

N° 6982¹⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2017-2018

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

DEUXIEME AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(28.11.2017)

Par dépêche du 19 octobre 2017, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État une série d'amendements au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission du développement durable lors de sa réunion du 19 octobre 2017.

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

*

EXAMEN DES AMENDEMENTS

Amendement 1 portant sur l'article 12, paragraphe 2, sur l'article 42, sur l'article 118, paragraphe 2, et sur l'article 154

L'amendement introduit une partie de phrase supplémentaire dans les quatre articles visés, suivant laquelle les opérateurs économiques ne sont responsables du respect de toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail que « dans la mesure de leurs responsabilités et de leurs compétences ».

Cet ajout fait suite à une demande de la Chambre des métiers qui, dans son avis complémentaire du 13 octobre 2017¹, a demandé, entre autres, l'introduction de cet ajout, étant d'avis que le texte dans sa version précédente, « octroyant une responsabilité et une obligation de contrôle quasi illimitées exclusivement aux opérateurs économiques », serait « difficilement tenable d'un point de vue juridique et matériellement impossible à appliquer en pratique par les professionnels ».

Concernant l'application de cette disposition aux marchés purement nationaux, le Conseil d'État s'interroge sur les termes « responsabilités » et « compétences » dans ce contexte. De quelles responsabilités et compétences s'agit-il exactement ? Comment l'opérateur est-il informé de ses responsabilités et compétences ? En ce qui concerne plus particulièrement la notion de « compétences », celle-ci se réfère pour un professionnel à sa qualification ou à sa connaissance des règles de l'art². Le Conseil d'État ne saurait admettre qu'un opérateur puisse se décharger de ses responsabilités en invoquant qu'il n'avait pas connaissance des obligations légales dans les matières précitées. La lecture du commentaire des articles n'apporte pas de réponse à cette question. Il y est expliqué que cet ajout précise « que la législation sur les marchés publics ne vise pas à mettre en échec d'autres normes obligatoires en matière de contrôle sur les chantiers et qu'elle ne décharge pas le maître de l'ouvrage de ses responsabilités légales en matière de sécurité au travail, voire en matière de législation sociale et ne réglemente pas les obligations en matière de droit civil, telle celle du concept de gardien du chantier ». Or, l'obligation qui incombe à un opérateur économique de respecter et de faire respecter les obligations précitées n'exclut pas l'application des textes existants en matière de contrôle sur le chantier ou de sécurité au travail. Si tel est le but recherché à travers cet ajout, ce dernier est superflu. Le Conseil d'État estime

1 Doc. parl. n° 6982¹⁵.

2 Voir Gérard Cornu, « *Vocabulaire juridique* ».

que la formulation retenue n'est pas claire et qu'elle peut être une cause d'insécurité juridique et doit donc s'y opposer formellement.

En ce qui concerne l'application de cette disposition aux marchés européens, le Conseil d'État estime que cet ajout restreint les obligations incombant aux opérateurs économiques suivant l'article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE. Ainsi, l'article dispose que « [l]es États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail (...) ». Le texte de la directive ne comporte pas de restriction par rapport aux « responsabilités » ou aux « compétences » des opérateurs. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer, également sous cet aspect, formellement à l'ajout pour non-conformité à la directive.

Amendement 2 portant sur l'article 12, paragraphe 3 et sur l'article 118, paragraphe 3

Cet amendement fait suite à la demande du Conseil d'État de reprendre le contenu ayant trait à la confidentialité et figurant aux articles 38, 98, 195 et 252 du projet de règlement grand-ducal tendant à l'exécution de la loi en projet sous avis dans le corps du projet de loi.

Les deux alinéas de l'amendement transposent l'article 21 de la directive 2014/24/UE et l'article 39 de la directive 2014/25/UE.

L'amendement indique que le devoir de confidentialité s'impose « sauf disposition contraire des règles auxquelles le pouvoir adjudicateur est soumis, notamment les dispositions régissant l'accès à l'information ». Le Conseil d'État est conscient que cette formulation est reprise des directives précitées. Dans un souci de transposition correcte et complète de la directive, le Conseil d'État demande aux auteurs, sous peine d'opposition formelle, de déterminer ces règles, étant donné qu'il ne ressort pas clairement du dispositif sous examen quelles sont les règles de confidentialité qui sont visées. Il renvoie à cet égard également à son examen de l'article 195 du projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi en projet sous avis dans son avis du 14 juillet 2017³.

Amendement 3 portant sur l'article 17

Sans observation.

Amendement 4 portant sur l'article 18

Sans observation.

Amendement 5 portant sur l'article 29

Sans observation.

Amendement 6 portant sur l'article 31, paragraphe 2 et sur l'article 141, paragraphe 1^{er}

Sans observation.

Observation complémentaire concernant l'article 111 relatif aux marchés attribués à une entreprise liée

L'article 111 de la loi en projet transpose l'article 29 de la directive 2014/25/UE.

Tout en se référant à son avis du 24 octobre 2017 concernant le projet de loi sur l'attribution des contrats de concession⁴, le Conseil d'État note que là où l'article 29 de la directive fait référence à la

3 N° CE : 51.675, examen de l'article 195 : « (...) En ce qui concerne le fond, le Conseil d'État constate que le projet de loi sur les marchés publics interdit, en ses articles 67, 68 et 69, au pouvoir adjudicateur, « conformément aux règles sur la confidentialité, prévues par voie de règlement grand-ducal », de révéler aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord de celui-ci. Le texte proposé au niveau du projet de règlement grand-ducal est plus général en ce que l'interdiction de divulgation qui y est formulée ne vise pas exclusivement les informations confidentielles qui seraient transmises aux concurrents, mais n'est pas autrement qualifiée en ce qui concerne le cercle des bénéficiaires qui pourraient profiter d'une telle divulgation. La disposition a dès lors, en ce sens, une valeur normative additionnelle et sa place dans la législation sur les marchés publics. Le Conseil d'État propose dès lors, compte tenu des enjeux, des ramifications du texte proposé vers d'autres législations et du caractère sensible de la matière couverte qui touche à des secrets, que toute entreprise qui en est la détentrice a intérêt à voir protégés, de régler l'ensemble de la matière au niveau de la future loi sur les marchés publics ».

4 Doc. parl. n° 6984⁴, examen de l'article 12, p. 6

directive 2013/34/UE, l'article sous revue fait référence à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Il insiste à ce que la phrase introductive du paragraphe 2 de l'article 111 de la loi en projet sous examen ait le même contenu que la disposition afférente de la future loi sur l'attribution des contrats de concession. Par souci de concordance à ce projet de loi, la phrase est à rédiger comme suit :

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

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants, le 28 novembre 2017.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges WIVENES

