

La concurrence est-elle loyale ?

Les prestataires intellectuels œuvrant, comme les architectes, dans les domaines du cadre de vie¹, sont habitués à être mis en concurrence et ne craignent pas celle-ci, dès lors qu'elle joue sur des critères appropriés à ce type particulier de prestation².

À partir du moment où il y a concurrence, les professionnels sont fondés à exiger qu'elle soit loyale, et donc que certains candidats ne soient pas soumis à des exigences ou contraintes allégées et qu'ils ne bénéficient pas d'avantages dont les autres candidats ne disposent pas.

Ces deux conditions (procédure appropriée³ et loyauté de la concurrence) paraissent de bon sens. Hélas, cela ne semble pas aller de soi pour les rédacteurs de la législation européenne, comme nous allons le démontrer.

La présente étude a pour objet de mettre en garde nos confrères contre les **"distorsions de concurrence"** dont ils risquent d'être de plus en plus souvent les victimes, soit entre professionnels privés, soit entre professionnels privés et publics.

1 - Distorsions de concurrence entre professionnels privés

Les multiples analyses des conséquences probablement dommageables du *"principe du pays d'origine"* du projet de directive Bolkestein ont sans doute été un des facteurs du rejet par les Français du référendum européen.

À l'époque, nous avions avancé⁴ que le projet Bolkestein aboutissait à créer en

Europe, pour les "services", l'équivalent des *"pavillons de complaisance"* dont nous dénonçons les effets sur nos océans.

La directive aurait en effet permis à tout professionnel :

- ayant suivi une formation dans le pays où elle est la plus faible (souvent la plus courte),
- ayant installé le siège de son activité dans le pays le moins exigeant en termes de capacité, de contrôle, de garanties, d'assurance, etc,
- recrutant ses collaborateurs là où les législations fiscale et sociale sont les plus légères,

d'aller vendre ses services dans tous les autres pays, concurrençant ainsi sévèrement les professionnels soumis à des législations plus exigeantes, notamment pour la protection du consommateur.

Le nivellement par le bas était ainsi programmé !

La "directive services" n'est que la reprise légèrement édulcorée du projet Bolkestein. Pour changer l'image donnée au public, le *"principe du pays d'origine"* a été remplacé par le *"principe de libre circulation des services"* !

Cette directive, adoptée le 12 décembre 2006 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union Européenne, est en cours de transposition en droit national. Les précautions avancées par cette directive, soi-disant pour garantir aux consommateurs un haut niveau de qualité des prestations, sont inefficaces⁵, voire parfois un défi au bon sens.

Le danger, pour les professionnels installés dans les pays qui, comme la France, ont mis en place des réglementations raisonnées pour assurer qualité de service et garantie efficace au bénéfice des consommateurs, **est qu'ils soient victimes des distorsions de concurrence de la part d'autres professionnels opérant avec des charges et des contraintes beaucoup plus légères.**

Comme "le pire n'est jamais sûr", nous ne pouvons présentement que **rendre nos confrères attentifs** aux marchés qui leur échapperont au profit de ces autres opérateurs pouvant se permettre des offres prédatrices. Mais il faut aussi prévenir les clients des risques courus s'ils choisissent des prestataires n'offrant pas les mêmes garanties à court et à long terme (notamment en termes d'assurance⁶).

2 - Concurrence entre opérateurs publics et privés

Pour toutes nos professions "du cadre de vie", la commande publique constitue un secteur d'activité important.

Cela justifie toute notre attention, car **cette commande peut, elle aussi, être à l'origine de distorsions de concurrence au détriment des opérateurs privés.**

[6] Les professionnels installés en France, "constructeurs" au sens de l'art. 1792-1 du code civil, ont l'obligation de souscrire une assurance les couvrant pendant 10 ans des risques majeurs pouvant survenir sur les ouvrages qu'ils ont contribué à réaliser.

[1] Entre autres professionnels œuvrant, comme les architectes, pour le cadre de vie, citons les urbanistes, les programmistes, les paysagistes, les ingénieurs, les économistes, les maîtres d'œuvre en général et divers spécialistes comme les géomètres experts, les experts forestiers, etc.

[2] Dans le domaine de l'architecture, la concurrence doit avoir pour objectif la réalisation du meilleur ouvrage possible dans les conditions de l'opération. Encore faut-il que les critères de choix du maître d'œuvre soient judicieux, pour ce type particulier de prestations intellectuelles. C'est donc avec bon sens que les Pouvoirs publics, guidés depuis une trentaine d'années par la MIQCP, ont développé les concours d'architecture dont les conditions ont été améliorées grâce aux actions continues de la profession, notamment de l'Unfsa.

[3] Le présent article ne reprend pas les multiples études sur les pratiques inappropriées de mise en concurrence des maîtres d'œuvre et renvoie à l'article de la revue Contrats publics n°44 (page 33) "Spécificité des marchés de maîtrise d'œuvre et d'architecture" ou à l'article de Passion Architecture n°16 (page 6) "L'architecture bradée".

[4] Passion Architecture n°12 (page 28) "Stoppions Bolkestein".

[5] Passion Architecture n°18 (page 8) "Directive services, le spectre de Bolkestein".

C'est l'enchaînement des législations européenne et française qui a créé cette situation compliquée qu'on va essayer d'expliquer.

En quelques mots : les personnes publiques lassées des procédures classiques devenues périlleuses se tournent vers des solutions alternatives : l'une d'elles consiste à créer ses propres services opérationnels qui deviennent, *de facto*, des concurrents "inégaux"⁷ des prestataires privés.

2.1 - La commande publique est devenue périlleuse pour tous les acteurs

En imposant des règles lourdes à appliquer pour la commande publique (pour éviter tout protectionnisme national⁸), la réglementation européenne a rendu les "pouvoirs adjudicateurs" frileux, craintifs à l'idée que chacune de leurs consultations publiques pouvait donner lieu à des recours⁹.

Par exemple, si, par sage précaution, ils ne mettent en concurrence que des acteurs présentant les meilleures garanties, ils prennent le risque d'être accusés d'avoir introduit un dispositif "discriminatoire"¹⁰ !

Les maîtres d'ouvrage publics, excédés de voir leurs opérations retardées pour des problèmes formels, ont donc

des motifs sérieux de se tourner vers d'autres procédures¹¹.

Diverses voies sont offertes aux pouvoirs adjudicateurs.

2.1.1 - Les solutions "d'ensembliser"

La plus connue est la **conception-réalisation** et on peut parier que cette procédure va largement se développer dans les années à venir.

La plus "aboutie" est le **contrat de partenariat** (PPP). Au terme d'une procédure, certes plus compliquée à mettre en œuvre et beaucoup plus lourde que les procédures habituelles, la personne publique, avec un seul marché, se libère de la multitude de marchés à passer, y compris pour des tâches d'intendance pendant des décennies d'exploitation.

D'autres solutions existent, comme le **bail emphytéotique administratif** (BEA).

Les réserves que les procédures d'ensembliser inspirent ont été exposées moult fois : **l'objet du présent article n'est pas de les rappeler.**

2.1.2 - Le recours à des entités publiques ou parapubliques

Quand les pouvoirs adjudicateurs décident de s'en donner les moyens, ils sont capables de créer leurs propres services susceptibles d'accomplir beaucoup de prestations habituellement confiées à des opérateurs privés.

Les communes se groupent et créent leurs propres "services techniques" à l'instar des grandes villes qui en disposent déjà.

Beaucoup de sociétés d'économie mixte remplissent des fonctions très diverses au bénéfice des collectivités territoriales.

Enfin il existe un grand nombre d'organismes publics qui exécutent des prestations pour tout client, public ou privé, qui les sollicite.

Les conséquences d'une concurrence inégale entre services publics ou parapublics et professionnels privés méritent notre attention.

C'est l'objet du § 2.2 qui suit.

[11] Le premier risque pour les professionnels est de voir la "commande publique directe" s'amenuiser.

2.2 - La concurrence des entités publiques ou parapubliques se développe

2.2.1 - Les principes "anciens"

Les services publics en situation de monopole étaient acceptés par les citoyens français.

Certes, dans certains domaines, ils empiétaient sur l'activité des prestataires privés. Mais les principes de "*liberté du commerce et de l'industrie*" étaient censés restreindre le champ d'action de ces "services publics" à ce qui ressortait de leur spécialité¹².

Pour aller au-delà de leur activité centrale¹³, ces services publics devaient, théoriquement, "*justifier d'un intérêt public, qui pouvait résulter de la carence de l'initiative privée*".

À l'évidence, la **diversité et la multiplicité des professionnels privés** œuvrant dans toutes les spécialités du cadre bâti, et, *in fine*, le **nombre des candidatures** à chaque consultation **démontrent qu'il n'y a carence dans aucun domaine.**

2.2.2 - L'Europe a fait fi de ces subtilités qu'elle a dû juger obsolètes

L'Europe fait deux choses :

- elle force les États à supprimer le monopole des services publics (à l'exception des services dits "régaliens"),
- elle a rendu obligatoire la mise en concurrence de tout opérateur économique candidat à l'obtention d'un marché public, que l'opérateur soit privé ou public¹⁴.

[12] C'est néanmoins la vigilance (y compris par des actions devant les tribunaux) des professionnels privés qui a permis de limiter les débordements de certaines entités publiques promptes à offrir leurs services, même auprès de clients privés (c'est le cas de l'Office national des forêts !).

[13] Autrefois, quand elle détenait le quasi monopole de la fourniture et de la distribution d'électricité, EDF a pu être "*rappelée à l'ordre*" pour avoir voulu offrir à des particuliers ou à des entreprises, des services de "BET" qui débordaient de son activité de "service public".

[14] Les directives européennes sur la commande publique de services, travaux et fournitures (directive 2004-17 et 2004-18 du 31 mars 2004) ont inscrit comme règle que les opérateurs publics ou semi-publics, accomplissant des prestations à titre onéreux, seraient mis en concurrence avec les opérateurs privés. Jusque là, pas de problème, sauf qu'il aurait fallu prendre des mesures pour que la concurrence soit loyale, car les services publics ou parapublics ne sont pas des "opérateurs comme les autres" !

[7] Le terme de "*concurrents déloyaux*" n'a pas été écrit parce qu'il n'y a nulle intention de nuire de la part des services publics ou parapublics, mais les conséquences sont les mêmes.

[8] Voir *Passion Architecture* n°28 (page 25) "*Dogmatisme européen coupable*".

[9] Dans nos procédures traditionnelles de réalisation de bâtiments, le maître d'ouvrage public doit d'abord procéder à des publicités et à des mises en concurrence pour tous ses assistants potentiels (conducteur d'opération ou mandataire, géomètre, diagnostiqueur, programmiste, maître d'œuvre, contrôleur technique, coordonnateur SPS, autres assistants, etc), puis pour toutes les entreprises (alotissement), au total 25 à 35 marchés (voire plus), pouvant tous faire l'objet d'un recours. Et par la suite, il devra encore mettre en œuvre les mêmes procédures pour tout service d'exploitation et d'entretien, ou modification des bâtiments sous sa responsabilité, etc.

[10] Autre exemple des excès "concurrentiels" dans laquelle l'Europe nous plonge : lorsque la publicité doit être faite sur le plan européen, le fait d'envoyer la publicité à un journal français avant de l'envoyer (dans le délai réglementaire) au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) sera un motif d'annulation de la procédure : "*On a voulu favoriser les entreprises françaises par rapport aux autres entreprises européennes*" !

En combattant les monopoles publics de services et en élargissant le cadre concurrentiel, elle a précipité tout le monde dans le même système de compétition, sans tenir compte de l'inégalité des situations.

2.2.3 - L'illusion d'une "égalité entre les candidats"

La directive 2004-18 du 31 mars 2004 (article 2) énonce de nobles principes : "Les pouvoirs adjudicateurs traitent des opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence".

Le code des marchés publics reprend, dans son article 1, ces principes "de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures".

Les professionnels candides pensent peut-être que "l'égalité de traitement" conduit à "une concurrence loyale".

Cela prouverait qu'ils n'ont rien compris à l'Europe vue par l'actuelle Commission européenne qui a sans doute jugé que la loyauté des rapports entre acteurs était une préoccupation subalterne en regard de l'objectif éminemment supérieur de la concurrence la plus libre, la plus large et la plus ouverte possible¹⁵.

2.2.4 - L'Europe se moque des distorsions de concurrence entre acteurs publics et privés

Les rédacteurs des directives étaient pourtant conscients du problème, mais, plutôt que de prévoir des dispositions pour y parer, ils s'en sont débarrassés par une simple exhortation :

"Les États membres devraient veiller à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés" (considérants 11 de la directive 2004/17, et 3 de la 2004/18).

Ils ont fait pire, en jetant quasiment l'anathème sur le pouvoir adjudicateur qui voudrait rejeter une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État, dès lors "qu'elle a été octroyée légalement" (articles 57-3 de la directive 2004-17 et 55-3 de la 2004/18).

[15] Voir *Passion Architecture* n°6 (page 33), "Absurdité concurrentielle, jusqu'où ira-t-on ?", mais aussi *Passion Architecture* n°28 (page 25) "Dogmatisme européen coupable".



L'inégalité des candidats est ainsi légalisée !

3 - Conclusion

Dans une période où les prestataires intellectuels privés sont confrontés à une contraction de la commande, il est urgent de les rendre attentifs à la concurrence des services de l'État et des collectivités territoriales, ainsi que de toutes sortes d'entités créées par ces dernières en vue d'effectuer nombre de missions pourtant susceptibles d'être attribuées à des prestataires privés.

Dans le prochain numéro de *Passion Architecture*, afin de préparer nos confrères à se défendre contre des situations concurrentielles déséquilibrées, nous analyserons :

- **Les différentes natures des entités publiques ou parapubliques éventuellement captatrices des marchés** au détriment des prestataires privés, ainsi que **les principales prestations et missions** sur lesquelles cette concurrence "inégale" peut s'exercer.
- **Les principaux motifs possibles¹⁶ de distorsion de concurrence, tels que** : - avantages immatériels liés à l'exercice parallèle de missions de service public, - accès direct à des données internes ou externes, - immunité des organismes publics contre certains risques, - allègement des exigences de présentation ou de

garantie lors des candidatures ou des offres, - mise à disposition de locaux ou de matériels à coûts sous-évalués, - coût non comptabilisé du recrutement et de la gestion du personnel, voire de la formation, - charges sociales différentes, - iniquité fiscale sur divers postes, - obligations d'assurance limitées, - éventuellement subventions, - comportement indulgent (voire laxiste) des pouvoirs adjudicateurs pour la mise en cause des responsabilités ou l'application des sanctions ou pénalités, - etc.

- **La vigilance** nécessaire des professionnels privés et **les actions** qu'ils vont devoir engager s'ils veulent lutter contre la concurrence déloyale ; on évoquera aussi **l'aide** que peut leur apporter "**l'Observatoire de la concurrence public-privé**" créé par neuf organisations syndicales¹⁷ dans le but de préserver la loyauté de la concurrence lors des consultations publiques ou privées. ■

Gilbert Ramus,
architecte,
Commission juridique de l'Unfsa



[16] Il s'agit bien de causes "possibles" de distorsion de concurrence, car toutes les entités susceptibles d'effectuer des prestations n'agissent pas dans des conditions identiques : il peut arriver (?) que les activités de certaines entités s'exercent dans des conditions assez proches de celles des prestataires privés.

[17] CICF, CNIEFEB, CEF, FFP, SYGAM, SYNTEC INGENIERIE, UNGE, UNSFA, UNTEC.