

Avis N° 2007-AV-01
du
Conseil de la concurrence
du 21 septembre 2007
relatif à une demande d'avis de Monsieur le Ministre de l'Economie et du
Commerce extérieur concernant une proposition d'amendement au projet de loi
N° 5655 sur les marchés publics, présentée par l'Ordre des Architectes et des
Ingénieurs-Conseils du Grand-Duché de Luxembourg (OAI)

Le Conseil de la concurrence

Vu la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ;

Vu la demande d'avis de Monsieur le Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur du 14 mai 2007 ;

Vu le projet de loi N° 5655 sur les marchés publics, déposé à la Chambre des Députés en date du 14 décembre 2006

Après avoir consulté l'Inspection de la concurrence et la Direction de la réglementation des marchés et de la consommation du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur ;

présente les observations qui suivent :

Contexte général

1. La législation sur les marchés publics actuellement applicable remonte à une loi du 30 juin 2003. Compte tenu de l'adoption de nouveaux textes communautaires régissant la

matière¹ qui doivent être transposés en droit luxembourgeois, le projet de loi N° 5655 a été élaboré.

Dans ses conceptions fondamentales et sa structure, ce projet de loi suit les préceptes de la loi du 30 juin 2003 : respect des principes fondamentaux du traité instituant la Communauté européenne que sont la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services et de leurs principes annexes liées à l'égalité de traitement, à la non-discrimination, à la reconnaissance mutuelle, à la proportionnalité et à la transparence. Ces objectifs sont notamment atteints par une ouverture la plus large possible à la mise en concurrence entre offreurs de travaux, fournitures et services. Le projet de loi est structuré en trois parties, la première traitant des marchés se situant en dessous d'un certain seuil, la deuxième régissant les marchés situés au dessus de ce seuil et la troisième étant réservée aux marchés spécifiques dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux dépassant certains seuils². Ce projet ne bouleverse pas les solutions acquises, mais se borne à procéder à une adaptation et à une modernisation du cadre législatif, notamment au regard de la protection de l'environnement, du développement durable et de l'évolution des technologies électroniques.

2. En se référant aux dispositions de l'article 8 du projet de loi, qui prévoit la possibilité d'avoir recours à la procédure restreinte sans publication d'avis pour les services rémunérés suivant un barème, l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après OAI) propose d'introduire un nouvel article 53bis qui prévoirait expressément la possibilité d'adopter un tel barème en ce qui concerne les services fournis par les architectes et ingénieurs au profit des pouvoirs adjudicateurs du secteur étatique et du secteur communal. L'OAI a soumis cette proposition au Ministre des Travaux publics suivant courrier du 21 mars 2007, communiqué en date du 22 mars 2007 au Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur et publié par ailleurs sur le site Internet de l'OAI.

En l'état de ces éléments, le Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur a sollicité par courrier du 14 mai 2007 l'avis du Conseil de la concurrence relativement à la proposition de l'OAI pour autant qu'elle interfère avec le droit de la concurrence.

Par le présent avis, le Conseil de la concurrence défère à la demande du Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur. Il est présenté sous une forme générique pour pouvoir être circulé parmi les instances concernées par le processus législatif.

Cet avis s'insère par ailleurs dans la démarche plus globale initiée au niveau communautaire dès l'année 2004 au regard de différents services professionnels³ visant à

¹ Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

² Cette 3^e partie est sans incidence dans le cadre du présent avis et est négligée par la suite.

³ A ce sujet, voir notamment, par ordre chronologique

- la communication de la Commission du 17 février 2004, Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales du 17.2.2004, COM(2004) 83 final

analyser les marchés afférents et à détecter les entraves éventuelles à la concurrence afin d'en assurer l'élimination dans l'intérêt des utilisateurs finaux de ces services.

La portée de la proposition de l'OAI

3. La proposition de l'OAI poursuit deux objectifs différents.

4. Le premier objectif résulte de l'argumentation présentée par l'OAI dans son courrier du 21 mars 2007 lorsque l'organisme prend pour point de départ les dispositions de l'article 8, paragraphe 1^{er} du projet de loi, aux termes duquel le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis est possible pour les services rémunérés suivant un barème officiel. En suggérant d'instituer un tel barème pour les prestations d'architecte et d'ingénieur, la proposition de l'OAI cherche à créer les conditions légales pour pouvoir soumettre les marchés publics relatifs à de telles prestations à la procédure restreinte (sans publication d'avis) et à les soustraire aux modes de passation usuels que sont la procédure ouverte et la procédure restreinte (avec publication d'avis) qui comportent une mise en concurrence des prestataires concernés.

5. Le second objectif se révèle au détour d'un raisonnement autour de la base légale suggérée à l'appui de la proposition. Dans la mesure où la justification de la proposition prend appui sur la règle dérogatoire de l'article 8, paragraphe 1^{er}, elle s'inscrit dans le champ d'application limité visé par cet article 8, à savoir les marchés publics régis par le livre 1^{er}, inférieurs à certains seuils. Prenant appui sur cette disposition dérogatoire au champ d'application limité, la proposition de l'OAI devrait normalement se limiter au livre 1^{er}, sans chercher à soustraire les marchés publics visés par le livre 2, supérieurs à ces seuils, aux procédures ouvertes, puisqu'aucune dérogation prenant appui sur l'existence de barèmes n'est pas prévue dans ce cadre.

Or, la proposition de l'OAI vise à voir insérer une disposition complémentaire à la fin du livre 2, auquel la disposition dérogatoire de l'article 8 est cependant étrangère. Dès lors, le Conseil s'interroge sur les raisons de cette démarche visant à insérer une disposition nouvelle à un endroit a priori inapproprié.

Une explication pourrait être que l'OAI n'a pas perçu la différence essentielle entre les livres 1^{er} et 2 du projet de loi. Il conviendrait alors de redresser cette erreur et d'insérer la proposition de l'OAI, si elle devait être retenue, dans le cadre limité du livre 1^{er} dans lequel elle pourrait trouver à s'appliquer.

-
- le rapport du Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence du 15 avril 2005 sur le secteur des professions libérales
 - la communication de la commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 5 septembre 2005, Services professionnels – Poursuivre la réforme, Suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, COM(2004) 83, du 9 février 2004, COM(2005) 405 final
 - la résolution du Parlement européen du 12 octobre 2006 sur le suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales

Une seconde explication peut résider dans le fait que la démarche de l'OAI n'a pas uniquement pour objectif de voir soustraire les seuls marchés publics visés au livre 1^{er} aux procédures ouvertes, mais qu'elle cherche à réaliser un second objectif aux implications plus fondamentales, dépassant le cadre des procédures de passation des marchés publics pour déborder sur la réglementation des professions d'architecte et d'ingénieur. Ainsi, en suggérant de créer un barème des honoraires des architectes et ingénieurs dans les relations de ceux-ci avec les pouvoirs adjudicateurs publics, la proposition de l'OAI chercherait à soustraire les modes de fixation des honoraires de ces professions au jeu normal des lois du marché et à y substituer un mode de fixation forfaitaire uniformément applicable dans tous les cas de figure, sans égard aux situations particulières.

La philosophie générale de la proposition de l'OAI

6. Les deux objectifs poursuivis par la proposition de l'OAI vont à l'encontre des principes qui sous-tendent les deux législations fondamentales qui interviennent dans ce cadre.

7. La législation sur les marchés publics telle qu'issue de la loi du 30 juin 2003 est basée sur les nécessités d'assurer la bonne gestion des finances publiques, l'égalité de traitement entre opérateurs et la mise en concurrence par l'ouverture des marchés. Le projet de loi N° 5655 ne remet pas en cause cette orientation fondamentale. En pratique, celle-ci se manifeste par l'obligation de recourir en principe à des modes ouverts de passation des marchés publics : procédure ouverte dans le livre 1^{er}, procédure ouverte ou procédure restreinte avec publication d'avis dans le livre 2⁴. Les modes restreints ou fermés (procédure restreinte avec ou sans publication d'avis dans le livre 1^{er}, procédure négociée et dialogue compétitif dans le livre 2) ne sont permis que dans certains cas de figure limitativement énumérés et le recours à ces modes doit en principe être spécialement motivé par le pouvoir adjudicateur⁵.

Le principe sous-jacent à l'organisation des marchés publics consiste donc à ouvrir le plus largement possible la participation des entreprises aux procédures de passation des

⁴ L'article 37 du projet de loi ne mentionne que la procédure restreinte, sans autre spécification, mais il résulte de la définition donnée à l'article 10, point b qu'il s'agit de la procédure restreinte avec publication d'avis.

⁵ Il est exact que dans ce cadre, tant la directive 2004/18/CE (article 30, paragraphe 1, point c) que la projet de loi (article 39, paragraphe 1, point c) contiennent une référence expresse aux prestations des architectes et ingénieurs lorsqu'il est prévu qu'il peut être recouru aux marchés négociés avec publication d'avis de marché sous certaines conditions pour des prestations intellectuelles, « telles que la conception d'ouvrage ». Mais ce recours est soumis à conditions (les procédures ouverte et restreinte ne peuvent être normalement appliquées), il faut néanmoins un appel à la concurrence par le biais d'un avis de marché et ces dispositions ne permettent pas le recours à l'établissement d'un barème. Il ne peut donc être affirmé que cette dérogation ponctuelle puisse être considérée comme mettant en cause l'application de la philosophie générale de la réglementation des marchés publics aux prestations des architectes et ingénieurs.

marchés publics. La proposition de l'OAI cherche à réaliser, pour ce qui concerne les deux professions dont elle défend les intérêts, à réaliser l'objectif inverse : en proposant de créer un barème pour leurs prestations, l'OAI demande à voir soumettre ces services aux dispositions exceptionnelles permettant le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis.

La disposition dérogatoire de l'article 8, point i du projet de loi a certainement sa raison d'être, en ce qu'il peut paraître superflu de mettre en concurrence des prestataires qui ne peuvent pas se concurrencer sur les prix en raison de l'existence d'un barème. Mais la possibilité de recourir à une procédure restreinte n'est que la conséquence de la préexistence d'un barème qui est institué dans un autre cadre et qui se justifie par d'autres nécessités. Par sa démarche, l'OAI entend inverser la démarche voulue par la loi sur les marchés publics : au lieu de faire constater que les prestations de service en question sont soumises à un barème et partant échappent au régime général de cette loi, l'OAI entend voir créer un tel barème en vue de les faire échapper au régime général de la loi.

8. En raisonnant ainsi à l'envers et en inversant les prémisses de la réflexion, la proposition de l'OAI visant à créer les conditions légales pour soustraire les prestations des architectes et ingénieurs aux modes de passation normaux des marchés publics ne cadre pas avec la philosophie générale de la loi actuelle et du projet de loi et ne peut y trouver de justifications.

9. Ce constat n'empêche pas que l'existence d'un barème dans le cadre des marchés publics puisse se justifier par des considérations autres que celles résultant de la seule intention de soustraire les prestations d'architecte et d'ingénieur au jeu normal des règles des marchés publics, ce qu'il importe de vérifier à un second stade.

La démarche de l'OAI amène ainsi à s'interroger sur l'utilité/la nécessité d'un barème d'honoraires pour les prestations des deux professions dans le cadre des marchés publics.

Dans sa proposition, l'OAI procède par voie d'affirmation générale en soutenant qu'il serait dans l'intérêt public d'établir un tel barème. Dans d'autres enceintes, l'OAI explique plus en avant que la détermination préalable des honoraires de ses membres serait nécessaire pour assurer la qualité de leur travail et leur indépendance professionnelle, laquelle serait un prérequis pour assurer qu'ils agissent exclusivement dans l'intérêt de leurs clients, sans être soumis à des pressions ou contraintes financières qui les amèneraient à mettre en avant d'autres intérêts. Ce caractère d'intérêt public résulterait encore de la nécessité d'assurer une relation harmonieuse entre la construction immobilière et l'environnement social et naturel dans lequel vivent et travaillent les hommes.

10. Si on peut admettre que les services fournis par les architectes et ingénieurs ont une certaine influence sur la vie en société, aucun élément d'appréciation objectif ne permet cependant de confirmer l'affirmation sous-jacente que la fixation uniforme des honoraires, et partant l'exclusion de toute concurrence par les prix, serait un moyen, ou le meilleur moyen, pour assurer que ces services soient fournis au mieux.

Il résulte au contraire de la recherche économique que la concurrence est un moteur puissant d'innovation, de qualité et de maîtrise des coûts : en exigeant de la part des opérateurs qu'ils se positionnent constamment par rapport à l'évolution de leur environnement et de leurs concurrents, le libre jeu de la concurrence entraîne le dynamisme de toute activité économique.

11. Pour cette raison, l'idée de la libre concurrence se trouve à la base non seulement de la loi sur les marchés publics, mais aussi de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence qui fixe comme principe général que les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Cette règle à valeur législative peut être contredite dans un secteur déterminé par une autre norme à valeur législative. De même, ce principe souffre par cette loi même des exceptions (produits pétroliers, produits pharmaceutiques, taxis), ainsi que la possibilité d'interventions par voie de règlement grand-ducal dans le jeu de la fixation des prix en cas de problèmes structurels ou conjoncturels. Mais ces exceptions doivent être d'interprétation stricte afin d'éviter que la substance de l'idée de base ne soit entamée.

Or, la proposition de l'OAI revient à soustraire toute l'activité des deux professions concernées aux contraintes qu'exercent les forces du marché à travers le prix.

12. La fixation d'honoraires par voie de barème uniforme exclut par ailleurs les pouvoirs adjudicateurs des bénéfices du jeu de la concurrence, alors que chaque opérateur économique offre le même service au même prix, indépendamment de sa structure de coût, de la qualité réelle de son travail, de son expérience, de son engagement et de sa renommée.

13. Le Conseil de la concurrence estime donc qu'il n'existe pas de justification pouvant conduire à soustraire, par l'adoption d'un barème, les activités déployées par les architectes et ingénieurs dans les marchés publics au jeu des règles du marché et de la concurrence.

14. Dans le cadre de l'appréciation de la proposition de l'OAI, il appartient à l'autorité politique compétente d'évaluer le poids des différents intérêts en présence et d'en faire la balance. A cet effet, il faut encore tenir compte de certains éléments juridiques qui sont développés ci-après.

La légalité du procédé proposé par l'OAI au regard du droit national

15. La disposition de l'article 2, paragraphe 1^{er} de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, énonçant le principe de la libre détermination du prix par le jeu de la concurrence, a valeur législative et peut être renversée dans un secteur particulier par une

autre norme ayant la même valeur. Juridiquement, il semble donc possible qu'une loi spéciale déroge à la loi générale de 2004.

Toutefois, la dérogation doit avoir valeur législative. Tel n'est pas le cas dans la proposition faite par l'OAI, qui se borne à prévoir la possibilité de contrats-type comportant le barème officiel, la détermination du contenu de ce barème étant laissé à l'appréciation du pouvoir adjudicateur.

Le Conseil estime qu'un barème adopté par une administration étatique, une commune, un établissement public, ... selon la procédure et dans les conditions préconisées par l'OAI ne revêt pas le caractère d'une norme législative et ne peut donc déroger à la loi de 2004.

16. Il pourrait être soutenu que le barème serait établi sur base d'une délégation de pouvoir opérée par le législateur et participerait dès lors à la force législative. Pareil argument ferait toutefois abstraction de la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle qui décide que l'article 36 de la Constitution interdit de déléguer le pouvoir d'exécution d'une loi à une autre autorité que le Grand-Duc.

Si la proposition de l'OAI doit être comprise comme visant à abandonner la mise en œuvre de la loi, en ce qui concerne la détermination du contenu du barème, à une autorité autre que le Grand-Duc, elle se heurterait à un obstacle constitutionnel.

17. Pour compléter ce volet, il faut encore souligner que la loi ne peut pas se borner à confier les modalités de sa mise en œuvre à une autorité administrative, mais que le législateur doit fixer à celle-ci un cadre délimitant sa marge de manœuvre.

Dans la mesure où la proposition de l'OAI entend voir déléguer le pouvoir de fixer le barème à des autorités administratives, sans que la loi ne fixe le cadre général et les critères par rapport auxquels celles-ci doivent s'orienter pour établir ce barème, elle ne rencontre pas l'exigence de délimitation du pouvoir d'appréciation de l'administration.

L'incidence du droit communautaire

18. Dans son courrier du 21 mars 2007, l'OAI relève que les arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans les affaires Arduino (CJCE 19 février 2002, C-35/99) et Cipolla-Macrino (CJCE 5 décembre 2006, C-94/04 et C-202/04) permettraient sous certaines conditions l'adoption de barèmes applicables aux professions libérales.

Ces arrêts retiennent effectivement cette solution, à condition que le barème soit réellement le fruit de l'action étatique, en ce sens que la décision finale de donner au barème tel ou tel contenu doit appartenir à l'autorité publique. Il résulte toutefois aussi de ces arrêts que si l'Etat délègue le pouvoir de fixer le contenu d'un barème à un organisme

professionnel en favorisant ainsi la création ou le renforcement d'une pratique anticoncurrentielle, l'Etat engage sa responsabilité au niveau communautaire, puisqu'il est tenu en vertu du devoir de coopération découlant de l'article 10 du traité instituant les Communautés Européennes d'assurer la pleine mise en œuvre notamment du droit de la concurrence découlant des articles 81 et 82 du Traité (voir notamment considérant N° 46 de l'arrêt Cipolla-Macrino).

Le Conseil en retient que l'Etat doit veiller à la procédure qu'il met en œuvre pour l'établissement d'un éventuel barème. A cet égard, la proposition de l'OAI, qui mélange un vocabulaire emprunté du pouvoir d'autorité (« le pouvoir adjudicateur ... peut établir ... ») avec un vocabulaire emprunté à la liberté contractuelle (« ... un contrat-type ... ») mérite pour le moins une clarification quant à la procédure à mettre en œuvre.

Par ailleurs, il n'est pas certain qu'une règle générale, déléguant le pouvoir de fixer le barème à tout pouvoir adjudicateur quelconque, rencontre les exigences formulées par la Cour.

19. Les références de l'OAI à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes passent par ailleurs sous silence le deuxième aspect abordé par l'arrêt Cipolla-Macrino, en ce que la Cour avait aussi été interrogée sur la compatibilité d'une réglementation établissant un barème d'honoraires avec les principes régissant la libre prestation de services. Sur ce point, la Cour retient qu'une réglementation fixant des tarifs minima sans possibilité de dérogation constitue une restriction à la libre prestation de service (points 55 à 60), qui peut toutefois être justifiée par des considérations d'intérêt général à la double condition que la mesure en question soit de nature à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (points 61 à 64). La Cour fournit encore quelques éléments d'appréciation à prendre en compte dans le cadre de ce test de proportionnalité, qui comporte notamment une vérification de l'incidence réelle d'un barème sur la qualité des prestations, de l'asymétrie d'information et d'autres mécanismes (règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité) aptes à garantir la réalisation du résultat recherché (points 65 à 69).

Le Conseil relève par conséquent que la mise en place d'un barème d'honoraires pour les architectes et ingénieurs comporte un risque de responsabilité de l'Etat au niveau communautaire au regard du respect du principe de libre prestation de services. L'ampleur de ce risque est fonction du contenu d'une éventuelle réglementation et de l'appréciation des justifications objectives à fournir dans le cadre du test de proportionnalité. Dans ce cadre, le Conseil soulève la question de savoir si un régime suffisamment strict et dissuasif permettant de mettre effectivement en cause la responsabilité déontologique et civile, et le cas échéant pénale, des architectes et ingénieurs ne serait pas suffisant pour garantir que les professionnels exécutent des prestations conformes aux règles de l'art.

Conclusion

20. Le Conseil de la concurrence estime que les principes fondamentaux applicables aux procédures de passation des marchés et au droit de la concurrence s'opposent à ce que la rémunération des architectes et des ingénieurs soit fixée par voie de barème officiel, que ce soit d'une façon générale ou pour les seuls besoins des procédures de passation des marchés publics.

Si pour des motifs tenant à des considérations tirées d'autres domaines juridiques, économiques, politiques ou sociaux il devait être considéré que l'établissement d'un tel barème était nécessaire, il conviendra d'abord de vérifier si ces motifs sont suffisamment puissants pour résister à un examen de proportionnalité au regard du principe communautaire de libre prestation de services et ensuite d'aménager la procédure d'établissement de telle façon à ce que les exigences du droit constitutionnel et du droit administratif luxembourgeois soient respectées.

Ainsi délibéré et avisé à Luxembourg en date du 21 septembre 2007.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller