

Le dommage porté à l'économie

...n'est pas toujours celui qu'on croit

Dans plusieurs articles de *Passion architecture*, nous avons démontré que la concurrence sur les prix, le plus souvent avantageuse pour les consommateurs, pouvait aussi se révéler dommageable pour ceux-ci dans certains domaines, et, au-delà même des consommateurs, préjudiciable à la collectivité.

Toute la difficulté est de savoir comment délimiter les obligations de concurrence pour éviter ses effets éventuellement dommageables.

1 - Concurrence, heurs et malheurs¹

1.1 – Courte histoire

Dans le doute sur l'antiquité ou le moyen âge, contentons-nous d'évoquer la concentration progressive des industries aux USA au cours du XIX^e siècle (naissance de "cartels") et leur tentation d'entente pour pratiquer des prix excessifs et dégager des profits indus.

Le "Sherman Act" (1890) et le "Clayton Antitrust Act" (1914), avec la mise en place d'une "Federal Trade Commission", ont été les premières réponses de l'État américain à des pratiques qui menaçaient l'ordre social.

Bien plus tard, de multiples accords, tels que GATT (1947), AGCS (1994) ou ADPIC (1995), ont ponctué les efforts d'organisation internationale du commerce, avec finalement la création de l'OMC (1995)².

Les États européens ne sont pas restés inertes : du traité de Rome en 1957 au traité de Lisbonne en 2007, pour l'Europe ; de l'ordonnance du 31 décembre 1986 au livre IV du code du commerce pour la France.

Tout cela aurait pu donner des résultats satisfaisants.

[1] Titre de l'article paru dans *Passion architecture* n° 37, pages 8 à 11

[2] GATT : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce • AGCS : Accord général sur le commerce des services • ADPIC : Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce • OMC : Organisation mondiale du commerce.

1.2 - Pourquoi les résultats sont-ils aujourd'hui médiocres ?

Sans doute pour de nombreuses raisons. En voici quelques-unes.

- Le seul credo du "marché" écarte ou rend difficile la prise en compte d'autres valeurs telles que les droits de l'homme, les considérations d'ordre social³ ou les préoccupations environnementales.
- Les pays pauvres et leurs travailleurs n'ont rien à gagner à être soumis aux seules lois du "marché", entraînant souvent des aléas spéculatifs de l'offre et de la demande qui peuvent les priver de débouchés pour leurs produits ou surenchérir leurs importations.
- La volonté d'édicter, malgré la multiplicité et la complexité des situations, des règles "universelles" aboutit parfois, pour diverses matières (certaines prestations intellectuelles par exemple), à des contre-performances économiques.
- De plus, ces règles "universelles" sont élaborées au sein de conférences internationales (dotées de multiples groupes de travail) auxquelles ne peuvent participer activement que les grandes puissances, les firmes transnationales et la finance mondiale. **Ces entités ont façonné à leur convenance des règles libérales qui s'avèrent beaucoup plus contraignantes pour les petits opérateurs économiques que pour elles-mêmes.**
- La CNUCED⁴ en a fait le triste constat : *"La libéralisation des services profitera*

[3] L'OIT, "Organisation internationale du travail", n'a aucune autorité face à l'OMC.

[4] CNUCED : Conférence des nations unies sur le commerce et le développement.

essentiellement aux multinationales qui dominent le marché mondial."

Certains pensent que la concurrence génère autant de malheurs qu'elle en évite. Quand le bon sens reprendra-t-il le dessus ?

1.3 – La concurrence en Europe

L'Europe, et principalement sa Commission, ont ajouté au credo du dieu "marché", celui de la "libre circulation" des capitaux, marchandises, services, entreprises, personnes, sans aucune attention pour les secteurs concernés (hormis quelques exceptions telles que la santé). Nous avons déjà démontré que cette libre circulation pouvait être dommageable, tantôt pour le consommateur, tantôt pour la collectivité, voire au détriment des deux⁵.

De plus, les règles conjuguées de la concurrence et de la libre circulation nous interdisent toute préférence nationale. *"Achetez français"* resteront des mots de campagne électorale.

La réglementation de la "commande publique" est paradoxale : au lieu de favoriser principalement la qualité des prestations et le bon usage des deniers publics⁶, elle impose des règles tellement pointilleuses, et donc juridiquement périlleuses, que les pouvoirs

[5] Voir *Passion architecture* n° 6, 7 & 8 : "Absurdie concurrentielle" • PA n°12 : "L'Europe et les services, stoppons Bolkestein" • PA n° 14 : "Trop tard le non ?" • PA n°18 : "Directive services, le spectre de Bolkestein" • PA n° 26 : "Le dogmatisme européen coupable"

[6] Nonobstant la seconde phrase du II de l'article 1 du CMP, tout à fait erronée : on démontre aisément qu'il ne suffit pas de respecter trois principes pour faire un bon achat !



adjudicateurs cherchent à éviter les mises en concurrence !

Les collectivités territoriales s'organisent pour pouvoir utiliser des services "in house".

Si elles doivent quand même faire appel à des prestataires extérieurs, on les oriente vers des procédures globales pour concentrer les mises en concurrence, échapper à l'obligation de l'allotissement⁸ et limiter les risques de recours : les procédures conception-réalisation, CREM, PPP⁹, etc, ont de l'avenir en France.

2 - Mise en œuvre des règles de concurrence

2.1 – Les organismes chargés du contrôle

Les règles européennes sur la concurrence sont celles du Traité de Rome¹⁰. En cas de violation des règles, c'est la Commission européenne qui instruit les

[7] Voir *Passion architecture* n° 33, pages 6 à 8 : "La collectivisation en marche"

[8] L'allotissement est sain s'il est utilisé à bon escient. Hélas, les tribunaux administratifs sanctionnent le défaut d'allotissement plus par principe que par analyse réfléchie des situations qui leur sont soumises.

[9] CREM, conception réalisation exploitation ou maintenance – PPP, partenariat public privé.

[10] Articles 101 à 109 du traité de Rome dans la nouvelle numérotation issue du traité de Lisbonne.

dossiers et prononce les sanctions. Les instances de recours sont le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) et la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

Les règles françaises, quasiment identiques, figurent désormais dans le livre IV du code du commerce, notamment son titre II (anciennement l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986).

L'Autorité de la concurrence instruit et prononce d'éventuelles sanctions. Les recours sont portés devant la Cour d'appel de Paris, puis la Cour de cassation.

2.2 – Quid des principes d'instruction des dossiers de manquement ?

Il semble tout d'abord qu'il n'y ait pas égalité de traitement pour l'appréciation des comportements respectifs des vendeurs et des acheteurs : les actions concertées des premiers pour maintenir leurs prix à un niveau économiquement viable sont régulièrement sanctionnées ; où sont les condamnations des seconds lorsqu'ils s'entendent pour écraser les prix de leurs fournisseurs¹¹ ?

[11] Les maîtres d'ouvrage publics et privés ne se privent pas de communiquer, voire de se concerter pour faire baisser les prix de leurs maîtres d'œuvre et entrepreneurs.

En ce qui concerne les principes à adopter pour juger du caractère licite ou illicite des actions des entreprises, soupçonnées d'être anticoncurrentielles, il y a débat, notamment à Bruxelles, depuis plusieurs années (nous sommes tentés de dire : enfin).

Les conservateurs veulent continuer d'appliquer le principe "per se", qui consiste à déclarer condamnables toutes les pratiques énumérées par les textes, et réputées, du seul fait de leur nature, "causer un dommage à l'économie".

Ce principe simplifie la tâche des instances de contrôle qui peuvent alléguer sans preuve que les pratiques incriminées ont eu des effets antiéconomiques, alors que cela peut être inexact.

Heureusement, le TPICE a, sur ce point, réformé plusieurs décisions de la Commission.

La prise de conscience progressive des effets humains souvent dramatiques du "tout concurrentiel", et la volonté nouvelle de prendre en compte d'autres valeurs, a conduit à opposer au "per se", la "règle de raison" qui consiste à faire une analyse économique qui dépasse le seul niveau du prix direct payé par l'acheteur¹².

Pour donner un exemple primaire, est-il judicieux d'interdire tout conseil donné à un justiciable pour choisir son avocat et le laisser confier son affaire au professionnel le moins cher mais le moins expérimenté et ayant sans doute les collaborateurs les moins qualifiés, alors que l'enjeu du procès vaut peut-être cent fois le prix des honoraires ?

2.3 – Les règles de l'Europe

Les textes européens (d'ailleurs repris par la législation française) **prévoient la possibilité d'une analyse plus élaborée des conséquences des pratiques concertées :**

Certes, le 1 de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit, entre autres pratiques,

[12] L'auteur de la présente étude s'intéresse principalement à la concurrence par les prix, mais il n'ignore pas que les textes sur la concurrence visent aussi les problèmes des "concentrations d'entreprises" et ceux liés aux aides que les États, qui veulent avoir une "politique industrielle", envisagent d'attribuer à certains acteurs économiques nationaux.

celles susceptibles de contribuer à "fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction".

Mais le 3 de l'article 101 modère cette règle : les dispositions du paragraphe 1 peuvent ne pas s'appliquer lorsque les pratiques concertées contribuent "à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte."

3 – Comment juger des dommages portés à l'économie ?

3.1 – Tout n'est pas égal

Utiliser les mêmes règles de concurrence pour l'achat de ramettes de papier et celui de prestations intellectuelles de création, ne démontre pas une analyse judicieuse des enjeux de ces deux opérations.

Alors que la nature et le grammage du papier, son indice de blancheur, sa pérennité, son comportement en machine, les délais de livraison, etc, ont été définis, on ne voit pas ce qui s'oppose à utiliser le critère du prix le plus bas pour choisir le fournisseur.

Dès lors, on comprend aisément que toute entente entre les fournisseurs potentiels puisse être considérée comme nuisible et donc condamnée car **elle cause un dommage à l'économie** : - elle alourdit inutilement la dépense de l'acheteur (sans aucune contrepartie avantageuse pour lui), - elle enrichit indûment les fournisseurs, - et même, elle peut les dispenser de tout effort d'amélioration (qualité ou (et) productivité).

Nous avons déjà analysé¹³ le cas un peu plus compliqué des marchés de travaux, mais nous avons observé que les travaux pouvaient être décrits totalement selon des spécifications quantifiables objectivement, et que, lors de l'exécution, le respect des termes du marché pouvait être contrôlé par une maîtrise d'œuvre vigilante.

En conséquence, rien ne s'oppose à ce que le prix (avec, selon la vieille tradition, la meilleure note au prix le plus bas) soit un critère déterminant du choix de

[13] *Passion architecture* n° 37, pages 8 à 11, § 2 et 3.2



l'entreprise, même s'il est souhaitable de l'associer à d'autres critères appropriés à l'opération.

Toute entente préalable entre les entreprises est susceptible de **causer un dommage économique condamnable**, presque pour les mêmes raisons que précédemment.

Mais dans la même étude, nous avons démontré que le problème était autrement plus compliqué dès lors qu'il s'agissait de **prestations intellectuelles**, non seulement impossibles à "spécifier" totalement selon des repères quan-

Leur problème est qu'il manque d'atouts pour juger du prix correct correspondant à la mission qu'ils veulent confier à leur maître d'œuvre.

Lors de la suppression, en 1993, des barèmes annexés aux textes de 1973, les maîtres d'ouvrage publics ont été les premiers à réclamer la production de repères sur la valeur des prestations d'ingénierie et d'architecture : le "Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage"¹⁴, a été établi à leur demande et, comme son nom l'indique clairement, il leur est destiné.

"Il ne faut pas croire que les maîtres d'ouvrage sont assez inconséquents pour penser qu'ils seront d'autant mieux servis que leur maître d'œuvre sera plus mal payé."

tifiables objectivement, mais surtout présentant des enjeux économiques disproportionnés par rapport au prix de la prestation.

Ce sujet mérite toute notre attention.

3.2 – Le cas des prestations intellectuelles telles que la maîtrise d'œuvre

Tout d'abord, il ne faut pas croire que les maîtres d'ouvrage sont assez inconséquents pour penser qu'ils seront d'autant mieux servis que leur maître d'œuvre sera plus mal payé.

Aujourd'hui, ce guide est toujours utile, mais il ne suffit plus.

D'abord quelques esprits malins ont dissuadé les maîtres d'ouvrage de l'utiliser !

[14] Le "Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre" a été élaboré en 1994 par le "Ministère de l'équipement, des transports et du tourisme" et par la "Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques", en présence des maîtres d'ouvrage publics et des maîtres d'œuvre privés.



Ensuite, si ce Guide peut servir en “contrôle” d’un niveau de rémunération, il est préférable, à un certain stade d’analyse du contenu des marchés de prestations intellectuelles, de raisonner :

- en durées d’études,
- en valeur des rémunérations d’acteurs selon les qualifications nécessaires,
- en connaissance des frais généraux des entreprises,
- en analyse du partage des risques d’aléas entre maîtres d’ouvrage et maîtres d’œuvre,
- en évaluation des responsabilités résultant des clauses du marché,
- en coût de coordination et de responsabilité du mandataire en cas de groupement imposé.

Or, sur la plupart de ces sujets, les maîtres d’ouvrage ne détiennent pas de connaissances fiables.

Au contraire, depuis des décennies, on les abreuve d’informations trompeuses¹⁵ :

Il est aujourd’hui indispensable de procéder à une information sérieuse de ces maîtres d’ouvrage sur la valeur la plus appropriée des marchés de prestations intellectuelles.

Nous avons vu que ce n’était nullement incompatible avec les règles de la concurrence, s’il est possible de prouver que les clients peuvent bénéficier d’une part équitable du “profit”.

[15] *Passion architecture* n° 39, pages 11 à 13 : “Effets parfois toxiques de l’intervention publique”

Si en plus, il en résulte un espoir de progrès technique et économique, alors tout va bien !

3.3 – Il y a plusieurs niveaux d’analyse du dommage éventuellement porté à l’économie

L’hypothèse est que les informations données à l’ensemble des acteurs (aussi bien les clients que les prestataires) ont contribué à conclure un marché de maîtrise d’œuvre à un prix “raisonné” plus élevé que le prix le plus bas résultant d’un appel d’offres banal.

Premier niveau d’analyse : le maître d’ouvrage peut penser avoir subi un dommage, mais la collectivité n’a subi nul préjudice (au contraire, voir la suite).

Ce qui est regrettable, c’est que les instances chargées d’analyser les dommages causés à l’économie se contentent souvent de ce seul niveau pour condamner la délivrance d’informations sur les prix.

Deuxième niveau d’analyse : une étude plus poussée du projet (rendue possible par le montant des honoraires) conduit à des marchés de travaux d’un montant plus faible, ou à un ouvrage plus performant pour le même prix. Le maître d’ouvrage, qui a payé plus cher son maître d’œuvre, va finalement y gagner.

Troisième niveau d’analyse : l’étude encore plus poussée aboutit non seulement à un meilleur rapport qualité/prix des travaux mais à une meilleure maîtrise des performances de l’ouvrage en service (voire lors de sa déconstruction). Le maître d’ouvrage n’est plus le seul à y trouver avantage, mais aussi la collectivité soucieuse de voir construire des bâtiments économes.

Quatrième niveau d’analyse : une véritable optimisation de toutes les qualités de l’ouvrage permet de concevoir un bâtiment plus fonctionnel, plus ergonomique, plus plaisant pour y travailler : les enquêtes montrent qu’il en résulte une meilleure productivité des activités, ce qui est tout le contraire d’un dommage.

Cinquième niveau d’analyse : chaque bâtiment s’insère dans un contexte urbain ou naturel et constitue un maillon de notre patrimoine ; si le maître d’œuvre a consacré tout le temps nécessaire pour réussir un projet enrichissant le quartier ou la ville, c’est toute la collectivité qui en sera bénéficiaire.

“Pour ce qui est du contrôle de la concurrence, il paraît urgent d’abandonner le principe “per se” et de faire le choix de la “règle de raison” pour juger des manquements éventuels.”

Tout ce qui précède est avantageux, ce qui est tout le contraire d’un dommage !

Éventuel sixième niveau d’analyse : on ajoutera qu’au lieu de voir se dégrader les prestations intellectuelles en raison d’une pression primaire imbécile sur les honoraires, il est vraisemblable qu’une mise à niveau raisonnée de ceux-ci permettra aux entreprises d’investir dans la formation et le matériel : il en résultera une élévation des compétences et des qualifications, avantageuse pour l’hexagone et valable pour l’exportation.

3.4 - Conclusion

Où est le dommage porté à l’économie alors que tout le monde sort gagnant d’un niveau correct des honoraires de maîtrise d’œuvre ?

Pour ce qui est du contrôle de la concurrence, et au moins pour certaines prestations intellectuelles comme celles de maîtrise d’œuvre, il paraît urgent d’abandonner le principe “per se” et de faire le choix de la “règle de raison” pour juger des manquements éventuels.

Les textes européens le permettent. Peut-être manque-t-il la volonté au plus haut niveau ? Que les professionnels se mobilisent auprès des nouvelles équipes politiques qui vont se mettre en place : **il s’agit de les convaincre que la concurrence doit être adaptée intelligemment aux domaines auxquels on veut l’appliquer.**

Gilbert Ramus

Président de l’Observatoire de la concurrence “public-privé”

