

“LE MARCHÉ INTÉRIEUR COMPORTE UN ESPACE SANS FRONTIÈRES INTÉRIEURES dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités”¹.



Gilbert Ramus, Ch. ONM
Architecte – Commission juridique de l'Unsa
Administrateur de l'office général du bâtiment

NIVELLEMENT EUROPÉEN DES SERVICES

Prologue

On doit sans doute se féliciter que les signataires du Traité de Rome aient fermé les yeux sur l'absence totale de cohérence des situations juridiques, sociales, fiscales, réglementaires, culturelles, commerciales, techniques et normatives propres à chacun des pays de l'Union. On peut en effet penser que, sans cette cécité, l'Europe n'aurait jamais vu le jour.

1 – Soixante ans plus tard

Les six pays signataires du traité en 1957² s'étaient donné douze ans pour franchir un premier palier significatif.

Au bout de soixante ans, non seulement beaucoup de difficultés n'ont pas été résolues, mais la mise en œuvre de certaines décisions posent de nouveaux problèmes, comme par exemple la mise en œuvre de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 sur les travailleurs détachés, malgré divers aménagements et la directive 2014/67/UE du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE!

On n'oubliera pas que l'élargissement accéléré de six à vingt-huit pays a évidemment démultiplié les difficultés d'uniformisation, ou au moins d'harmonisation, de l'ensemble des règles de tous ces pays.

Ce qui est préoccupant, c'est que les commissaires européens et leurs fonctionnaires³ qui prônent l'idée que, quel que soit le domaine, les citoyens ne peuvent que gagner à l'élargissement de la concurrence, notamment sur les prix, veulent forcer la situation, et pour cela, ils sont prêts à niveler par le bas toutes les exigences que les pays soucieux de l'intérêt de leurs ressortissants ont mises en place.

Dans cette perspective, les acteurs de la Commission européenne rechignent à admettre :

- que tous les marchés ne sont pas de même nature,
- et que la spécificité de certains d'entre eux nécessite des règles particulières.

Il est donc important de démontrer que, lorsqu'il s'agit du cadre de vie, la mise en concurrence des professionnels œuvrant pour sa création justifie pleinement un encadrement approprié.

2 – Libre circulation et harmonisation des règles

2.1 – Les difficultés d'harmonisation ont d'abord des causes banales

Les citoyens ne manquent pas de pester contre les réglementations de leur propre pays⁴, mais ils y sont habitués : tout bouleversement de celles-ci imposées par l'Europe leur fait logiquement peur.

Quant aux ressortissants des autres pays, ils n'ont nulle envie de s'aligner sur le magma des règles françaises (notamment fiscales, sociales ou techniques).

On ajoutera que la diversité des langues (plus de vingt langues) complique les échanges, notamment pour certains services intellectuels.

1 } Cet extrait de l'article 26 du “Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne” (TFUE) reprend l'un des objectifs du traité de Rome (25 mars 1957) créant la Communauté économique européenne : art. 3.f : “...l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux”.

2 } L'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas.

3 } Sans être agressif, on peut quand même regretter que la plupart des fonctionnaires européens n'aient jamais exercé une activité dans laquelle ils auraient assumé une responsabilité personnelle pouvant porter sur leur propre patrimoine, et pourtant, ce sont eux qui “font le droit” pour les professionnels libéraux et autres PME et TPE!

4 } Mais les citoyens ne manquent pas d'en réclamer de nouvelles quand cela les arrange ou les aide : voir les mesures pour la construction de logements et maintenant pour les travaux écologiques sur l'existant.



2.2 – Les différences sectorielles

La difficulté d'harmonisation du capharnaüm réglementaire de 28 pays et le problème des langues ont posé de sérieux problèmes, mais de manière très différente selon les domaines.

La libre circulation des personnes fait partie des acquis.

Quand on y ajoute une assez bonne harmonisation des niveaux d'études (licence, master, doctorat), on comprend que les jeunes aient plébiscité "cette Europe là".⁵

La libre circulation des capitaux n'a guère posé problème parce que les entreprises et les professionnels concernés ont trouvé que l'harmonisation de leurs pratiques et de leurs sécurités leur était profitable, hélas, sans trop se soucier des intérêts des personnes.

La libre circulation des marchandises est plus difficile, parce que la plupart des produits engendrent des risques à l'usage ou à la consommation. Au prix d'un important travail d'harmonisation des exigences, des repères d'évaluation des performances et des pollutions, des informations et étiquetages essentiels, des garanties, etc, le "marché européen des marchandises" peut être jugé assez bien réussi.

C'est la libre circulation de certains services qui a posé et continue de poser le plus de problèmes.

Vu par les fonctionnaires européens, le terme "services" désigne énormément de "choses". Le mot "choses" est écrit à dessein, car comment qualifier d'un terme commun des prestations intellectuelles telles que la conception architecturale (qui est le ferment de l'enrichissement du patrimoine séculaire d'un pays), et une activité aussi éphémère et matérielle que le nettoyage des locaux⁶ ?

Il est pourtant facile de montrer qu'appliquer les mêmes règles à tous les "services" est un défi au bon sens.

3 – Les conditions d'une saine concurrence

Il est nécessaire d'expliquer pourquoi les qualités attendues des "Services d'architecture, d'ingénierie, d'aménagement urbain et d'architecture paysagère" (énumération de la directive 2004/18/CE, voir note 6) ne s'accrochent pas des pratiques les plus courantes pour le choix des prestataires et la conclusion de leurs marchés.

Trois conditions s'imposent généralement pour assurer l'efficacité et l'honnêteté des échanges :

- Une connaissance suffisante, avant de choisir son prestataire et de conclure un contrat, des services proposés, ce qui nécessite de savoir les décrire précisément sur la base de repères objectifs.
- La possibilité de sanctionner la mauvaise exécution du service objet du contrat, ce qui suppose qu'on dispose de critères quantifiables d'appréciation de la qualité des prestations.
- Les éventuels préjudices, à l'égard des tiers, d'une prestation médiocre.

On traitera ces trois conditions dans un ordre différent.

3.1 – L'irréversibilité éventuelle des conséquences d'un mauvais choix

Quelques grains de poussières en dépassement de la norme imposée à l'entreprise chargée du nettoyage des bureaux ne risquent pas d'affecter sérieusement l'activité des personnes utilisant lesdits locaux. Quant aux autres citoyens, ils ne risquent pas de pâtir de cette insuffisance de qualité.

A contrario, dans le domaine de l'architecture, un maître d'ouvrage qui se trompe dans le choix de ses maîtres d'œuvre en appliquant des critères inadéquats (tel que le prix le plus bas) risque d'en pâtir indéfiniment. Au-delà des difficultés d'exploitation du bâtiment, l'efficacité, voire la productivité de ses utilisateurs peuvent être affectées pendant des décennies.

Enfin, comme chaque ouvrage créé constitue un nouveau maillon du patrimoine construit d'un pays, tout bâtiment raté a des conséquences dommageables irréversibles pour la collectivité.

Qui osera encore dire que les mêmes règles peuvent être appliquées à tous les "services" ?

3.2 – La plus ou moins grande difficulté de définir l'objet du contrat

L'une des difficultés inhérentes aux "services" est qu'en général, au moment de la signature du contrat, l'objet même du contrat est encore à exécuter.

Il y a des services pour lesquels les modalités d'exécution et les résultats peuvent être précisés contractuellement sur la base d'exigences objectivement quantifiables.

Pour ces services, les prix de différentes offres peuvent être des critères sérieux de choix du prestataire.

A contrario, dans le domaine de l'architecture, il est impossible d'imposer, selon des critères objectifs, la qualité des prestations à venir.

Dans le cadre de la commande publique, des esprits naïfs croient que l'énumération des prestations par l'arrêté du 21 septembre 1993 suffit pour en imposer la qualité ! **Ils confondent simplement le contenant** (les supports graphiques, écrits, numériques présen-

tant le résultat des recherches), **et le contenu**, c'est-à-dire le travail intelligent et les savoirs qui devront être engagés pour réussir un projet satisfaisant à tous égards. D'autres imaginent de manière irréfléchie, qu'en décrivant correctement dans le programme les besoins et les performances du futur ouvrage, l'ensemble des qualités de celui-ci pourrait être assuré.

Là encore, c'est oublier que l'ensemble des qualités attendues d'un ouvrage ne peuvent être définies selon des exigences objectivement quantifiables (insertion dans le site, valeurs sociale, culturelle, esthétique, ergonomique, patrimoniale, etc), et bien évidemment la satisfaction des utilisateurs et leur productivité pendant des décennies.

Les valeurs de l'architecture⁷ sont nombreuses et complexes: leur satisfaction ne peut résulter que d'une synthèse architecturale dont la réussite ne peut pas être imposée.

Les maîtres d'ouvrage ne peuvent qu'espérer avoir fait le bon choix de leurs maîtres d'œuvre, ce qui leur impose d'appliquer des règles appropriées pour les mettre en concurrence⁸.

3.3 – Le sanctionnement d'un mauvais service

Pour reprendre l'exemple des services de nettoyage, la qualité de ce type de prestations peut être appréciée quotidiennement (voire contrôlée à partir de repères objectifs), et justifier d'éventuelles pénalités ou la rupture du contrat.

A contrario, dans le domaine de l'architecture, le maître d'ouvrage peut, certes, appliquer des pénalités pour d'éventuels retards, ou pour l'irrespect des exigences qui ont pu être imposées contractuellement, mais s'il a choisi un professionnel n'ayant pas toutes les qualités requises, il devra, in fine, se contenter d'un ouvrage médiocre.

Et la collectivité en sera également victime (voir § 3.1)!

4 – Concurrence loyale

La conclusion du chapitre 3 ci-avant est que la commande d'architecture se démarque de la plupart des autres commandes :

- il est quasiment impossible d'imposer objectivement la totalité des facteurs de qualité,
- le sanctionnement éventuel d'une mauvaise prestation ne saurait compenser les préjudices subis,
- les conséquences néfastes d'un ouvrage médiocre, à l'égard de la société, sont irréversibles.

Il est donc utile d'analyser les meilleurs moyens de choisir une équipe de maîtrise d'œuvre⁹.

4.1 – Par choix direct

C'est l'une des manières intelligentes (et aussi la plus rapide) pour choisir une équipe avec laquelle un maître d'ouvrage devra travailler en confiance pendant des années. Car, s'il a été satisfait à tous égards des prestations antérieures d'une équipe, il aurait tort de se priver de ses services, à moins qu'il ne veuille tester la capacité d'une autre équipe à faire encore mieux...

On notera toutefois que, par défiance sur l'intégrité des maîtres d'ouvrage publics, cette pratique est interdite à ceux-ci. L'Europe y fait d'ailleurs obstacle car cela pourrait défavoriser les professionnels des autres pays!

4.2 – Sur dossiers

Il est tout à fait opérationnel de mettre en concurrence diverses équipes de maîtrise d'œuvre:

- par examen comparatif de leurs références, de la composition de leur équipe, de leurs capacités attestées par des qualifications, certifications ou labels,



5) Si aujourd'hui les limites extérieures de l'Europe posent problème, c'est sans doute parce que le monde est plus que jamais le théâtre de multiples tragédies, mais c'est aussi parce que, avant de délimiter l'espace de Schengen (frontières?), les dirigeants européens n'avaient jamais regardé une carte de la Grèce: 200 îles habitées (dont certaines accessibles en kayak depuis un pays extérieur) et quelques 6 000 îlots ... grecs.

6) Et pourtant, quand on lit la liste des "services" figurant à l'annexe II-A de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 (certes, il s'agit des marchés publics), on y lit: 1 – Services d'entretien et de réparation – 12. Services d'architecture, d'ingénierie, d'aménagement urbain et d'architecture paysagère – 14. Services de nettoyage de bâtiments – 16. Services de voirie et d'enlèvement des ordures. Merci l'Europe!

7) Voir l'article "Les valeurs de l'architecture" dans la revue "Contrats publics" n° 176

8) On rappellera pour la nième fois qu'en choisissant le maître d'œuvre le moins cher, on choisit celui qui passera le moins de temps à l'étude du projet, probablement avec les acteurs les moins qualifiés.

9) La présente étude n'a nullement l'ambition d'analyser exhaustivement les conditions de choix d'une équipe de maîtrise d'œuvre et de la contractualisation qui fait suite. De multiples écrits traitent de ce sujet. Le dernier et le plus complet est le n° 176 de la revue "Contrats publics".

- par leurs propositions de travail pour l'exécution des multiples prestations d'un marché de maîtrise d'œuvre,
- par entretiens directs entre maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre,
- etc.

Le prix du marché est alors fixé sereinement en prenant en considération tout ce qui vient d'être énuméré.

4.3 – Sur la base de prestations engageant déjà l'étude du futur ouvrage

Même si cette méthode peut être déclinée de plusieurs façons, on se contentera d'évoquer le **concours d'architecture**.

La première chose à comprendre est qu'un concours est, de facto, la commande passée simultanément à plusieurs équipes en vue de réaliser une première fraction de la future mission de maîtrise d'œuvre. Quand on prend conscience que les prestations demandées peuvent représenter une fraction significative de la future mission (5, 10, voire 15% de la mission complète), on comprend qu'il s'agit d'une vraie commande et qu'il convient de la rémunérer. En commande publique, et selon les maîtres d'ouvrage, il s'agit d'une indemnisation libre ou contrôlée.

Cette indemnisation des candidats impose de sélectionner au préalable les quelques équipes admises à concourir. On renverra à ce qui vient d'être écrit au § 4.2: " Sur dossiers ".

5 – Concurrence déloyale

La libre circulation des services à travers les pays de l'Union est une ambition valable.

C'est dans cette occurrence que "l'Europe" peut:

- soit favoriser la progression de la qualité des services,
- soit la freiner en exigeant des pays qui ont une politique de protection des intérêts des consommateurs ou des clients (voir l'intérêt public dans certains domaines comme celui de l'architecture), qu'ils y renoncent!

Hélas, les directives "qualifications" et "services dans le marché intérieur" sont fondées sur une hypothèse contestable:

il suffirait qu'une personne (ou une société) exerce une activité dans un pays pour considérer qu'elle a le droit de proposer ses services n'importe où en Europe, sans aucunement tenir compte:

- Les compétences différentes exigées dans d'autres pays, (voire de formation initiale et continue),
- des obligations éventuelles d'indépendance, de transparence et de comportement à l'égard des clients,
- des différences des charges, contrôles, garanties, obligations d'assurance, etc¹⁰,
- d'où découle logiquement le fait que certains pays subordonnent l'exercice à autorisation.

Ce nivellement par le bas des exigences de toutes natures fait obstacle à la progression de la qualité des services.

Les conséquences dommageables de ce nivellement¹¹, apparaissent au moins à trois stades.

Lors du choix du titulaire du marché. Comment un client potentiel peut-il prendre en compte les "valeurs" relatives de plusieurs entreprises, si on a décrété équivalents des éléments d'appréciation pourtant différents?

Dans le domaine de l'architecture, l'analyse des compétences, capacités et références constitue le socle des appréciations auxquelles tout maître d'ouvrage doit se livrer, soit pour passer directement un marché, soit avant d'organiser un concours

d'architecture. Face à une équivalence trompeuse, le maître d'ouvrage est désarmé pour agir sérieusement.

Il faudrait aussi ajouter le dumping social et fiscal!

Lors de l'exécution des prestations: à ce stade, le laxisme concernant les règles d'indépendance et de comportement, ou celles relatives à la détention du capital quand il s'agit d'une société d'architecture, etc, peut gravement nuire à la défense des intérêts du maître d'ouvrage¹².

Après exécution des travaux: il est évident que les garanties, si elles ne s'appuient pas sur des règles et des assurances de même nature, causeront de graves désillusions aux maîtres d'ouvrage: en France, l'assurance sur la responsabilité décennale perdue même si l'entreprise qui a réalisé les travaux a disparu! Et ailleurs?

Les conséquences dommageables de ce nivellement par le bas engagé par les instances européennes causeront surtout du tort aux clients non professionnels, qui risquent de se laisser tenter par des offres très basses, et ne sont pas préparés à gérer d'éventuels contentieux de nature plurinationale.

A contrario, les maîtres d'ouvrage puissants disposent des moyens financiers, techniques et juridiques pour faire un choix pertinent de leurs prestataires, et pour engager les actions nécessaires en cas de litige.

La concurrence déloyale "organisée" au niveau européen aura des effets redoutables:

- **au désavantage des clients modestes,** qui, par méconnaissance des risques, risquent de choisir des offres "allégées" fiscalement, socialement et surtout, professionnellement;
- **au désavantage des professionnels** qui sont installés dans les pays les plus protecteurs des intérêts desdits clients, et qui risquent de perdre une partie de leur clientèle, du fait des distorsions de concurrence avérées.

On se permet une comparaison audacieuse:

- **Les pavillons de complaisance** sont utilisés par les armateurs pour minimiser les charges, les taxes et impôts et les obligations de toutes natures, y compris d'ordre social.
- **L'Europe semble accepter qu'il y ait des "pavillons de complaisance" pour divers services professionnels.**

Certains prestataires:

- se feront qualifier dans les pays les moins exigeants en terme d'études et de professionnalisation,
- iront s'installer dans les pays dans lesquels les règles, les charges et les garanties sont inexistantes ou les plus légères,
- et pourront, grâce aux distorsions de concurrence (légales!) dont ils bénéficient, venir concurrencer leurs "homologues" des autres pays.

Il est urgent que les Commission, Conseil et Parlement européens acceptent d'infléchir leurs orientations.

10 } L'analyse plus poussée des directives impose de dire qu'elles comportent une multitude de dispositifs tentant de compenser des écarts trop flagrants entre les professionnels, mais les pays ne sont guère encouragés à les appliquer (souvent trop complexes).

11 } On se souvient du rejet de la directive Bolkestein avec son principe du " pays d'origine". Hélas, la directive "services" en reprend à peu près le principe, en l'affublant d'un autre terme "la libre circulation"! Voir Passion Architecture n° 12 "L'Europe et les services: stoppons Bolkestein", et n° 18: "Directive services, le spectre de Bolkestein".

12 } Lire Passion Architecture n° 49 "Pourquoi une profession réglementée?".