

Réf. OAI : Activ/Inst.Pub/MMTP/LBausch Solidariteitspak et marchés publics 20231109

Monsieur François BAUSCH
Vice-Premier Ministre
Ministère de la Mobilité et des Travaux
publics
4, place de l'Europe
L-1499 LUXEMBOURG

Luxembourg, le 9 novembre 2023

Objet : SOLIDARITEITSPAK 3.0 - Compensation de la 3^{ème} tranche indiciaire sur l'année déclenchée le 1^{er} septembre 2023 et impact sur les marchés publics en cours, les entreprises et membres de l'OAI

Monsieur le Vice-Premier Ministre,

Nous avons l'honneur de nous adresser à vous à la suite de la « communication »⁽¹⁾ émise par votre Ministère (mais non signée sauf erreur), en date du 5 octobre 2023, « relative à l'application de la tranche indiciaire déclenchée le 1^{er} septembre 2023 dans le cadre de la révision des prix » en matière de marchés publics (ci-après « **La Communication** »).

Madame la Ministre de l'Intérieur a également adressé à ce sujet, en date du 12 octobre 2023, une « circulaire » (n°2023-131) aux administrations communales⁽²⁾ relayant la Communication.

L'accord tripartite⁽³⁾ (ci-après « **l'Accord** ») conclu entre le Gouvernement et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises (UEL), les organisations syndicales OGBL, LCGB et CGFP à l'issue de la réunion du Comité de coordination tripartite du 3 mars 2023, dénommé « SOLIDARITEITSPAK 3.0 » a retenu que la troisième tranche indiciaire sur l'année, qui a été déclenchée le 1^{er} septembre 2023, serait compensée jusqu'au 31 janvier 2024 au moyen d'une adaptation du taux de cotisation moyen de la Mutualité des employeurs.

En considération de l'Accord, il est inféré dans la Communication que :

« Une double rémunération doit être évitée.

En conséquence, il doit être évité que les entreprises demandant une révision des prix dans le cadre de l'exécution d'un marché public se voient attribuer à la fois une révision des prix et une compensation au titre du « SOLIDARITEITSPAK 3.0 » pour un même marché exécuté durant la période du 1^{er} septembre 2023 au 31 janvier 2024.

Il conviendra donc d'appliquer pour les demandes de révision des prix dans les marchés publics, voire parts de marchés publics, exécutés entre le 1^{er} septembre 2023 et le 31 janvier 2024 la cote d'application de l'échelle mobile des salaires en vigueur avant le 1^{er} septembre 2023, à savoir celle de 921,40 points. Une adaptation des prix en raison de l'augmentation de la cote d'application de 921,40 points à 944,43 points le 1^{er} septembre 2023 ne sera pas accordée.

La nouvelle cote d'application de l'échelle mobile des salaires de 944,43 points sera appliquée pour les demandes de révision des prix pour les marchés publics, voire parts de marchés publics, exécutés à partir du 1^{er} février 2024 ».

⁽¹⁾ <https://marches.public.lu/content/dam/pmp/fr/actualites/2023/octobre-2023/23-09-21-circulaire-tranche-indiciaire-2.pdf>

⁽²⁾ <https://mint.gouvernement.lu/dam-assets/circulaires/2023/2023-131.pdf>

⁽³⁾ <https://gouvernement.lu/dam-assets/documents/actualites/2023/03-mars/07-tripartite/accord-entre-le-gouvernement-et-luel-et-ogbl-lcgb-et-cgfp-comit-de-coordination-tripartite-du-3-mars-2023.pdf>

De nombreux membres nous ont signalé récemment la réception de différentes notes et instructions de la part des maîtres d'ouvrages publics, donnant des directives quant à l'application des mesures retenues, respectivement se voient confrontés à un refus de recevabilité des factures émises pour cause de non-conformité avec les prescriptions retenues dans la cadre du SOLIDARITEITSPAK 3.0.

L'OAI regrette de ne pas avoir été consulté dans le cadre de la définition et de l'application de ces mesures, qui ont un impact direct sur les liquidités de ses membres, alors que ceux-ci traversent actuellement une période difficile.

La Communication suscite des interrogations majeures quant à son application concrète et son incidence sur les contrats en cours des « entreprises », et également au regard des dispositions du règlement grand-ducal modifié du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics (**ci-après le «RGD MP»**), relatives à l'adaptation du contrat.

En cas d'absence d'un mécanisme contractuel de révision du contrat liant le maître d'ouvrage public et l'attributaire du marché, la question de la révision du contrat (et du prix) est alors réglée par les seules dispositions de la législation sur les marchés publics, tant dans son principe (articles 109 et 110 du RGD MP) que pour les modalités (articles 111 à 118 du RGD MP).

Ainsi, selon l'article 109, paragraphe premier, du RGD MP, 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...* ». La décision d'accorder ou non une révision du contrat est prise à l'aune des objectifs précisés à l'article 110 du RGD MP, dont celui « *d'éviter à l'adjudicataire des pertes* » ou inversement « *d'éviter la réalisation d'un bénéfice supplémentaire* ». ⁽⁴⁾

En outre, l'article 117 du RGD MP précise que « *ne peuvent donner lieu à une adaptation des prix : (...) 2) les rajustements de salaires, y compris les taxes et charges sociales qui s'y 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 0,5 pour cent de la valeur du restant du marché encore à effectuer au moment de la demande.* »

Ainsi l'article 117 précité prévoit un impact minimum de 0,5% de la valeur du contrat restant, de sorte que, sur la période en question, l'impact sur certaines entreprises pourrait effectivement être considéré comme faible puisqu'il est compensé. Mais le même constat ne peut être tiré pour les opérateurs économiques dans le domaine des services, dont la part des salaires dans la composition des coûts et valeur du marché est majeure, tels que les Membres OAI.

En revanche, la situation est toute autre en cas de dispositions conventionnelles prévoyant une révision du contrat, notamment une révision des prix en fonction d'indices. La loi sur les marchés publics renvoie aux principes du droit civil des contrats, de sorte que l'article 103 du RGD MP précise que « *le contrat lie les parties* », conformément à l'article 1134 du Code civil.

L'article 109 du RGD MP, second paragraphe, prévoit également que « *les cahiers spéciaux des charges peuvent prévoir des formules de calcul pour déterminer les adaptations des contrats. Dans ce cas, ils indiquent le champ d'application de ces formules ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Si les cahiers spéciaux des charges prévoient de telles formules, les dispositions prévues par l'article 109, paragraphe 1er, et par les articles 110 à 118 ne sont pas applicables* ».

⁽⁴⁾ L'article 110 du RGD MP précise que : « Les adaptations du contrat se faisant à la suite de variations de prix prévues ci-dessus ont 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... ».

Il nous semble a priori évident que la recommandation de la Communication ne s'applique pas aux cahiers spéciaux des charges ou contrats existants, qui peuvent prévoir des formules de calcul pour déterminer les adaptations des contrats et qui sont à respecter par les pouvoirs adjudicateurs.

Or, selon certains témoignages reçus, il semble que certains pouvoirs adjudicateurs refusent l'application des clauses contractuelles de révision des prix, en invoquant la Communication et en donnant à cette dernière une portée générale.

Par conséquent, il conviendrait de clarifier le sort des clauses conventionnelles prévues dans les contrats ou les cahiers des charges des adjudicataires prévoyant une adaptation automatique des prix suivant indices, notamment en pratique en cas de nouvelle cote d'application de l'échelle mobile des salaires.

La question se pose également pour les prestataires non établis à Luxembourg, ayant de tels contrats, et ne bénéficiant pas en outre de la Compensation au titre du « SOLIDARITEITSPAK 3.0 ».

Nous vous remerciant dès lors de préciser l'application concrète des prescriptions édictées dans la Communication, et de confirmer qu'elles s'entendent sans préjudice des cahiers des charges et contrats déjà conclus avec les adjudicataires et prévoyant des mécanismes conventionnels de révision des prix soumis à indices.

Dans le cas contraire, nous vous remercions d'explicitier la base légale qui permettrait de faire échec aux contrats et à l'article 1134 du Code civil, respectivement de modifier ou d'avoir une incidence sur l'application des dispositions pertinentes de la législation sur les marchés publics, d'ordre public.

Une telle explication serait d'autant plus opportune au regard de la portée juridique restreinte d'une circulaire ministérielle⁽⁵⁾.

Nous vous remercions d'apporter les clarifications juridiques qui s'imposent, afin de nous permettre de renseigner nos membres sur les suites à donner à ce sujet, tant en qualité de prestataires de services de conception dans le domaine des marchés publics que de maîtres d'œuvres (assistant notamment les communes) et contrôlant les factures des entreprises et corps de métiers.

Vous remerciant par avance de la réponse que vous voudrez bien apporter à la présente requête urgente, nous vous prions de croire, Monsieur le Vice-Premier Ministre, à l'assurance de notre très haute considération.

Pour le Conseil de l'Ordre

Pierre HURT
Directeur



P.S. : Copie de la présente est adressée à Madame Taina BOFFERDING, Ministre de l'Intérieur ainsi qu'à Monsieur Claude PAULY, Président de la Commission des Soumissions

⁽⁵⁾ Tribunal administratif N° 28751 du rôle, 31 janvier 2013 » « Les circulaires ministérielles constituent des instructions en forme de lettres adressées par les ministres aux divers fonctionnaires de leur département. Elles n'ont pas de caractère légal et elles ne constituent pas des actes réglementaires ou des décisions obligatoires pour les administrés. Elles ne sont obligatoires que pour les fonctionnaires et ne s'imposent ni aux tribunaux, ni aux personnes étrangères à l'administration. Elles doivent garder en principe un caractère interne à l'administration, en ce qu'elles réglementent la manière dont les fonctionnaires doivent accomplir leur mission. **Une circulaire doit se borner à interpréter les textes de loi en vigueur, sans pouvoir fixer des règles nouvelles.** Elle ne saurait être invoquée comme base juridique suffisante, alors qu'elle ne reflète que l'opinion de son auteur et ne constitue pas une norme juridique. ».