

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 complémentaire du Conseil d'Etat

(26 février 2013)

Par dépêche du 11 décembre 2012, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat de la version amendée du projet de règlement grand-ducal sous rubrique, accompagnée d'un exposé des motifs. Les changements apportés au texte initial y sont mis en exergue.

Les avis complémentaires de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers sur les amendements gouvernementaux ont été communiqués au Conseil d'Etat par dépêches respectivement du 31 janvier 2013 et du 20 février 2013.

Considérations générales

L'amendement apporte des modifications substantielles à l'article 1^{er} et à l'article 3 du projet de règlement grand-ducal initial, lequel avait fait l'objet de l'avis du Conseil d'Etat du 8 mai 2012.

Le Conseil d'Etat rappelle que l'article 20, paragraphe 4 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics dispose que « des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés ».

Il constate que la loi réserve formellement l'institution des cahiers spéciaux des charges standardisés au pouvoir réglementaire du Grand-Duc et il considère que, dans ces conditions, celui-ci n'est pas en mesure d'en déléguer l'institution au pouvoir réglementaire ministériel. Or, en maintenant la formule « le ministre institue », les auteurs entendent conférer l'institution des cahiers spéciaux des charges standardisés au pouvoir réglementaire ministériel.

Selon le Conseil d'Etat, les cahiers spéciaux des charges standardisés doivent émaner directement et exclusivement de l'autorité chargée par la loi de les instituer. Il appartient en conséquence à cette autorité, en l'occurrence le Grand-Duc, de décider discrétionnairement si, et dans quels domaines, des cahiers spéciaux des charges standardisés à caractère obligatoire sont établis de même qu'il lui appartient d'en déterminer le contenu.

En présence de la base légale précitée, le Conseil d'Etat éprouve toujours des difficultés à concevoir quelles mesures d'exécution de détail pourraient être reléguées au règlement ministériel sur la base de l'article 76, alinéa 2 de la Constitution. Il réitère sa recommandation de faire abstraction du recours au règlement ministériel et d'instituer les cahiers spéciaux des

charges standardisés visés par l'article 20, paragraphe 4 de la loi précitée du 25 juin 2009 par voie de règlement grand-ducal. Dans une matière aussi riche en contentieux que celle des marchés publics, il convient d'agir avec prudence et de prendre toutes les précautions possibles afin d'éviter qu'un cahier spécial des charges standardisé, qui aurait été institué par règlement ministériel, ne s'expose à la critique de manquer d'une base légale adéquate et au risque d'encourir en conséquence la sanction de l'article 95 de la Constitution.

Le Conseil d'Etat est sensible aux arguments avancés dans l'exposé des motifs par les auteurs du règlement grand-ducal en projet en faveur d'une simplification administrative, mais selon l'avis du Conseil d'Etat des solutions adéquates et appropriées devraient être recherchées dans le cadre d'une modification de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Ce n'est que sous les réserves exprimées ci-dessus que le Conseil d'Etat va procéder à l'examen du texte du projet de règlement grand-ducal sous avis.

Le Conseil d'Etat voudrait encore souligner que le principe du parallélisme des formes exige l'intervention du pouvoir réglementaire du Grand-Duc pour modifier les cahiers spéciaux des charges standardisés. Le règlement grand-ducal modificatif doit être publié au Mémorial, selon le droit commun. Seul le cahier des charges standardisé modifié peut être publié par la voie électronique, sous les références à indiquer clairement au dispositif du règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat demande qu'il soit veillé à ce que les modalités de la publication électronique permettent à tout moment de retracer exactement la chronologie des diverses modifications intervenues aux cahiers spéciaux des charges standardisés, afin, notamment, de pouvoir résoudre d'éventuels conflits de normes dans le temps.

Examen du texte

Préambule

Puisque la référence à loi précitée du 25 juin 2009 ne vise pas cette loi dans tous éléments, il est conseillé d'en spécifier au préambule du règlement à prendre les dispositions qui serviront de base légale à celui-ci. Il serait par conséquent indiqué de rédiger la disposition afférente du préambule comme suit:

« Vu la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, et notamment son article 20, paragraphe 4; ».

Article 1^{er}

Point a)

Conformément à ses considérations générales, le Conseil d'Etat rappelle que c'est le Grand-Duc qui devra instituer les cahiers spéciaux des charges standardisés et non pas le ministre.

D'après le point a) de l'article 1^{er}, le ministre (selon le Conseil d'Etat: le Grand-Duc) est investi du pouvoir d'instituer, par voie de règlement ministériel (selon le Conseil d'Etat: par voie de règlement grand-ducal), des

cahiers spéciaux des charges standardisés relatifs aux clauses contractuelles générales applicables « à différents catégories (*sic*) » de marchés publics de travaux. Il y a lieu de signaler au passage que l'adjectif « différents » est à mettre au féminin. Il découle ensuite de la formulation employée (« différentes catégories de marchés ») que les cahiers spéciaux des charges standardisés édictés par le ministre (selon le Conseil d'Etat: par le Grand-Duc) ne s'appliquent pas nécessairement à toutes les catégories de marchés publics de travaux, mais qu'il peut y exister des catégories auxquelles ils ne s'appliquent pas. Afin d'éviter une possible équivoque, les auteurs du projet de règlement grand-ducal sous avis devraient préciser leur intention et indiquer les catégories de marchés publics de travaux auxquelles s'appliquent les clauses contractuelles générales des cahiers spéciaux des charges standardisés institués par le ministre (selon le Conseil d'Etat: par le Grand-Duc).

Dans le but de conférer force obligatoire aux cahiers des charges standardisés institués par le ministre (selon le Conseil d'Etat: par le Grand-Duc), il est nécessaire de les publier intégralement sur le portail internet des marchés publics. Dans un souci d'harmonisation du vocabulaire, l'expression « ces clauses sont publiées » est dès lors à remplacer par celle de « ces cahiers spéciaux des charges standardisés sont publiés ».

D'après le texte sous revue, « des dispositions contractuelles particulières peuvent compléter les dispositions des cahiers spéciaux des charges standardisés ». Dans ce contexte, il serait préférable de parler de « clauses contractuelles particulières » pour les opposer aux « clauses contractuelles générales ». Mais, malgré ce changement de vocabulaire, se pose la question de savoir si les clauses contractuelles particulières qui viennent compléter les clauses contractuelles générales peuvent déroger à celles-ci. Les auteurs du texte devront préciser leur intention sur ce point dans un texte qui ne laisse plus de place à l'équivoque.

A l'alinéa 2 du point a) de l'article 1^{er}, il faut ajouter le mot « générales » après le mot « contractuelles ».

Point b)

Le Conseil d'Etat note que le point b) de l'article 1^{er} vise tous les marchés publics de travaux et qu'il n'y est plus question de « différentes catégories » comme au point a).

Pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus à l'endroit du point a), il faut ici également remplacer l'expression « ces clauses sont publiées » par celle de « ces cahiers spéciaux des charges standardisés sont publiés ».

Les observations faites plus haut à l'endroit du point a) en ce qui concerne les clauses contractuelles particulières pouvant compléter les clauses contractuelles générales s'imposent ici *mutatis mutandis* en ce qui concerne les « dispositions techniques particulières » pouvant compléter « les dispositions des cahiers spéciaux des charges standardisés ».

A propos de la première phrase de l'alinéa 2 du point b), le Conseil d'Etat recommande de la reformuler au profit d'une plus grande précision terminologique comme suit: « Les cahiers spéciaux des charges standardisés

relatifs aux clauses techniques générales contiennent des dispositions quant aux points suivants: ».

Point c)

Aux termes du point c) de l'article 1^{er}, le ministre (selon le Conseil d'Etat: le Grand-Duc) est chargé d'instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés « pour les marchés de travaux concernés ». Sans autre précision, cette notion est trop vague. Si par « marchés de travaux concernés », il fallait toutefois entendre ceux relatifs aux travaux dont la liste figure à l'alinéa 2 du point c), il faudrait le préciser dans la phrase introductive de cette liste.

Les observations faites plus haut à l'endroit du point a) en ce qui concerne les clauses contractuelles particulières pouvant compléter les clauses contractuelles générales s'imposent ici *mutatis mutandis* en ce qui concerne les « dispositions techniques particulières » pouvant compléter « les dispositions des cahiers spéciaux des charges standardisés ».

La première phrase de l'alinéa 2 du texte sous avis, introduisant la liste, ne donne aucun sens. Elle se réfère à des « corps de métiers ou professions » alors que la liste énonce des catégories de travaux qui, dans certains cas, peuvent être exécutés par plusieurs corps de métiers ou professions. A titre d'exemple, les travaux d'échafaudage peuvent être réalisés par les monteurs d'échafaudage, par les entrepreneurs de construction, les charpentiers, couvreurs et ferblantiers, par les peintres, plafonneurs et façadiers, ou encore par les installateurs de mesures de sécurité en altitude.

Selon l'alinéa 3 du point c), « sont également visées par ce point toutes autres professions dans le domaine de la construction, énumérée par le règlement grand-ducal du 1^{er} décembre 2011... ». Il faut signaler au passage que le participe passé « énumérée » s'écrit correctement avec un « s » à la fin. Cette observation mise à part, le texte est trop imprécis dans la formulation proposée. Le Conseil d'Etat exige que tous les corps de métiers et toutes les professions à l'égard desquels des cahiers spéciaux des charges standardisés seront institués soient énumérés avec précision et de manière limitative dans une liste à insérer au règlement grand-ducal en projet. Le renvoi à la liste d'un autre règlement grand-ducal, poursuivant une autre finalité, est à proscrire.

Considérations d'ordre légistique

Dans le souci d'assurer la cohérence avec la terminologie employée par la loi de base, il faut écrire à chaque fois « cahiers spéciaux des charges standardisés » au lieu de « cahiers spéciaux des charges ».

Pour l'article sous revue, une subdivision en paragraphes est conseillée. Une présentation abécédaire risque en effet de compliquer les références qui y seraient faites ainsi que l'ordonnancement de l'article lors d'éventuelles modifications ultérieures.

Si les auteurs du texte choisissaient de recourir à la subdivision recommandée en paragraphes, le paragraphe 1^{er} devrait commencer avec l'article, et la numérotation des paragraphes devrait se faire par des chiffres cardinaux arabes, placés entre parenthèses. La phrase introductive de

l'article commençant par les mots « Pour les marchés ... » serait à supprimer en conséquence.

Afin d'éviter des redites inutiles aux points a), b) et c) (paragraphe 1^{er}, 2 et 3 selon le Conseil d'Etat) de l'article sous examen, les deux phrases ayant trait aux modalités de publication et au caractère obligatoire des cahiers spéciaux des charges standardisés et commençant respectivement par les mots « Ces clauses ... » et « Le recours... » sont à supprimer à leurs emplacements actuels pour être reprises dans un nouveau paragraphe 4. Pour les raisons exposées ci-dessus, les termes « ces clauses » seraient cependant à remplacer par l'expression « ces cahiers spéciaux des charges standardisés ». Le nouveau paragraphe 4 pourrait dès lors se lire comme suit:

« (4) Ces cahiers spéciaux des charges standardisés sont publiés sur le portail internet des marchés publics ayant l'adresse <http://www.marches.publics.lu>. Le recours à ces cahiers spéciaux des charges standardisés est obligatoire. »

Aux alinéas 2 et 3 du point c) (paragraphe 3 selon le Conseil d'Etat) de l'article sous revue, les termes « par ce point » sont à supprimer comme étant superfétatoires et pouvant prêter à confusion.

Article 2

La disposition sous examen apporte une dérogation à l'effet obligatoire des cahiers spéciaux des charges standardisés relatifs aux clauses techniques générales prévues à l'article 1^{er}, point b) (paragraphe 2 selon le Conseil d'Etat). La dérogation permettant « de ne pas prendre en compte une ou plusieurs dispositions » des susdits cahiers des charges est « exceptionnelle ». Elle joue au profit des pouvoirs adjudicateurs qui ont décidé, « dans le cadre de la promotion du développement durable, de recourir à des méthodes et moyens innovants qui n'ont pas encore pu faire l'objet d'une standardisation », à condition d'informer de cette décision le ministre et les chambres professionnelles concernées.

A la lecture de l'article sous examen, le Conseil d'Etat est à se demander si l'absence de standardisation ne devrait pas plutôt viser les clauses techniques générales applicables à certains moyens et méthodes innovants que ces méthodes et moyens eux-mêmes.

Cette observation mise à part, le Conseil d'Etat constate que le texte sous examen n'indique aucun critère permettant de délimiter avec précision « le cadre de la promotion du développement durable », pas plus qu'il ne définit ce qu'il faut entendre par « méthodes et moyens innovants qui n'ont pas encore pu faire l'objet d'une standardisation ». Il est cependant de principe que les exceptions à une règle générale sont toujours d'interprétation stricte. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, le Conseil d'Etat estime qu'il est inadmissible que les exceptions à l'effet obligatoire des cahiers spéciaux des charges standardisés se fondent sur des causes d'ouverture aussi vagues. Il invite donc les auteurs à apporter au texte sous examen les précisions qui s'imposent.

La dérogation prévue à l'article sous examen permet aux pouvoirs adjudicateurs « de ne pas prendre en compte une ou plusieurs stipulations » des cahiers spéciaux des charges standardisés relatifs aux clauses techniques générales. Le Conseil d'Etat est à se demander si, dans les cas où les

conditions de la dérogation sont réunies, il ne vaudrait pas mieux écarter le cahier spécial des charges standardisé relatif aux clauses techniques générales dans son ensemble et obliger le pouvoir adjudicateur de rédiger un cahier des charges qui soit en tous points adapté à la soumission « innovante » et qui doit obligatoirement être inséré intégralement dans le dossier de soumission. Cette solution présenterait un avantage certain pour les soumissionnaires concernés qui n'auraient plus à naviguer entre le cahier des charges standardisé publié sur internet mais ne figurant pas au dossier de soumission et le cahier des charges dérogatoire non standardisé concernant les « méthodes et moyens innovants » et figurant au dossier de soumission.

Articles 3 à 5

Ces articles n'appellent pas d'observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 26 février 2013.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen