

Luxembourg, le 28 juillet 2010.

**Objet: Projet de loi n° 6119 instituant les recours en matière de marchés publics.
(3596ZCH)**

Saisine : Ministre du Développement durable et des Infrastructures (23 février 2010)

| |
|---------------------------------------|
| AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE |
|---------------------------------------|

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 N° 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.

Résumé synthétique

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'État 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 :

| | Incidence |
|---|------------------|
| 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

Considérations générales

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 1^{er} 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.

| Recours Marchés | Recours administratif | | Recours civil | | |
|---|-----------------------|-----------------------|---------------------|------------------|--------------------------|
| | Recours en référé | Recours en annulation | Recours en référé | | Recours en indemnisation |
| | | | Mesures provisoires | Absence d'effets | |
| 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 œuvre. 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 œuvre.

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 1^{er}

Les articles 1^{er} 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 1^{er} 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 2 bis, 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 2 ter 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 2 quinquies, 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 2 quinquies, 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 2 quinquies, 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 l'article 2 quinquies, 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 substitutions 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 renvoi 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'État 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 2 sexies 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 États 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 induit 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 induits 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 substitutions prononcées (point b) doivent être introduits.

La Chambre de Commerce note que les auteurs du projet de loi transposent les dispositions de l'article 2 septies 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 2 septies 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 3 bis 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 renvoi 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.

ZCH/TSA