

Effets parfois toxiques de l'intervention publique

Les professions intellectuelles rencontrent beaucoup de difficultés à faire reconnaître la valeur des prestations effectuées par leurs membres, car les composants du coût de leurs missions sont méconnus du public, et même des acheteurs professionnels.

Ce problème est encore plus grave quand les acheteurs ont reçu pendant des décennies des informations erronées.

1 – Le faux prix de certains “services publics”

1.1 – Quid des “services publics” ?

Les Français affectionnent leurs “services publics”.

Il est tout à fait naturel que, dans un pays démocratiquement organisé, les missions régaliennes de l'État (telle que la justice ou la défense) soient assurées sur le budget général de la nation.

Il est plus discutable que des services dits “marchands”, susceptibles d'être assurés par des opérateurs privés, le soient systématiquement par des opérateurs publics.

Cette question fait débat depuis des décennies et l'Europe a quelque peu bouleversé la donne.

1.2 - Particularité des services publics à la française

Quand il s'agit de services “marchands” assurés par les organismes publics ou parapublics, ils présentent souvent - soit l'inconvénient d'une évaluation quasiment impossible de leur vrai coût, - soit la particularité d'être volontairement facturé à un prix inférieur à leur coût.

L'ensemble des charges de la SNCF n'a jamais été payé par la seule vente des billets aux voyageurs, mais grâce aux subventions d'équilibre allouées annuellement par l'État (payées par les taxes et impôts nationaux). Aujourd'hui où, pourtant, la SNCF a été déchargée comptablement de son énorme dette, les TER doivent être subventionnés par les régions.

Bien d'autres services publics sont ou ont été dans cette configuration où le prix payé par le bénéficiaire n'est pas automatiquement lié au coût réel de la prestation.

Dans notre domaine du cadre de vie¹, ce fut le cas des missions effectuées par les services déconcentrés de l'État (DDE pour l'Équipement, DDA pour l'Agriculture) au bénéfice des collectivités territoriales ou de personnes privées.

Comme les prestations facturables aux bénéficiaires étaient effectuées parallèlement aux missions régaliennes assurées par les mêmes services, sans comptabilité différenciant les deux activités (souvent mêmes locaux, voire mêmes professionnels), personne n'a cherché à évaluer leurs coûts réels pour la collectivité nationale.

L'État s'est contenté de facturer ces prestations selon des barèmes théoriques.

Pendant une très longue période, les soi-disant “paiements” des services de “l'ingénierie publique” ont été affectés, sous le titre de “rémunérations accessoires”, au complément des traitements alloués aux agents publics concernés par lesdites missions.

Cela signifie que les paiements des missions n'assuraient même pas la totalité des charges du personnel affecté à leur exécution ! Que dire de toutes les autres charges ?

Cette falsification du vrai prix des missions a été relevée par le Sénateur Yves Daudigny dans son rapport du 15 juin 2010 (page 58) : “... l'ingénierie issue de ce que l'on peut appeler le monde ancien, n'était pas payée par les collectivités territoriales à son coût réel.”

Le résultat extrêmement “toxique” de décennies d'affichage trompeur des prix, est que les responsables des

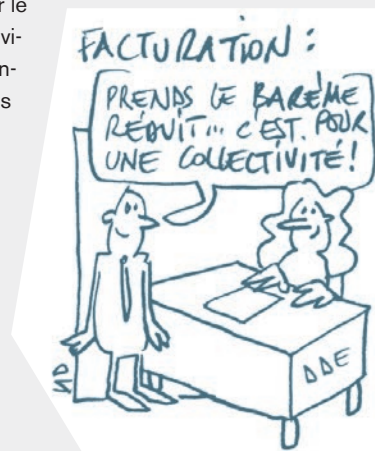
collectivités territoriales ont acquis une vision totalement faussée du coût des services d'ingénierie.

1.3 – Réforme de l'ingénierie publique

Un vent de réforme a soufflé à la fin des années 90 et les lois qui validaient l'intervention des services déconcentrés de l'État au profit des collectivités et des particuliers² ont été abrogées par l'article 49 de la loi de finances pour 2000. Les professionnels ont pu croire quelques mois qu'ils n'auraient plus à subir la concurrence “déloyale” des opérateurs publics (distorsions de concurrence avérées).

Las, le décret 2000-257 du 15 mars 2000 a redonné aux opérateurs publics le droit d'intervenir (encore plus largement qu'avant) aussi bien pour les collectivités que pour les personnes privées. L'arrêté du 20 avril 2000 a fixé un véritable **barème détaillé des prestations d'ingénierie**³, avec une particularité à signaler : les taux de rémunération sont moins élevés quand le service est rendu pour le compte d'une collectivité que quand il est rendu pour des personnes privées.

On en conclura, une nouvelle fois, que les responsables des collectivités ont été volontairement désinformés sur le vrai prix des prestations d'ingénierie.



[1] L'étude est centrée sur les missions de conseil, de création, de maîtrise d'œuvre, de contrôle ou d'expertise, dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics, du bâtiment, du paysage, des forêts, etc.

[2] Loi 48-1532 du 29/09/48 et loi 59-985 du 26/07/59

[3] Prestations telles que la conduite d'opération, la maîtrise d'œuvre, l'aide à la gestion communale, etc

2 – Effets de la législation européenne

2.1 – La concurrence aveugle comme principe

Les rédacteurs des directives européennes partent du principe qu'un plus grand nombre de concurrents est toujours bénéfique pour le consommateur. **Ce principe est erroné pour divers ensembles de prestations⁴**, surtout quand la législation européenne l'impose au détriment des exigences de qualification des opérateurs, en réduisant leurs responsabilités et les garanties offertes aux acheteurs, en supprimant les obligations d'assurance, etc.

2.2 – La concurrence entre acteurs de statuts différents

Poussés par leur libéralisme forcé, certains acteurs européens auraient probablement voulu que les États fassent disparaître ou privatisent complètement tous les services marchands assurés par des opérateurs publics. Certains États ont résisté et la France conserve encore une multitude d'organismes publics ou parapublics susceptibles de rendre des services marchands⁵. Mieux ou pire, elle continue d'en créer.

La législation européenne impose désormais aux "pouvoirs adjudicateurs" de mettre en concurrence dans les mêmes procédures, aussi bien les opérateurs publics que les professionnels privés⁶.

Mais l'Europe s'est bien gardé d'imposer des règles rendant la concurrence loyale.

Dans l'étude de Passion architecture n°30, une page entière est consacrée à mettre en évidence tout ce qui avantage un opérateur public ou parapublic par rapport à un professionnel privé⁷.

Ceci ne signifie pas que l'opérateur public coûte moins cher à la nation, mais seulement qu'une partie de ses coûts est reportée sur d'autres postes, que le contribuable finira toujours par payer.

L'injustice consistant à mettre en concurrence des candidats qui, par définition, ne sont pas à égalité, **est flagrante**.

2.3 – Le juge sanctionne-il l'injustice ?

Les professionnels privés tentent, de temps en temps, de faire sanctionner par les tribunaux administratifs, l'attribution d'un marché à un prix considéré comme anormalement bas.

Peine perdue : le plus souvent, le juge se borne à vérifier que le pouvoir adjudicateur a demandé au candidat susceptible d'avoir présenté une OAB, la justification de son offre (art. 55 du CMP), mais il se déclare incompetent pour porter un jugement sur le niveau de l'offre (élément technique laissé à la seule appréciation du pouvoir adjudicateur !)

[6] Article 1-8° de la directive 2004-18 : "Les termes "entrepreneur", "fournisseur" et "prestataire de services" désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes, et/ou organisme qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché."

[7] Diverses études ont mis en évidence les sources d'inégalité les plus courantes entre opérateurs privés et publics : obligations, charges directes, frais généraux, responsabilités, garanties, risques, assurances, presque tout peut être différent entre opérateurs privés et publics ; pour ces derniers, on ajoutera les privilèges tenant à leur statut, et le comportement "bienveillant" des pouvoirs adjudicateurs.

Une comptabilité analytique tenue par les opérateurs publics est indispensable, mais son effet est limité puisqu'elle ne fait pas figurer les charges, cautions, provisions, assurances, etc, dont sont exemptés lesdits opérateurs.

Sollicitée à propos de marchés captés grâce aux offres plus basses des opérateurs publics, la Cour européenne de justice s'est, la plupart du temps, contentée de constater l'inégalité des charges, a énoncé quelques principes nobles et a conclu que comme c'était légal, il n'y avait pas lieu de censurer.

Les magistrats ne semblent donc pas prêter beaucoup d'attention aux professionnels privés injustement écartés de certaines commandes publiques.

2.4 – Conséquences de la concurrence entre opérateurs de statuts différents

La première conséquence de la possibilité pour les organismes publics ou parapublics de présenter des offres plus basses que celles que peuvent présenter normalement les opérateurs privés est qu'une nouvelle fois, **les pouvoirs adjudicateurs sont trompés sur la juste valeur des prestations intellectuelles**.

Les professionnels privés n'ont plus le choix qu'entre trois solutions toutes mauvaises :

- **Ils présentent des offres à leur vrai prix** : ils se font donc éliminer, mais les responsables des pouvoirs adjudicateurs gardent en tête que les professionnels privés présentent des offres scandaleusement excessives !
- **Ils renoncent à présenter des offres** pour éviter d'être traités de "voleurs" (voir alinéa précédent) : les pouvoirs adjudicateurs concluent à la carence du secteur privé et se félicitent de pouvoir faire appel aux organismes publics (pire : ils en créent de nouveaux, tels que les SPL et les SPLA)⁸.
- Dans l'espoir d'emporter quand même un marché, **les professionnels privés présentent des offres anormalement basses** ; mais comme les pouvoirs adjudicateurs ont été habitués à ce niveau de prix, ils ne les considèrent pas comme des OAB, et ils sont confortés dans l'idée qu'il s'agit du juste prix.

[8] Les sociétés publiques locales et les sociétés publiques locales d'aménagement sont des sociétés anonymes dont le capital est entièrement détenu par des collectivités. Voir Passion-architecture n° 33, pages 6 à 8 : "La collectivisation en marche"



[4] Voir Passion-architecture n° 37, pages 8 à 11 : "Concurrence, heurs et malheurs"

[5] Pour avoir une idée de la multitude des organismes publics ou parapublics français susceptibles de vendre des "services marchands", voir Passion architecture n°30, pages 7 à 10 : "La concurrence est-elle loyale ? (suite)"

On ajoutera que dans cette troisième hypothèse, en présence d'une OAB de valeur comparable (même un peu plus chère) présentée par un organisme public, le pouvoir adjudicateur choisira quasi systématiquement cet organisme et aura tendance à écarter le professionnel privé, pour tout un ensemble de raisons totalement injustes mais néanmoins constatées⁹.

D'ailleurs, le comportement des pouvoirs adjudicateurs, selon qu'ils ont affaire à un professionnel privé ou un opérateur public est scandaleusement différent, car dans le second cas, les pouvoirs adjudicateurs se considèrent moins tenus d'appliquer rigoureusement les termes des marchés.

Les faits sont éclairants : alors que les pénalités et les litiges sont innombrables entre pouvoirs adjudicateurs et professionnels privés, **on constate** qu'ils se

“Professionnels privés, indignez-vous !”

comptent sur les doigts de la main quand il s'agit de prestataires publics : est-ce à dire que ces derniers ne sont jamais en retard ou ne commettent jamais d'erreurs ? Evidemment non, mais les acteurs publics sont moins exigeants et plus indulgents entre eux : “*A quoi bon sanctionner un autre acteur public ?*” Enfin, en cas de sinistre, les tribunaux administratifs ajoutent parfois une “couche d'injustice”, en ne retenant pas la responsabilité de l'opérateur public, surtout s'il n'est pas assuré !

[9] Il serait trop long d'expliquer les raisons de la préférence des pouvoirs adjudicateurs pour des organismes publics, mais on peut donner quelques pistes :

- Ayant souvent un accès direct ou privilégié aux données détenues par d'autres organismes publics, les prestataires publics sont moins exigeants dans les données qui doivent figurer dans tout programme.
- A contrario, les professionnels privés, pour éviter de passer beaucoup de temps à leur recherche réclameront les données manquantes.
- N'ayant pas les mêmes soucis d'équilibre des comptes de leurs missions, les prestataires publics sont moins attentifs aux aléas ou modifications de programme imposées par la maîtrise d'ouvrage au cours des opérations.
- Et, s'il s'avère quand même nécessaire d'adapter les conditions du marché (notamment par avenants), les pouvoirs adjudicateurs savent que les justifications à fournir ont peu de risques d'être contestées par tout contrôle de légalité, “*dès lors qu'il s'agit d'un prestataire public*” !

3 – Conclusions

3.1 – L'impasse

Récapitulons :

- **De longue date, les pouvoirs adjudicateurs ont été entraînés dans une vision faussée de la valeur des prestations intellectuelles.**
- **Par leurs offres anormalement basses, les opérateurs publics confortent cette appréciation erronée.**
- **Les tribunaux ne font pas grand chose pour faire cesser l'injustice.**
- **Le résultat est qu'aujourd'hui, s'ils veulent néanmoins obtenir de temps en temps un marché, les professionnels privés sont “aspirés” dans la spirale des prix anormalement bas.**
- **Si, en plus, ils sont plusieurs à présenter des offres anormalement basses, le niveau de celles-ci devient, de facto, celui d'une offre normale.**

Je serais tenté de paraphraser un auteur devenu célèbre sur ses vieux jours : **“Professionnels privés, indignez-vous !”** Mais les professionnels ne sauraient s'en contenter.

3.2 – Comment sortir de l'impasse ?

Cette situation qui s'aggrave finit par précéder à la collectivité entière, par la dégradation de la qualité des prestations.

L'une des pistes est de faire corriger les lois qui valident l'iniqité reconnue et entraînent l'élimination progressive des professionnels de toute une série de marchés.

Les organisations professionnelles doivent s'y employer, mais il faudra du temps pour convaincre les parlementaires et passer au stade de la loi.

En attendant, **la seconde piste** passe par la formation de tous les acteurs en présence.

Il s'agit notamment de corriger la vision erronée des acheteurs publics sur la valeur des prestations intellectuelles, telles que celles des missions de maîtrise d'œuvre

Pour y parvenir, **le seul moyen** est d'explicitier publiquement les facteurs de formation des coûts.

Les règles actuelles de la concurrence (notamment l'art. L.420-1 du code du commerce¹⁰) semblent freiner la diffusion de cette information pourtant indispensable.

Heureusement, le code du commerce n'est pas fait que d'interdits, et il comporte aussi l'amorce de solution à des problèmes spécifiques.

Les professions intellectuelles, qui, par la nature même de leurs prestations, rencontrent une difficulté pour faire reconnaître le juste coût de celles-ci, **doivent pouvoir procéder à l'information de tous les acteurs en s'appuyant sur l'art. L 420-4 du code du commerce :**

I.- Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

- 1° *Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;*
- 2° *Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. (...)*

II.- Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

Affaire à suivre : il s'agit d'une démarche “gagnant-gagnant”¹¹. ■

Gilbert Ramus,

Président de l'Observatoire de la concurrence “public privé”¹²



[10] L420-4 : “Sont prohibées, (...), lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, (...)”

[11] Voir Passion architecture n° 37, déjà cité en note 4

[12] Organisations membres de l'OCP : ACAD • CEAFI • CEF • CIGF • CNIIEFEB • FFP • GEFIL • SYGAM • SYNTEC Ingénierie • UNGE • UNSFA • UNTEC