

LA RAISON DU PLUS FORT

Les grandes voix politiques, principalement celles des élus, prônent avec emphase l'égalité des droits et l'équité des rapports contractuels, mais leurs auteurs hésitent souvent à passer aux actes, notamment lorsqu'il s'agit des rapports entre les personnes publiques et les opérateurs économiques privés¹. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer l'accès des PME à la commande publique, puisque, depuis des décennies, les déclarations se multiplient en faveur de celles-ci.

1 - LA COMMANDE PUBLIQUE N'EST PAS UNE PROMENADE TRANQUILLE

La commande publique porte sur un domaine immense : nous le limiterons à celui du cadre de vie, c'est-à-dire aux prestations de service et aux travaux concourant à sa création et à sa réalisation.

Si la place des petites entreprises de bâtiment dans la commande publique n'est pas aussi importante que certains semblent le souhaiter, ce n'est pas parce que les grandes entreprises leur barrent la route, c'est d'abord parce que beaucoup de PME se détournent de cette commande en raison des risques qu'elle présente.

Car la France est un pays qui a osé institutionnaliser un système légal de "dominants" et de "dominés"².

Pour ce qui concerne la commande publique, ce système s'inscrit dans trois strates bien caractérisées :

→ **Les prérogatives de puissance publique** : sans faire le cours sur ce sujet, on indiquera qu'elles se déclinent parfois sous trois titres : - immunités de puissance publique, - privilèges comptables, - clauses exorbitantes du droit commun³.

→ **Les CCAG** : quand il s'agit de marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire référence à l'un des cinq cahiers des clauses administratives générales.

Au moment de la concertation publique pour l'élaboration des CCAG (approuvés en 2009), l'Unsa est intervenue auprès des ministres concernés (dont le Premier) et de l'administration pour que ces documents soient des modèles d'équité⁴.

En vain, car la tradition de "déséquilibre des droits et obligations" entre public et privé est dans les gènes de l'État, sous la précieuse justification de l'"intérêt général" (que nous n'avons nulle volonté de contester, car il n'interdit pas l'équité).

→ **Les CCAP** : les cahiers des clauses administratives particulières sont rédigés par le pouvoir adjudicateur ou sous son contrôle. Alors, de marché en marché, les maîtres d'ouvrage ne cessent d'accumuler et de renforcer les dispositifs les protégeant et de mettre à la charge de leurs cocontractants toutes les conséquences des aléas ou risques pouvant survenir au cours de l'exécution des marchés.

Il convient d'ajouter qu'en commande publique, les règles de l'appel d'offres, qui interdisent la négociation après remise des offres, ne laissent aucune alternative salutaire à l'entrepreneur qui souhaite présenter une offre alors que les termes du contrat qui lui est proposé lui paraissent injustes : il doit les **accepter ou renoncer** à faire une offre !

Le lecteur aura compris que le "marché public" place les petites et moyennes entreprises dans une situation d'infériorité, puisque l'État et les collectivités territoriales se sont construit un statut de "dominants", laissant celui de "dominés" à leurs cocontractants⁵.

2 - L'ALLOTISSEMENT EN FAVEUR DES PME

L'État pouvait grandement favoriser l'accès des PME à la commande publique en corrigeant les règles d'exécution des marchés pour les rendre plus équitables.

Il a fait un autre choix : il a inscrit dans le code des marchés publics 2006 (art. 10) le principe de la passation des marchés en lots séparés⁶.

L'allotissement est généralement avantageux pour la qualité du projet puisqu'il permet à chaque entrepreneur d'apporter sa contribution dans sa spécialité, la cohérence entre les divers lots étant obligatoirement assurée par une maîtrise d'œuvre solide.

Mais la passation des marchés en corps d'état séparés présente un risque pour le respect du délai en cas de défaillance d'un entrepreneur, dès lors que certaines de ses prestations se trouvent sur l'un des multiples "chemins critiques" du planning.

1] Pourtant, dans la longue histoire de la commande publique, l'État sait parfois se montrer courageux. On citera le renforcement continu des règles sur la réduction des délais de paiement des sommes dues par l'État et les collectivités.

2] Ce n'est qu'un signe, mais la France a créé des tribunaux spéciaux pour traiter les litiges entre personnes publiques et privées : - tribunaux administratifs, - cours administratives d'appel - Conseil d'État (qui a aussi d'autres attributions).

3] Cocasserie de nos droits : quand, à l'occasion d'un litige, les tribunaux hésitent sur le choix de l'instance compétente (tribunaux civils ou administratifs), (cela arrive si souvent que la France a dû créer un "Tribunal des conflits" !), l'existence de "clauses exorbitantes du droit commun" dans le contrat aide à déterminer le caractère "public" du marché !

4] La concertation pour la rédaction des nouveaux CCAG a été réelle (notamment avec la Direction des affaires juridiques du Ministère des finances), mais nous n'avons été "entendus" que sur quelques sujets (certes importants). Le déséquilibre général est néanmoins resté : on citera en exemple le très injuste article 20 du CCAG P1.

5] Les grandes entreprises sont évidemment mieux armées pour affronter cette inégalité des droits et obligations, car leurs services technico-juridiques savent déceler les risques et, si cela s'avère nécessaire, évaluer les provisions à constituer.

6] Le CMP a toutefois prévu diverses raisons de ne pas allotir. L'un des inconvénients est qu'on a laissé le juge (qui n'est pas expert dans toutes les matières) décider si les circonstances justifiaient ou non la décision de ne pas allotir. Certains marchés ont été annulés alors que les professionnels avaient jugé tout à fait pertinente la décision de passer un marché unique !



Tous les acteurs (maître d'ouvrage, maître d'œuvre et les autres entrepreneurs) en subissent alors les lourdes conséquences, car le remplacement d'un entrepreneur par un autre est compliqué (surtout en commande publique) et demande du temps.

Les maîtres d'ouvrage publics sont évidemment conscients de ces risques, alors que bien souvent, ils ont imposé des délais serrés pour rattraper les retards de montage des opérations.

3 - LES PME DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

Les structures françaises d'architecture sont des PME, et pour une très grande majorité d'entre elles, des TPE. Il en est de même de la plupart des BET.

Tout ce qui vient d'être écrit sur le déséquilibre des droits et obligations entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur de travaux peut être répété quand il s'agit d'un maître d'œuvre. Alors que les marchés de maîtrise d'œuvre sont presque toujours des marchés négociés⁷, il arrive que les architectes se trouvent devant un maître d'ouvrage qui veut bien "marchander" le montant des honoraires mais prétend indûment que les termes de son CCAP sont "intouchables" ! La négociation est alors bafouée.

Le résultat est que, pour les mêmes raisons de prérogatives de puissance publique, de CCAG et de CCAP déséquilibrés, les maîtres d'œuvre sont (comme les entreprises de travaux), presque systématiquement dans des situations inévitables face à leurs maîtres d'ouvrage.

Cette situation d'éventuelle "tension" née du déséquilibre contractuel est pourtant contreproductive entre deux acteurs qui devraient travailler en confiance.

Pendant toute la conception, maître d'ouvrage et maître d'œuvre devraient être de vrais partenaires pour aboutir, de phase en phase, au meilleur projet possible : l'optimisation des qualités d'un projet demande toujours beaucoup d'effort et de concertation entre les principaux acteurs⁸.

Les maîtres d'œuvre doivent ensuite pouvoir rester partenaires de leur maître d'ouvrage, d'abord lors du choix des entreprises, puis pour obtenir de celles-ci une construction conforme aux marchés conclus et exempte de malfaçons.

⁷ On lira la démonstration de l'inadéquation totale de la procédure d'appel d'offres en vue d'attribuer un marché comportant des prestations de création et de conception dans la revue "Contrats publics" n° 136, (page 48) : "Rémunération du maître d'œuvre et intérêt de la collectivité"

⁸ On ne répètera jamais assez que choisir de mal payer son maître d'œuvre (en désignant le moins-disant), c'est choisir celui qui consacrera le moins de temps à l'étude du projet, peut-être avec les opérateurs les moins compétents !

⁹ Les tribunaux, qui sanctionnent parfois un marché unique pour les travaux d'un seul bâtiment, ont laissé passer une procédure globale pour plusieurs lycées !

En ce qui concerne l'"allotissement", les maîtres d'œuvre ne sont pas directement concernés car il est acquis qu'il n'y a pas "d'éparpillement" possible des actions de création : celle-ci ne saurait se partager entre des acteurs indépendants (mais elle peut être le fait d'un groupement de concepteurs) d'autant que la création s'accompagne d'une série d'arbitrages (entre d'innombrables solutions) choisis et coordonnés en vue d'atteindre la meilleure synthèse possible.

La loi inscrit d'ailleurs le principe d'une responsabilité globale sur les qualités des projets de bâtiment, en prévoyant que la mission de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'un contrat unique.

La loi inscrit d'ailleurs le principe d'une responsabilité globale sur les qualités des projets de bâtiment, en prévoyant que la mission de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'un contrat unique.

4 - DES CONSÉQUENCES DÉRAISONNABLES

Nous venons de constater :

- Que les PME (entrepreneurs ou maîtres d'œuvre), lorsqu'elles briguent des marchés publics, sont soumises le plus souvent à des dispositions contractuelles déséquilibrées à l'avantage des personnes publiques.
- Que l'État français, plutôt que de corriger cette inéquité, a voulu faire "un geste" en faveur des petites entreprises de bâtiment en prescrivant l'allotissement comme modalité normale de conclusion des marchés de travaux.
- Que les maîtres d'ouvrage publics connaissent les risques, en termes de délai, des marchés passés par lots séparés.
- Quant aux missions de maîtrise d'œuvre, elles doivent, du fait de leur spécificité, faire l'objet d'un marché unique, distinct de ceux des entrepreneurs (article 7 de la loi MOP).

Aujourd'hui, l'allotissement risque de fonctionner comme un repoussoir, entraînant la maîtrise d'œuvre dans la tourmente.

Car dans les procédures plus "globales", comme la "conception-réalisation", la "conception-réalisation-exploitation ou maintenance", et surtout, pour faire encore plus fort, les "partenariats public-privé", personne ne s'offusque de savoir que la partie travaux est confiée à une entreprise générale⁹ !

Hélas, dans ces procédures, en associant la maîtrise d'œuvre à l'entreprise, le maître d'ouvrage se prive d'une maîtrise d'œuvre indépendante à son service.

Nouvel avatar en vue : la directive qui va remplacer en 2014 la directive 2004/18/CE pourrait à son tour réduire le libre arbitre des pouvoirs adjudicateurs en privilégiant l'allotissement des marchés de travaux !

Les procédures globales auront donc une raison supplémentaire de prospérer.

Il n'est pas acquis que l'intérêt général y gagnera. ▲

→→→ **GILBERT RAMUS**
architecte, membre de la commission
juridique de l'Unsa

