

LE NOUVEAU DROIT DES MARCHES PUBLICS

LE PAIEMENT DES TRAVAUX, FOURNITURES ET SERVICES

par M^e Marc THEWES
Avocat à la Cour
Chargé de Cours à l'Université du Luxembourg

1. Une fois la procédure d'adjudication menée à son terme, les relations entre l'adjudicataire et le pouvoir adjudicateur sont de nature contractuelle.

Bien que le cahier général des charges énonce certaines règles sur les conditions de paiement du marché, ces questions sont essentiellement régies par le contrat conclu par les parties.

2. Ce contrat, on le sait, est en fait le cahier des charges spécial et le bordereau unilatéralement préparé par le pouvoir adjudicateur.

Par la signature des deux parties, ce document, qui commence sa vie comme un acte administratif, est transformé en contrat.¹

Nous serons amenés à plusieurs reprises à nous interroger sur l'étendue de la liberté contractuelle dont jouissent les pouvoirs adjudicateurs dans l'établissement des conditions contractuelles.

Tant que le marché n'est pas signé, le cahier des charges et le bordereau sont des actes administratifs dont la validité. D'éventuelles clauses abusives pourraient

dès lors être attaquées devant le juge administratif.

À partir la signature du marché, la compétence du juge administratif prend fin. Les parties sont désormais liées par un contrat et le contentieux relatif à l'exécution de ce contrat relève de la compétences des juges judiciaires.

3. Une fois le contrat conclu, il se pose la question de savoir si les dispositions du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 sont à considérer comme des dispositions faisant partie du contrat ou comme des dispositions réglementaires prises en exécution de la loi.

Le règlement du 7 juillet 2003 a en effet cette double nature.

D'une part, il s'agit d'un texte réglementaire portant exécution de la loi conformément à l'article 36 de la Constitution. C'est à ce titre qu'il est d'application pendant la procédure d'adjudication du marché.

Mais le règlement du 7 juillet 2003 arrête aussi le «Cahier général des charges», c'est-à-dire les conditions d'exécution standardisées des marchés publics.

Le cahier des charges général est donc à *la fois* acte réglementaire dans la mesure où il porte exécution de la loi *et* stipulation contractuelle, dans la mesure où les parties l'ont désigné comme faisant partie de leur accord.

¹ Rappelons que d'après l'article 90(4) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, la conclusion du contrat «*a lieu par l'apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document de soumission remis par l'adjudicataire.*»

4. Le juge doit donc à chaque fois se demander si les dispositions du règlement du 7 juillet 2003 sont d'application en tant qu'*acte réglementaire* ou en tant que *clause contractuelle*.

En Belgique, le cahier général des charges forme une annexe au règlement administratif d'exécution de la loi, à la manière de ce que le législateur a fait avec le règlement grand-ducal du 8 juin 2003 portant institution de cahiers des charges standardisés.

5. Nous serons ainsi amenés à plusieurs reprises à nous interroger sur la portée des dispositions du règlement du 7 juillet 2003.

La question se pose en effet si certaines dispositions du règlement ont un caractère impératif auquel les cahier spécial des charges et les conditions particulières ne peuvent pas déroger.

1

LES MODALITES DE PAIEMENT

6. Dans les marchés publics, le paiement du prix n'intervient en principe que lorsque le contrat a été complètement exécuté.

«L'article 14 traduit un des principes fondamentaux en matière de finances publiques, à savoir celui du paiement après service fait et accepté. Cette règle traditionnelle exclut tout paiement d'avances ou d'acomptes pour les prestations qui font l'objet du marché. Ce n'est d'ailleurs que l'application du principe général, selon lequel "tout paiement suppose une dette", exprimé par l'article 1235 du Code civil.»²

7. La loi permet néanmoins le paiement d'acomptes et d'avances.

- L'«acompte» est un paiement qui intervient avant l'exécution complète du contrat pour une portion de travaux, fournitures ou services déjà exécutés ou fournis.³
- L'«avance» est un paiement qui intervient avant même l'exécution des travaux, fournitures ou services.⁴

² Doc. parl. n° 4635⁴, Avis de la Cour des comptes, p. 24.

³ Suivant la définition proposée par le Conseil d'État, «l'acompte (...) est un paiement partiel des travaux, fournitures ou services faits et acceptés. Il est dès lors normal de préciser que le versement d'un acompte, dans le sens donné, ne peut avoir lieu que si les travaux, fournitures ou services ont été effectivement effectués, ce versement partiel étant à valoir sur le montant total.» (Doc. parl. n° 4635⁶, Avis complémentaire du Conseil d'État, p. 5)

⁴ Suivant la définition proposée par le Conseil d'État, «l'avance (...) est un paiement anticipé alors que les travaux, fournitures ou services n'ont pas encore été effectués. C'est d'ailleurs pour cette raison que la deuxième

A. Le paiement d'avances

8. L'avance étant un paiement consenti au soumissionnaire avant la moindre prestation de ce dernier, on comprend que le législateur se montre méfiant à l'égard de cette modalité de paiement.

Dans la loi de 2003, les conditions auxquelles des avances peuvent être payées ont cependant été très considérablement relâchées par rapport aux dispositions de la loi de 1974.⁵

phrase du premier alinéa précise que, dans des cas dûment justifiés, les contrats peuvent stipuler des avances, à titre de provision. Dans ces cas, les versements doivent encore être couverts par des garanties appropriées, sans que pour autant leurs montants ne puissent dépasser vingt-cinq pour cent, ou, dans des cas exceptionnels et sur décision motivée, quarante pour cent du montant estimé du marché.» (Doc. parl. n° 4635⁶, Avis complémentaire du Conseil d'État, p. 6)

⁵ «Aucune avance ni aucun acompte à un fournisseur ou entrepreneur ne peut avoir lieu que pour des travaux, des fournitures ou des services faits et acceptés. Toutefois les contrats visés à l'article 36 peuvent stipuler des avances, à titre de provision, dans les conditions suivantes:

a) le marché à conclure doit avoir un caractère spécial, constaté par un arrêté motivé du ministre compétent;

b) le montant total estimé du marché doit atteindre ou dépasser une somme à fixer par règlement grand-ducal, sans que cette somme puisse être inférieure à vingt-cinq millions de francs;

c) pour un même contrat, la somme globale des avances ne peut excéder vingt-cinq pour cent du montant estimé du marché;

d) le contrat à passer doit fixer des garanties appropriées.

Exceptionnellement, lesdits contrats peuvent déroger aux limites fixées sub b) et c) de l'alinéa précédent, lorsqu'il y a nécessité

Cette évolution est motivée dans le commentaire des articles du projet gouvernemental par la considération que «*de nos jours il n'est plus approprié de prévoir que le paiement des avances n'est possible que pour des marchés dépassant 25 millions de LUF. Même pour des marchés inférieurs à ce montant, le paiement d'avances devra être possible pour permettre à l'adjudicateur de s'équiper et d'installer son chantier*».⁶

9. Aux termes de l'article 14 de la loi, le paiement d'avances n'est possible que «*dans des cas dûment justifiés*».⁷

Contrairement aux apparences, ce texte de loi n'est qu'une recommandation.

Dans le cadre des marchés de l'État, on ne voit en effet pas qui pourrait exercer un recours contre la décision du pouvoir adjudicateur de prévoir le paiement d'avances dans le cahier des charges, ni

devant quelle autorité un tel recours pourrait être porté.

Pour les marchés des communes et des établissements publics, une annulation du cahier des charges par l'autorité investie du pouvoir de tutelle⁸ est concevable, mais ce pouvoir découle des dispositions générales organisant de la tutelle et pourrait également être exercé si l'article 14 de la loi n'existait pas. Signalons à ce sujet que dans son avis, le SYVICOL⁹ estimait qu'«*il ne saurait être question d'obliger les communes à justifier le montant des avances; les dispositions proposées portent atteinte à l'autonomie communale*».¹⁰

Le caractère essentiellement politique de l'article 14 est également illustré par le fait que la loi n'indique pas de quelle manière la «justification» exigée doit être fournie.

constatée par une délibération motivée du conseil de Gouvernement, le ministre des Finances entendu en son avis sans que cependant ces avances puissent excéder quarante pour cent du montant estimé du marché.

Ces avances conventionnelles sont à considérer comme des acomptes et leur paiement s'opère suivant les modalités prévues par les articles 23 et 24 de la présente loi» (Loi du 4 avril 1974, Article 38).

⁶ Doc. parl. n° 4635, Commentaire des articles, p. 39.

⁷ «*Pour les marchés publics, aucun acompte à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services ne peut avoir lieu que pour des travaux, fournitures ou services faits et acceptés.*

Dans des cas dûment justifiés, les contrats relatifs à ces marchés peuvent stipuler des avances, à titre de provision, à condition qu'elles soient couvertes par des garanties appropriées.

Le montant de l'avance à concéder pour un même contrat ne peut excéder vingt-cinq pour cent de la valeur totale du contrat. Exceptionnellement, il peut être dérogé à cette limite par décision motivée du pouvoir adjudicateur, pour les marchés publics de l'État, le ministre ayant le Budget dans ses attributions entendu en son avis, sans que cependant les avances puissent excéder quarante pour cent du montant estimé du marché.» (Loi du 30 juin 2003, Article 14).

⁸ Outre la tutelle d'annulation de droit commun, la loi met en place une tutelle spécifique, permettant également la suspension des marchés des communes: «(1) *Le Grand-Duc peut annuler un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.*

L'arrêté d'annulation doit être motivé et indiquer les moyens légaux ou les éléments d'intérêt général qui sont en cause et qu'il s'agit de protéger.

(2) Le ministre de l'Intérieur peut, dans un délai de 8 jours de la communication du dossier, suspendre un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.

Les motifs de la suspension sont communiqués à l'autorité concernée dans les 5 jours de la suspension.

L'arrêté portant annulation du marché par le Grand-Duc doit intervenir dans les 40 jours à partir de la communication du dossier au ministre de l'Intérieur. Si l'annulation n'intervient pas dans ce délai, la suspension est levée» (Loi du 30 juin 2003, Article 19).

⁹ Le SYVICOL est le syndical des villes et communes luxembourgeoises. La consultation de cet organisme n'est pas obligatoire au cours de la procédure législative, mais le Parlement luxembourgeois reçoit fréquemment des avis d'organismes et groupes et il est courant d'en faire mention au cours des travaux préparatoires.

¹⁰ Doc. parl. n° 4635⁹, p. 3

Nous rejoignons à cet égard les critiques formulées par la Cour des comptes: «*Si la Cour des comptes peut comprendre les arguments avancés par les auteurs du projet de loi sous avis, elle estime cependant que dans le texte projeté les conditions et limites à l'octroi des avances ne sont plus suffisamment explicites. Il y a lieu de craindre que le paiement des avances se généralise au détriment du principe traditionnel.*

Ainsi, l'article sous examen reste en défaut de préciser qui doit constater les „cas dûment justifiés". Par ailleurs, tant le seuil des 25 millions de francs que la nécessité du caractère spécial du marché n'ont plus été repris.»¹¹

Les critiques de la Cour des comptes n'ont cependant pas conduit à une modification du texte.

10. On peut aussi s'étonner du fait que la loi ne précise pas que le paiement d'avances n'est possible que si cela a été prévu dans le cahier des charges spécial.

La loi se contente en effet d'indiquer que «*les contrats ... peuvent stipuler des avances*».¹²

Il nous semble cependant évident que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires implique que tous les soumissionnaires doivent être informés de la possibilité d'obtenir des paiements d'avances. Des négociations *privées* entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire choisi sur cette question sont à proscrire.

11. La loi prévoit que les avances sont normalement plafonnées à 25% de la valeur du marché.

Pour les marchés de l'État, le plafond peut être relevé à 40% par décision motivée et après avoir recueilli l'avis du ministre du Budget.

Bien que la syntaxe du texte ne soit pas absolument claire, il semble que la

possibilité d'augmenter les avances à 40% n'existe pas pour les marchés des communes et des établissements publics soumis à la loi.

Ici encore il nous faut remarquer que le texte n'indique pas dans quelle forme la «*décision motivée*» exigée par le texte doit être prise.

12. En tout état de cause, le soumissionnaire devra fournir des garanties de solvabilité avant de pouvoir toucher des avances.

La loi énonce le principe d'après lequel les avances doivent être «*couvertes par des garanties appropriées*»¹³ mais n'indique pas quelles pourraient être ces garanties.

Il appartient donc au pouvoir adjudicateur de se prononcer à ce sujet dans le cahier des charges spécial.

B. Le paiement d'acomptes

13. On parle de paiement d'acomptes lorsque l'adjudicataire reçoit un paiement correspondant à une exécution partielle du marché.

Contrairement au paiement d'avances (avant travaux), qui doivent être expressément prévues au cahier des charges spécial et au contrat, le droit de réclamer des paiements d'avances existe de plein droit.

Le règlement du 7 juillet 2003 reprend pratiquement à l'identique les règles du cahier général des charges de 1989.¹⁴ La seule modification à signaler concerne la modification du taux appliqué pour le calcul des intérêts moratoires, taux qui se réfère désormais à un taux fixé par la Banque Centrale Européenne.

14. D'après l'article 119 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003,¹⁵

¹¹ Doc. parl. n° 4635⁴, Avis de la Cour des comptes, p. 26.

¹² Loi du 30 juin 2003, Article 14.

¹³ Loi du 30 juin 2003, Article 14

¹⁴ Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 38.

¹⁵ «*Au fur et à mesure de l'approvisionnement des matériaux et de l'avancement des travaux et sur initiative de la partie la plus*

l'adjudicateur ou l'adjudicataire peuvent à tout moment provoquer l'établissement d'un « constat » de l'avancement du marché sur la base duquel l'adjudicateur pourra alors établir une demande d'acompte.¹⁶

Le cahier des charges ne fournit pas de précisions sur la procédure d'établissement des « *constats de la situation de l'approvisionnement et du degré d'avancement des travaux, fournitures ou services* ».

15. S'il s'agit d'un marché de travaux ou de fournitures, le pouvoir adjudicateur ne payera pas l'intégralité de l'acompte demandé mais effectuera une retenue de garantie de 10%.¹⁷ Aucune retenue de garantie n'est prévue pour les marchés de services.¹⁸

16. À la demande de l'adjudicataire, la retenue de garantie peut être remplacée par une garantie bancaire ou une garantie

émise par une mutualité de cautionnement.¹⁹

On suppose que la garantie à fournir devra correspondre au montant de 10% correspondant à la retenue prévue par le règlement, mais le texte ne le prévoit pas.

On constate aussi qu'aucune disposition de la loi ou du règlement n'indique de quelle manière et à quel moment la garantie prendra fin.

Si l'administration exige une garantie qui n'est pas limitée dans le temps, seule une mainlevée expressément accordée par le pouvoir adjudicateur mettra fin à la garantie. En cas de difficultés au moment de la réception, l'obligation pour l'adjudicataire de maintenir la garantie bancaire peut entraîner pour ce dernier des frais considérables.

17. Les acomptes sont payables dans un délai de 30 jours. Passé ce délai, des intérêts moratoires sont dus.²⁰

Nous reviendrons ultérieurement aux questions que soulève la mise en compte d'intérêts de retard.

diligente, des constats de la situation de l'approvisionnement et du degré d'avancement des travaux, fournitures ou services peuvent être dressés» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 119).

¹⁶ « *Les factures relatives à ces constats sont envoyées par l'adjudicataire au pouvoir adjudicateur sous pli recommandé ou délivrées au pouvoir adjudicateur ou à son représentant avec accusé de réception*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 120).

¹⁷ « *Des ordonnances de paiement correspondant aux constats sont émises au profit de l'adjudicataire, sous déduction de dix pour cent qui sont retenus en garantie lorsqu'il s'agit de marchés de travaux ou de fournitures*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 121).

¹⁸ La Chambre des métiers s'était étonnée de cette différence de traitement (« *La Chambre des Métiers se demande pourquoi les auteurs du projet de règlement grand-ducal n'ont seulement prévu de pratiquer une retenue de garantie de dix pour cent lorsqu'il s'agit de marchés de travaux ou de fournitures. Elle se demande pourquoi une retenue de garantie n'est pas prévue pour les marchés de services.*» (Doc. parl. n° 4635, Avis de la Chambre des métiers, p.71)) mais son observation n'a pas donné lieu à d'autres commentaires dans la suite des débats parlementaires.

¹⁹ « *A la demande de l'adjudicataire, la retenue de garantie de dix pour cent peut être remplacée par une garantie bancaire ou émanant d'une mutualité de cautionnement*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 122).

²⁰ « *(1) Le délai de paiement des acomptes est de 30 jours à partir de l'envoi de la demande d'acompte par l'adjudicataire au pouvoir adjudicateur sous pli recommandé ou délivré au pouvoir adjudicateur ou à son représentant avec accusé de réception.*

(2) Passé ce délai, des intérêts moratoires sont dus à l'adjudicataire, intérêts égaux au taux de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne (BCE) à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre en question («taux directeur»), majoré de sept points de pour cent.

(3) Toutefois, si le retard de paiement est imputable à l'adjudicataire, le délai ne prend cours qu'après la réparation de la faute par ce dernier» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 123).

18. Il nous semble important de préciser que les acomptes payés ne sont pas définitivement acquis à l'adjudicataire.

Les acomptes ne sont en effet que des *à valoir* sur la facture finale ou, comme l'explique un auteur, «*de simples fractions du prix total du marché.*»²¹

Il se pourrait donc que l'entrepreneur soit tenu de rembourser une partie des acomptes déjà encaissés si le décompte final entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire fait apparaître que le montant à payer est inférieur aux acomptes déjà payés. Ceci pourrait se produire par exemple si le marché est résilié et que d'importantes pénalités de retard sont réclamées à l'entrepreneur.

L'importance de la réception finale est illustrée par une décision du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1^{er} décembre 2003. Dans cette affaire, où le marché avait été résilié par le pouvoir adjudicateur, l'adjudicataire, qui avait auparavant obtenu le paiement de plusieurs acomptes, réclamait en justice le paiement des retenues effectuées par l'administration. La demande fut rejetée par le tribunal suite au constat par les juges qu'il n'y avait eu ni réception définitive, ni facture finale : «*En conséquence, la demande de restitution des garanties relatives aux dix premiers acomptes est prématurée, la société A. n'ayant pas respecté la procédure de réception des travaux et de facturation prévue par les dispositions légales applicables en l'espèce.*»²²

19. On constate que le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 ne se prononce pas sur la périodicité des acomptes.

À première vue, rien n'empêche le pouvoir adjudicateur d'insérer des

dispositions à ce sujet dans les conditions contractuelles.

20. On regrettera que le cahier des charges n'indique pas si les paiements d'acompte peuvent intervenir pour d'éventuels travaux supplémentaires demandés par l'administration ou de sujétions imprévues.

La difficulté vient du fait qu'il peut y avoir des discussions sur le prix si le marché ne comporte pas de prix unitaire pour les travaux ordonnés par l'administration. Pour les sujétions imprévues, *a fortiori*, aucun prix n'est prévu.

En Belgique, le texte autorise expressément l'adjudicataire à réclamer le paiement d'acomptes sur la base des prix qu'il propose. Il appartient alors à l'administration de vérifier ces prix.

21. Étant donné que l'acompte est un paiement effectué pour une partie du marché déjà exécuté, l'on est en droit de se demander quelle est l'incidence d'un tel paiement sur la propriété et le transfert des risques. Si la chose vient à périr ou est endommagée, qui en est responsable ?

Il n'y a pas de réponse unique à cette question.

Dans le cadre de marché de travaux, la propriété des travaux est le plus souvent immédiatement acquise au pouvoir adjudicateur en vertu du principe de l'accession. Les risques ne sont en revanche transférés qu'à la livraison complète, conformément à l'article 1788 du Code civil.

C. La facture finale

22. Aux termes du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, «*l'adjudicataire établit la facture définitive sur base du procès-verbal de réception définitive de l'ensemble des travaux, fournitures ou services.*»²³

²¹ M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., t. 2, p. 252, Ed. Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1998.

²² Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1^{er} décembre 2003. 1^e chambre, jugement civil n° 406/2003, n° 64835 du rôle, frappé d'appel, non publié

²³ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 132.

Le règlement indique que le pouvoir adjudicateur «*est tenu de vérifier les différentes positions de la facture et de signaler toute contestation dans les 28 jours de la réception de la facture*». ²⁴

D'après le règlement, le paiement de la facture doit ensuite intervenir dans les 30 jours de l'envoi de la facture. ²⁵ Pour les marchés dépassant les seuils fixés par les articles 22, 23 et 24 de la loi, le délai de paiement peut toutefois être porté à 60 jours dans le cahier des charges spécial. ²⁶

Passé ce délai, les intérêts courent de plein droit.

23. La facture définitive intervient sur la base d'une *réception contradictoire* tandis que les éventuels acomptes ont été payés sur le fondement de simples constats. «*Les quantités payées peuvent dès lors être revues sur base d'un remesurage final, pour autant cependant que celui-ci puisse encore être effectué de manière incontestable.*» ²⁷

²⁴ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 133.

²⁵ «*Le paiement de la facture définitive portant sur l'ensemble des travaux, fournitures ou services, y inclus les montants retenus en garantie, déduction faite des montants d'acompte déjà liquidés, intervient au plus tard dans les 30 jours à partir de l'envoi de la facture suivant les conditions de forme prévues à l'article 120. Passé ce délai, des intérêts moratoires égaux au taux d'intérêt prévu à l'article 123 (2) commencent à courir de plein droit et sans mise en demeure préalable jusqu'au jour du paiement définitif*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 134, (1)).

²⁶ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 134, (2).

²⁷ M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., t. 2, p. 227, Ed. Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1998

2

LA RECEPTION DES TRAVAUX

24. En-dehors des cas où le cahier des charges spécial prévoit le paiement d'avances, l'entreprise adjudicataire d'un marché public soumis au droit luxembourgeois n'obtiendra un paiement de la part du pouvoir adjudicateur que sur le fondement d'un constat établissant que les travaux, fournitures ou services sont partiellement ou entièrement exécutés.

L'article 119 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 fait dépendre le paiement d'acomptes de l'établissement de *constats* établissant l'état d'avancement du marché.²⁸

La facture finale quant à elle ne peut être établie par l'adjudicataire que sur la base du procès-verbal de réception définitive.²⁹

25. Les dispositions citées sont destinées à assurer que le paiement n'intervient qu'après que le marché ait reçu une exécution complète selon les prescriptions du cahier des charges.

A. La notion de réception

26. Contrairement au droit français, le droit luxembourgeois ne connaît pas de définition générale de la notion de réception. La définition du Code civil français est cependant transposable: «*La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves*».³⁰

27. Comme l'ont rappelé les juges du tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans un jugement du 1^{er} décembre 2003, «*la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle entraîne un effet libératoire en faveur de l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage étant, en principe, privé de toute action pour les vices ou défauts de conformité apparents n'ayant pas fait l'objet de réserves.*»³¹

La réception de travaux ou de fournitures a plusieurs conséquences juridiques:

- Dans la plupart des cas, une réception sans réserves met fin aux obligations contractuelles de l'entreprise. Il s'agit en effet du constat que tous les travaux sont achevés.

²⁸ «*Au fur et à mesure de l'approvisionnement des matériaux et de l'avancement des travaux et sur initiative de la partie la plus diligente, des constats de la situation de l'approvisionnement et du degré d'avancement des travaux, fournitures ou services peuvent être dressés*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 119).

²⁹ «*L'adjudicataire établit la facture définitive sur base du procès-verbal de réception définitive de l'ensemble des travaux, fournitures ou services*». (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 132)

³⁰ Code civil français, Article 1792-6

³¹ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1^{er} décembre 2003, 1^e chambre, jugement civil n° 406/2003, n° 64835 du rôle, frappé d'appel, non publié.

- La réception sans réserves vaut reconnaissance que les travaux réalisés ou les fournitures sont conformes avec les prescriptions du contrat et qu'ils sont exempts de défauts apparents.
- Sauf stipulation contractuelle contraire, la réception opère le transfert de la garde. À partir de la réception, le maître de l'ouvrage assume donc les risques de la chose, à moins évidemment de pouvoir prouver que la chose a péri ou subi une détérioration par le fait de l'entrepreneur.
- La réception sans réserves marque le délai de départ des garanties, variables en fonction du type de travaux ou fournitures.³²

B. La procédure de réception

28. À l'instar de la procédure française, le droit des marchés publics luxembourgeois met et place une procédure de réception unique.

Au contraire, en Belgique, il y a toujours une réception provisoire, qui intervient à l'achèvement et travaux et une réception définitive, qui intervient à la fin du délai de garantie.

29. L'initiative de procéder à la réception peut provenir de l'entreprise ou de l'administration.³³

La partie qui souhaite qu'il soit procédé à l'établissement d'un procès-verbal de réception doit convoquer l'autre partie par

lettre recommandée en lui laissant un délai d'au moins 15 jours.³⁴

30. En droit commun, «*la réception des travaux peut être tacite et résulter notamment de la prise de possession de l'ouvrage par le maître, si cette prise de possession ne peut s'expliquer autrement que par une acceptation pure et simple de l'ouvrage.*»³⁵

31. D'après le règlement, la coopération des deux parties est requise, car le texte exige que réception soit contradictoire.³⁶

Le texte n'envisage pas l'hypothèse où il est impossible de procéder à une réception contradictoire parce que l'une des parties ne participe pas.

Si l'établissement d'un procès-verbal contradictoire n'est pas possible, rien n'exclut le recours aux procédures judiciaires de droit commun. On parle alors de «réception judiciaire».

On peut citer à ce propos une ordonnance du Tribunal des référés de Luxembourg du 12 novembre 2002 rendue dans une espèce où le pouvoir adjudicateur refusait la réception de travaux qu'il considérait comme non conformes à la commande. Le juge désigne un expert en indiquant simplement que «*la partie requérante a un intérêt probatoire évident à voir constater l'état du revêtement, sa conformité à l'usage auquel il est destiné ainsi que les moyens de remise en état et leur coût.*»³⁷

³² «*La réception définitive constitue le point de départ des périodes de garanties légales ou de la période de garantie dont la durée est définie dans le cahier spécial des charges.*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 131)

³³ «*Sur initiative de la partie la plus diligente et après achèvement des travaux ou services et livraison des fournitures, il sera procédé à la réception de l'ensemble des prestations.*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 125, (1))

³⁴ «*La partie prenant l'initiative avise l'autre, par lettre recommandée, de la date et du lieu de la réception. Celle-ci peut avoir lieu au plus tôt 15 jours après l'avis en question, le cachet de la poste faisant foi.*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 125, (2))

³⁵ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 4 décembre 1967, *Pas. lux.* 20, p. 484

³⁶ «(1) *La réception est contradictoire.* (2) *Elle est consignée dans un procès-verbal qui contient, d'une part, la description de l'état d'exécution des travaux ou des fournitures ou services, et, d'autre part, les quantités faisant l'objet du contrat.*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 126).

³⁷ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Référé), 12 novembre 2002, Ordonnance n° 866/2002, non-publée.

Des difficultés de ce type peuvent se présenter par exemple si une entreprise en difficultés ne parvient plus à honorer le marché qu'elle a conclu avec l'administration. Dans une situation de ce type, l'administration peut résilier le contrat,³⁸ mais l'établissement d'un procès-verbal de réception des travaux réalisés par l'entreprise défaillante reste indispensable pour parer à toute discussion ultérieure sur le degré d'exécution du marché.

32. Selon les cas, la convocation des parties aboutira à une réception définitive ou à une réception provisoire.

La réception sera définitive «*si les travaux ou fournitures ou services ne donnent pas lieu à des réclamations de la part du pouvoir adjudicateur*».³⁹

En revanche, s'il subsiste des réclamations de la partie de l'administration, il ne sera procédé qu'à une *réception provisoire*. Les réclamations seront consignées dans un procès-verbal dans lequel le pouvoir adjudicateur prévoira un délai pour la mise en état des travaux ou le remplacement des fournitures ou services, en fonction de leur importance.⁴⁰

Si les défauts constatés lors de la réception sont d'une gravité telle qu'une mise en état ou un remplacement sont impossibles ou trop coûteux, l'article 129 du règlement prévoit que «*le pouvoir adjudicateur peut fixer une moins-value dont il sera tenu compte lors du décompte final*».⁴¹

La fixation d'une moins-value par le pouvoir adjudicateur vaudra réception au sens du droit civil.

L'entreprise n'est par ailleurs pas tenue d'accepter la moins-value fixée par l'administration. L'adjudicataire qui n'accepte pas le principe ou le montant de la moins-value pourra soumettre cette contestation au juge civil.

33. Le règlement ne prévoit pas la procédure à suivre si les parties ne parviennent pas à tomber d'accord au moment de l'établissement du procès-verbal de réception.

S'agissant de l'exécution d'un contrat, l'adjudicataire peut saisir les juridictions judiciaires d'une demande en désignation d'un expert qui procèdera à la réception judiciaire.

L'entrepreneur peut en effet avoir un intérêt à faire établir un procès-verbal de réception définitive pour être dégagé de la responsabilité contractuelle et de la garde de l'ouvrage.

³⁸ «(1) Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché aux torts de l'adjudicataire pour: a) manquement aux conditions du marché adjugé ou pour non-respect des délais impartis; b) faute grave dans l'exécution des marchés; c) manque de probité commerciale. (2) La résiliation du marché ne peut intervenir qu'après une mise en demeure précisant clairement les intentions du pouvoir adjudicateur, restée sans succès ou sans le succès escompté» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 139).

³⁹ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 127.

⁴⁰ «(1) La réception est considérée comme provisoire si les travaux ou fournitures ou services donnent lieu à des réclamations de la part du pouvoir adjudicateur. (2) Ces réclamations sont alors consignées dans un procès-verbal de réception provisoire dans lequel le pouvoir adjudicateur prévoira un délai pour la mise en état des travaux ou le remplacement des fournitures ou services, en fonction de leur importance. Elle se fera conformément aux articles 125 et 126»

(Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 128).

⁴¹ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 129

3

FACTURATION ET INCIDENTS DE L'EXECUTION

34. On le sait, la législation sur les marchés publics poursuit l'objectif de mettre en concurrence plusieurs soumissionnaires pour permettre aux pouvoirs publics de contracter aux conditions économiquement les plus favorables.

Le prix convenu dans le contrat est en principe intangible.

En raison des aléas de la vie économique et des impondérables qui peuvent se produire en cours d'exécution du contrat, il n'arrive cependant qu'exceptionnellement que le montant finalement payé à l'adjudicataire corresponde précisément à celui de l'offre.

Afin de préserver l'égalité entre les soumissionnaires et d'éviter que l'adjudicataire sélectionné bénéficie de conditions plus favorables que celles qui avaient initialement été prévues lors de l'appel d'offres, la loi luxembourgeoise régit les hypothèses de modification des contrats et de révision des prix.

35. L'article 11 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 rappelle que le droit luxembourgeois des marchés publics connaît quatre types d'offres de prix :

- 1) l'offre à prix unitaires⁴²,
- 2) l'offre au prix de revient⁴³,

3) l'offre à prix global⁴⁴ révisable⁴⁵, et

⁴³ «(1) L'offre au prix de revient est appliquée exceptionnellement lorsqu'il n'est pas possible de circonscrire la nature et l'étendue des prestations de manière suffisamment précise pour permettre une évaluation exacte du prix.

Dans ce cas, il y a lieu de spécifier, lors de la mise en adjudication, que les prix seront fixés eu égard au coût de la main d'oeuvre et des matières directes employées et, le cas échéant, d'autres prestations directes, en y ajoutant un supplément approprié pour frais généraux et bénéfice.

(2) Le pouvoir adjudicateur demande séparément, dans le bordereau de soumission, les éléments de calcul du prix de revient, ainsi que leurs modalités de décompte. Ces éléments sont notamment: a) les prix des matières directes utilisées, livrées à pied d'oeuvre; b) le coefficient de majoration pour frais généraux sur matières directes; c) les taux horaires des salaires directs incorporés; d) les coefficients de majoration pour frais proportionnels aux salaires directs; e) le taux de majoration pour frais non proportionnels aux salaires directs; f) les autres frais directs et indemnités supplémentaires pour l'exécution de prestations spéciales, notamment l'emploi d'outillage, de machines et d'installations spéciales; g) le taux de majoration pour bénéfice» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 13)

⁴⁴ «L'offre à prix global est celle où les travaux, fournitures et services sont complètement définis par le pouvoir adjudicateur, dans leur ensemble, par des bordereaux détaillés, des plans ou autres documents appropriés, de sorte qu'il n'existe aucun doute pour l'établissement de l'offre et pour l'exécution de l'entreprise, et où le prix est fixé à l'avance et en bloc» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 14).

⁴⁵ «L'offre à prix global est appelée «révisable» si le prix global est révisable conformément aux dispositions des articles 103 à 112. L'offre à prix global révisable doit indiquer le total des prix par corps de métier pour les travaux, fournitures et services. Le cahier spécial des charges pourra définir plus en détail les indications à fournir par le soumissionnaire» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 15(1)).

⁴² «(1) En cas d'offre à prix unitaires, le pouvoir adjudicateur sépare, autant que possible, la prestation des travaux ou services et les fournitures en unités homogènes du point de vue technique et économique, et en définit, aussi exactement que possible, les quantités par poids, mesure ou nombre.

(2) Les soumissionnaires sont tenus de proposer des prix d'unité pour chaque unité partielle» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 12).

4) l'offre à prix global non révisable.⁴⁶

36. Les prix offerts par le soumissionnaire peuvent être adaptés dans différentes hypothèses

A. L'augmentation ou la diminution des coûts

a. Les clauses de révision

37. L'article 18 du règlement permet au pouvoir adjudicateur de prévoir dans le cahier des charges que les prix unitaires seront sujet à révision.⁴⁷

*«La révision consiste à ajuster le prix du marché aux conditions économiques lorsque l'exécution s'étend sur une longue période. Elle ne peut jouer que si elle est expressément prévue par le marché (et est donc exclue en cas de prix "ferme")».*⁴⁸

Si le pouvoir adjudicateur opte pour cette possibilité, le cahier des charges devra arrêter les formules de révision qui seront d'application.⁴⁹

Afin de permettre les calculs de révision, le cahier des charges devra indiquer aux soumissionnaires une date de référence à laquelle sont fixés les prix du marché.⁵⁰

38. On doit se demander si une clause de révision insérée dans les stipulations contractuelles continue à s'appliquer si l'adjudicataire dépasse les délais d'exécution prévus.

Nous n'avons pas connaissance de jurisprudence luxembourgeoise à ce sujet. En France, la jurisprudence distingue selon que le retard est imputable à l'entrepreneur, auquel cas, il perd le bénéfice de la clause de révision, ou non.⁵¹

39. Comment la formule de révision s'applique-t-elle si des avances ont été payées ?

Le texte luxembourgeois est silencieux, mais les sources belges et françaises indiquent que l'ensemble du prix est sujet à révision.

*«Nous croyons que, sauf dispositions contraires et expresses du marché, la formule de révision doit s'appliquer sur la totalité du prix et donc avant déduction des avances. On ne perdra pas de vue en effet que l'adjudicataire ne peut pas payer anticipativement les salaires dus à son personnel ni, bien souvent, acquérir et stocker les matériaux avant leur mise en œuvre.»*⁵²

La jurisprudence du Conseil d'Etat français, confirme cette position : *«considérant que ni les stipulations contractuelles (...) ni aucune autre stipulation des marchés ne prévoient que les formules de révision de prix ne s'appliquent que sur la différence entre le montant initial de l'acompte ou du solde et le montant à déduire lors de chaque paiement*

⁴⁶ *«L'offre à prix global est appelée «non révisable» si le prix global reste invariable quelle que soit l'évolution de ses éléments constitutifs»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 15(2)).

⁴⁷ *«Le cahier spécial des charges détermine le mode de révision des prix et, le cas échéant, prévoit des formules de révision spécifiques»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 18).

⁴⁸ D. CHABANOL et J.-P. JOUGUELET, *Marchés publics de travaux*, 3^e éd., Le Moniteur, Paris, 1999, p. 187.

⁴⁹ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 18.

⁵⁰ Nous ne pouvons que supposer que telle est la signification de l'article 19 du règlement grand-ducal, car il s'agit malheureusement d'une disposition qui n'a pas de sens clair : *«Pour les contrats qui sont susceptibles de bénéficier d'une révision des prix, le cahier spécial des charges spécifiera le moment où l'adjudicataire doit remettre une analyse des prix valables le jour de l'ouverture des offres»*

(Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 19).

⁵¹ Conseil d'Etat français, 22 mai 1958, Guillen, *AJDA* 1959, II, p. 94 ; Conseil d'Etat français, 13 juillet 1965, Société nationale de contraction, *Rec. Lebon*, p. 464. Notons que les textes français ratifient désormais expressément cette solution jurisprudentielle.

⁵² M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., t. 2, p. 227, Ed. Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1998

au titre du remboursement de l'avance. En l'absence de telles stipulations l'office n'est pas fondé à soutenir que, pour calculer pour chaque période nouvelle le rajustement des prix prévu (...), le coefficient de révision doit être appliqué, non pas à l'intégralité de la différence entre les deux situations cumulatives mensuelles successives, mais à cette différence amputée du montant correspondant au remboursement des avances».⁵³

b. L'adaptation du contrat

40. Même si le cahier des charges ne prévoit pas de formules de révision des prix, il peut y avoir des situations où une adaptation des prix peut avoir lieu.

L'article 99 du règlement dispose en effet que «si, entre la remise de l'offre et l'achèvement des travaux, fournitures ou services, des changements importants se sont produits dans le domaine des prix, des salaires ou des conditions d'exécution, le contrat peut être résilié, adapté ou modifié selon les dispositions des articles 100 à 118».⁵⁴

41. Il peut arriver qu'en cours d'exécution du marché, les circonstances économiques changent de telle manière que l'équilibre du contrat s'en trouve bouleversé.

Afin de faire face à cette situation, l'article 103 du règlement permet une adaptation des prix prévus dans le contrat il s'est produit des variations imprévisibles

- du niveau des salaires
- du prix des matières premières⁵⁵

42. L'adaptation du contrat a pour objet de rétablir l'équilibre du contrat compromis par un changement dans les circonstances économiques qui entourent son exécution.

Il ne s'agit pas d'avantager une partie par rapport à ce qui était convenu dans le contrat, mais au contraire de maintenir l'équilibre contractuel.

D'après le texte du règlement l'adaptation du contrat a «pour objet, ou bien d'éviter à l'adjudicataire des pertes dont il ne peut être rendu responsable, ou bien d'éviter la réalisation d'un bénéfice supplémentaire au profit de l'adjudicataire. Ces adaptations constituent des révisions de prix et se limitent par conséquent exclusivement à l'effet des variations constatées dans ceux des facteurs des prix de revient qui ont changé, ainsi qu'aux taxes et charges sociales qui s'y rattachent d'une façon proportionnelle».⁵⁶ L'adaptation du contrat peut donc également être demandée par le pouvoirs adjudicateur, si celui-ci découvre qu'à la suite d'une baisse des prix du marché, il paye trop cher les travaux, fournitures ou services.

43. Tout changement de prix ou de salaire ne donnera pas lieu à une adaptation. D'après l'article 99, seuls «des changements importants» justifient une telle demande.

Par référence à l'article 111 du règlement, une adaptation est possible si :

- l'augmentation du niveau des salaires dépasse 0,5% de la valeur du marché restant encore à exécuter au moment de la demande.⁵⁷

⁵³ Conseil d'État français, 13 novembre 1968, Office public intercommunal d'HLM d'Arcueil-Gentilly, *Rec. Lebon*, p. 571.

⁵⁴ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 99.

⁵⁵ «Le contrat peut être adapté:

1) si, depuis la remise de l'offre, des variations imprévisibles de prix ou de salaires se sont produites suite à des interventions légales ou réglementaires;

2) si, depuis la remise de l'offre, des fluctuations importantes et imprévisibles des prix peuvent être constatées dans les cotations officielles, les mercuriales ou les publications de prix des matières premières» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 103).

⁵⁶ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 104.

⁵⁷ «Ne peuvent donner lieu à une adaptation des prix: (...) 2) les rajustements de salaires, y compris les taxes et charges sociales qui s'y

- l'augmentation de prix des matériaux dépasse 2% de la valeur totale des matériaux du contrat.⁵⁸

On notera aussi que l'article 102 du règlement exige qu'il s'agisse de variations «imprévisibles». En principe, les parties ne pourront donc pas faire valoir de variations de prix dont elles avaient déjà connaissance au moment de la passation du contrat ou qu'elles pouvaient raisonnablement prévoir à ce moment.

44. L'adaptation du contrat n'a normalement pas lieu automatiquement. Elle doit être demandée par lettre recommandée⁵⁹. Si elle est acceptée, elle n'aura d'effet qu'à partir de cette demande.⁶⁰

Une demande par lettre recommandée n'est pas nécessaire

- 1) pour les fournitures dont les variations de prix sont publiées par voie officielle;
- 2) pour les variations sur salaires décrétées par voie légale ou réglementaire ou les ajustements des salaires accordés comme conséquence de l'adaptation des salaires à l'échelle mobile des salaires.

45. La demande doit être motivée. Elle doit indiquer les éléments sujets à modification et être accompagnée d'une analyse des prix ou d'un calcul de révision.⁶¹

46. Afin d'éviter toute discussion sur les prestations auxquelles d'appliqueront les nouveaux prix, le règlement prévoit que les parties procèdent à un constat des travaux, fournitures ou prestations au moment où se produit l'événement qui marquera le point de départ l'adaptation des prix si elle est acceptée.⁶²

Cette exigence s'explique du fait que l'adaptation des prix ne concernera que les prestations et fournitures mises en œuvre

rattachent d'une façon proportionnelle, décrétés par voie légale ou réglementaire ou les rajustements de salaires accordés comme conséquence de l'adaptation des salaires à l'échelle mobile des salaires pour autant que leur incidence cumulée ne dépasse pas un demi pour cent de la valeur du restant du marché encore à effectuer au moment de la demande.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 111, 2))

⁵⁸ «Ne peuvent donner lieu à une adaptation des prix: (...) 3) les rajustements sur matériaux, consécutifs à une ou plusieurs hausses, ne dépassant pas une franchise de deux pour cent de la valeur totale des matériaux du contrat. Lorsque les travaux, fournitures ou services ont fait l'objet d'une adjudication sous forme d'entreprise générale, ce seuil est applicable à la part de marché de chaque sous-traitant pris individuellement.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 111, 3))

⁵⁹ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 105.

⁶⁰ «Si la demande en adaptation est prise en considération, elle n'a d'effet qu'à partir de la date de la réception de la lettre recommandée avec accusé de réception. Au cas où une telle lettre ne serait pas nécessaire conformément aux dispositions de l'article 105, points 1) et 2), la demande n'a effet qu'à partir de la publication des variations dans la presse» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 107).

⁶¹ «La lettre recommandée de la demande en adaptation doit être motivée. Elle doit indiquer les éléments sujets à modification et être:

1) soit accompagnée d'une analyse des prix faisant l'objet du contrat et détaillée suivant le schéma prévu à l'article 13 du présent règlement ou par un schéma spécifique prévu par le pouvoir adjudicateur;

2) soit calculée en fonction d'une formule de révision tenant compte de la proportion de la main-d'œuvre, des matériaux et des bénéfices constatés dans la branche;

3) soit établie par la combinaison des deux méthodes reprises aux points 1) et 2)» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 107)

⁶² «Dès réception de la demande en adaptation et dans les cas prévus à l'article 105, points 1) et 2), il sera procédé à un constat contradictoire des travaux, fournitures ou services exécutés.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 109)

après la demande ou l'événement qui y donne lieu.⁶³

47. Pour les marchés de travaux et de fournitures, l'article 112 du règlement interdit l'adaptation des prix au-delà de la date prévue pour la fin du contrat si le retard d'exécution est imputable à l'entreprise.⁶⁴

48. L'article 110 du règlement grand-ducal prévoit que les adaptations de prix ne seront prises en considération qu'au moment du «décompte final».

Le texte n'indique pas de quel décompte il s'agit.

Nous ne pensons pas qu'il s'agisse ici du «décompte final» dont l'établissement est prévu par les articles 15 et 17 de la loi.

Les articles 15 et 17 de la loi constituent en effet une exigence nouvelle, introduite par le législateur en 2003. Or l'article 110 du règlement reprend le libellé de l'article 37(H) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989.

Nous pensons que les auteurs du règlement ont simplement omis d'adapter la rédaction du texte réglementaire à l'évolution de la terminologie employée par la loi et que le «décompte final» visé à l'article 110 est en réalité la facture finale établie par l'adjudicataire.

⁶³ «Si la demande en adaptation est prise en considération, elle n'a d'effet qu'à partir de la date de la réception de la lettre recommandée avec accusé de réception. Au cas où une telle lettre ne serait pas nécessaire conformément aux dispositions de l'article 105, points 1) et 2), la demande n'a effet qu'à partir de la publication des variations dans la presse» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 107).

⁶⁴ «En cas de retard dans la livraison des fournitures ou de l'exécution des travaux ou services dont l'entreprise serait reconnue responsable, le rajustement de prix des prestations exécutées entre la date contractuelle de fin de marché et la date réelle d'achèvement est calculé par application des indices de prix officiels en vigueur au moment de l'échéance du délai contractuel, sauf si les nouveaux indices de prix sont plus favorables pour le pouvoir adjudicateur.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 112)

49. Nous pensons que la décision du pouvoir adjudicateur d'accorder ou de refuser une adaptation est susceptible de faire l'objet d'un recours devant les tribunaux administratifs en application de la théorie des actes détachables.

c. Les augmentations de coût imprévisibles

50. Il arrive parfois que l'adjudicataire ait, en cours de contrat, la mauvaise surprise que l'exécution du marchés d'avère pour lui beaucoup plus onéreuse en raison de circonstances qu'il n'avait pas pu prévoir.

Les articles 100 et 113 du règlement permettent la résiliation ou la renégociation du contrat «si des variations importantes et imprévisibles de prix, de salaires ou de conditions d'exécution se sont produites à la suite d'un cas de force majeure, comme notamment une guerre, un cataclysme, une révolte, une grève prolongée ou l'occupation du pays par une puissance étrangère.»⁶⁵

Il s'agit d'une application de la théorie de l'imprévision.

51. Pour être prises en compte, il faut que les circonstances invoquées aient un impact important sur les conditions d'exécution du marché et – surtout – qu'elles aient été imprévisibles au moment de la conclusion du contrat

Il peut s'agir par exemple d'intempéries rendant impossible l'exécution des travaux ou de difficultés d'ordre technique ou géologique inconnues au moment de la conclusion du contrat.

52. L'entrepreneur confronté à ce type de difficultés pourra demander la renégociation du contrat.

Si un accord ne peut pas être trouvé, le litige doit être tranché par les tribunaux.

⁶⁵ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 100.

B. Changement des conditions d'exécution du marché

53. Il est rare qu'un marché se termine sans que l'adjudicataire ait à réaliser des prestations supplémentaires qui n'étaient pas prévues initialement.

Il arrive également que le maître de l'ouvrage renonce à l'exécution d'une partie du marché, ce qui peut provoquer des difficultés.

A. Le pouvoir de direction de l'administration

54. Il est incontestable qu'en tant que maître de l'ouvrage, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de direction sur les travaux.

Comme l'explique rappelle le P^r FLAMME, l'administration dispose de pouvoirs exorbitants en vue d'assurer la réalisation de l'intérêt public: *«Les pouvoirs de direction, de contrôle et de surveillance appartiennent à l'administration comme des pouvoirs originaires, inaliénables et imprescriptibles. Loin d'être de nature contractuelle, ils découlent du but même poursuivi, car, selon la formule heureuse de Péquinot, ils ne sont qu'une "réaction de l'idée de service public sur le contrat" et traduisent en fait la puissance publique elle-même».*

D'après un autre auteur, *«il serait faux de penser que l'entrepreneur est, dès la signature du marché, chargé de l'exécuter et de livrer la chose promise à un maître de l'ouvrage qui se bornerait à attendre cette livraison. L'exécution d'un marché est en fait et en droit une opération qui ne commence qu'au signal donné par le maître de l'ouvrage. Elle est soumise en permanence à son contrôle et à ses ordres, lesquels ont pour objet de modifier, souvent substantiellement, les données du contrat initial».*⁶⁶

⁶⁶ D. CHABANOL et J.-P. JOUGUELET, *Marchés publics de travaux*, 3e éd., Le Moniteur, Paris, 1999, p. 161

55. L'adjudicataire doit donc se plier aux ordres de service qu'il reçoit au fur et à mesure de l'exécution du marché, même lorsque ces ordres comportent une modification du contrat. *«C'est ce qu'on appelle le privilège du préalable: le cocontractant ne peut s'ériger en juge des décisions de l'administration, car "provision leur est due"; il doit exécuter les ordres qui lui sont transmis et ne peut réclamer qu'a posteriori.»*⁶⁷

S'il doit s'exécuter, l'adjudicataire a cependant tout intérêt à formuler des réserves, s'il estime que les travaux, prestations ou fournitures qui lui sont demandées sortent du cadre de ses obligations contractuelles. Il évitera ainsi qu'on lui oppose ultérieurement un *acquiescement* à la modification du contrat et une renonciation au droit d'être indemnisé.

56. La loi et son règlement d'exécution ne se prononcent pas sur la forme dans laquelle les commandes additionnelles doivent être faites.

L'article 98 du règlement énonce que *«des travaux en régie ne peuvent être prestés que sur ordre du pouvoir adjudicateur»*⁶⁸ mais n'indique pas la forme dans laquelle ces ordres doivent être données. Seules les bon de régie doivent être écrits puisque le texte prévoit que *«les fiches y relatives sont à contresigner par le pouvoir adjudicateur.»*⁶⁹

Des dispositions à ce sujet se trouvent cependant dans la quasi-totalité des cahiers des charges spéciaux. Le plus souvent, il est prévu que seules des commandes écrites peuvent entrer en ligne de compte.

Cette exigence ne résiste pas à la pratique. Dans les marchés de travaux, en

⁶⁷ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t. II, n° 602.

⁶⁸ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 98.

⁶⁹ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 98.

particulier, il arrive fréquemment que des travaux soient ordonnés oralement, lors de réunions de chantier par le maître de l'ouvrage, ou plus exactement des personnes qui le représentent.

L'entrepreneur a le droit d'insister pour que l'ordre fasse l'objet d'une confirmation par écrit. Les entrepreneurs qui n'insistent pas sur le respect de cette formalité risquent de ne pas être payés par la suite. Même si «*les tribunaux ont coutume d'admettre la validité des ordres verbaux lorsque les circonstances exceptionnelles font ressortir la bonne foi de l'entrepreneur ou du fournisseur*»,⁷⁰ la prudence commande à l'entreprise de se ménager une preuve.

b. La détermination du prix

57. Idéalement, la commande de prestations ou de travaux additionnels donne lieu à la conclusion du contrat additionnel.

Il s'agit en effet dans l'une des hypothèses pour lesquelles le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 autorise les pouvoirs adjudicateurs à passer des marchés négociés sans avoir à recourir à une publicité préalable.

Plusieurs conditions doivent être remplies :

- il faut qu'il s'agisse de travaux ou de services ne figurant pas dans le contrat initial;
- l'exécution de ces travaux ou les services doivent être strictement nécessaires pour le perfectionnement du service;
- la nécessité de ces travaux ou services doit résulter d'une circonstance imprévisible ou,

dans certains marchés, simplement imprévue⁷¹;

- il faut que les travaux ou services ne puissent pas être séparés du marché principal sans inconvénients majeures pour le pouvoir adjudicateur.⁷²

Les marchés de gré à gré supplémentaires ne doivent cependant pas dépasser 30% de la valeur du marché principal⁷³ (50% pour les marchés d'envergure⁷⁴).

58. Même si le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit expressément les hypothèses dans lesquelles des marchés de gré à gré complémentaires peuvent être conclus, on ne peut pas *a priori* et nécessairement exclure la validité de commandes passées dans d'autres circonstances.

L'entreprise qui exécute les travaux qui sont ordonnés est en droit de réclamer un paiement.

*«L'exercice – d'ailleurs licite – du pouvoirs de modification unilatéral reconnu à l'administration entraîne comme contrepartie immédiate l'indemnisation du cocontractant appelé le plus souvent à assumer des charges plus lourdes ou à voir fondre le préjudice qu'il avait pu légitimement escompter».*⁷⁵

⁷⁰ M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., t. 2, p. 351, Ed. Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1998

⁷¹ Notons qu'en ce qui concerne les marchés d'envergure, l'article 47, d) du règlement se contente d'une circonstance simplement «imprévue».

⁷² Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 8, (g).

⁷³ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 8, (g).

⁷⁴ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 47, (d).

⁷⁵ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t. II, n° 688

«La mise en œuvre du droit incontestable de l'administration d'assurer en toutes circonstances l'adaptation du projet initial aux nécessités variables des services publics ne peut se traduire par une augmentation – sans contrepartie – des charges supportées par son cocontractant» (Ibid., n° 666).

59. Bien souvent, la discussion portera d'abord sur le caractère, imprévu ou non, des travaux, fournitures ou services pour lesquels l'adjudicataire réclame un paiement.

L'examen des demandes de ce type oblige le juge «à scruter la commune intention des parties lors de la conclusion du contrat pour en déduire le caractère imprévu ou non des travaux».⁷⁶

60. Outre les difficultés qu'il peut y avoir à prouver l'existence de la commande, l'autre difficulté majeure est celle de déterminer le prix qui sera payé pour les travaux.

S'il s'agit simplement de changements en plus ou en moins portant sur certains postes prévus au bordereau, le prix semble *a priori* aisément déterminable.

Il faut cependant relever qu'il peut arriver que les prix prévus au bordereau ne soient plus adéquats lorsqu'il y a une commande supplémentaire. D'une part, les prix peuvent avoir évolué entre le moment où le bordereau a été établi et le moment où la commande additionnelle intervient. D'autre part, l'exécution de travaux ou de fournitures supplémentaires peut entraîner un surcoût pour l'entreprise. Selon les cas, les prix devront alors être renégociés ou l'entrepreneur pourra prétendre à une indemnisation pour le préjudice causé.

Il arrive parfois que l'adjudicataire renonce à exécuter une partie du marché.

Les quantités prévues dans les bordereaux n'étaient toujours qu'estimatives, l'entrepreneur doit tenir compte d'un certain risque de variation lorsqu'il établit ses calculs. Si la diminution dépasse un seuil dépassant les aléas normaux de tout marché, l'entrepreneur pourra prétendre à une indemnisation.

61. Comment procéder si les travaux supplémentaires constituent un nouvel

ouvrage pour lequel aucun prix n'est prévu au contrat?

Les menus travaux seront facturés en régie, ce qui – en règle générale – ne suscitera pas de difficultés.

Selon le P^r FLAMME, «à défaut de prix du marché, les prix nouveaux seront fixés par assimilation aux ouvrages les plus analogues, c'est-à-dire en s'inspirant dans la mesure du possible de ceux du marché, l'analogie devant exister dans les conditions d'exécution et non dans la configuration des ouvrages».⁷⁷

Si l'entreprise a pris la précaution de soumettre une offre de prix avant d'exécuter les travaux ou les fournitures et qu'on peut considérer que la commande a été faite sur cette base, il n'y aura pas de problème.

S'il n'y avait pas de devis, l'entrepreneur devra proposer un prix.

Si l'administration ne l'accepte pas, et à défaut de trouver un accord négocié, il appartiendra aux tribunaux, avec le concours d'experts, de déterminer quel est le prix normal pour les prestations fournies.

c. Les limites de la mutabilité du contrat

62. Le droit de l'administration de modifier le contrat n'est pas illimité. Les modifications du marché ne peuvent prendre une importance telle, que le contrat s'en trouve bouleversé.

Lorsque les changements imposés par le pouvoir adjudicateur dépassent 20% de la valeur du marché, l'adjudicataire se voit accordé la faculté de résilier⁷⁸ le contrat, ou de provoquer une renégociation.⁷⁹

⁷⁶ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t.II, n° 687

⁷⁷ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t. II, n° 688

⁷⁸ «Le contrat peut être résilié sur demande de l'adjudicataire: (...) 2) si, avant le début des travaux, le pouvoir adjudicateur apporte des changements au contrat entraînant une variation de plus de vingt pour cent de la

63. La modification du contrat ne peut avoir pour effet que de rétablir l'équilibre contractuel qui a été compromis.⁸⁰

Une modification qui aurait pour effet d'avantager l'adjudicataire retenu pourrait faire l'objet d'un recours de la part des soumissionnaires écartés. On constate cependant que les textes ne prévoient pas que les soumissionnaires écartés doivent être informés des avenants conclus au contrat.

64. L'adjudicataire qui constate que le taux de 20% est dépassé doit agir rapidement.

Il dispose d'un délai de seulement 15 jours pour demander la résiliation⁸¹ et d'un délai d'un mois pour demander la renégociation.⁸² Passé ce délai, la demande ne pourra plus être formulée.

La demande doit être formulée par lettre recommandée. Elle doit être motivée, c'est-

à-dire indiquer la cause qui justifie la demande, et renseigner les éléments à prendre en considération pour l'évaluation du préjudice subi.

65. Si la demande de modification est acceptée, un avenant au contrat sera conclu.⁸³

66. Si la renégociation échoue, ou si l'administration refuse de donner suite à la demande qui lui est adressée, l'adjudicataire conserve la possibilité de résilier le contrat.

À la suite de la résiliation, l'entreprise aura la possibilité de réclamer non seulement le paiement des prestations déjà accomplies sous l'empire du contrat, mais également des indemnités si elle parvient à prouver qu'elle a été lésée par le comportement du pouvoir adjudicateur.

On peut citer à ce propos un arrêt de la Cour d'appel qui rappelle que *«le droit de modification unilatérale des conditions initiales du marché, concédé en général à l'administration en tant que puissance publique, doit en principe s'exercer dans la mesure du possible l'intérêt légitime de l'entrepreneur avec le but du service public et l'intérêt public.»*

Si l'entrepreneur ne doit pas pouvoir s'opposer, à tout bout de champ, à la volonté unilatérale de l'administration sans quoi l'efficacité de celle-ci ne serait plus qu'illusoire, le cocontractant doit cependant être protégé contre des modifications en elles-mêmes licites, mais dont l'ampleur viole les conditions essentielles du marché.

Par conséquent, le pouvoir exorbitant accordé à l'administration de pouvoir transformer unilatéralement les conditions contractuelles ou les prévisions du contrat, ne lui permet toutefois que des changements qui respectent l'objet même de l'entreprise.

valeur totale du marché.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 101)

⁷⁹ *«Le contrat peut être modifié sur demande de l'adjudicataire: (...) 2) si le pouvoir adjudicateur apporte des changements au contrat entraînant une variation de plus de vingt pour cent de la valeur totale du marché.»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 114, (3))

⁸⁰ *«La modification du contrat se fait de manière à tenir l'adjudicataire indemne du préjudice que la modification des conditions d'exécution lui fait subir.»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 115)

⁸¹ *«La résiliation du contrat doit être demandée sous peine de nullité par lettre recommandée. Celle-ci doit en spécifier la cause et doit parvenir sous peine de forclusion à l'autre partie au contrat dans un délai de 15 jours à compter de la survenance de l'événement.»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 102)

⁸² *«La modification du contrat doit, sous peine de forclusion, être demandée par lettre recommandée et parvenir à l'autre partie dans un délai d'un mois à compter de la survenance de l'événement ou de la notification des changements. La lettre recommandée doit, suivant le cas, motiver l'événement de force majeure ou indiquer les éléments dont il doit être tenu compte pour l'évaluation contradictoire du préjudice subi.»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 117)

⁸³ *«La modification du contrat se fait sous forme d'avenant.»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 118)

Ainsi, même si le cahier des charges réserve à l'administration la faculté de pouvoir imposer des changements au projet, il ne l'autorise pas pour autant à substituer un nouveau projet au projet primitif.

Il en est de même en cas de simples augmentations ou suppressions quantitatives des travaux prévus, dès lors qu'elles constituent des modifications à ce point radicales qu'elles bouleversent, tel qu'en l'espèce, toute l'économie du contrat.

L'entrepreneur ne se trouve privé, en pareil cas, ni du droit de faire apprécier par les juridictions si l'importance des modifications unilatéralement apportées par l'administration au marché excède ou non ce qui pouvait être envisagé lors de la passation du contrat eu égard à la nature de l'ouvrage à exécuter, ni du droit de solliciter la résiliation du marché avec, le cas échéant même l'octroi de dommages et intérêts.»⁸⁴

67. Pour apprécier l'étendue des prérogatives de l'administration en matière de modification unilatérale du contrat, on peut aussi se référer à un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1^{er} décembre 2003. Dans cette affaire, le tribunal avait à se prononcer sur la validité d'une résiliation de marché décidée par l'administration après que l'adjudicataire avait fait savoir qu'il ne lui était pas possible de respecter un planning modifié arrêté par l'administration et proposé un planning alternatif.

Dans cette affaire, le planning modifié avait été établi par l'administration et transmis à tous les corps de métiers avec la précision qu'à défaut de protestations dans un délai d'une semaine, le nouveau planning serait considéré comme accepté.

Le tribunal estima que cette démarche de l'administration n'était pas valable : *«Par le contrat de soumission, les parties ont convenu d'un délai global d'exécution des travaux. L'une des parties n'est dès lors pas tenue d'accepter dans un délai très court*

d'une semaine une modification substantielle des conditions du marché proposée ou voulue par l'autre partie.»⁸⁵

Le jugement cité se prononce aussi sur la validité de la clause du cahier spécial des charges standard traitant des changements de planning.

Au sujet de l'article 1.9.2.3 du cahier spécial des charges⁸⁶ les juges observent que *«si lesdites dispositions permettent au commettant d'apporter des changements au planning proposé par les adjudicataires respectifs, il doit cependant tenir compte des périodes d'exécution affectées à chaque entreprise suivant le planning général. De même, si le planning des travaux est adapté en permanence, les modifications à y apporter sont toutefois fonction de la progression effective des travaux et lesdites clauses ne permettent pas au maître de l'ouvrage de basculer l'acheminement des travaux et d'avancer, comme en l'espèce, le timing général des travaux en question de plusieurs mois. Lesdites clauses ne permettent pas d'imposer unilatéralement, sans accord des entreprises concernées, une modification du planning des travaux d'une telle envergure, les délais d'exécution des travaux constituant une*

⁸⁴ Cour d'appel, 7^e Chambre, 5 décembre 2000, n° 23711 du rôle, non publié.

⁸⁵ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1^{er} décembre 2003. 1^e chambre, jugement civil n° 406/2003, n° 64835 du rôle, frappé d'appel, non publié

⁸⁶ Sous l'intitulé *«Suivi du planning»*, l'article en question stipule que *«Le commettant contrôlera et surveillera de façon permanente le planning d'exécution dans le cadre de réunions de chantier avec tous les intéressés. Durant la période d'exécution, une adaptation du planning d'exécution à la progression réelle du chantier est effectuée en permanence. Il incombera à l'entrepreneur de s'organiser pour pouvoir respecter les délais. Au cas où un retard est à craindre, l'entrepreneur est tenu d'en informer par écrit le commettant. L'entrepreneur enverra aux réunions de chantier son délégué qui est au courant de l'avancement des travaux et habilité à faire exécuter toute décision y retenue»* (Cahier spécial des charges arrêté par le règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de travaux publics, Article 1.9.2.3).

clause essentielle du contrat de soumission.»⁸⁷

En conséquence, le tribunal estima non justifiée la résiliation du contrat prononcée par le pouvoir adjudicateur en raison du non-respect par l'adjudicataire du planning modifié.

Il se dégage de l'ensemble de ces développements que [le pouvoir adjudicateur] n'était pas en droit d'apporter unilatéralement des modifications importantes au planning des travaux et d'imposer à la société A. d'avancer ses prestations de mars 1999 à juillet 1998, sans rechercher l'accord de cette dernière.

Faute d'accord, [le pouvoir adjudicateur] ne saurait reprocher à la société A. une prétendue absence au chantier ou inexécution de travaux, travaux que la demanderesse n'était pas tenue d'exécuter, en considération des dispositions contractuelles. [le pouvoir adjudicateur] n'avait en l'occurrence pas le droit de mettre en demeure la demanderesse d'exécuter des travaux à une date antérieure à celle convenue au marché.

Les mises en demeure adressées à la demanderesse, ainsi que l'arrêt d'annulation du 10 août 1998, basés sur un prétendu retard dans l'exécution des travaux ne sont dès lors pas justifiés par les conditions du marché. [le pouvoir adjudicateur] ne peut dès lors fonder la résiliation du marché conclu avec la société A. par une prétendue inexécution ou un prétendu retard dans l'exécution des travaux et par des modifications proposées au timing imposé, modifications «considérées comme inacceptables par la direction des travaux».⁸⁸

Un expert a été désigné pour évaluer le préjudice causé à l'adjudicataire.

d. L'indemnisation du dommage subi par l'adjudicataire

68. Il reste à préciser que l'administration peut être responsable envers l'adjudicataire de faits qui, bien que n'entraînant pas une modification des prestations prévues contrat, lui causent néanmoins préjudice.

Le droit commun s'applique et l'entrepreneur lésé par le comportement de l'administration est en droit de réclamer une indemnisation, dont le montant pourra être réglé par une transaction entre parties ou prononcé par le juge.

69. On peut ici citer quelques un des exemples que donne le P^r FLAMME dans son *Commentaire pratique*⁸⁹:

- le fait du Prince, p.ex. l'entrée en vigueur d'un règlement de police interdisant le passage de transports lourds sur une voirie entraînant des détours importants;
- l'accélération des travaux demandée par l'administration, p.ex. pour parer à des intempéries anormales ou pour réduire l'ampleur des perturbations causées à la circulation;
- le fait de commander des travaux supplémentaires d'une importance telle que les délais sont considérablement rallongés, ce qui bouleverse le planning, rompt le rythme de production et entraîne des immobilisations de matériel et de personnel;
- le fait de tiers dont l'administration doit répondre, p.ex. des entrepreneurs titulaires de lots séparés;
- le défaut pour l'administration de prêter son concours à l'exécution

⁸⁷ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1^{er} décembre 2003. 1^e chambre, jugement civil n° 406/2003, n° 64835 du rôle, frappé d'appel, non publié

⁸⁸ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1^{er} décembre 2003. 1^e chambre, jugement civil n° 406/2003, n° 64835 du rôle, frappé d'appel, non publié

⁸⁹ Les exemples cités sont extraits de M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., t. 2, p. 345 et svts., Ed. Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1998

du marchés, p.ex. en ne faisant pas les démarches nécessaires pour obtenir le déplacement de canalisations.

Dans les hypothèses citées et dans de très nombreuses autres circonstances, l'entrepreneur pourra valablement réclamer l'indemnisation du préjudice qu'il subit.

70. On retiendra que le pouvoir adjudicateur répond notamment des faits de tiers qui retardent l'exécution ou la rendent plus difficile. *«Le principe a en effet été consacré par la jurisprudence que les retards d'exécution, qui ne sont pas le fait de l'administration maîtresse de l'ouvrage mais de tiers dont l'entrepreneur n'a pas à répondre, fondent ce dernier à obtenir non seulement une prolongation du délai mais encore une indemnité puisque c'est au maître qu'il appartient de mettre à la disposition de l'entrepreneur les lieux où doivent s'exécuter les travaux et que, si l'entrepreneur ne peut commencer ou continuer l'ouvrage comme il avait été contractuellement prévu, c'est le maître qui doit supporter les conséquences de cette situation, quitte évidemment à se retourner contre les responsables»*.⁹⁰

71. S'agissant d'une demande indemnitaire, la charge de la preuve incombe à l'adjudicataire, aussi bien en ce qui concerne les faits qu'il invoque qu'en ce qui concerne le dommage qu'il allègue..

72. Le cahier des charges autorise l'adjudicataire à résilier le marché ou à demander une renégociation si l'administration retarde le commencement de l'exécution de plus de 40 jours.⁹¹

73. Dans certains cahiers de charges on trouve des clauses excluant ou limitant la responsabilité du pouvoir adjudicateur pour les conséquences des modifications apportées au marché.

La validité de telles clauses n'est pas absolue. Elles peuvent être annulées par le juge si elles constituent des *clauses léonines*, introduisant un déséquilibre manifeste dans le contrat.

«Pareilles clauses doivent toujours recevoir une interprétation raisonnable, conciliable avec la bonne foi qui doit présider l'exécution des conventions. Elles ne sauraient exonérer l'administration de sa responsabilité lorsque le bouleversement de l'économie du marché est établi par les perturbations anormales apportées au planning ou que les retards sont à ce point considérables qu'ils traduisent une carence coupable de la part du maître de l'ouvrage, constitutive de faute contractuelle».⁹²

C. L'incidence du droit des finances publiques

74. Il peut arriver que le paiement des factures ou demandes d'acompte présentées par l'adjudicataire soit retardé en raison de difficultés en rapport avec le droit des finances publiques, comme par exemple l'absence de crédits budgétaires ou l'épuisement de ces crédits.

Dans cette hypothèse, les contrôleurs financiers refuseront d'approuver le paiement ordonnancé et ce dernier ne pourra pas être exécuté.

75. Une ordonnance du juge des référés de Luxembourg du 24 juin 2004 a décidé que ces difficultés internes à l'administration ne constituent pas une cause d'excuse valable à l'égard de l'adjudicataire.

D'après cette décision, *«l'article 58 de la loi [du 8 juin 1999] dispose que les ordonnances de paiement doivent être transmises au contrôleur financier dans les meilleurs délais et que le contrôleur financier dispose d'un délai maximal de huit jours ouvrables à partir de la réception de l'ordonnance de paiement pour accorder*

⁹⁰ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t. II, n° 811

⁹¹ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Articles 101 et 114.

⁹² M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t. II, n° 817

son visa. Si le visa est refusé par le contrôleur financier, et que l'ordonnateur maintient l'ordonnance de paiement, le contrôleur financier dispose d'un nouveau délai maximum de six jours ouvrables à partir de la réception des observations de l'ordonnateur pour accorder ou refuser son visa.

Il résulte ainsi de l'article 58 précité que le contrôle financier interne par le ministère des Finances est consigné dans des brefs délais, conformément au projet de loi qui avait pour objet d'adapter le système budgétaire et comptable de l'Etat luxembourgeois aux exigences du monde actuel, et notamment «d'améliorer l'image de marque de l'Administration en simplifiant les procédures administratives afin d'aboutir à une réduction des délais de paiement» (exposé des motifs, projet de loi, Doc. parl. n° 4100, p. 3).

En l'occurrence, les lenteurs inhérentes dans le contrôle financier interne depuis l'émission de la facture litigieuse, ne sauraient valoir contestation sérieuse quant à l'absence de créance liquide dans le chef du créancier, le débiteur ne sachant raisonnablement se prévaloir de sa propre incurie à titre de contestation sérieuse, d'autant qu'aux termes de l'article 61 de la loi du 8 juin 1999 précitée les créances qui n'ont pas été produites dans le délai de cinq ans à partir du premier janvier de l'exercice budgétaire au cours duquel elles sont nées sont prescrites et définitivement éteintes au profit de l'Etat.

Il suit des développements qui précèdent que la contestation des parties défenderesses tirée de l'absence de créance liquide dans le chef de la partie demanderesse, à défaut de contrôle financier effectué en application de la loi du 8 juin 1999 relative au Budget, la Comptabilité et la Trésorerie de l'Etat. est à écarter comme étant vaine».⁹³

⁹³ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Référé), 24 juin 2004, Ordonnance n° 466/2004, non publiée.

4

INTERETS, PENALITES ET DECOMPTE

A. Le délai de paiement

a. Un délai de paiement de 30 jours

76. Que ce soit pour les acomptes ou pour la facture finale, le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit en principe un délai de paiement de 30 jours à compter de la réception de la facture.

En ce qui concerne le paiement de la facture finale, l'article 134, al. 2 du règlement autorise le pouvoir adjudicateur à porter le délai de paiement à 60 jours pour les marchés d'une certaine importance.

Ces délais sont-ils impératifs?

Sur le plan du droit civil, nous en doutons. Conformément au principe que *le contrat forme la loi des parties*, le juge judiciaire ne pourrait à notre avis pas écarter un délai plus long prévu dans les clauses contractuelles.

Nous n'avons pas connaissance d'une décision luxembourgeoise sur la légalité de ce type de dérogation. En Belgique, l'article 15 du Cahier général des charges interdit désormais expressément toute augmentation du délai de paiement. Auparavant, la jurisprudence était partagée.⁹⁴

Il faudrait dès lors que l'adjudicataire attaque le cahier des charges devant le juge administratif. Il hésitera évidemment à le faire car s'il obtient gain de cause, le marché sera annulé...

77. Il faut également remarquer que si le règlement fixe un délai assez bref pour le paiement des *factures* et des *demandes d'acomptes*, l'administration ne se voit en revanche imposer aucun délai pour l'établissement des *procès-verbaux* et *constats* indispensables à la facturation.

L'approche des auteurs du règlement consistant à faire contrôler les métrés *avant* l'établissement de la facture vide dans une large mesure de leur sens les dispositions apparemment favorables sur les délais de paiement et le cours des intérêts.

78. «*Il appartient (au maître d'ouvrage) de prendre les dispositions nécessaires pour que la somme due soit à disposition du créancier au jour fixé, en tenant compte notamment du délai de transfert entre organismes financiers. Rien dans le cadre de relations contractuelles entre maître d'ouvrage pouvoir public et adjudicataire ne justifierait une dérogation au principe qui veut que le paiement n'est effectué que lorsque le créancier est en possession de la somme en cause et peut en disposer.*»⁹⁵

b. Le cours des intérêts

79. L'on observe que les auteurs du règlement ont choisi de formuler des règles différentes selon qu'il s'agit des intérêts sur une demande d'acompte ou des intérêts sur une facture finale.

Pour les factures finales, l'article 134 du règlement énonce expressément que les intérêts courent de plein droit à l'écoulement du délai de paiement (qui est normalement de 30 jours).

⁹⁴ M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., t. 2, p. 261, Ed. Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1998

⁹⁵ M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., t. 2, p. 263, Ed. Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1998

En ce qui concerne les demandes d'acompte, l'article 123(2) du règlement dispose simplement que «*passé ce délai, des intérêts moratoires sont dus à l'adjudicataire*» a la même portée. La formule employée signifie en effet clairement que les intérêts courent de plein droit, sans qu'un document équivalant à une mise en demeure ne soit nécessaire. Par ailleurs, si l'article 123(2) ne signifiait pas que les intérêts courent de plein droit, l'adjudicataire pourrait invoquer le droit commun, puisque l'article 3 de la loi du 18 avril 2004⁹⁶ prévoit désormais que les intérêts courent de plein droit à l'égard des pouvoirs publics après écoulement du délai de paiement.

On peut cependant s'étonner que les auteurs du règlement n'aient pas choisi les mêmes termes dans deux dispositions traitant du même sujet.

80. L'article 124 du règlement subordonne le paiement des intérêts de retard sur une demande d'acompte à «*la présentation d'une déclaration de créance à établir par l'adjudicataire*». ⁹⁷

Les intérêts sur les demandes d'acomptes ne sont donc pas réglés automatiquement par le pouvoir adjudicateur. L'adjudicataire qui a droit à des intérêts de retard doit présenter une déclaration de créance pour en réclamer le paiement.

On remarque cependant que cet article n'a pas d'équivalent lorsqu'il s'agit des intérêts dus sur la facture finale.

Est-ce à dire que l'administration s'acquitte de ces intérêts de sa propre initiative. À notre connaissance, la production d'une déclaration de créance est bien requise pour obtenir le paiement des intérêts sur la facture finale.

c .Le cours des intérêts en cas de contestations

81. La question des intérêts est évidemment plus délicate si l'administration soulève des contestations quant au bien-fondé des intérêts.

Le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 contient à ce sujet deux dispositions.

Il s'agit d'une part de l'article 123(3) du règlement, qui ne s'applique qu'aux demandes d'acompte, et qui prévoit que «*si le retard de paiement est imputable à l'adjudicataire, le délai ne prend cours qu'après la réparation de la faute par ce dernier.*» ⁹⁸

D'autre part, l'article 135 du règlement, qui s'applique aux factures et aux demandes d'acompte, et qui énonce que «*si, dans une demande d'acompte ou dans une facture, certaines parties donnent lieu à contestation de la part du pouvoir adjudicateur, ce dernier procède néanmoins au paiement, dans le délai prévu ci-dessus, du montant non contesté par lui*» ⁹⁹

82. En ce qui concerne les demandes d'acompte, les articles 123(3) et 135 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 ne procèdent manifestement pas du même esprit.

L'article 123(3) énonce en effet que s'il y a «*faute*» de l'adjudicataire, l'administration peut ne pas payer l'acompte demandé sans que des intérêts soient dûs.

L'article 135 oblige cependant le maître de l'ouvrage à payer malgré tout dans le délai la partie de l'acompte qui n'est pas contesté.

Selon nous, l'article 135 du règlement oblige le maître de l'ouvrage à chiffrer l'impact de ses contestations sur le prix à

⁹⁶ Loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, Mém. A, 2004, p. 978.

⁹⁷ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 124.

⁹⁸ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 123, (3).

⁹⁹ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 135.

payer, et à justifier ainsi la retenue qu'il opère.

Comme les auteurs du règlement n'ont fourni aucune définition des notions de «faute» et de «contestation» employées par les deux articles, les champs d'application des deux articles se confondent. En d'autres termes, nous pensons que si l'administration dénonce une «faute» de l'adjudicataire, cette attitude constitue une «contestation» au sens de l'article 135 du règlement et l'administration devra donc payer la partie de l'acompte demandé qui n'est pas affecté par la faute.

83. Le règlement n'indique pas non plus comment les intérêts seront calculés si la contestation est levée.

En application des règles du droit commun, les intérêts seront à notre avis dus rétroactivement s'il s'avère que la contestation émise par l'administration était erronée.

Si la contestation est justifiée, les intérêts seront dus à partir du moment où l'entreprise remédie au problème. Comme le texte ne prévoit pas un nouveau délai de 30 jours pour le paiement, les intérêts commenceront immédiatement à courir.

B. Les primes et les pénalités

84. L'article 31 du règlement autorise les pouvoirs adjudicateurs à prévoir dans le cahier des charges spécial des sanctions forfaitaires applicables en cas de retard d'exécution.¹⁰⁰

Des primes peuvent également être accordées par le cahier des charges à l'adjudicataire qui achève le marché avant terme.

¹⁰⁰ «Sans préjudice d'une action en dommages et intérêts, le pouvoir adjudicateur peut prévoir, dans le cahier spécial des charges, des pénalités pour retard d'exécution. Le pouvoir adjudicateur peut prévoir également des primes pour un achèvement avant terme.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 31)

En vertu de l'article 13 de la loi, le montant de l'amende ne peut pas dépasser 20% du montant de l'offre.¹⁰¹

85. Du fait que les pénalités sont fixées forfaitairement, leur montant n'est pas affecté par l'importance réelle du préjudice causé.

Nous pensons cependant que la pénalité pourrait être modifiée par le juge judiciaire en application de l'article 1152, al 2 du Code civil¹⁰², s'il estime que la peine est manifestement excessive ou dérisoire au regard du dommage réellement causé. Il faut signaler que le Conseil d'Etat français refuse d'appliquer l'article 1152 du Code civil français aux pénalités contractuelles. D'après un arrêt du 23 mai 1987, «*les entreprises ne sont pas fondées à demander à être déchargées même partiellement de ces pénalités. Elles ne sauraient, par ailleurs, utilement demander au juge administratif, sur le fondement des dispositions de l'article 1152 du Code civil, la réduction du taux desdites pénalités*».¹⁰³

Nous ne pensons cependant pas que cette jurisprudence puisse être transposée au Luxembourg. Il existe des différences substantielles entre les droits français en luxembourgeois en ce qui concerne les *contrats de l'administration*. En France, ces contrats sont soumis à des principes dérogoratoires du droit commun et relèvent des juridictions administratives alors qu'au Luxembourg, le droit civil s'applique sans autres aménagements que ceux qui découlent de la loi sur les marchés publics et le juge civil est compétent.

¹⁰¹ Loi du 30 juin 2003, Article 13.

¹⁰² «Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.» (Code civil, article 1152)

¹⁰³ Conseil d'Etat français, 13 mai 1987, *Société Citra France*.

Rappelons aussi que d'après l'article 1231 du Code civil¹⁰⁴, le juge peut réduire la pénalité si l'obligation a été partiellement exécutés.

86. On peut encore signaler que dans son arrêt du 30 janvier 2004, la Cour constitutionnelle a confirmé que l'insertion de clauses pénales dans les cahiers des charges ne posait pas de problèmes au regard de la Constitution. Pour la Cour, *«les clauses pénales sont des accords sur des indemnisations forfaitaires en cas d'inexécution d'obligations principales; qu'exprimées sous forme d'astreinte ou d'amende conventionnelle, elles sont de nature purement civile et ne constituent pas des peines au sens de l'article 14 de la Constitution.»*¹⁰⁵

87. On observera qu'il est utile de prévoir des règles claires sur la répartition des pénalités entre les membres de l'association lorsque plusieurs entreprises soumissionnent conjointement.

Le mandataire de l'association peut être rendu responsable de n'avoir pas agi en vue de l'achèvement du marché.

88. Dans les cas où – exceptionnellement – le contrat ne prévoit pas de pénalités, le droit commun reste d'application et chaque partie peut réclamer le paiement de dommages et intérêts pour le dommage qu'elle prouve avoir subi.

C. Le décompte final

89. À l'occasion de la réforme de 2003, le législateur luxembourgeois a inséré à l'article 15(1) de la loi l'exigence que *«pour tous les marchés publics un décompte final doit être établi»*.

Dans le droit luxembourgeois, le terme «décompte» désigne depuis lors deux documents ayant des finalités très différentes.

Dans le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, qui reprend à ce sujet les dispositions du Cahier général des charges de 1989, le terme «décompte» vise le document qui arrête une fois pour toutes la situation financière entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire.

Le «décompte final» dont parlent les articles 15 et 17 est un instrument de contrôle financier. Il s'agit d'un rapport récapitulatif que l'administration doit établir et, en fonction de différents seuils, soumettre à différentes autorités de contrôle.

L'usage du même terme pour des documents aussi fondamentalement différents comporte des risques de confusion considérables.

a. Le décompte entre le maître de l'ouvrage et l'adjudicataire

90. Le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 fait référence à un document appelé «décompte final» à deux¹⁰⁶ reprises:

- l'article 110 du règlement dispose que, sauf dans les cas exceptionnels qu'il énonce également, les adaptations de prix consenties ne sont prises en compte au moment de l'établissement du décompte final.¹⁰⁷
- l'article 129 du règlement prévoit que si des travaux, fournitures ou

¹⁰⁴ *«Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier. Sans préjudice de l'application de l'article 1152 toute stipulation contraire est réputée non écrite.»* (Code civil, article 1231)

¹⁰⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 19/04 du 30 janvier 2004, Mém. A, 2004, p. 304)

¹⁰⁶ L'article 158 du règlement utilise également le terme «décompte final», mais dans cette disposition, le terme vise le décompte *instrument de finances publiques* au sens de l'article 15 de la loi, auquel l'article 158 du règlement renvoie expressément.

¹⁰⁷ *«Les adaptations de prix ne sont prises en considération qu'au moment du décompte final.»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 110)

services ne donnent pas satisfaction, l'administration peut fixer une moins-value «*dont il sera tenu compte lors du décompte final*». ¹⁰⁸

Pourtant, aucune disposition du règlement n'indique la procédure selon laquelle ce «décompte final» doit être établi dans les relations entre parties.

Ceci est pour le moins étonnant alors que le règlement dispose d'autre part que le paiement doit intervenir dans les 30 jours de l'envoi de la facture finale et prévoit même que les intérêts courent de plein droit après écoulement de ce délai.

Si le paiement doit intervenir sur présentation d'une simple facture, on doit se demander quelle est l'utilité du décompte final?

b. Le décompte final, instrument des finances publiques

91. La loi du 30 juin 2003 prévoit l'établissement d'un décompte final pour tout marché public.

Il s'agit d'une exigence qui n'est pas à proprement parler nouvelles puisqu'elle se trouvait inscrite tous les ans au budget de l'État depuis le début des années 1982. ¹⁰⁹ L'inscription dans une loi ordinaire donne désormais à cette règle le caractère permanent qu'elle avait déjà dans les faits.

92. Malgré cela, la formulation des articles 15 et 17 de la loi, qui traitent de l'établissement du décompte final, a donné lieu à plusieurs amendements successifs.

Finalement, on peut différencier trois niveaux :

- (1) En vertu de l'article 15(1) de la loi, l'établissement d'un décompte final est obligatoire pour tout marché public, mais la loi ne précise pas la forme que doit prendre ce décompte. Toutefois, le texte précise
 - a) qu'en cas de dépassement du devis ou du prix convenu, les hausses légales sont à indiquer séparément, et
 - b) une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales.
- (2) Dès que la valeur du marché dépasse une valeur de 20.000 euros (indice 1^{er} janvier 1948), l'article 15(2) s'applique. D'après cette disposition, le pouvoir adjudicateur doit établir un décompte final comportant
 - a) une comparaison du devis établi en vue de la procédure d'adjudication ¹¹⁰, et

¹⁰⁸ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 129

¹⁰⁹ La règle semble avoir été inscrite pour la première fois au budget de l'année 1983 (loi du 20 décembre 1982). Avant d'être abrogée par la loi du 30 juin 2003, la règle se trouvait inscrite à l'article 24 de la loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour 2003 qui prévoyait l'obligation d'un décompte final pour les marchés publics relatifs à un bâtiment, à une route ou à un pont d'un coût dépassant 7.500.000 euros.

¹¹⁰ Au cours des travaux parlementaires, les discussions ont notamment porté sur la question de savoir par rapport à quel devis les comparaisons devaient être effectuées.

Le terme finalement retenu de «devis établi en vue de la procédure d'adjudication» désigne le «*devis établi en vue de l'élaboration du bordereau de soumission et tel qu'il se retrouve dans le projet d'exécution en tant que tel*».

A ce moment les interventions des divers corps de métiers sont exactement déterminables et ce sont les divers postes de ce devis qu'on pourra comparer avec les prix adjugés et les coûts finaux respectifs» (Doc. parl. n° 4635²⁰, Rapport de la commission des travaux publics, p. 21).

«L'amendement sous avis a pour seul objectif de préciser qu'en ce qui concerne le devis il s'agit du „devis établi en vue de la procédure d'adjudication“, en écartant des devis complémentaires établis, le cas échéant, au fur et à mesure de l'évolution du dossier. Il est évident que l'approche retenue par les auteurs de l'amendement n'aura qu'une valeur historique pour autant qu'on puisse encore parler d'une valeur quelconque, le coût de la

- b) une comparaison, par corps de métiers, du prix adjugé et du coût final de la totalité du marché, marchés supplémentaires compris.
- (3) Enfin, pour les marchés relevant de l'État et relatif à un ouvrage dépassant le seuil de 7.500.000 euros prévu à l'article 80 de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, le décompte établi suivant les dispositions de l'article 15 doit de surcroît être transmis dans un délai maximal d'un an
- a) au ministre ayant dans ses attributions le Budget
- b) à la Chambre des députés

Par ailleurs, une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales.

Ce décompte est contrôlé par la Cour des comptes et soumis à la Chambre des députés avec les observations éventuelles de la Cour des comptes

93. On note que la loi ne prescrit la

totalité du marché après exécution n'étant, en général, plus comparable avec le devis établi en vue de la procédure d'adjudication, vu les nombreuses adaptations ou changements retenus en cours de route.

Le Conseil d'Etat, n'ignorant pas l'effort supplémentaire à fournir pour l'établissement d'un devis évolutif comparable au décompte final de la totalité du marché, ne s'oppose pas à l'amendement proposé, à condition qu'il soit entendu que la comparaison, par corps de métiers, du prix adjugé et du coût final porte effectivement sur l'ensemble des différentes composantes du marché, y compris les marchés supplémentaires en relation avec l'adjudication. C'est dans cet ordre d'idées qu'il propose de modifier le texte de l'amendement de la façon suivante: „comportant comparaison du devis établi en vue de la procédure d'adjudication et comparaison, par corps de métiers, du prix adjugé et du coût final de la totalité du marché, marchés supplémentaires compris.“» (Doc. parl. 4635¹⁵, Cinquième avis complémentaire du Conseil d'État, p. 1).

contenu minimal du décompte qu'en ce qui concerne les marchés de l'État dont la valeur dépasse 20.000 euros.

Bien que la loi énonce que «*pour tous les marchés publics*¹¹¹ un décompte final doit être établi», il n'y a que des exigences minimales en ce qui concerne

- les marchés de l'État de moins de 20.000 euros
- les marchés des communes
- les marchés des établissements publics

Au cours des travaux préparatoires, le Conseil d'État avait averti le législateur *que si le décompte final doit servir à un examen analytique, alors il doit prévoir pour le moins une subdivision par corps de métiers.*¹¹²

94. «*La Chambre de Commerce est d'avis que l'exigence de devoir soumettre un décompte final permet d'établir un indicateur de l'évolution des prix pour les marchés publics.*

Un tel indicateur est depuis longtemps réclamé par les acteurs professionnels.

Toutefois ce décompte ne devrait pas seulement être soumis au ministre ayant dans ses attributions le budget et à la Chambre des Députés, mais également à d'autres instances concernées telles la Commission du Bâtiment ou les chambres professionnelles représentées à la Commission des Soumissions.» (Doc. parl. n° 4635, Avis de la Chambre de commerce, p. 44)

¹¹¹ Rappelons que d'après l'article 3 de la loi, «*on entend par (...) "marchés publics" des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur et ayant comme objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation d'un service*» (Loi du 30 juin 2003, Article 3, (1)).

¹¹² Doc. parl. n° 4635¹¹, Troisième avis complémentaire du Conseil d'État, p. 3.

5

LES INCIDENTS DU PAIEMENT

A. Le paiement direct des sous-traitants

95. Le droit commun (Code civil) et le droit administratif des marchés publics ne réglementent que de manière incomplète les situations qu'on qualifie généralement de "chaînes de contrat". Dans l'état actuel du droit luxembourgeois, si la loi n'en dispose pas autrement, la chaîne de contrats est traitée comme une succession de contrats sans lien entre eux.

La loi sur la sous-traitance est une exception à cette règle du droit commun: elle vise à protéger les sous-traitants en leur conférant un droit de paiement direct par le maître de l'ouvrage, et ce même lorsque l'un des intermédiaires (maillons de la chaîne) est en faillite.¹¹³

La loi luxembourgeoise s'inspire de la loi française du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, sans cependant en reproduire les règles à l'identique.

96. Aux termes de son article 2, le loi du 23 juillet 1991 s'applique aux contrats de sous-traitance conclus dans le cadre d'un marché public ou d'un contrat d'entreprise privé à condition que leur valeur dépasse les seuils fixés actuellement par le règlement grand-ducal du 30 septembre 1933.

La notion de "contrat de sous-traitance" est quant à elle définie comme désignant «*l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de*

l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage». ¹¹⁴

Cette définition rejoint celle qu'on trouve à l'article 10 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003: «*La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur dit général ou principal confie par un sous-traité à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise générale qu'il a conclu avec le maître de l'ouvrage*». ¹¹⁵

97. Bien que la loi ne l'exprime pas expressément, il faut considérer que le champ d'application est limité aux marchés publics qui répondent à la qualification juridique de contrat d'entreprise. Dans la législation française qui a servi de modèle, cette restriction se trouve dans le code des marchés publics qui n'autorise la sous-traitance que dans les marchés «*ayant le caractère d'un contrat d'entreprise*» (article 2 du code des marchés publics français).

Même en l'absence de texte reprenant cette règle en droit luxembourgeois, en droit commun, la notion de sous-traitant n'englobe pas toutes les entreprises impliquées à un titre quelconque dans l'exécution d'un chantier. On ne parle de sous-traitance que si le contrat liant l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage et le contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant sont des contrats de louage d'ouvrage. Le cocontractant de l'entrepreneur principal qui ne fait que livrer de la marchandise sur le chantier n'est pas à considérer comme un sous-traitant mais comme un vendeur.

¹¹³ «*Le sous-traitant est payé directement par le maître de l'ouvrage pour la part du marché ou du contrat dont il assure l'exécution*.» (Loi du 23 janvier 1991, Article 7)

¹¹⁴ Loi du 23 janvier 1991, Article 1^{er}

¹¹⁵ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 10(2).

Cette question mérite cependant un examen plus approfondi car le fournisseur qui a dû spécialement étudier la marchandise livrée peut malgré tout avoir la qualité de sous-traitant. C'est ce que la Cour de cassation française a admis à propos d'un fournisseur de poutrelles métalliques réalisées spécifiquement pour un chantier déterminé et en vertu d'indications spécifiques.¹¹⁶

98. Le droit du sous-traitant de prétendre à un paiement direct est conditionné par l'existence d'un agrément du maître de l'ouvrage.

C'est normalement à l'entrepreneur principal que cette charge incombe. Il résulte de l'article 4 de la loi que l'entrepreneur principal qui décide de recourir à des sous-traitants, doit «faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance» par le maître de l'ouvrage, et ce peu importe qu'il prenne cette décision au moment de la conclusion du contrat principal ou en cours d'exécution du marché.

Si l'entrepreneur principal ne fait pas la démarche prévue par l'article 4, l'article 5 permet au sous-traitant de se faire connaître lui-même «pour qu'il soit accepté et ses conditions de paiement agréées», et ce «pendant toute la durée du contrat».

Aux termes des articles 4 et 5, l'agrément doit porter non seulement sur la personne du sous-traitant, mais aussi sur les conditions auxquelles il intervient: «Le sous-traitant qui a été accepté mais dont les conditions de paiement n'ont pas été expressément agréées n'a pas droit au paiement direct prévu par la loi».¹¹⁷

99. L'article 10 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit que le

soumissionnaire doit indiquer ses sous-traitants dans l'offre.¹¹⁸

Il est important de souligner que la simple déclaration des sous-traitants en application de ces dispositions ne vaut pas agrément de ceux-ci au sens de la loi sur la sous-traitance.

100. La loi de 1991 n'indique pas à quel moment l'agrément doit intervenir.

Le sous-traitant pourra donc en faire la demande au moment où il rencontre des difficultés avec l'entrepreneur principal.

Bien que la loi indique que le sous-traitant ne peut demander son agrément que «pendant la durée du contrat», la jurisprudence française a admis que la demande d'agrément peut même se faire après la fin du contrat.¹¹⁹ Il est évidemment peu probable qu'il reste à ce moment des fonds substantiels permettant de désintéresser le sous-traitant.

101. Une éventuelle faillite de l'entrepreneur principal n'empêche pas le paiement direct. L'article 7 de la loi du 23 juillet 1991 dispose expressément que «le paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de faillite ou de gestion contrôlée».

102. La dernière question qui se pose est celle de savoir quel est le montant auquel les sous-traitants pourront prétendre dans le cadre du paiement direct.

Du fait qu'il n'existe pas de relation contractuelle directe entre le pouvoir adjudicateur et les sous-traitants, le droit d'être payé se limite à une portion de ce que le pouvoir adjudicateur avait convenu de payer à l'adjudicataire. Le montant exact à payer au sous-traitant doit découler des

¹¹⁶ Cass. f. 5 février 1985, DS 1986, 499; voir aussi pour un fournisseur de béton ayant spécialement étudié la composition du béton: Cass. f. 9 juin 1999, R.D.I., 1999, p. 405

¹¹⁷ Juris-Classeur "Civil", Article 1787, fasc. 20 n° 52

¹¹⁸ «Lors de la remise de son offre, l'entrepreneur général doit, sous peine d'irrecevabilité de celle-ci, joindre à son offre une liste des sous-traitants auxquels il prendra recours pour la réalisation de l'ouvrage et avec lesquels il a obligatoirement conclu un pré-contrat de sous-traitance.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 10(3))

¹¹⁹ Cass. f. 13 mars 1981, D.S., 1981, 309

«conditions de paiement» qui doivent, aux termes des articles 4 et 5 de la loi, être agréées par le maître de l'ouvrage.

103. Le sous-traitant dispose-t-il d'une action directe en paiement contre le pouvoir adjudicateur ?

Le législateur luxembourgeois n'a pas repris dans la loi du 23 juillet 1991 la partie la plus innovatrice de la loi française du 31 décembre 1975. Le titre 3 de la loi française accorde en effet aux sous-traitants la possibilité d'exercer une action contre le maître de l'ouvrage après une mise en demeure infructueuse de l'entrepreneur direct.

La question de savoir si un sous-traitant dispose malgré tout d'une action directe sur la base de l'article 1798 du Code civil est très controversée. La jurisprudence luxembourgeoise répond plutôt par la négative, suivant en cela la jurisprudence française alors que la jurisprudence belge admet que les sous-traitants agissent sur la base de l'article 1798 du Code civil.

B. L'action oblique

104. D'après le principe énoncé à l'article 1165 du Code civil, «*les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes*».

L'article 1166 du Code civil permet cependant aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur.

105. «*L'action oblique permet au créancier d'agir en lieu et place de son débiteur négligent. En l'exerçant, le créancier ne fait que mettre en mouvement par son initiative personnelle l'action du débiteur lui-même. Cette action doit être mue au nom du débiteur et non au nom du créancier. Le créancier ne peut postuler aucune condamnation à son profit personnel.*

L'action oblique n'est concevable qu'au nom d'un débiteur négligent. Elle ne suppose pas nécessairement la mise en demeure préalable du débiteur.

L'action oblique ne peut être exercée que si le débiteur est insolvable. Cette condition ne peut être considérée comme remplie dans le chef de l'Etat, en tirant argument de ce qu'il n'a pas l'habitude d'honorer rapidement ses dettes.»¹²⁰

¹²⁰ Cour d'appel de Liège - 5.06.1998 - JLMB 1999, p. 450