

Projet de loi N° 6795 portant modification de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur - conseil

Avis du Conseil de la concurrence

N°2015-AV-02

(17-12-2015)

1. Contexte général

Le Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») a eu connaissance du projet de loi N° 6795 portant modification de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur – conseil. Dans la première et deuxième partie de l'exposé des motifs sommaire dudit projet il est rappelé que :

« suite au vote de la loi du 2 décembre 2011, règlementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, et de la loi du 28 juillet 2011 portant modification de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, il s'est avéré nécessaire d'actualiser la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur – conseil afin de tenir compte des professions nouvellement créées et de leur intégration au sein de l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs – Conseils.

Cette mise à jour permet également de simplifier et de clarifier certaines procédures administratives et de résoudre des incohérences qui sont apparues dans la mise en pratique de cette loi au cours des 24 années passés depuis son entrée en vigueur.»

Par dépêche du 11 mars 2015, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi en objet après avoir consulté la Chambre de commerce, la Chambre des métiers et l'Ordre des architectes et ingénieurs – conseils (ci-après : « l'OAI »).

Aux termes de l'article 29 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « la loi du 23 octobre 2011 ») le Conseil détient une mission consultative qui est libellée de la manière suivante :

« Art. 29. Missions consultatives

Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence.

Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement

1) portant modification ou application de la présente loi;

2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet:

a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives;

b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones;

c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévues par d'autres lois ou règlements. »

Le Conseil rend son avis de sa propre initiative, conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article 29 de la loi du 23 octobre 2011.

Le Conseil note que la mission consultative constitue un instrument essentiel pour toute autorité de concurrence puisqu'elle complète son action répressive et corrective contre les comportements anticoncurrentiels des entreprises par un puissant moyen de contrôle a priori de la compatibilité des projets de loi et de règlements avec les principes de libre concurrence. De plus, ses avis participent aussi à la politique de communication du Conseil sur les avantages que la concurrence apporte à la compétitivité de l'économie nationale et à la défense des consommateurs. Le Conseil, malgré ses moyens modestes, n'a que récemment instauré un suivi systématique de tous les projets de normes légales et réglementaires qui sont introduits dans la procédure législative et réglementaire pour détecter d'éventuels écarts au jeu de la concurrence. Une telle « veille » ne serait d'ailleurs pas nécessaire si l'article 29 précité était régulièrement appliqué.

Le Conseil s'interroge enfin sur la validité des lois et règlements pris en l'absence d'une consultation obligatoire au sens de l'article 29, 2^e alinéa de la loi du 23 octobre 2011. Est-il concevable que la Chambre des députés adopte des normes législatives au mépris des règles consultatives qu'elle a elle-même instaurées ? La question de la validité des normes se pose avec plus d'acuité encore dans le cas de l'adoption d'un règlement grand-ducal au mépris d'une norme législative, hiérarchiquement supérieure au règlement. Le Conseil ignore quelle sera la réponse des Cour et Tribunaux face à un incident de procédure de ce type soulevé par un plaideur à l'occasion d'un litige porté devant eux.

2. Commentaires du projet

Le projet de loi est composé d'un article unique qui modifie à plusieurs endroits la loi du 15 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil. Y est annexé un projet de loi coordonné qui présente quatre Titres, à savoir le Titre I – *Des fonctions, des droits et obligations professionnelles des membres de l'OAI*, le Titre II – *De l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs – Conseils (OAI)*, le Titre III – *De la discipline et de la procédure en matière disciplinaire* et le Titre IV – *Dispositions abrogatoires et modificatives*. Pour faciliter la lecture de l'avis et pour éviter que le lecteur doit à chaque fois replacer les dispositions modificatives dans le contexte de la loi de base, le Conseil se réfère dans son avis aux articles du projet de loi coordonné.

Au titre I sont insérés trois nouveaux intitulés, à savoir le Chapitre 1 - *Les professions OAI*, le Chapitre 2 – *Du recours aux architectes et aux ingénieurs – conseils* et le Chapitre 3 – *Des droits et devoirs professionnels*. Au titre II sont insérés deux nouveaux intitulés, à savoir le Chapitre 1 – *Des attributions et missions de l'OAI*, et le Chapitre 2 – *Des organes et fonctionnement de l'OAI*. Au Titre III sont aussi insérés deux nouveaux intitulés, à savoir le Chapitre 1 – *Le Conseil de discipline et la procédure en matière disciplinaire*, et le Chapitre 2 – *Les règles déontologiques*, ce dernier Chapitre remplaçant le Chapitre intitulé « Disposition transitoire » qui fait partie dans la loi en projet du nouvel Titre IV.

S'agissant des articles 1 à 3 du Titre I, Chapitre 1, qui décrivent les différentes professions OAI soumises au présent projet de loi et celles qui ne sont pas soumises au présent projet de loi, le Conseil n'a pas de remarques à faire. Il en va de même également des articles 6 à 6 ter du Titre I, Chapitre 3, qui décrivent les différents droits et obligations des membres de l'OAI.

En ce qui concerne le Titre I, Chapitre 2 (articles 4 et 5), l'article 4, paragraphe 2, deuxième alinéa, dispose que : « *Le contrôle de l'exécution des travaux, sinon tout au moins la réalisation des plans d'exécution doivent¹ également être confiés à un architecte*

¹ Souligné par le Conseil

établi ». Or, le Conseil considère qu'une telle disposition limite le choix du consommateur en ce qui concerne le contrôle de l'exécution des travaux de construction. Il rejoint sur ce point les avis du Conseil d'Etat et de la Chambre des Métiers, cette dernière ayant fait observer qu'une telle disposition « *ampute le consommateur d'un choix en la matière [et qu'il serait] injustifié que la latitude aujourd'hui laissée au client de confier ses tâches à un architecte, soit à un entrepreneur de construction, lui soit retirée* ». Le Conseil propose donc de supprimer l'article 4, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la loi sous projet.

S'agissant des articles 7 à 8bis (Titre II, Chapitre 1) du projet de loi le Conseil n'a pas de remarques à faire à l'exception de l'article 7bis qui impose à tout professionnel l'inscription à l'OAI une fois obtenue d'autorisation d'établissement, aux sens de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales. De l'avis du Conseil, l'inscription de l'OAI n'est pas en soi problématique, mais elle doit être automatique à la suite de l'obtention de l'autorisation d'établissement. A défaut de quoi, cette inscription équivaut à un second agrément que l'OAI ne devrait pas être autorisé à octroyer.

Le Conseil estime que cette inscription ne saurait concerner que les personnes physiques ou morales ressortant des professions OAI établies au Grand-Duché et non pas celles qui exercent ces professions en libre prestation de service.

Le Conseil n'a pas non plus de remarques à faire pour les articles 9 à 34 (Titre II, Chapitre 2 – articles 9 à 19, et Titre III, Chapitre 1 – articles 20 à 34) du projet de loi qui décrivent les différents organes de l'OAI (le Conseil de l'Ordre, l'assemblée générale et le Conseil de discipline) et leur mode de fonctionnement.

En ce qui concerne le Titre III, Chapitre 2 (articles 35 à 43), le projet intègre dans la loi des dispositions déontologiques qui auparavant étaient inscrites dans un règlement grand-ducal. Le Conseil approuve l'idée du projet de faire figurer un chapitre sur la déontologie dans la loi.

S'agissant de règles régissant une profession dont le libre exercice est garanti par l'article 11(6) de la Constitution, il paraît logique de les inscrire dans une loi, comme c'est prévu dans le texte avisé, plutôt que dans un règlement grand-ducal. La plupart de ces règles trouvent l'assentiment du Conseil car elles assurent l'indépendance et l'honorabilité de la profession. Le Conseil s'insurge cependant contre l'article 40, 2^e alinéa, du projet de loi qui soustrait la profession à la concurrence sur les prix et qui dispose que « *les membres des professions doivent s'abstenir d'organiser ou de participer à des appels d'offres publics ou privés visant à les mettre en concurrence sur le prix de leurs prestations.* »

Le Conseil rappelle que suite à des engagements lui parvenus par l'OAI, ce dernier a dû abandonner les barèmes d'honoraires des professions OAI pour les contrats du secteur privé à la suite de la décision du Conseil N° 2014-E-02 du 5 février 2014. Cette décision

ne concerne certes pas les marchés publics. Cependant, le Conseil a aussi déjà eu à se prononcer sur les barèmes d'honoraires appliqués dans le secteur public dans le cadre du projet de loi N° 5655 sur les marchés publics devenu la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Dans son avis N° 2007-AV-01 du 21 septembre 2007, le Conseil avait conclu 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 officielle, que ce soit de façon générale ou pour les seuls besoins des procédures de passation des marchés publics* ».

Le Conseil constate que la pratique des barèmes des honoraires continue de faire partie des contrats-types applicables pour les constructions des maîtres d'ouvrages étatiques. Ces barèmes fixent différents taux de pourcentage pour les honoraires par rapport à la valeur des marchés et en fonction de différents types de constructions. Outre ces taux proportionnels, l'OAI publie sur son site le tableau régulièrement mis à jour des taux horaires pour travaux en régie approuvés par l'Etat pour les contrats publics.

C'est cette pratique que les auteurs du projet de loi souhaitent maintenant ériger en principe légal par la formulation de l'article 40, second alinéa, à savoir la soustraction des professions OAI à la concurrence sur les prix notamment pour les ouvrages publics.

Le Conseil désapprouve l'article 40, 2^e alinéa, pour les raisons suivantes :

- 1) L'article 2 de la loi du 23 octobre 2011 dispose que « les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». Dans l'économie de marché, le principe de concurrence est la règle de jeu fondamentale qui garantit l'innovation, la qualité, et la maîtrise des coûts, indispensable dans la poursuite de l'intérêt général. 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. Des exceptions à cette règle sont possibles et sont mêmes prévues dans la loi du 23 octobre 2011, mais elles doivent être justifiées, notamment lorsque, dans un marché spécifique, des problèmes structurels ou conjoncturels empêchent la formation de prix d'équilibre. Certaines politiques sectorielles peuvent également prévoir des exceptions à la liberté des prix. Il en est ainsi notamment pour les produits pharmaceutiques pour des raisons de politique de sécurité sociale ou pour les produits pétroliers, sans doute en raison de la fiscalité.

Le Conseil ne voit cependant aucune justification pour l'élimination de la concurrence dans le domaine de la construction. Dans son avis du 21 septembre 2007 précité qui garde toute sa valeur, le Conseil a déjà réfuté l'argumentation de l'OAI selon laquelle « *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 lesquels vivent 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 prix, 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 ».²

- 2) La libre concurrence est encore l'idée maîtresse à la base de la législation sur les marchés publics pour assurer la bonne gestion des finances publiques. Le Conseil se permet de citer une nouvelle fois son avis du 21 septembre 2007 : « 12. La fixation d'honoraires par voie de barème uniforme exclut (...) les pouvoirs adjudicateurs des bénéficiaires 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 de son travail, de son expérience, de son engagement et de sa renommée ». Le Conseil déplore qu'en période de rigueur budgétaire, les pouvoirs publics se privent ainsi d'une importante marge pour économiser des ressources budgétaires.
- 3) L'article 40, 2^e alinéa, de la loi risque fort d'être contraire à la directive européenne du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. C'est ici que les objectifs de la libre concurrence et du marché unique se recourent. L'article 15, 2^e paragraphe de cette importante directive dispose en effet que « les États membres examinent si leur système juridique subordonne l'accès à une activité de service ou son exercice au respect de l'une des exigences (...) suivantes: (...)

g) les tarifs obligatoires minimum et/ou maximum que doit respecter le prestataire »

Pour évaluer si cette exigence de prix uniformes est conforme ou non à la « directive services », les Etats doivent la soumettre à un triple test de conformité tel que prévu au 3^e paragraphe de l'article 15 de la directive en question : « 3. Les États membres vérifient que les exigences visées au paragraphe 2 remplissent les conditions suivantes:

² Avis du Conseil du 21 septembre.

a) non-discrimination: les exigences ne sont pas directement ou indirectement discriminatoires en fonction de la nationalité ou, en ce qui concerne les sociétés, de l'emplacement de leur siège statutaire;

b) nécessité: les exigences sont justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général;

c) proportionnalité: les exigences doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi, ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et d'autres mesures moins contraignantes ne doivent pas permettre d'atteindre le même résultat ».

Pour les motifs évoqués plus haut dans le présent avis, le Conseil est d'avis qu'au moins les deux dernières conditions ne sont pas remplies par le régime de prix uniformes. En effet, ce régime ne répond pas à une raison impérieuse d'intérêt général alors même qu'au contraire il s'oppose à l'intérêt général dans la mesure où il est susceptible de renchérir les services d'architecture.

S'agissant des autres dispositions du Titre III, Chapitre 2, et du Titre IV (articles 44 et 45) de la loi sous projet, le Conseil n'a pas de remarques à faire, ces dispositions traitant de mesures abrogatoires et modificatives.

3. Conclusion

Au vu de ce qui précède, et fidèle à sa décision N° 2014-E-02 du 5 février 2014 et à son avis N° 2007-AV-01 du 21 septembre 2007, le Conseil est opposé au projet de loi sous avis.

Ainsi délibéré et avisé en date du 17 décembre 2015.



Pierre Rauchs

Président



Marc Feyereisen

Conseiller



Mattia Melloni

Conseiller



Jean-Claude Weidert

Conseiller