

---

# L'affaire des barèmes d'honoraires dans les marchés publics de maîtrise d'œuvre

REVUE COMPLEMENT CONTRATS PUBLICS - N° 218 - Mars 2021

---

## Dossier - La commande publique face aux pratiques anticoncurrentielles

Cour d'appel de Paris 15 octobre 2020, n° 19/18632

### Simon Daboussy

*Avocat associé – Adden avocats Méditerranée*

### Auberi Gaudon

*Avocat senior – Adden avocats Méditerranée*

Le 30 septembre 2019, l'Autorité de la concurrence sanctionnait à hauteur d'1,5 million d'euros les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'Ordre des architectes notamment, dans le domaine des marchés publics de maîtrise d'œuvre. Si la cour d'appel de Paris considère que l'analyse à laquelle s'est livrée l'Autorité ne permettait pas de justifier le montant retenu, le raisonnement suivi par le juge judiciaire aboutit finalement à infliger à l'Ordre une sanction d'un montant identique.

La profession d'architecte est réglementée par la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture qui en définit les conditions d'exercice et institue un Ordre ayant notamment pour mission de veiller à la bonne application de son Code de déontologie. Ce code, en vigueur depuis le 25 mars 1980, dispose notamment que « La concurrence entre confrères ne doit se fonder que sur la compétence et les services offerts aux clients. Sont considérées notamment comme des actes de concurrence déloyale prohibés :

- toute tentative d'appropriation ou de détournement de clientèle par la pratique de sous-évaluation trompeuse des opérations projetées et des prestations à fournir ;
- toute démarche ou entreprise de dénigrement tendant à supplanter un confrère dans une mission qui lui a été confiée » <sup>(1)</sup>.

La prohibition de la concurrence déloyale résultant de l'article 18 ne saurait cependant justifier que l'on entrave la liberté de prix dont jouissent les architectes dans l'exercice de leur activité depuis l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 <sup>(2)</sup>, et qui s'applique notamment en matière de marchés publics de maîtrise d'œuvre dans les conditions fixées par les articles L. 2432-1 et R. 2432-6 du Code de la commande publique.

C'est ce qu'il faut retenir d'une décision largement commentée du 30 septembre 2019 par laquelle l'Autorité de la concurrence a sanctionné l'Ordre des architectes à hauteur d'1,5 million d'euros et plusieurs professionnels pour lesquels la sanction s'est limitée à

un 1 euro symbolique, en raison de pratiques jugées anticoncurrentielles auxquelles ils s'étaient livrés entre 2013 et 2016 dans le cadre de la passation de marchés publics de maîtrise d'œuvre. En application des articles L. 420-7 et R. 420-5 du Code de commerce, le recours formé à l'encontre de cette décision relevait de la compétence de la cour d'appel de Paris. C'est ainsi que cette juridiction s'est trouvée saisie de la décision contestée en tous points par l'Ordre des architectes et l'un des professionnels sanctionnés à titre individuel.

Au terme d'un arrêt fourni de cinquante pages, la cour d'appel rejette l'essentiel de l'argumentaire développé par les requérants à l'encontre de la décision et confirme ainsi l'analyse de l'Autorité de la concurrence, à l'exception de l'appréciation de la sanction infligée à l'Ordre dont elle censure le manque de précisions et de justifications.

## **La censure des pratiques anticoncurrentielles commises par l'Ordre des architectes**

La saisine de l'Autorité de la concurrence avait pour origine une série de pratiques commises par l'Ordre des architectes et certains de ses membres en matière de marchés publics de maîtrise d'œuvre. Étaient plus précisément incriminés le Conseil national de l'Ordre des architectes ainsi que quatre conseils régionaux de Provence Alpes Côte d'Azur, Occitanie, Hauts-de-France et Centre Val de Loire. Plusieurs professionnels, à savoir une association d'architectes, des sociétés d'architectes et des architectes exerçant à titre individuel étaient également mis en cause.

Les griefs formulés à leur encontre consistaient :

- d'une part, à avoir diffusé auprès des membres de la profession, sous la forme de supports de communication institutionnelle propres à chaque conseil régional, des consignes relatives à la méthode de calcul des honoraires à appliquer lors de leur soumission à des marchés publics de maîtrise d'œuvre. Pour ce faire, l'Ordre avait présenté le guide élaboré par la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP) à destination des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre <sup>(3)</sup> comme une référence obligatoire pour déterminer le montant d'honoraires devant être proposé par les architectes soumissionnaires ;
- d'autre part, à avoir institutionnalisé une forme de police des prix, en confiant à des commissions spécialisées au sein de l'Ordre le soin d'identifier les architectes qui ne respecteraient pas les barèmes résultant de l'application du guide de la MIQCP en proposant des honoraires inférieurs afin que ceux-ci puissent être convoqués par les instances représentatives, et au besoin poursuivis devant les chambres de discipline. S'agissant des architectes directement mis en cause dont seul l'un avait exercé un recours devant la cour d'appel, les autres préférant probablement éviter d'être à nouveau exposés, il leur était plus spécifiquement reproché de s'être livré à la dénonciation de leurs confrères réfractaires et d'avoir participé activement à la diffusion des consignes émanant de l'Ordre. Le Conseil national de l'Ordre était quant à lui allé jusqu'à diffuser un modèle de saisine de la chambre de discipline à utiliser en cas d'allégation de concurrence déloyale. Cette surveillance des architectes répondant aux consultations de maîtrise d'œuvre lancées par les collectivités publiques s'était doublée d'une intervention directe auprès des maîtres d'ouvrage publics. L'Ordre s'était permis de mettre en garde les maîtres d'ouvrage contre le choix de l'offre la moins-disante

lorsque celle-ci était en-deçà du plancher d'honoraires résultant du guide de la MIQCP et présenté comme référence. L'alerte portait alors sur le risque résultant du choix de l'attributaire quant à la qualité de l'ouvrage à construire mais s'apparentait également, selon les maîtres d'ouvrage interrogés, à une forme de pression quant à l'engagement de procédures juridictionnelles visant à l'annulation de la procédure de passation.

La cour d'appel prend le soin de rappeler à plusieurs reprises que l'argumentation développée par l'Ordre au soutien de sa position était fondée sur les dispositions du Code de déontologie déjà évoquées mais surtout, et à tort, sur le principe de prohibition des offres anormalement basses figurant désormais aux articles L. 2152-5 et L. 2152-6 du Code de la commande publique <sup>(4)</sup>. En d'autres termes, l'Ordre s'immisçait ainsi directement dans la procédure de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre dont l'appréciation revient au seul maître d'ouvrage sous le contrôle du juge administratif, en érigeant de surcroît comme critère de qualification des offres anormalement basses une méthode de calcul du prix résultant d'un guide administratif dépourvu de toute valeur réglementaire.

Pour l'Autorité de la concurrence et la cour d'appel de Paris, de telles pratiques, dont elles ont constaté le caractère répété et abouti, étaient constitutives d'une décision d'association d'entreprises sur les prix prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

La solution ici rendue n'est pas étonnante au regard des agissements auxquels se sont livrés les entités mises en cause. Il est d'ailleurs intéressant de relever que la diffusion et l'imposition d'un barème par l'Ordre des architectes n'est pas inédite puisque celui-ci avait déjà été sanctionné par le Conseil de la concurrence en 1997 pour des faits en partie similaires. L'Ordre avait alors diffusé auprès de ses membres un tableau incitatif des taux usuels d'honoraires de la profession assorti d'une notice explicative, ce qui avait conduit le Conseil à lui infliger une amende de 200 000 francs, soit environ 40 000 euros <sup>(5)</sup>. L'Ordre des architectes belges a quant à lui également été sanctionné à hauteur de 100 000 euros par la Commission européenne pour avoir fixé et diffusé des barèmes d'honoraires minimaux <sup>(6)</sup>, celle-ci ayant alors pris le soin de rappeler la jurisprudence *Wouters* au terme de laquelle des mesures restrictives de concurrence peuvent quand même être admises si elles sont nécessaires au bon exercice de la profession <sup>(7)</sup>. C'est donc vraisemblablement sans considération de ces précédents que l'Ordre s'est de nouveau permis de diffuser des barèmes d'honoraires à ses membres sous la forme de consignes et sous couvert du respect de la réglementation applicable aux marchés publics. Ajoutons que la circonstance que le tribunal administratif de Toulon, saisi en référé contractuel dans le cadre d'un marché de maîtrise d'œuvre pour lequel l'Ordre était intervenu, ait jugé en août 2014 qu'« aucune disposition légale ou réglementaire ne prévoit que le montant d'un marché public (...) doit être déterminé par référence au guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics (...) qui n'a pas de valeur réglementaire » ne l'avait pas davantage alerté <sup>(8)</sup>.

Cette affaire n'est enfin pas sans rappeler une décision plus récente de la Commission européenne sanctionnant l'Ordre des pharmaciens français pour avoir notamment fixé des prix minimum pour les analyses de biologie médicale et poursuivi devant les instances de discipline ses membres refusant d'appliquer les consignes ainsi diffusées. L'Ordre avait alors écopé d'une amende de cinq millions d'euros <sup>(9)</sup>.

La confirmation par le juge judiciaire du caractère anticoncurrentiel des pratiques consistant à imposer des barèmes de prix au sein d'une profession réglementée sous

peine de poursuites disciplinaires de ses membres s'inscrit ainsi dans la continuité des décisions antérieures.

## **Une sanction pécuniaire importante fondée sur les ressources dont dispose l'Ordre des architectes et sur la gravité des pratiques**

En l'absence de remise en cause par la cour d'appel de l'illégalité des agissements au regard du droit de la concurrence, l'Ordre des architectes pouvait espérer obtenir une réduction de la sanction infligée par l'Autorité de la concurrence dont le montant s'élevait à 1,5 million d'euros. L'espoir fut toutefois de courte durée puisque même si la cour d'appel de Paris considère que l'analyse à laquelle s'est livrée l'Autorité ne permettait pas de justifier le montant retenu, le raisonnement suivi par le juge judiciaire aboutit finalement à infliger à l'Ordre une sanction d'un montant identique.

La question de savoir quelles entités devaient directement être poursuivies, puis condamnées, pouvait ici se poser dans la mesure où les pratiques étaient le fait de conseils régionaux mais également du conseil national. Fallait-il en conséquence évaluer la responsabilité de chacune et leur appliquer une sanction au prorata de leur part respective ? La cour refuse de procéder ainsi puisque comme elle le rappelle au début de sa décision, seul l'Ordre des architectes est doté par la loi du 3 janvier 1977 de la personnalité morale et de l'autonomie financière, le conseil national et les conseils régionaux n'étant que des démembrements de cet organisme représentatif.

Cela étant, en vertu de l'article L. 464-2 du Code de commerce : « Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. ». L'Autorité de la concurrence peut toutefois s'écarter des critères résultant de ce texte dans des circonstances particulières ou pour des raisons d'intérêt général qu'il lui appartient de justifier<sup>(10)</sup>. C'est ce à quoi elle avait procédé en l'espèce en raison du fait que l'Ordre ne se livrait pas lui-même à des prestations sur le marché affecté et qu'il existait de surcroît une grande disparité entre les opérateurs poursuivis du point de vue de leur nature et de leurs chiffres d'affaires. On rappellera en effet que certains architectes étaient mis en cause à titre individuel. La cour d'appel a cependant estimé que l'Autorité s'était contentée d'une justification sommaire de la sanction infligée et s'était ainsi abstenue de toute appréciation concrète, ce qui justifiait l'annulation de sa décision sur ce point seulement.

L'analyse à laquelle procède à son tour la cour d'appel pour déterminer la sanction à appliquer tient tout d'abord compte des ressources dont disposaient les quatre conseils régionaux impliqués ainsi que le conseil national de l'Ordre. Ces ressources, qui correspondent essentiellement aux cotisations professionnelles acquittées par les architectes membres des conseils régionaux concernés, s'élevaient à un peu plus de 8 millions d'euros. La cour considère ainsi qu'une sanction d'1,5 million d'euros est proportionnée au regard de ce critère. Si celle-ci peut paraître élevée puisqu'elle correspond à 20 % environ des ressources annuelles prises comme référence, il faut néanmoins préciser que le montant de 8,271 millions d'euros ne tenait pas compte de l'ensemble des cotisations ordinales dont dispose l'Ordre des architectes à travers les treize autres conseils régionaux ne faisant pas l'objet de poursuites.

Comme le lui impose l'article L. 464-2 du Code de commerce précité, la cour d'appel a ensuite tenu compte de la gravité des faits reprochés. Elle considère sur ce point que les pratiques en cause sont entachées d'une particulière gravité eu égard à la connaissance qu'avait nécessairement l'Ordre du principe de libre concurrence applicable tant aux honoraires fixés par les architectes qu'aux procédures de passation des marchés publics. La confusion entretenue à dessein par l'organisation entre l'application de ces règles et la fixation de prix planchers est ainsi particulièrement répréhensible. Parmi les motifs soulignés par la cour figurent également les conséquences des pratiques litigieuses sur les finances des maîtres d'ouvrage publics dont certains ont été conduits à annuler ou à relancer des procédures de passation de marchés de maîtrise d'œuvre la suite des pressions de l'Ordre en ce sens, alors que d'importants frais avaient déjà été engagés. Ce fut notamment le cas dans les Hauts-de-France où un office HLM avait résilié un accord-cadre et où une intercommunalité avait finalement choisi de relancer un jury de concours, tandis qu'une commune avait tout simplement abandonné son projet de construction d'un dojo. La cour a également pris soin de rappeler que l'Ordre ne pouvait ignorer qu'en diffusant des consignes tendant à l'application d'un barème sous couvert de lutter contre les offres anormalement basses, il portait directement atteinte au principe de liberté des prix auquel il lui appartient en principe veiller.

Le dernier critère à prendre en compte pour déterminer la sanction à appliquer, fondé sur le dommage causé à l'économie du fait des pratiques illégales, a conduit la cour à tenir compte du surcoût significatif pour les maîtres d'ouvrages consécutif à l'augmentation des honoraires de maîtrise d'œuvre proposés dans le cadre des marchés publics. En effet, l'application par les architectes des barèmes imposés avait nécessairement conduit à sélectionner des offres plus onéreuses et donc à dépenser davantage de deniers publics durant une période importante. Il en allait de même lorsque des nouvelles procédures de passation avait été engagées en raison du montant prétendument trop faible de l'attributaire initialement sélectionné. La cour, comme l'avait fait l'Autorité de la concurrence, retient néanmoins le fait que les barèmes imposés par l'Ordre n'étaient pas systématiquement respectés par les architectes, même si la diffusion d'un modèle de saisine de la chambre disciplinaire les y incitait fortement. La cour valide en conséquence l'existence d'un dommage certain à l'économie déjà retenue par l'Autorité de la concurrence du fait de l'ampleur des pratiques et de ses conséquences conjoncturelles sur le marché concerné.

N'ayant pas obtenu satisfaction devant la cour d'appel, l'Ordre des architectes a saisi la Cour de cassation d'un pourvoi. Cette affaire n'en est donc pas à son terme, ce d'autant plus que des pratiques similaires visant d'autres conseils régionaux de l'Ordre des architectes pourraient encore être signalées à l'Autorité de la concurrence, laquelle invitait d'ailleurs les architectes et les collectivités publiques à en signaler l'existence auprès de son rapporteur général dans son communiqué de presse relatif à la sanction infligée à l'Ordre <sup>(11)</sup>.

- 1) Code de déontologie des architectes, art. 18.
- 2) Le principe figure désormais à l'article L. 410-2 du Code de commerce.
- 3) Ce guide a été publié en 1994 et actualisé pour la dernière fois en octobre 2019 : ? [http://www.miqcp.gouv.fr/images/accueil/Guide\\_Remun\\_MOe\\_Web.pdf](http://www.miqcp.gouv.fr/images/accueil/Guide_Remun_MOe_Web.pdf)?
- 4) « Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. » « L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsque une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son

offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. ».

- 5) Conseil de la concurrence, décision n° 97-D-45 du 10 juin 1997.
- 6) Commission Européenne 24 juin 2004 Ordre des architectes belges, décision n° 38549.
- 7) CJUE 19 février 2002, Wouters, aff. C-309/99.
- 8) TA Toulon 21 août 2014, SARL Atelier de la rue Kléber, req. n° 1402845.
- 9) Commission européenne, 8 décembre 2010 Ordre national des pharmaciens, décision n° 39510.
- 10) Autorité de la concurrence, communiqué du 16 mai 2011.
- 11) ?<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-sanctionne-lordre-des-architectes-pour-entente.>?

---

**Mes annotations (0)**

---