

Projet de règlement grand-ducal

portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics et portant modification de l'article 103 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Avis du Conseil d'Etat

(8 mai 2012)

Par dépêche du 29 décembre 2011, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de règlement grand-ducal sous rubrique, élaboré par le ministre du Développement durable et des Infrastructures. Au projet de règlement grand-ducal proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles et une fiche d'évaluation d'impact.

L'avis de la Chambre de commerce en date du 31 janvier 2012 a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 24 février 2012, alors que celui de la Chambre des métiers l'a été par dépêche du 25 avril 2012.

Considérations générales

Le règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics avait déjà institué des cahiers spéciaux des charges standardisés à caractère obligatoire pour certains marchés publics concernant le bâtiment.

L'objectif principal poursuivi par le projet de règlement grand-ducal sous avis consiste à généraliser cette pratique à d'autres catégories de marchés publics.

Pour des raisons de simplification administrative et de flexibilité en ce qui concerne la modification ultérieure des cahiers spéciaux des charges standardisés, il est proposé de conférer au ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions la compétence d'approuver ces cahiers des charges par voie de règlement ministériel et de leur conférer ainsi leur caractère obligatoire. Il est prévu que les cahiers des charges soient publiés, non pas au Mémorial, mais par voie électronique sur le portail des marchés publics mis en place et géré par le Gouvernement.

En promouvant l'établissement de cahiers des charges standardisés, le projet de règlement grand-ducal poursuit une finalité de simplification administrative, ce qui est louable en soi.

Le règlement grand-ducal dont le projet fait l'objet du présent avis, tire sa base légale de l'article 20, paragraphe 4 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

En ce qui concerne la publication des cahiers spéciaux des charges standardisés par la voie électronique, le Conseil d'Etat est d'avis que pareille publication est conforme aux exigences de l'article 112 de la Constitution. C'est en effet la loi précitée du 25 juin 2009 qui, à son article 20, paragraphe 4, prévoit expressément la possibilité d'une telle publication électronique. Le Conseil d'Etat voudrait pourtant relever qu'aux termes de la disposition légale citée, la publication électronique est valable uniquement pour les cahiers spéciaux des charges standardisés proprement dits. Elle ne s'étend pas à l'acte normatif qui les institue. Celui-ci doit évidemment être publié au Mémorial, conformément au droit commun, tout en renvoyant pour la consultation des cahiers spéciaux des charges standardisés, qui forment ses annexes, à l'adresse exacte de leur publication électronique. Pour des raisons de sécurité juridique liées au caractère authentique de la publication électronique, le Conseil d'Etat préfère que la publication électronique officielle des cahiers spécialisés des charges standardisés soit réalisée par l'intermédiaire du site internet « Legilux » plutôt que par l'intermédiaire du portail des marchés publics, quitte à installer sur ce portail un lien renvoyant vers le site « Legilux ».

Dans la logique des auteurs du projet de règlement grand-ducal, celui-ci doit conférer au ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions la compétence d'approuver les cahiers spéciaux des charges standardisés, afin de les rendre obligatoires.

Le Conseil d'Etat examinera dans un premier temps si une « approbation » est suffisante pour « instituer » un cahier des charges. Il traitera dans un deuxième temps des conditions sous lesquelles le Grand-Duc peut charger un membre du Gouvernement de prendre des mesures d'exécution de la loi.

Le Conseil d'Etat constate que l'article 20, paragraphe 4, précité, confère au règlement grand-ducal le pouvoir d'« instituer », c'est-à-dire d'établir de manière officielle, des cahiers spéciaux des charges standardisés. Pour le Conseil d'Etat, cela signifie que les cahiers des charges en question doivent émaner directement de l'autorité investie du pouvoir de les instituer. Une simple approbation de cahiers des charges préexistants est insuffisante à cet égard, si on donne à l'expression « approbation » le sens qui lui est communément attribué en droit administratif, à savoir le « consentement donné par une autorité supérieure conférant plein effet à l'acte émané d'une autorité soumise à son contrôle¹ ». Ceci d'autant plus que ni l'autorité ou l'organisme dont le cahier des charges à approuver doit émaner ni les règles selon lesquelles il est élaboré et adopté ne sont précisés dans le texte. Afin d'éviter toute équivoque, il est indiqué de s'en tenir à la terminologie employée par le législateur.

Le Conseil d'Etat se doit d'examiner ensuite les conditions dans lesquelles Grand-Duc peut, à son tour, sur la base de l'article 76, alinéa 2 de la Constitution, charger un membre du Gouvernement de mesures d'exécution dont il est lui-même chargé par la loi.

¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, *sub verbo* approbation.

Selon la Cour constitutionnelle, « il n'est pas contesté que le pouvoir législatif est en droit de disposer lui-même au sujet de l'exécution de la loi² ». Si, toutefois, le législateur ne peut ou ne veut prévoir lui-même les ou des détails d'exécution de la loi, il peut charger le Grand-Duc de prendre, à cet effet, les règlements et arrêtés nécessaires³.

Les règlements grand-ducaux dont question à l'article 20, paragraphe 4 de la loi précitée du 25 juin 2009 s'inscrivent dans le contexte de l'article 36 de la Constitution. Il en découle que la condition d'application pour l'article 76, alinéa 2 de la Constitution se trouve réalisée. Cette disposition constitutionnelle se lit comme suit: « Dans l'exercice du pouvoir lui attribué par les articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution, le Grand-Duc peut, dans les cas qu'il détermine, charger les membres du Gouvernement de prendre des mesures d'exécution ».

Se pose ensuite la question de l'étendue des pouvoirs d'exécution que le Grand-Duc peut confier à un membre du Gouvernement.

L'article 20, paragraphe 4 de la loi précitée du 25 juin 2009 prévoit que « des règlements grand-ducaux peuvent *instituer* des cahiers spéciaux des charges standardisés ». Le pouvoir conféré par la loi au Grand-Duc d'instituer par voie de règlement grand-ducal des cahiers spéciaux des charges standardisées n'est pas autrement circonscrit ou précisé par la loi. Il appartient dès lors au Grand-Duc de décider discrétionnairement si, et dans quels domaines, des cahiers spéciaux des charges standardisés à caractère obligatoire seront établis, de même qu'il lui appartient d'en déterminer le contenu.

Le Grand-Duc peut-il se contenter de déléguer à un membre du Gouvernement la totalité des pouvoirs d'exécution dont il est chargé aux termes de l'article 20, paragraphe 4 de la loi précitée du 25 juin 2009?

Selon les termes de l'article 76, alinéa 2 de la Constitution, le Grand-Duc peut charger un ministre de prendre des mesures d'exécution, « dans les cas qu'il détermine ». Au sens du Conseil d'Etat, cette formulation exclut la possibilité pour le Grand-Duc de charger un membre du Gouvernement de la totalité des pouvoirs d'exécution dont il est lui-même chargé par une disposition légale. Le Grand-Duc doit, au contraire, déterminer limitativement et avec précision les cas dans lesquels le ministre peut agir. Or, le projet de règlement grand-ducal sous avis ne répond pas à ce précepte.

Le Conseil d'Etat doit constater que les exigences découlant de l'article 76, alinéa 2 de la Constitution ne sont pas remplies, ce qui expose le règlement grand-ducal en projet à la sanction de l'article 95 de la Constitution en ce que le règlement ne procède pas à l'exécution que lui impartit la loi.

Il éprouve par ailleurs des difficultés à concevoir quelles mesures d'exécution de détail pourraient, dans le contexte des règlements grand-ducaux visés par l'article 20, paragraphe 4 de la loi précitée du 25 juin 2009,

² Cour constitutionnelle, arrêt 1/98 du 6 mars 1998, Mémorial A n° 19 du 18 mars 1998.

³ Cour administrative, arrêt du 17 avril 2008, n° 23755C du rôle.

être reléguées au règlement ministériel. Il recommande, en conséquence, de faire abstraction du recours au règlement ministériel et de continuer d'instituer les cahiers des charges spéciaux standardisés par la voie de règlements grand-ducaux, même si cette procédure ne confère peut-être pas toute la flexibilité souhaitée par les auteurs du texte sous examen.

Tenant compte des considérations plus fondamentales qui précèdent, le Conseil d'Etat ne procédera pas à l'examen des articles du projet de règlement grand-ducal sous avis, sauf l'article 3 ayant pour objet de modifier l'article 103, paragraphe 2 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat qui propose d'effectuer cette modification par un règlement grand-ducal distinct.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 8 mai 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Pour le Président,
La Vice-Présidente,

s. Viviane Ecker