcel Oberweis, M. Ben Scheuer, M. Marc Spautz,

M. Léon Gloden, rapporteur du projet de loi 6119,

M. Claude Wiseler, Ministre du Développement durable et des Infrastructures,

M. Claude Pauly, M. Jeannot Poeker, M. Frank Reimen, du Ministère du Développement durable et des Infrastructures,

Mme Rachel Moris, de l'Administration parlementaire

Excusé : M. André Hoffmann

*

Présidence : M. Fernand Boden, Président de la Commission

*

1. 6110 Projet de loi ayant pour objet

- A) la transposition en droit national de la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire;**
- B) la création d'un organisme de contrôle du marché ferroviaire;**
- C) de modifier la loi modifiée du 11 juin 1999 relative à l'accès à l'infrastructure ferroviaire et à son utilisation;**
- D) de modifier la loi modifiée du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire**

Suite aux discussions ayant eu lieu au cours de la réunion du 7 juillet 2010 et à la problématique de risque de transposition incomplète de la directive européenne 2007/58/CE, il est finalement décidé de suivre les suggestions émises par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 29 juin 2010. En effet, les membres de la Commission et les représentants du Ministère, même s'ils sont d'avis que les amendements de la Chambre des Députés étaient justifiés, décident que le risque de s'exposer à des sanctions pécuniaires de la part des instances européennes est trop élevé. Ils conviennent donc :

- à l'article 4, de maintenir les mots « également » et « éventuelle » ;
- à l'article 5 paragraphe 1^{er}, de retenir le libellé proposé par la Haute Corporation, libellé qui se trouve être un compromis entre le libellé initial du Gouvernement et celui proposé par la commission parlementaire.

Monsieur le Rapporteur présente succinctement son projet de rapport, pour les détails duquel il est prié de se référer au document parlementaire 6110⁵. Le projet de rapport est adopté à l'unanimité des membres présents.

La Commission propose le modèle de temps de parole de base pour les débats en séance plénière, tout en demandant à ce que le Rapporteur dispose de quinze minutes au lieu de dix pour présenter le projet.

2. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics

Monsieur le Rapporteur présente succinctement le projet de loi sous rubrique, pour les détails duquel il est prié de se référer au document parlementaire afférent. En bref, ce projet de loi a pour objet de transposer la directive 2007/66/CE 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. L'orateur précise que 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 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 manière 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. Monsieur le Rapporteur précise également que le projet de loi sous rubrique ne modifie ni le champ d'application de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, ni les règles de procédure prévues par cette même loi, mais a uniquement vocation d'instituer des voies de recours en cas de litiges naissant dans le cadre de l'attribution des marchés publics.

Suite à cette présentation, les représentants du Ministère expliquent que la directive 2007/66/CE aurait dû être transposée en droit national pour le 20 décembre 2009 et que le Luxembourg risque donc d'être condamné à des sanctions pécuniaires pour retard de transposition.

Il apparaît cependant, à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat du 29 juin 2010, que des amendements au texte s'avèrent nécessaires. En effet, la Haute Corporation suggère plusieurs améliorations à la future loi, mais ne fait malheureusement pas toujours de propositions de texte. Monsieur le Rapporteur expose donc les amendements qu'il convient d'apporter au projet de loi, amendements adoptés par la commission parlementaire à l'unanimité des membres présents :

Amendement I concernant les articles 3 et 4

La Commission du Développement durable tient compte de l'observation faite par la Haute Corporation en ce qui concerne l'ambiguïté créée par les termes « mesures provisoires » et biffe le mot « provisoire » aux articles 3 et 4.

De même, elle précise à l'article 4 que l'ordonnance est exécutoire dès sa notification et qu'elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

Finalement, comme recommandé par le Conseil d'Etat, elle se propose d'ajouter un nouveau paragraphe à l'article 4 afin de préciser qu'en cas d'empêchement du président du tribunal administratif, ce dernier est remplacé par un membre du tribunal administratif.

Afin de garantir la lisibilité, Monsieur le Rapporteur propose encore que l'article 4 soit subdivisé en quatre paragraphes.

Les articles 3 et 4 se liront donc comme suit :

Art. 3. *Le président du tribunal administratif peut prendre par voie de référé des mesures ayant pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.*

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. (1) *Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt*

public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(2) Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir, à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

(3) **L'ordonnance est exécutoire dès sa notification. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.**

(4) **En cas d'empêchement du président du tribunal administratif, il est remplacé par un membre du tribunal administratif.**

Amendement II concernant l'article 10

Sur proposition de Monsieur le Rapporteur, la Commission du Développement durable décide de préciser que le juge visé à l'alinéa 2 de cet article est également le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés. L'article 10 se lira comme suit :

Art. 10. *Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont laissées à l'appréciation du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés. L'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles est possible, mais la portée de l'annulation peut également être limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, le **président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés** devra imposer des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).*

Amendement III concernant l'article 12

La Commission du Développement durable, en tenant compte de l'observation faite par la Haute Corporation en ce qui concerne l'article 13, décide d'amender dans le même sens l'article 12 afin de garder une analogie dans le texte. L'article 12 se lira comme suit :

Art. 12. *L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue par l'article 9, point a) est exclue si :*

- *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics,*
- *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis de transparence ex ante volontaire exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 18, et*
- *le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au Journal officiel de l'Union européenne.*

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités des articles 6 ou 21, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Amendement IV concernant l'article 19

La Commission du Développement durable tient compte de l'observation faite par la Haute Corporation et remplace « leurs » par « les ». L'article 19 se lira comme suit :

Art. 19. *Une autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal communique chaque année à la Commission européenne le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que **les** instances de recours ont prises conformément à l'article 11.*

*

Les membres de la Commission prennent en outre connaissance de la remarque du Conseil d'Etat qui, se référant à l'avis du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 avril 2010, attire 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 se déclare d'accord avec le texte de toute disposition transitoire destinée à prévenir les complications mentionnées. La Commission décide donc d'introduire un nouvel article 23 et de le libeller comme suit :

Art. 23. (1) *La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial.*

(2) *Les procédures comportant publication d'un avis, publiées avant la date d'entrée en vigueur, et à défaut de publication d'un avis, les invitations à présenter une candidature ou à remettre une offre, lancées avant la date d'entrée en vigueur, demeurent soumises aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation.*

*

Les amendements exposés ci-dessus seront finalisés et envoyés pour avis au Conseil d'Etat encore dans la journée. Au cas où la Haute Corporation aviserait ces amendements au cours de sa séance du 16 juillet prochain, le projet de rapport relatif au projet de loi sous rubrique pourrait être adopté dans la foulée. De la sorte, Monsieur le Ministre du Développement durable et des Infrastructures sera à même d'informer la Commission européenne que les travaux parlementaires étant finis, le texte est prêt à être voté en séance publique le 12, 13 ou 14 octobre 2010.

Luxembourg, le 13 juillet 2010

La secrétaire,
Rachel Moris

Le Président,
Fernand Boden



CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2009-2010

RM/vg

Commission du Développement durable

Procès-verbal de la réunion du 09 juin 2010

ORDRE DU JOUR :

1. Adoption des projets de procès-verbal des réunions des 19 mai et 2 juin 2010
2. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics
- Désignation d'un rapporteur
3. 6124 Projet de loi modifiant la loi du 21 mai 1999 concernant l'aménagement du territoire
- Désignation d'un rapporteur
4. Examen des documents européens suivants :
 - A) COM/2010/186 : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen: Une stratégie européenne pour des véhicules propres et économes en énergie
 - B) COM/2010/191 : Annexe au rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre du programme énergétique européen pour la relance
- Rapporteur : Monsieur Marcel Oberweis
 - C) COM/2010/209 : Proposition de Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, concernant la signature et l'application provisoire du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et les Etats-Unis d'Amérique, d'autre part
COM/2010/208 : Proposition de Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, concernant la conclusion du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et les Etats-Unis d'Amérique, d'autre part
 - D) COM/2010/212 : Document de travail de la Commission: Consultation sur la future politique du réseau transeuropéen de transport
 - E) COM/2010/235 : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux prochaines étapes en matière de gestion des biodéchets dans l'Union européenne

F) COM/2010/251 : Communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 294, paragraphe 6, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne concernant la position du Conseil en première lecture relative à l'adoption d'une proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil établissant le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents dans le domaine du transport routier et d'interfaces avec d'autres modes de transport

5. Divers

*

Présents : M. Eugène Berger, M. Fernand Boden, M. Lucien Clement, Mme Marie-Josée Frank, Mme Lydia Mutsch, M. Roger Negri, M. Marcel Oberweis, M. Ben Scheuer, M. Marc Spautz,

M. Claude Wiseler, Ministre du Développement durable et des Infrastructures,

M. Claude Franck, M. Romain Diederich, M. Claude Pauly, M. Sam Weissen, du Ministère du Développement durable et des Infrastructures,

Mme Rachel Moris, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Fernand Etgen, M. André Hoffmann

*

Présidence : M. Fernand Boden, Président de la Commission

*

1. Adoption des projets de procès-verbal des réunions des 19 mai et 2 juin 2010

Les projets de procès-verbal des réunions des 19 mai et 2 juin 2010 sont adoptés.

2. 6119 Projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics

Monsieur Léon Gloden est nommé Rapporteur du projet de loi sous rubrique.

3. 6124 Projet de loi modifiant la loi du 21 mai 1999 concernant l'aménagement du territoire

Monsieur Gilles Roth est nommé Rapporteur du projet de loi sous rubrique.

4. Examen des documents européens

COM/2010/186 : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen : Une stratégie européenne pour des véhicules propres et économes en énergie

Les représentants gouvernementaux présentent le document sous rubrique, qui est une communication de la Commission exposant une stratégie européenne pour encourager le développement et l'adoption de véhicules propres et économes en énergie. Le résumé de ce document, établi par les soins du Ministère du Développement durable et des Infrastructures, se trouve repris en annexe 1 du présent procès-verbal.

Suite à cette présentation, il est procédé à un échange de vues sur la problématique de l'électro-mobilité. Les membres de la commission constatent notamment que le transport est responsable d'environ un quart des émissions de CO₂ dans l'UE et contribue pour une grande part à la mauvaise qualité de l'air et aux problèmes de santé qui y sont liés. Ils sont donc d'avis que le Grand-Duché aurait tout intérêt à prendre des initiatives concrètes dans le domaine de l'électro-mobilité et souhaitent, dans ce contexte, obtenir des informations de la part de Monsieur le Ministre. A cet égard, ils s'interrogent notamment sur les actions concrètes qui pourraient être entreprises par le Gouvernement (ex : chaque administration devrait posséder une voiture électrique, des prises électriques devraient être disponibles dans les parkings,...).

Si Monsieur le Ministre se déclare bien évidemment en faveur de telles actions ponctuelles, il est d'avis qu'elles ne suffisent pas. Il faudra en effet définir un concept global, de préférence en concordance avec les pays limitrophes, qui permettra de mettre en place des projets à court terme ainsi qu'une stratégie à long terme. C'est notamment pour ces raisons que le Ministère du Développement durable et des Infrastructures a chargé le CRP Henri Tudor d'élaborer un programme de recherche et de rédiger un rapport en la matière. C'est seulement lorsque les résultats de cette étude seront disponibles que l'on pourra envisager de prendre des mesures concrètes au Luxembourg.

Il est encore souligné que, pour recharger les voitures électriques, il existe d'ores et déjà des technologies « *user friendly* ». En effet, les modèles commercialisés sont rechargeables avec des systèmes classiques de branchement au réseau électrique. Monsieur le Ministre évoque ensuite brièvement les caractéristiques (vitesse maximale, autonomie, prix,...) des différents types de véhicules électriques, ainsi que le succès grandissant des scooters électriques, qui ont exactement les mêmes capacités que les scooters à essence et pour lesquels la question de l'autonomie ne se pose pas.

Suite à une question afférente, il s'avère qu'il n'y a pas, pour le moment, d'incitation financière communautaire prévue pour la mise en place de mesures nationales en faveur du développement de l'électro-mobilité. L'objectif de la Commission européenne est, à ce stade, de lancer la discussion. D'ici à la fin de l'année, des lignes directrices seront publiées afin d'aider les Etats membres à mettre en place des incitations financières nationales basées sur des normes communes.

Sont encore succinctement évoquées :

- la nécessité d'évaluer, d'un point de vue technique, les problèmes éventuels de capacité de notre réseau électrique. En effet, si le succès des véhicules électriques est confirmé dans les prochaines décennies et que chaque propriétaire d'un tel véhicule recharge sa batterie en début de soirée à son retour au domicile, n'y aurait-il pas un risque de problème de livraison d'électricité au consommateur ? Les membres de la Commission du Développement durable sont d'avis que, même si ce problème

semble peu probable, il serait opportun que le Ministère charge des experts de l'évaluer ;

- la situation des stations services qui seraient, le cas échéant, confrontées à une baisse sensible de leurs revenus et les implications de cette baisse sur le marché de l'emploi.

Suite à cet échange de vues, il est convenu que le rapport du CRP Henri Tudor sera présenté à la Commission du Développement durable dès qu'il sera disponible et qu'un débat sur l'électro-mobilité sera organisé subséquemment.

*

COM/2010/191 : Annexe au rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre du programme énergétique européen pour la relance

Le document sous rubrique est présenté par Monsieur le Rapporteur Marcel Oberweis, ainsi que par un représentant du Ministère. Le résumé du document se trouve en annexe 2 du présent procès-verbal.

Ces présentations ne soulèvent aucune question de la part des membres de la Commission.

*

COM/2010/209 : Proposition de Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, concernant la signature et l'application provisoire du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et les Etats-Unis d'Amérique, d'autre part

COM/2010/208 : Proposition de Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, concernant la conclusion du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et les Etats-Unis d'Amérique, d'autre part

Un représentant du Ministère présente les deux documents sous rubrique, pour les détails desquels il est prié de consulter l'annexe 3 du présent procès-verbal.

Il faut savoir que, depuis le 30 mars 2008, l'accord de transport aérien entre les Etats-Unis d'Amérique et la Communauté européenne et ses Etats membres, signé les 25 et 30 avril 2007 s'applique à titre provisoire. Conformément à l'article 21, paragraphe 1 de cet accord, les négociations préparatoires à la seconde étape ont débuté en mai 2008. L'article 21, paragraphe 3 de l'accord prévoit que chaque partie peut suspendre certains droits si aucun accord de seconde étape n'est trouvé à la date du 30 novembre 2010. A l'issue de huit tours de négociations préparatoires à la seconde étape, un accord a été trouvé le 25 mars 2010 sur un projet de protocole modifiant l'accord de transport aérien UE - Etats-Unis 2007. Le protocole vise à :

- lancer un processus pour faciliter les investissements étrangers dans le secteur du transport aérien,
- encourager l'ouverture de l'accès au marché, notamment en favorisant l'accès par les compagnies aériennes de l'UE au transport aérien financé par le gouvernement des Etats-Unis, et
- renforcer la coopération réglementaire dans tous les domaines de la politique de l'aviation, notamment pour limiter les incidences environnementales de l'aviation.

Lors des négociations, le point essentiel de la réforme des règles en matière de propriété et de contrôle des compagnies aériennes a également été soulevé par les négociateurs. L'UE a longtemps insisté pour y parvenir, faisant valoir qu'il s'agirait d'une étape déterminante pour libérer le secteur du transport aérien des contraintes réglementaires obsolètes en matière d'investissements étrangers qui l'empêchent de fonctionner comme tout autre secteur. L'accord provisoire prévoit un certain nombre de stimulants pour encourager la réforme : si les Etats-Unis modifient leur législation de façon à permettre aux investisseurs de l'UE de détenir une participation majoritaire dans des compagnies aériennes américaines, l'UE permettra par réciprocité aux investisseurs américains de détenir une participation majoritaire dans des compagnies aériennes de l'UE, et les compagnies aériennes américaines bénéficieront de droits d'accès supplémentaires au marché des services aériens à destination et en provenance de l'UE.

Suite à cette présentation et à une question afférente, il est précisé que, lorsque le Protocole sera signé, sa ratification au Luxembourg sera faite par le biais d'un projet de loi à soumettre à l'approbation de la Chambre des Députés. Il est également signalé que le Parlement européen est appelé à émettre un avis sur la seconde proposition de décision concernant la conclusion du Protocole.

*

COM/2010/212 : Document de travail de la Commission : Consultation sur la future politique du réseau transeuropéen de transport

Un représentant du Ministère présente le document sous rubrique, pour les détails duquel il est prié de consulter l'annexe 4 du présent procès-verbal.

Concrètement, ce document de travail a pour objectif de lancer une consultation publique sur le site Internet de la Commission européenne, afin de définir quelle méthodologie sera utilisée pour construire le réseau transeuropéen de transport, ainsi que les modalités de financement de cette construction. L'on tente, dans ce contexte, de mettre en place une approche européenne commune pour définir selon quels critères les tracés seront réalisés. Il est précisé que le Luxembourg est notamment concerné par le projet Eurocap-Rail, qui vise l'interconnexion ferroviaire des trois villes sièges européennes, Bruxelles, Luxembourg et Strasbourg.

Les membres de la Commission du Développement durable sont d'avis que lorsque des consultations publiques sont organisées par les instances européennes, comme dans le cas présent, le Luxembourg devrait davantage s'y impliquer.

*

COM/2010/235 : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux prochaines étapes en matière de gestion des biodéchets dans l'Union européenne

Un représentant du Ministère présente le document sous rubrique, pour les détails duquel il est prié de consulter l'annexe 5 du présent procès-verbal. Il est notamment précisé que ce point sera à l'ordre du jour de la réunion du Conseil « Environnement » du 11 juin prochain.

Dans ce contexte, les membres de la Commission du Développement durable réitèrent leur volonté de procéder à un échange de vues approfondi avec les représentants gouvernementaux sur la problématique des déchets au Luxembourg, ainsi que de visiter les sites les plus importants en la matière. Ils prient le Ministère de leur préparer un programme de visite.

*

COM (2010) 251 : Communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 294, paragraphe 6, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne concernant la position du Conseil en première lecture relative à l'adoption d'une proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil établissant le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents dans le domaine du transport routier et d'interfaces avec d'autres modes de transport

Un représentant du Ministère présente le document sous rubrique, pour les détails duquel il est prié de consulter l'annexe 6 du présent procès-verbal. Il est notamment précisé que la position du Conseil en première lecture reflète l'accord intervenu entre les institutions et confirmé par un échange de lettres entre le président du Coreper 1 et la présidence de la commission des transports et du tourisme du Parlement européen en mars 2010. La Commission européenne considère que cet accord est pleinement conforme à l'objectif de sa proposition et qu'elle peut donc le soutenir. En outre, la Commission propose un calendrier indicatif qui repose sur l'hypothèse d'un accord rapide sur la directive STI entre le Parlement européen et le Conseil en seconde lecture au début de 2010.

Suite à cette présentation et à une question concernant le mécanisme de fonctionnement des actes délégués, une note explicative établie par le Ministère des Affaires étrangères est fournie aux membres de la commission parlementaire. Cette note est reprise en annexe 7 du procès-verbal.

Il est encore signalé que l'accord donne mandat à la Commission européenne pour décider des spécificités techniques que doivent comporter les systèmes de transports intelligents. Le Luxembourg est indifférent à la technologie qui sera choisie, le plus important étant d'implémenter un système commun à toute l'UE.

5. Divers

La prochaine réunion aura lieu le 21 juin à 14h30. Lors de cette réunion, les nouveaux documents européens renvoyés à la Commission seront examinés. Il sera en outre procédé à un échange de vues avec les représentants gouvernementaux, suite au Conseil « Environnement » qui se réunira en date du 11 juin prochain, en vue notamment de la préparation de la COP16 à Cancun.

Luxembourg, le 16 juin 2010

La secrétaire,
Rachel Moris

Le Président,
Fernand Boden

ANNEXE 1

Résumé de la COM/2010/186 : COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN : Une stratégie européenne pour des véhicules propres et économes en énergie

La communication expose une stratégie visant à encourager le développement et l'adoption de véhicules lourds (autocars et camions) et légers (voitures et camionnettes), de véhicules à deux et trois roues et de quadricycles propres et économes en énergie (« verts »). Actuellement, le transport est responsable d'environ un quart des émissions de CO₂ dans l'UE et contribue également pour une grande part à la mauvaise qualité de l'air (particules, NO_x, HC et CO) et aux problèmes de santé qui y sont liés, notamment dans les zones urbaines.

À court et moyen terme, le moteur à combustion interne restera probablement prédominant dans les véhicules routiers. Cependant, les carburants et les technologies de propulsion alternatifs joueront demain un rôle de plus en plus important. Les véhicules verts ont des impacts environnementaux très faibles durant tout leur cycle de vie: ils utilisent des sources d'énergie à faible intensité carbonique, produisent très peu d'émissions polluantes atmosphériques et d'émissions sonores et peuvent être facilement recyclés.

Les véhicules verts, y compris ceux pouvant fonctionner à l'électricité, à l'hydrogène, au biogaz et aux mélanges à forte teneur en biocarburants liquides, devraient contribuer largement aux priorités de la stratégie Europe 2020 qui sont de développer une économie fondée sur la connaissance et l'innovation (croissance intelligente) et de promouvoir une économie plus efficace dans l'utilisation des ressources, plus verte et plus compétitive (croissance durable).

La Commission souligne qu'elle ne favorise aucune technologie en particulier. Cependant, le document établit les limites des moteurs roulant aux biocarburants, comme l'éthanol et le biodiesel. Les biocarburants liquides peuvent être mélangés aux carburants liquides conventionnels et être brûlés dans les moteurs à combustion déjà existants jusqu'à un certain point. Cependant, une incorporation plus poussée demande une modification du système d'alimentation et du moteur du véhicule, affirme la Commission.

D'autre part, le document souligne le potentiel des moteurs électriques, se référant à une étude de l'entreprise de prospective IHS qui prédit que la part des véhicules électriques sur le marché mondial des ventes de voitures neuves pourrait atteindre 20 % dès 2030. Les voitures électriques sont actuellement un marché de niche. La chaîne de traction électrique à ultra-faible émission de carbone et les piles à combustible à hydrogène constituent les options les plus prometteuses, selon le mémo de la Commission relatif au chemin à suivre pour des véhicules plus propres. En effet, le développement des voitures électriques est considéré par Bruxelles comme complémentaire au déploiement de plus en plus important des véhicules marchant aux piles à combustible à hydrogène, qui utilisent également des moteurs électriques mais qui produisent de l'électricité à bord du véhicule lui-même.

Pour soutenir le déploiement massif des voitures à batterie, l'exécutif de l'UE propose d'encourager l'installation généralisée de points de recharge accessibles, comme c'est le cas aujourd'hui pour les véhicules à pétrole.

L'UE devrait avoir un rôle moteur en travaillant avec les Etats membres aux niveaux nationaux et régionaux sur la construction d'infrastructures de recharge et de réalimentation, selon le document adopté par la Commission, qui remarque également que la Banque européenne d'investissement devrait explorer les moyens d'apporter des financements pour

stimuler l'investissement dans l'infrastructure et les services mis en place pour les véhicules verts.

L'adoption de standards communs à travers l'UE est également cruciale pour faire en sorte que le rechargement soit possible sur tout le continent.

L'adoption des véhicules électriques devrait avoir un effet positif très important sur l'environnement en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de la pollution. Cependant, afin de parvenir à ces résultats, la Commission souligne que l'électricité consommée par la nouvelle génération de voitures intelligentes doit provenir de sources énergétiques faibles en carbone.

Une réglementation détaillée est également nécessaire pour réglementer l'usage et le recyclage des batteries, qui pourraient avoir un effet nuisible sur l'environnement si elles ne sont gérées correctement.

Une stratégie basée sur deux démarches parallèles

La stratégie pour les voitures électriques s'inscrit dans le cadre d'un plan plus large visant à augmenter l'adoption de véhicules verts à travers l'UE. La partie financière de la stratégie joue un rôle essentiel dans le remplacement effectif des véhicules traditionnels par des voitures plus propres.

D'ici la fin de l'année, l'exécutif de l'UE entend présenter des lignes directrices sur les incitations financières à destination des consommateurs pour qu'ils achètent des véhicules verts. Les Etats membres sont encouragés à soutenir le déploiement de telles voitures, pour autant qu'ils ne violent pas les règles de l'UE sur les aides d'Etat.

Bruxelles souhaite également réviser la directive sur la taxation énergétique afin d'augmenter l'utilisation efficace de carburants conventionnels et l'adoption graduelle de carburants alternatifs peu émetteurs de carbone, révèle la communication.

La Commission a conscience que le remplacement des véhicules traditionnels ne se fera pas du jour au lendemain, et reconnaît qu'il est nécessaire de travailler sur l'amélioration de l'efficacité énergétique des modèles actuellement en circulation.

Cette approche basée sur deux démarches parallèles inclura un certain nombre de mesures pour combattre l'impact environnemental négatif des véhicules traditionnels, via des mesures allant de la réglementation des deux et trois roues à un projet de réduction des émissions des véhicules à haute performance.

Promotion des véhicules électriques : l'exemple de la France

Grâce au soutien de l'Etat, le marché automobile classique en France a connu une croissance de 10,8 % en mars 2010 – un bond considérable – mais le gouvernement parie sur les véhicules décarbonisés. Le ministre de l'écologie et des transports français Jean-Louis Borloo a dévoilé une stratégie nationale en octobre 2009, avec 14 étapes concrètes pour encourager le développement des voitures électriques et hybrides rechargeables. L'objectif est de mettre en circulation deux millions de véhicules électriques sur les routes françaises d'ici 2020.

En avril 2010, M. Borloo et le ministre de l'industrie Christian Estrosi ont affirmé que 12 des 14 étapes prévues étaient désormais en cours de réalisation. « Nous sommes les premiers et les mieux organisés dans l'UE », ont ajouté les deux ministres. Ces derniers ont signé une charte avec 12 autorités locales et les constructeurs automobiles PSA Peugeot Citroën et Renault, avec pour objectif de rendre les véhicules électriques et hybrides rechargeables

disponibles au public en 2010. Un soutien financier de quelques 2,5 milliards d'euros devrait être apporté au secteur.

Les personnes qui achètent une voiture électrique recevront également une remise de 5000 euros. Pour aider à établir le marché des voitures électriques, l'Etat français a déclaré qu'il commanderait 100 000 véhicules neufs. M. Borloo a annoncé la formation d'un groupe – comprenant EDF, la SNCF, Air France, France Télécom et La Poste – qui commandera au départ 50 000 véhicules. Un appel d'offres s'est ouvert le 23 avril.

Promotion des véhicules électriques : l'exemple de l'Allemagne

Eine starke deutsche Marktposition bei Elektroautos ist wichtig für Umwelt, Beschäftigung und Technologie. Wir wollen die notwendigen Rahmenbedingungen mit industrie- und forschungspolitischen Weichenstellungen schaffen", sagte Umwelt-Staatssekretär Matthias Machnig. Machnig stellte die Eckpunkte eines Programms vor, das zwischen 2012 und 2014 den Markt für Elektroautos aktivieren soll. Hintergrund ist eine Studie der Unternehmensberatung McKinsey & Company im Auftrag des BMU, die aussagt: Entsprechend ihrem heutigen Marktanteil könnte die deutsche Autoindustrie am Gesamtmarkt einen Anteil von etwa 85 Milliarden Euro für sich erschließen. Dies setzt jedoch voraus, dass Verbraucherinnen und Verbraucher Kaufanreize für den Umstieg auf das elektrische Fahren erhalten und die deutsche Batterietechnologie und Zellenfertigung erheblich ausgebaut wird. Gelingt es der deutschen Industrie nicht, ihre heutigen Marktanteile auch bei Elektrofahrzeugen zu halten, dann ginge dies zu Lasten der Beschäftigung: Bis zu 46.000 Arbeitsplätze sind durch den Wegfall klassischer mechanischer Komponenten bedroht, die deutsche Zulieferindustrie wäre überproportional betroffen. Kernelement dieses Marktaktivierungsprogramms ist ein bis 2014 laufendes Förderprogramm für die ersten 100.000 Elektrofahrzeuge. Das Marktaktivierungsprogramm sieht die Förderung des Fahrzeugkaufs in Höhe von 3.000 bis 5.000 Euro für die ersten 100.000 Elektrofahrzeuge vor. Später werden andere, nicht-monetäre Instrumente wie eine Nutzerprivilegierung dazu beitragen, die Marktdurchdringung zu beschleunigen.

Le point de vue d'un expert

Malgré une forte pression pour accélérer la production de voitures électriques au niveau mondial, les experts préviennent que leur mise sur le marché a besoin d'être pensée avec précaution avant que les investisseurs n'ouvrent leur portefeuille.

Lew Fulton, spécialiste de haut niveau du transport énergétique à l'Agence internationale de l'énergie (AIE), explique que la difficulté pour réussir à amener les véhicules sur le marché réside dans la possibilité de mettre en place les infrastructures de chargement tout en s'assurant que les véhicules soient prêts en même temps.

Dans les 3-5 ans à venir, nous allons devoir faire très attention à ne pas faire de graves erreurs, a prévenu M. Fulton, qui s'exprimait lors d'une table ronde à Bruxelles organisée par l'Institut français des relations internationales (IFRI) la semaine dernière (29 avril).

Il a prévenu qu'une étude minutieuse sur les préférences des consommateurs était indispensable si l'on voulait éviter une situation dans laquelle l'infrastructure et les véhicules sont construits sans que l'on trouve d'acheteurs. Il y a un manque majeur d'informations sur les attitudes des consommateurs, a affirmé M. Fulton.

L'AIE a recommandé l'an dernier que les ventes combinées de voitures électriques et de recharges hybrides atteignent au moins 5 millions au niveau mondial d'ici 2020 dans le but d'augmenter leur part de marché de 50 % d'ici 2050.

M. Fulton a dit que les différents objectifs annoncés par les pays du monde entier s'élevaient déjà à 4 millions de véhicules pour 2020, ce qui n'est pas loin derrière le scénario ambitieux de l'AIE.

La batterie reste une question clé

Des intervenants de l'événement ont convenu que la technologie des batteries restait le principal domaine dans lequel il était nécessaire d'avancer le plus possible afin de soutenir l'attractivité des véhicules électriques aux yeux du public.

La batterie est une source de problèmes considérable pour les véhicules électriques, a affirmé Thomas C. Luthy du département énergie et utilités d'IBM. Il a toutefois expliqué que les technologies radicales qui émergent des laboratoires de recherche, comme les batteries internes au lithium, réduiraient drastiquement le volume et élèveraient la densité énergétique.

M. Luthy a insisté sur la nécessité de considérer les véhicules électriques comme un changement graduel qui aura besoin d'investissements et de preuves de leur efficacité.

Je ne suis pas d'accord avec ceux qui disent que nous avons besoin d'une nouvelle génération de batteries avant de pouvoir commencer, a dit M. Fulton d'AIE, soutenant que la batterie lithium-ion existante ferait l'affaire pour les années à venir.

Les problèmes majeurs qui doivent être résolus, selon lui, concernent le besoin d'améliorer la durée de vie et l'autonomie des batteries.

Nous avons besoin de batteries qui durent au moins 10 ans, 15 ans serait mieux, a dit M. Fulton.

Luxembourg : Réponse commune du Ministre délégué au Développement durable et aux Infrastructures et du Ministre de l'Économie et du Commerce extérieur à la question parlementaire N°580 du 12 avril 2010 de l'honorable député Monsieur Marcel Oberweis

Comme le souligne à juste titre l'honorable député dans la partie introductive de sa question, l'électromobilité constitue un atout et une importance stratégique pour l'avenir de l'économie européenne en général et l'industrie automobile européenne en particulier.

L'électromobilité est une des priorités du programme de travail de la Présidence espagnole du Conseil Compétitivité. Une réunion informelle des ministres de l'économie en janvier de cette année à San Sebastian a été dédiée essentiellement au sujet de la voiture électrique. A l'issue de cette réunion, la Présidence espagnole a conclu à la nécessité d'initiatives communautaires afin de s'assurer que l'industrie automobile européenne puisse pleinement participer à l'essor de l'électromobilité.

La Commission européenne a publié récemment en date du 28 avril 2010 une communication visant à établir « une stratégie européenne pour des véhicules propres et économes en énergie ». Dans ce cadre les voitures électriques constituent un volet important d'une stratégie qui vise à réaliser les objectifs d'une croissance durable et intelligente pour l'année 2020.

La Commission européenne se propose de réaliser un plan d'action qui comprend notamment l'établissement de normes communes européennes afin de permettre à tous les véhicules électriques de se charger partout dans l'Union, respectivement d'encourager l'installation de stations de recharge accessibles au public.

L'enjeu de la promotion de l'électromobilité ne peut se concevoir au seul niveau du Luxembourg ou de la Grande Région, mais nécessite un encadrement communautaire. Les investissements nécessaires devront se baser sur des normes communes qui permettront de

créer un marché intérieur suffisamment important pour permettre aux entreprises européennes d'investir dans le développement de technologies innovantes.

Au Luxembourg, l'électromobilité est d'ores et déjà un sujet d'intérêt et il est envisagé de prendre un rôle actif dans le développement de l'électromobilité au sein du cadre communautaire. Mais l'implémentation dans notre vie quotidienne nécessite d'un concept bien défini. L'électromobilité ne doit pas être considérée comme moyen de transport unique, mais elle devra s'intégrer dans un concept de mobilité général.

Afin d'élaborer un concept de mobilité verte, le département Centre de ressources des technologies pour l'environnement (CRTE), du Centre de Recherche Public Henri Tudor, a eu le mandat de lancer un programme de recherche et d'innovation ayant comme objectif de mobiliser les compétences du secteur de la mobilité et de coordonner les actions afin d'exploiter le potentiel de la mobilité verte au Luxembourg.

En effet, un élément clé de cette initiative sera une plateforme thématique, qui réunira tous les acteurs intéressés afin de garantir un échange d'information, permettant de développer un concept, et d'aboutir à des premiers projets pilotes. Dans ce contexte les premières réunions de préparation avec les acteurs potentiels ont eu lieu.

L'industrie luxembourgeoise est aujourd'hui déjà composée de nombreux fournisseurs et équipementiers automobile. Ce secteur participe activement à la recherche de nouvelles solutions plus économes et économe en énergie et plus respectueuses de l'environnement. Le Gouvernement appuie tout projet qui s'inscrit dans le développement de technologies vertes, notamment à travers les subsides octroyés aux entreprises pour des projets de recherche et d'innovation. Le Gouvernement encourage également la création d'entreprise, et notamment de PME, dans ce secteur, conscient que le secteur automobile fera face au cours de la prochaine décennie à une restructuration profonde.

Afin de réaliser l'objectif de réduction des gaz à effet de serre, l'électromobilité ne représente qu'une des pistes à explorer dans le secteur du transport, il ne faut d'ailleurs pas oublier les autres éléments faisant partie d'un concept de mobilité, notamment le transport en commun et la mobilité douce.

Le bilan global de l'électromobilité, en termes de CO₂, ne sera que positif si l'électricité, mise à disposition aux bornes de recharge, est produite à partir de ressources renouvelables, donc neutre en termes de CO₂. Vu, les quantités limitées d'électricité produite à base d'énergie renouvelable, ceci est à considérer plutôt comme objectif à long terme.

A l'échelle nationale, la situation se présente de manière différente, l'électromobilité permettrait de réduire notre consommation nationale de carburant. Ceci aurait par conséquent un impact positif sur l'inventaire national. A ceci s'ajoute que l'électricité est principalement importée au Luxembourg. Selon les règles communautaires, les émissions liées à la production d'électricité sont comptabilisées dans le pays producteur. Suite à cette disposition les émissions de gaz à effet de serre, liées à la production, n'apparaissent pas dans notre inventaire national. Ainsi si, même dans un premier temps, l'électricité requise n'était pas intégralement produite à partir de sources renouvelables, l'électromobilité aurait, dès le départ, un impact bénéfique sur nos émissions nationales.

Etant donné que le CRTE a la charge de la coordination de la plateforme, le lien avec le monde scientifique, et plus particulièrement vers les centres de recherches et l'Université de Luxembourg, est assuré.

ANNEXE 2

Résumé de la COM/2010/191 : Annexe au rapport de la Commission au Conseil et au PE sur la mise en œuvre du programme énergétique européen pour la relance

Le règlement (CE) no 663/2009 établit le programme énergétique européen pour la relance. Il constitue un élément clé du programme de relance économique, lancé en 2008.

Il s'agit d'un instrument financier dont l'objectif général est de faire progresser l'UE sur la voie de la réalisation de ses objectifs en matière de politique énergétique et climatique, à savoir

- la sécurité et la diversification de l'approvisionnement énergétique
- le bon fonctionnement du marché intérieur de l'énergie
- la réduction des émissions de GES.

Le PEER est doté d'une enveloppe financière de 3980 mio d'euros. Elle est répartie comme suit :

- 2365 mio d'euros soit 60% pour les projets d'infrastructure (d'interconnexion) de gaz et d'électricité
- 565 mio d'euros soit 14 % pour des projets d'électricité éolienne en mer (offshore wind electricity)
- 1050 mio d'euros soit 26 % pour les projets de capture et stockage du CO₂.

Les subventions peuvent couvrir jusqu'à 50% des coûts d'investissement éligibles pour les deux premières activités et jusqu'à 80% pour la dernière activité.

- Interconnexions pour le gaz et l'électricité : toutes les lignes à haute tension, à l'exclusion de celles des réseaux de distribution, et les liaisons sous-marines, pour autant que ces ouvrages soient utilisés à des fins de transport ou de connexion interrégionaux ou internationaux, tout équipement ou toute installation indispensable au bon fonctionnement du système considéré, y compris les systèmes de protection, de contrôle et de régulation, les gazoducs à haute pression, à l'exclusion de ceux des réseaux de distribution, les installations souterraines de stockage raccordées aux gazoducs à haute pression les infrastructures de réception, de stockage et de regazéification du gaz naturel liquéfié (GNL), tout équipement ou toute installation indispensable au bon fonctionnement du système considéré, y compris les systèmes de protection, de contrôle et de régulation;
- Énergie éolienne en mer : électricité produite à partir de turbines mues par le vent et implantées en mer, à proximité ou à distance des côtes;
- Captage et stockage du carbone : moyen d'atténuer le changement climatique consistant à piéger le dioxyde de carbone (CO₂) provenant des installations de production d'électricité, à le transporter jusqu'à un site de stockage et à l'injecter dans une formation géologique convenant pour un stockage permanent.

Infrastructures pour le gaz et l'électricité

Le programme finance des projets d'interconnexions qui poursuivent les objectifs suivants:

- la sécurité et la diversification des sources d'énergie et d'approvisionnement;
- l'optimisation de la capacité du réseau énergétique et de l'intégration du marché intérieur de l'énergie;
- le développement du réseau;
- le raccordement des sources d'énergies renouvelables;
- la sûreté, la fiabilité et l'interopérabilité des réseaux énergétiques interconnectés.

Une liste des projets éligibles à l'assistance PEER figure à l'annexe, partie A du règlement. Les propositions correspondant à ces projets ne peuvent être présentées que par des États

membres et, avec l'accord des États membres concernés, par des organisations internationales, des organismes ou entreprises publics ou privées.

La Commission européenne sélectionne les propositions éligibles au financement PEER selon des critères notamment techniques, financiers, environnementaux ou socio-économiques établis dans le règlement. Elle détermine aussi le montant de l'aide qui leur sera attribuée.

Projets d'éoliennes en mer

Les projets d'éoliennes en mer qui peuvent bénéficier d'un financement figurent à la partie B du règlement. Les propositions doivent être présentées par une entreprise commerciale. Elles sont sélectionnées sur la base des critères suivants:

- l'amélioration des installations et infrastructures;
- la construction d'infrastructures;
- les éléments innovants du projet;
- la contribution du projet au réseau communautaire d'éoliennes en mer.

Captage et stockage de carbone

Une liste de projets relatifs au captage et stockage de carbone éligibles au financement PEER figure à la partie C de l'annexe du règlement.

Les projets doivent démontrer une capacité à capter au moins 80% du CO₂ dans des installations industrielles. Si le captage s'effectue dans une installation de production d'électricité, cette dernière doit avoir une puissance équivalente à au moins 250 MW. Les projets peuvent être soumis par une ou plusieurs entreprises qui agissent conjointement. Elles doivent s'engager à mettre les connaissances acquises dans ce domaine à la disposition des autres entreprises.

La Commission attribue la conduite du projet à l'entreprise qui réunit des critères financiers et techniques adéquats, ainsi que de critères comprenant la complexité du projet et le degré d'innovation de l'installation, de même que le bien-fondé et l'adéquation du plan de gestion.

Background

1. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée « Deuxième analyse stratégique de la politique énergétique : plan d'action européen en matière de sécurité et de solidarité énergétiques »

La Commission européenne propose un plan d'action dans le domaine de la sécurité et de la solidarité énergétique. Il s'articule autour de cinq axes principaux.

Besoins en infrastructures et diversification des sources d'approvisionnement

En vue d'atteindre les objectifs « 20-20-20 », l'Union européenne entend introduire des changements significatifs au niveau de l'infrastructure énergétique. Elle propose six actions prioritaires:

- connecter les marchés de l'énergie encore isolés en Europe;
- mettre en place un corridor gazier sud-européen pour l'approvisionnement en gaz originaire de la région caspienne et du Moyen-Orient;
- recourir au gaz naturel liquéfié pour assurer la liquidité et la diversité des marchés de l'Union européenne;

- relier l'Europe au sud de la Méditerranée à travers des interconnexions électriques et gazières;
- développer des interconnexions gazières et électriques traversant l'Europe centrale et du sud-est selon un axe nord-sud;
- développer des interconnexions entre les réseaux électriques du nord-ouest de l'Europe afin d'optimiser l'énergie éolienne en mer du Nord.

Relations extérieures dans le domaine de l'énergie

L'interdépendance entre États tend à augmenter fortement. C'est pourquoi l'approvisionnement énergétique doit être considéré en tant que priorité dans les relations internationales.

La Communauté de l'énergie met en place un marché intégré de l'énergie en Europe méridionale. Ce marché est assujéti aux règles de l'Union européenne. Il devrait être étendu à des pays tels que l'Ukraine, la République de Moldavie et la Turquie, ce qui contribuera à l'application de l'acquis communautaire en matière énergétique et à la sécurité énergétique de ces pays.

La Russie représente un partenaire stratégique majeur dans le domaine énergétique. Il est important de consolider ce partenariat afin de le rendre plus stable. Le nouvel accord de partenariat et de coopération en cours de négociation devrait comprendre des dispositions juridiquement contraignantes dans le domaine de l'énergie.

Il apparaît également important d'intensifier les relations énergétiques avec l'Afrique du nord, compte tenu de son potentiel énergétique. Dans ce contexte un gazoduc transsaharien est envisagé.

Stocks de pétrole et de gaz et mécanismes de réaction en cas de crises

La Commission propose de réviser la législation européenne concernant les stocks stratégiques pétroliers d'urgence, ainsi que la directive sur la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel.

Efficacité énergétique

L'Union européenne s'engage à améliorer l'efficacité énergétique de 20% d'ici à 2020 dans le cadre des « objectifs 20-20-20 ». Elle propose les initiatives suivantes en vue d'atteindre ces objectifs :

- réviser la directive sur la performance énergétique des bâtiments;
- réviser la directive sur l'étiquetage énergétique;
- intensifier la mise en œuvre de la directive relative à l'éco-conception;
- promouvoir la cogénération;
- promouvoir de bonnes pratiques;
- renforcer les fonds de la politique de cohésion;
- mettre en œuvre une « fiscalité verte ».

Exploitation optimale des ressources énergétiques propres à l'Union européenne

L'UE produit 46% de sa consommation totale d'énergie. 9% de l'énergie consommée au sein de l'UE provient de sources renouvelables. L'UE entend accroître la part ces sources d'énergie à 20% d'ici à 2020.

Afin de mieux valoriser ces énergies, la Commission présentera une communication sur l'élimination des obstacles à leur rencontre. Il est prévu de collaborer avec la Banque européenne d'investissement (BEI), la Banque européenne pour la reconstruction et le

développement (BERD) et d'autres institutions financières dans le but d'établir l'initiative de financement de l'Union en faveur de l'énergie durable.

Par ailleurs, la Commission entend présenter de nouvelles propositions:

- une communication relative au financement des technologies à faible émission de carbone;
 - une communication sur la demande de pétrole et la capacité de raffinage de l'Union;
 - une proposition de révision de la directive établissant un cadre communautaire pour la sécurité nucléaire.
- 2. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13 novembre 2008 intitulée « Énergie éolienne en mer : réaliser les objectifs de politique énergétique à l'horizon 2020 et au-delà »**

Avantages de l'énergie éolienne maritime

Ce type d'énergie présente un certain nombre d'avantages par rapport à la production d'énergie éolienne terrestre :

- les unités de production en mer sont de plus grande taille que sur terre;
- le vent est plus fort et stable en mer que sur terre;
- les éoliennes en mer suscitent moins l'inquiétude du voisinage.

Ce type d'éoliennes peut être bénéfique pour la protection de certains écosystèmes marins et peut aussi permettre le développement d'autres utilisations nouvelles de la mer, notamment l'aquaculture au large des côtes, qui peut profiter des substructures des parcs éoliens.

Cette énergie est, par ailleurs, une source abondante, locale, propre et renouvelable.

Le potentiel de ce type d'énergie

Il semble tout à fait possible d'envisager d'ici 2020 une utilisation 30 à 40 fois supérieure à la capacité actuellement installée des éoliennes en mer.

- 3. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 23 janvier 2008 intitulée : « Promouvoir une démonstration à brève échéance de la production durable d'énergie à partir de combustibles fossiles »**

Le recours aux technologies de captage et de stockage du CO₂ (CSC) est un instrument essentiel pour parvenir à une réduction significative des émissions de gaz à effet de serre, en particulier celles provenant de centrales électriques utilisant des combustibles fossiles comme le charbon ou le gaz.

La capture et le stockage du carbone (CSC) est le procédé par lequel le dioxyde de carbone (CO₂) est séparé des gaz générés par des centrales électriques fixes, comprimé puis transporté vers un site où il peut être stocké dans des gisements géologiques ou des fonds océaniques.

Le développement et l'utilisation commerciale de ces technologies représentent cependant un coût très élevé, de l'ordre de plusieurs milliards d'euros au total et de plusieurs centaines de millions d'euros par installation. Toutefois, selon les estimations de la «Plate-forme technologique sur la production d'électricité à partir de combustibles fossiles zéro émission» (ZEP TP), le coût des technologies CSC peut être réduit de 50% d'ici à 2020 si les efforts

sont concentrés sur des activités de recherche et développement et de démonstration. Par ailleurs, l'augmentation prévue du coût d'acquisition des droits d'émission de CO₂ par les centrales électriques classiques relativise le surcoût que représentent les investissements en matière de CSC et l'opération de telles centrales.

La directive 2009/31/CE a trait au stockage géologique du dioxyde de carbone.

Sous le nouveau régime EU-ETS, directive 2009/29/CE – date limite de transposition 31/12/2012 – jusqu'à 300 mio de quotas sont disponibles – dans la réserve destinée aux nouveaux entrants et jusqu'au 31 décembre 2015 – afin de stimuler la construction et le lancement d'un maximum de douze projets de démonstration commerciaux.

Les quotas sont alloués à des projets de démonstration axés sur le développement, sur des sites géographiquement équilibrés, d'un vaste éventail de technologies de captage et de stockage des CSC et de technologies innovantes liées aux énergies renouvelables qui ne sont pas encore viables d'un point de vue commercial. Leur allocation est subordonnée à la condition que les émissions de CO₂ soient évitées de façon avérée.

ANNEXE 3

Résumé de la COM/2010/209 : Proposition de Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, concernant la signature et l'application provisoire du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part

Résumé de la COM/2010/208 : Proposition de Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, concernant la conclusion du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part

La Commission a soumis au Conseil et aux États membres (puisque'il s'agit d'un accord portant aussi bien sur des compétences de l'UE que des États membres) deux propositions de décision. Une première concerne la forme et la procédure (signature et application provisoire), et la deuxième porte sur la substance (conclusion) du protocole, qui constitue la seconde phase de l'accord aérien entre l'UE et les États-Unis. L'accord de première phase avait été signé en avril 2007, après des négociations longues et pénibles.

Par le premier acte le Conseil décide d'autoriser la signature du protocole au nom de l'UE. Cette décision prévoit également que le protocole soit appliqué à titre provisoire par l'UE et les États membres à compter de la signature et jusqu'à ce que toutes les modalités de ratification soient finalisées.

La seconde proposition porte sur la décision du Conseil d'approuver, au nom de l'UE, le protocole même (la substance).

Les ministres des transports adopteront la décision portant sur la signature au Conseil du 24 juin prochain et le protocole sera signé en marge de cette rencontre. La seconde décision ne pourra être adoptée qu'après avoir obtenu l'approbation du Parlement européen.

Le succès de cette seconde phase de l'accord aérien est dans l'intérêt direct du Luxembourg car l'accord européen avec les États-Unis constitue actuellement la base légale pour les relations aériennes entre le Luxembourg et les États-Unis depuis l'invalidation partielle de l'accord aérien bilatéral entre le Luxembourg et les États-Unis en novembre 2002 par la CJCE. Un échec des négociations pour cette seconde phase aurait éventuellement remis en question l'acquis de l'accord de 2007.

ANNEXE 4

Résumé de la COM/2010/212 : Document de travail de la Commission : Consultation sur la future politique du réseau transeuropéen de transport

La Commission a présenté en février 2009 son livre vert intitulé « RTE-T: un réexamen des politiques vers une meilleure intégration du réseau transeuropéen de transport au service de la politique commune des transports », par lequel elle a entamé le processus de réexamen du RTE-T. En substance la Commission a essayé d'effectuer un pas vers un véritable réseau européen de transports pour aller au delà de la simple interconnexion de réseaux nationaux. Une large consultation publique s'en est suivie et le Conseil a adopté des conclusions en réaction à cette communication en juin 2009.

Afin d'analyser de manière plus approfondie certaines questions particulièrement importantes pour le futur développement du RTE-T, la Commission avait constitué six groupes d'experts qui ont exercé leurs activités de novembre 2009 à avril 2010.

La Commission estime qu'il est à présent temps de réaliser une deuxième consultation publique destinée à améliorer les options stratégiques disponibles qui sont ressorties des contributions des institutions de l'UE et d'un large éventail de parties intéressées en 2009, que ces groupes d'experts ont développées plus en détail.

La Commission lance cette seconde consultation publique par le document sous examen.

ANNEXE 5

Résumé de la COM/2010/235 : COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL ET AU PARLEMENT EUROPÉEN relative aux prochaines étapes en matière de gestion des biodéchets dans l'Union européenne

La Commission européenne a présenté des mesures visant à améliorer la gestion des biodéchets dans l'UE et à mieux tirer parti des avantages environnementaux et économiques considérables qu'ils offrent. Une évaluation réalisée par la Commission a montré qu'une meilleure gestion des biodéchets dans l'Union européenne entraînerait des avantages environnementaux et économiques appréciables.

Biodéchets – un potentiel inexploité

Parmi les approches les plus prometteuses figurent la prévention des biodéchets et le traitement biologique avec la production de compost et de biogaz. Environ un tiers de l'objectif que s'est fixé l'UE pour 2020 en matière d'utilisation des énergies renouvelables dans les transports pourrait être atteint en utilisant le biogaz produit à partir des biodéchets. La transformation de tous les biodéchets en énergie contribuerait quant à elle pour 2 % à la réalisation de l'objectif global défini par l'UE dans le domaine des sources d'énergie renouvelables.

Un compost et un digestat de bonne qualité issus de la digestion anaérobie permettraient une utilisation plus rationnelle des ressources en remplaçant partiellement les engrais minéraux non renouvelables et en maintenant la qualité des sols de l'UE.

Au nombre des mesures prioritaires figurent la mise en œuvre stricte des objectifs consistant à détourner les biodéchets de la mise en décharge, ainsi que l'application correcte de la hiérarchie des déchets et des autres dispositions de la directive cadre relative aux déchets visant à instaurer en priorité des systèmes de collecte séparée.

Les initiatives de soutien au niveau de l'UE, telles que l'élaboration de normes pour le compost, seront essentielles pour accélérer le processus et garantir des conditions équitables dans toute l'Union. Il s'agit notamment d'orientations et d'indicateurs spécifiques pour la prévention des biodéchets, associés à d'éventuels objectifs contraignants pour l'avenir, ainsi que de normes relatives au compost et de lignes directrices concernant l'application et l'évaluation du concept de cycle de vie dans le secteur des déchets.

Le compostage et la digestion anaérobie offrent les options écologiquement et économiquement les plus prometteuses pour les biodéchets qui ne peuvent pas être évités. Cependant, la bonne qualité des matières qui subissent ces processus constitue une condition préalable importante. Dans la majorité des cas, c'est la collecte séparée des biodéchets qui est la plus performante pour assurer cette bonne qualité.

Les politiques nationales en matière de gestion des biodéchets divergent fortement d'un État membre à l'autre, certains États membres ne prenant pratiquement aucune mesure alors que d'autres adoptent des politiques ambitieuses, dont le Luxembourg.

Législation actuelle

La question des biodéchets est traitée dans la directive concernant la mise en décharge des déchets. Ce texte exige que les déchets municipaux biodégradables soient détournés des décharges - pour éviter les émissions de méthane, gaz à effet de serre doté d'un pouvoir réchauffant supérieur à celui du CO₂ - mais pas des incinérateurs.

La nouvelle directive cadre « déchets » adoptée en novembre 2008 va un peu plus loin et demande aux États membres d'encourager la collecte séparée des biodéchets et leur traitement approprié afin de produire du compost et d'autres matières ne présentant pas de risque connu pour l'environnement.

Commission

La législation existante sur les déchets est suffisante pour assurer une gestion optimale des biodéchets, indique la Commission européenne dans sa communication. Elle estime qu'il

vaut mieux laisser aux Etats membres la marge de manœuvre nécessaire pour adapter au mieux la gestion de ces déchets aux conditions locales. Principaux moyens d'actions : prévention des biodéchets ainsi que traitement biologique - production de compost et de biogaz.

La Commission européenne envisage plusieurs pistes : demander aux Etats membres que leurs programmes de prévention incluent des mesures spécifiques en matière de biodéchets, mettre au point d'ici 2011 un critère de qualité commun pour le compost, notamment en agriculture. Les deux premières mesures pourraient être mises en œuvre via la directive-cadre « déchets », la troisième par l'intermédiaire de la directive sur les eaux usées.

Conseil

Ce n'est pourtant pas ce qu'avaient conclu les Etats membres eux-mêmes au cours du Conseil environnement de juin 2009. Ils estimaient que le sujet n'était que partiellement abordé dans les textes existants.

Les ministres de l'environnement avaient reconnu l'utilité des composts pour contribuer au retour de la matière organique dans les sols et s'étaient prononcés pour éviter autant que possible l'utilisation de compost de mauvaise qualité en milieu agricole. Les Etats membres avaient donc invité la Commission à proposer une législation sur ce thème courant 2010, « *si cela est approprié* » et en tenant compte des conditions locales.

Ils avaient notamment envisagé un étiquetage du compost et du digestat, une traçabilité des biodéchets, des mesures pour leur collecte séparée et des mesures de prévention.

Parlement

Les membres du comité pour l'environnement, la santé publique et la sécurité alimentaire du Parlement européen se sont prononcés, dans un rapport récent, pour une obligation de collecte et de recyclage des biodéchets afin de réaliser les objectifs fixés par la stratégie européenne d'ici 2020. Dans ce sens, ils appellent à une directive spécifique aux biodéchets, quelques jours après que la Commission européenne a balayé l'idée, jugeant qu'il suffisait d'améliorer la législation existante et qu'il était préférable de laisser aux Etats membres la liberté d'organiser les systèmes de gestion.

Le rapport parlementaire juge au contraire qu'un texte spécifique permettrait une plus grande clarté et un meilleur contrôle de la mise en œuvre du traitement des biodéchets. Ils demandent à la Commission de préparer une proposition de directive pour fin 2010, établissant une obligation de collecte séparée, sauf pour les cas où cette option n'est pas appropriée d'un point de vue environnemental et économique, un recyclage des biodéchets et une classification des différentes qualités de compost.

Situation différenciée dans les EM

« *Une condition préalable importante est un apport de déchets de bonne qualité* » aux processus que sont le compostage et la méthanisation, rappelle la Commission. Et cet apport de bonne qualité passe avant tout par une collecte séparée des biodéchets. De tels systèmes hautement efficaces existent déjà en Autriche, Allemagne, Luxembourg, Suède, Belgique, Pays-Bas, Catalogne (Espagne) et certaines régions d'Italie, indique Bruxelles.

Selon de récentes données de l'Office statistique des Communautés européennes, c'est en Autriche, en Italie ainsi qu'au Luxembourg et aux Pays-Bas que le compostage des déchets municipaux a été le plus fréquent en 2007, alors qu'il n'a pas été pratiqué en Bulgarie, à Chypre et en Roumanie où la mise en décharge prime.

Le PNGD relève notamment les mesures suivantes pour ce qui est des déchets organiques :

- mise en place d'une collecte sélective des déchets organiques des ménages dans toutes les communes du Luxembourg
- garantir la disponibilité de capacités suffisantes pour la valorisation des déchets organiques

- dans la mesure du possible, utiliser les déchets organiques pour la production de biogaz, ceci dans l'intérêt de valoriser le plus que possible la source d'énergie renouvelable constituée par les déchets organiques
- définition de normes de qualité pour les produits résultants du compostage ou de la méthanisation des déchets organiques, soit en tenant compte de normes européennes éventuelles, soit en définissant des normes nationales
- promotion du compostage individuel par des mesures appropriées de formation et de sensibilisation.

Le rapport d'activité 2009 du Ministère du Développement Durable et des Infrastructures contient une rubrique portant sur les déchets organiques, et tout particulièrement les installations de compostage, les filières de valorisation du compost et la qualité du compost.

ANNEXE 6

Résumé de la COM/2010/251 : Communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 294, paragraphe 6, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne concernant la position du Conseil en première lecture relative à l'adoption d'une proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil établissant le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents dans le domaine du transport routier et d'interfaces avec d'autres modes de transport

Par la directive sur laquelle porte la communication sous examen de la Commission, le législateur européen délègue des pouvoirs étendus à la Commission pour l'adoption, au moyen d'actes délégués, de spécifications détaillées requises pour garantir la compatibilité, l'interopérabilité et la continuité dans l'optique du déploiement et de l'exploitation des systèmes de transports intelligents (STI).

Il faut rappeler que le législateur européen a largement restreint le champ d'application de la proposition de directive en le limitant à six actions prioritaires en matière de déploiement des STI et en dispensant, du moins à ce stade, les Etats membres de toute obligation concrète. Le mécanisme retenu prévoit que la Commission adopte des spécifications dans un certain délai avant d'initier une procédure législative normale pour imposer éventuellement le déploiement d'un STI.

Par l'acte sous examen, la Commission adhère formellement au compromis qui a permis de concilier les positions du Parlement européen et du Conseil sur ce dossier.

La Commission commente brièvement le texte élaboré par le Conseil et le Parlement européen et confirme sa conformité avec l'objectif de sa proposition initiale. La Commission apporte quelques précisions par rapport à son calendrier de travail sur les six actions prioritaires identifiées dans la directive, au sujet de la responsabilité et, à la notification d'actes délégués.

ANNEXE 7 : « Nouvelle comitologie » - mise en œuvre des articles 290 et 291 TFUE

« Nouvelle comitologie » - de quoi s'agit-il ?

Lors de la procédure dite de « comitologie » la Commission exerce des pouvoirs quasi-législatifs qui lui ont été conférés par les deux co-législateurs (Parlement européen et Conseil) lors de l'adoption d'un acte législatif (directive ou règlement). Il s'agit très souvent de mesures de mise en œuvre ou d'adaptation de normes techniques, mais ceci peut aussi concerner des sujets politiquement plus sensibles, comme par exemple l'extension du champ d'application d'une directive à certains produits ou la mise en circulation d'organismes génétiquement modifiés.

Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, un règlement de 1999¹ (adapté en 2006 pour associer le Parlement européen à la procédure réglementaire qui devient alors, pour un certain nombre de cas, la procédure réglementaire « avec contrôle » - la fameuse PRAC²) fixait les règles selon lesquelles la Commission pouvait exercer ces pouvoirs quasi-législatifs. En gros, pour chaque acte législatif comportant une délégation de pouvoirs à la Commission, un comité d'experts des Etats membres était institué. Ce comité était consulté par la Commission sur chaque mesure de mise en œuvre et pouvait bloquer une telle mesure à la majorité qualifiée³. En cas d'absence de majorité qualifiée pour ou contre la proposition de la Commission le Conseil pouvait se saisir du dossier et soit approuver soit rejeter la mesure ; en cas d'absence de majorité qualifiée pour ou contre au Conseil il incombait à la Commission de décider *in fine* si oui ou non la mesure serait adoptée.

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 a changé la donne et a modifié l'équilibre institutionnel en matière de « comitologie » en faveur de la Commission et, en partie, du Parlement européen.

L'article 290 TFUE prévoit toujours une délégation de pouvoir à la Commission (acte délégué) dont les modalités sont fixées par l'acte législatif lui-même. Les mesures prises par la Commission dans le cadre de cette délégation de pouvoir ne devront cependant plus passer par la comitologie « classique » (il n'y aura plus de comités formels en ce qui concerne l'adoption d'actes délégués), mais pourront faire objet d'une opposition ou d'une révocation des pouvoirs par le Conseil (à majorité qualifiée) ou par le PE (à la majorité simple des inscrits). Les actes délégués peuvent donc être considérés comme le successeur de la PRAC (la procédure de comitologie à laquelle le PE a été associé en 2006).

L'article 291 TFUE prévoit un deuxième type de délégation de pouvoir à la Commission (acte d'exécution). Comme, contrairement à l'art 290 TFUE, l'art 291 TFUE ne précise pas les procédures d'adoption d'actes d'exécution, la Commission est en train d'élaborer un

¹ 1999/468/CE

² 2006/512/CE

³ Ceci dépendait cependant de la nature du comité qui était fixée par l'acte législatif : les comités de gestion et les comités réglementaires pouvaient bloquer des propositions de la COM par une majorité qualifiée, tandis que les Comités consultatifs devaient se limiter à simplement donner leur avis sur une mesure proposée par la COM.

règlement pour la mise en œuvre de l'article 291 TFUE qui est censé remplacer celui de 1999. L'adoption de ce projet de règlement sera, nous dit-on, un des premiers actes du nouveau collège des Commissaires. Le projet de règlement sera ensuite soumis à la procédure législative ordinaire (l'équivalent de la codécision de l'ère pré-Lisbonne). D'après les premières informations que la Commission a fournies au groupe Mertens, le projet du nouveau règlement maintient la procédure du comité classique (composé par des experts des Etats membres) mais ne prévoit plus aucun rôle pour le Conseil ou pour le Parlement européen. De plus, tous les actes législatifs en vigueur qui contiennent des dispositions comitologie « non-PRAC » seront adaptés automatiquement à l'article 291 TFUE et donc soumis à ce règlement qui le met en œuvre⁴.

Développements récents : concessions de la part de la Commission en ce qui concerne la consultation d'experts ; blocage de la machine législative en attendant un positionnement du Parlement européen

Dans sa communication du 9 décembre 2009 sur la mise en œuvre de l'articles 290 TFUE⁵, la Commission a accepté, après 3 rounds de consultations et de négociations au groupe Mertens, un certain nombre de revendications du Conseil en matière de consultation des Etats membres avant l'adoption d'un acte délégué. La COM s'engage ainsi à :

- consulter les experts nationaux de manière systématique;
- consulter toujours **tous** les Etats membres;
- réserver une période de temps adéquate à la consultation des Etats membres;
- faire toujours état de l'issue de la consultation et expliquer aux Etats membres comment elle entend procéder.

La revendication de DK, FR, PL et d'autres insistant pour que la COM s'engage à tenir compte de l'avis des EM dans le processus d'adoption d'un acte délégué n'a pas été retenue. Le Service juridique du Conseil estime en effet qu'un tel engagement serait contraire à l'art 290 TFUE; de plus, l'asymétrie manifeste entre les deux co-législateurs en matière de consultation serait rendue encore plus flagrante, bien qu'il s'agisse des EM qui sont consultés par la COM en non du Conseil en tant qu'institution.

Le Conseil est rassuré par ces engagements politiques de la part de la Commission. Ceci n'est cependant pas le cas pour le Parlement européen qui vient tout juste de se réveiller en ce qui concerne les tenants et aboutissants politico-institutionnels de ce dossier (rôle accru conféré au PE par l'art. 290 TFUE) et son impact potentiel sur des dossiers politiquement sensibles. D'aucuns au PE sont d'avis que la communication de la Commission du 9 décembre 2009 s'engage trop dans la direction du Conseil, surtout en ce qui concerne cette asymétrie perçue en matière de consultation d'experts. De plus il est très probable que le PE ait eu vent de l'intention de la Commission de le priver de tout rôle (tout comme le Conseil) dans la future procédure d'adoption d'actes d'exécution définie par le règlement qui sera censé mettre en œuvre l'article 291 TFUE.

⁴ Il convient de noter cependant qu'il n'y aura a priori pas d'adaptation automatique de dispositions « PRAC » existantes à l'art 290 TFUE (actes délégués).

⁵ COM (2009) 673

La Commission JURI va ainsi se saisir du sujet et préparer un rapport qui devrait être voté en plénière en avril. Ce rapport est censé esquisser une position horizontale du Parlement européen aussi bien sur les actes délégués (art 290 TFUE) que sur l'adaptation du règlement « comitologie » de 1999 (actes d'exécution, art. 291 TFUE).

Ceci aura comme conséquence qu'un nombre important de dossiers « codécision » (i.e. tous les actes législatifs comportant des dispositions art. 290 ou art 291 TFUE) resteront bloqués en attendant un positionnement du Parlement européen.

Quels sont les enjeux politiques pour le Luxembourg dans ce débat ?

- Une consultation systématique, structurée et transparente de **tous** les Etats membres sur des *actes délégués (art. 290)* est bien sûr importante pour le Luxembourg. Sans processus de consultation transparent, la voie serait libre aussi bien pour les grands Etats membres qui disposent de bonnes connections à l'intérieur de la Commission que pour les lobbies influents d'imposer leurs priorités. Sans implication d'experts de tous les Etats membres, la Commission deviendrait ainsi une sorte de guichet unique pour les lobbies à qui il suffirait d'avoir un bon contact à la Commission pour recevoir satisfaction. La Commission, dans sa communication du 9 décembre 2009, a pris des engagements très clairs en matière de consultation d'experts. ***Il faut donc défendre cette communication et ses principes face aux attaques de certains hardliners institutionnels influents, surtout de la Commission JURI du Parlement européen, qui voient dans la consultation d'experts des Etats membres une concession de la Commission au Conseil aux dépens du Parlement***
- En mars seront entamées les négociations sur le projet de règlement visant à adapter le règlement « comitologie » de 1999 au Traité de Lisbonne et donc à mettre en œuvre l'article 291 TFUE (actes d'exécution). ***Il importera alors de revendiquer un rôle pour le Conseil*** (et aussi pour le PE, ne serait-ce que pour en faire un allié sur cette question) ***pour les actes d'exécution qui ne trouvent pas de majorité qualifiée -pour ou contre- au comité.*** D'après le projet les Ministres n'auront par exemple plus la possibilité de s'exprimer au Conseil pour ou contre la mise en circulation de tel ou tel type de maïs transgénique, puisque la mise sur le marché d'OGM tombera à l'avenir sous les dispositions du règlement mettant en œuvre l'article 291 TFUE lorsque il n'y a pas eu de majorité ni pour ni contre au comité. Le même problème se poserait aussi pour les mesures nationales de sauvegarde en matière d'OGM, par exemple.

Quelles sont les prochaines échéances ?

On attend surtout le *Parlement européen*. Le sujet sera à l'ordre du jour de la Conférence des Présidents des Commissions du PE du 9 février, et un premier projet de rapport sera examiné à la Commission JURI en mars. Un vote en plénière est prévu pour avril.

De la part de la *Commission*, on attend le projet de règlement pour la mise en œuvre de l'article 291 TFUE (actes d'exécution) pour début mars.

Le *Conseil* a déclaré son intention en décembre 2009 de trouver un accord sur le nouveau règlement encore sous Présidence espagnole. Au vu des derniers développements au Parlement, on peut cependant douter du caractère réaliste de ce calendrier. La Présidence, avec l'appui du Coreper, a pourtant décidé de formaliser des positions communes du Conseil pour un certain nombre de dossiers en co-décision, qui néanmoins resteront bloqués au Parlement en attendant les délibérations de la commission JURI et le vote en plénière en avril.

Mike HENTGES
5 février 2010

6119

MEMORIAL
Journal Officiel
du Grand-Duché de
Luxembourg



MEMORIAL
Amtsblatt
des Großherzogtums
Luxemburg

RECUEIL DE LEGISLATION

A — N° 203

12 novembre 2010

Sommaire

RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

Loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics page [3378](#)

Loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'Etat entendu;

De l'assentiment de la Chambre des Députés;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 12 octobre 2010 et celle du Conseil d'État du 26 octobre portant qu'il n'y pas lieu à second vote;

Avons ordonné et ordonnons:

Chapitre I – Dispositions générales

Art. 1^{er}. La présente loi s'applique aux marchés visés par les livres II et III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, dénommée ci-après par «la loi sur les marchés publics», sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 24 à 32, de l'article 59, paragraphe (2), des articles 70 à 78, des articles 80 et 81 et de l'article 89 de cette même loi.

Les marchés visés à l'alinéa 1^{er} incluent les marchés publics, les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords cadres et les concessions de travaux publics visés par les livres II et III de la loi sur les marchés publics.

Les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

Art. 2. Les dispositions des articles 3, 4 et 6 sont uniquement applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2 de la loi sur les marchés publics et aux entités adjudicatrices visées par l'article 56 de cette même loi qui sont des autorités administratives.

Les dispositions des articles 20 et 21 sont uniquement applicables aux entités adjudicatrices privées visées par l'article 56 de la loi sur les marchés publics.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi en ce qui concerne le règlement de procédure des juridictions administratives, les dispositions de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives sont applicables.

Les requêtes en référé devant le président du tribunal administratif prévues aux articles 3 et 6 de la présente loi doivent être signifiées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visée de manière parallèle au dépôt au greffe du tribunal.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi, les recours qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont réglés par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile.

Art. 3. Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. (1) Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(2) Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir, à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

(3) L'ordonnance est exécutoire dès sa notification.

Art. 5. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

Art. 6. Le président du tribunal administratif peut être saisi endéans les délais prévus à l'article 5 conformément à l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Art. 7. La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par le pouvoir adjudicateur sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par les entités adjudicatrices sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable.

Art. 8. Les délais visés à l'article 5 ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si une publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* n'est pas obligatoire;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 5 est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord cadre visé à l'article 46 de la loi sur les marchés publics.

Lorsque la dérogation visée au point c) est invoquée, le marché en cause est déclaré comme dépourvu d'effets conformément aux articles 9 à 11 et 15:

- s'il y a violation des dispositions régissant l'attribution des marchés fondés sur les accords cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telles que fixées par règlement grand-ducal,
et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils d'application du livre II de la loi sur les marchés publics.

Art. 9. Un marché est déclaré dépourvu d'effets par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés:

- a) si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics;
- b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions régissant le cahier général des charges applicables aux marchés publics d'une certaine envergure et le cahier général des charges applicables aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux telles que fixées par règlement grand-ducal, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 8, point c), deuxième alinéa.

La décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond établissant qu'une violation a été commise.

Art. 10. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont laissées à l'appréciation du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

L'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles est possible, mais la portée de l'annulation peut également être limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés devra imposer des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).

Art. 11. Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés à l'article 9, s'il constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés doit imposer des sanctions financières, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

Art. 12. L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue à l'article 9, point a) est exclue si:

- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics,
- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence ex ante volontaire exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 18, et
- le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au *Journal officiel de l'Union européenne*.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités des articles 6 ou 21, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 13. 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:

- le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à la procédure relative à l'attribution des marchés fondés sur les accords cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telle que fixée par règlement grand-ducal,
- le pouvoir adjudicateur a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 7, premier tiret, et
- la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités de l'article 6, le pouvoir adjudicateur est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 14. (1) En cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou de l'article 21, sans que les conditions d'application de l'article 9, point b) ne soient remplies, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prononce des sanctions de substitution.

(2) Les sanctions de substitution pouvant être prononcées suivant l'article 10, alinéa (2) et suivant l'article 14, paragraphe (1) doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Elles consistent:

- à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou
- à abréger la durée du marché.

Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés tient compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l'article 10 la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

Dans l'hypothèse où une pénalité financière est imposée, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés émet un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'État et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins de cet article.

Art. 15. (1) L'introduction d'un recours en application de l'article 9 doit intervenir:

a) avant l'expiration d'un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où:

- le pouvoir adjudicateur a publié l'avis d'attribution du marché selon les procédures fixées par règlement grand-ducal, à condition que cet avis contienne la justification de la décision d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou
- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion d'un accord cadre ou de l'adjudication d'un marché, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs tel que prévu à l'article 7. Ce délai s'applique également aux cas visés à l'article 8, point c);

b) avant l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté les dispositions du point a).

Art. 16. En cas de recours téméraire et vexatoire, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut, à la demande du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, octroyer une indemnité adéquate, dont le montant total ne peut en aucun cas dépasser 5 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

Art. 17. Tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice autre que l'Etat qui a fait l'objet d'une notification de la Commission européenne, en application de l'article 3 de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures de travaux, ou en application de l'article 8 de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, est tenu de fournir à l'autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal, dans les dix jours de la notification, tous les documents et renseignements nécessaires à l'élaboration de la communication à faire en application des directives précitées.

Art. 18. L'avis de transparence ex ante volontaire visé à l'article 12, deuxième tiret, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice.

Art. 19. Une autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal communique chaque année à la Commission européenne le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que les instances de recours ont prises conformément à l'article 11.

Chapitre II – Règles particulières applicables aux recours en matière de passation de marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Art. 20. (1) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut:

soit

- a) prendre des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice. Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis du marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause;

soit

- b) prendre toutes mesures autres que celles prévues au point a), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; il peut notamment émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, en tenant compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(3) La somme à verser conformément au paragraphe (1), point b) doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a bien été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

(4) L'assignation en référé prévue par le paragraphe (2) doit se faire avant la décision d'adjudication par l'entité adjudicatrice. La requérante notifie par voie d'huissier à l'entité adjudicatrice l'assignation en référé.

(5) L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

Art. 21. Dans les hypothèses et délais prévus à l'article 5, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut ordonner le sursis à exécution de la conclusion du contrat par une entité adjudicatrice.

Les dispositions des articles 5, 7 et 8 doivent être respectées par les entités adjudicatrices.

L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la signature du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Lorsque le sursis à exécution est prononcé, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise.

Chapitre III – Dispositions finales

Art. 22. La loi modifiée du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics et la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications sont abrogées.

Art. 23. (1) La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial.

(2) Les procédures comportant publication d'un avis, publiées avant la date d'entrée en vigueur, et à défaut de publication d'un avis, les invitations à présenter une candidature ou à remettre une offre, lancées avant la date d'entrée en vigueur, demeurent soumises aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

*Le Ministre du Développement durable
et des Infrastructures,*
Claude Wiseler

Le Ministre de la Justice,
François Biltgen

Château de Berg, le 10 novembre 2010.
Henri

Doc. parl. 6119; sess. ord. 2009-2010 et 2010-1011; Dir. 2007/66/CE.