

LA DÉRIVE DE L'INGÉNIERIE PUBLIQUE VERS LES MARCHÉS GLOBAUX

Les Pouvoirs publics ne cessent d'afficher leur attachement aux PME et TPE, mais en même temps, ils produisent des textes qui permettent aux collectivités de s'adresser directement aux grandes entreprises, tout en se défaussant de leurs responsabilités de maîtres d'ouvrage. Tous les professionnels des prestations intellectuelles, tels les maîtres d'œuvre, sont les premières victimes d'une telle dérive, que l'ordonnance 2015-899 relative aux marchés publics ne fait qu'aggraver.

EN BREF

- 1- La commande publique n'est pas de tout repos pour les opérateurs privés autres que les grands groupes. Non seulement les acheteurs publics bénéficient d'avantages institutionnels sur leurs cocontractants privés, mais ils ne manquent pas de faire porter par ceux-ci le maximum de risques et de responsabilités.
- 2- Malgré cette situation protectrice, les acheteurs publics, sans doute excédés par la complexité et le pontillisme des procédures de mise en concurrence, s'efforcent de limiter le nombre des marchés à conclure, à commencer par ceux nécessaires en amont des opérations : "l'ingénierie publique" est en plein développement et les entreprises privées, comme celles de maîtrise d'œuvre, en sont les principales victimes.
- 3- Bien que les acheteurs publics privent les professionnels privés d'une fraction grandissante des commandes de prestations intellectuelles, il apparaît que leurs structures publiques n'entendent pas assumer l'ensemble des responsabilités et des risques supportés habituellement par l'ingénierie privée. Les maîtres d'ouvrage publics se tournent alors vers les "marchés globaux" dont l'acteur central est généralement une entreprise générale. Les procédures globales justifient pourtant de multiples critiques, dont celle de tourner en dérision "l'affichage politique" de l'allotissement.
- 4- Le "marché de partenariat" constitue la dérive maximale vers la déresponsabilisation des personnes publiques, puisque celles-ci donnent quasiment le pouvoir aux grands groupes.
- 5- À l'inverse des PME et TPE, les grandes entreprises et les puissances financières sont bien armées pour négocier ces marchés globaux à leur avantage : elles plébiscitent donc le système. En effet, en faisant payer au prix fort les responsabilités et les risques pris, et en gérant "très rigoureusement" la rémunération de leurs sous-traitants, les grands groupes savent qu'ils en tireront de bien meilleurs profits qu'avec les procédures classiques. Il n'est pas certain que la France tire bénéfice de cette dérive.

1 - LA COMMANDE PUBLIQUE ET LES ACTIVITÉS DU CADRE DE VIE

1.1 - LES ACTEURS

Les protagonistes du secteur bâtiment et travaux publics sont d'abord les maîtres d'ouvrage, les maîtres d'œuvre et les entrepreneurs, mais aussi une multitude d'autres acteurs : programmiste, AMO en tous genres, géomètre-expert, contrôleur technique, coordonnateur SPS, prestataires d'audits, exploitants, entreprises de maintenance, industriels, etc.

Dès qu'il agit de commande publique, la césure majeure entre les acteurs est créée par l'obligation de respecter un certain nombre de règles quand une personne publique commande des prestations, des fournitures ou des travaux à un opérateur privé.

Il en résulte une partition des acteurs :

- D'un côté, les acheteurs publics : l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ou parapublics.
- De l'autre côté, tous les opérateurs économiques privés.

1.2 - LE CADRE INSTITUTIONNEL

Cette France, ainsi divisée en deux camps appelés à travailler ensemble, aurait pu créer un cadre institutionnel équilibré.

Il n'en a rien été.

Comme toute activité en France, la "commande privée" et la "commande publique" sont encadrées par une multitude de lois, d'ordonnances, de codes, de décrets, d'arrêtés, de normes, etc.

Toutefois l'encadrement de la commande publique est plus pointilleux, voire plus complexe (les directives européennes y ont leur part). Le bientôt "défunt" code des marchés publics¹ n'est que le texte le plus "visible".

Il existe d'ailleurs en France un droit administratif distinct du droit civil. C'est la raison pour laquelle les litiges publics sont jugés par des tribunaux administratifs (et cours administratives d'appel et Conseil d'État) différents des tribunaux civils au "service" des simples citoyens (du juge de proximité à la Cour de Cassation).

Le constat : le cadre des marchés publics français s'est élaboré sur plusieurs strates, sans que jamais l'équilibre des droits et obligations entre les cocontractants n'en soit un objectif !

- Dès le niveau "institutionnel", les personnes publiques bénéficient de "prérogatives de puissance publique" :
 - immunités de puissance publique, - privilèges comptables, - clauses exorbitantes du droit commun.
- Pour les marchés qui y font référence, les cinq cahiers des clauses administratives générales (CCAG) déterminent les règles applicables entre personnes publiques et opérateurs économiques, beaucoup plus dans l'objectif de protection des premières que dans un souci d'équité contractuelle.

- En ce qui concerne les marchés eux-mêmes, ce sont les personnes publiques qui établissent les **cahiers des clauses particulières** (CCAP et CCTP), et elles usent de cette faculté (“officiellement” dans l’objectif de bonne utilisation des deniers publics!) pour mettre le maximum d’obligations et de risques à la charge de leurs cocontractants privés.
- **Enfin, en cas de litige**, comme il a été dit ci-dessus, ce sont des tribunaux spécialisés qui ont la charge de dire le droit. Il serait injurieux et inexact à l’encontre des magistrats très consciencieux de ces juridictions, d’évoquer un parti pris à l’avantage des acteurs publics, mais il n’est pas possible de nier que le souci du “bien public” n’est jamais totalement absent des décisions.

La conséquence la plus dommageable est que les maîtres d’ouvrage publics peuvent imposer aux PME et TPE qui n’ont pas de puissants services juridiques comme les grands groupes, des contrats largement déséquilibrés (parfois à la limite du “léonin”) entre les droits, obligations et responsabilités des cocontractants.

Les risques engendrés pour les petites entreprises par ce déséquilibre dépendent évidemment de la nature des marchés. Ils sont sans doute les plus graves quand il s’agit de travaux et des prestations intellectuelles attachées à la création du cadre de vie (la “décennale” n’est que l’aspect le plus emblématique des responsabilités des constructeurs).

Il est séduisant d’entendre les “politiques” afficher leur attachement aux PME et TPE, mais aucun d’eux n’émet jamais l’idée de rééquilibrer les dispositifs contractuels publics afin de “rénchanter” les petites entreprises en les traitant avec plus d’équité.



2 - DÉRAPAGE PUBLIC AU DÉTRIMENT DES PROFESSIONNELS PRIVÉS

Comme il a été écrit au § 1.1, les Pouvoirs publics français ont cru judicieux de multiplier les acteurs intervenant en plus des trois acteurs principaux¹.

Ensuite, pour un “affichage politique” en faveur des petites entreprises, on a inscrit dans les textes l’obligation d’allotir les marchés publics.

Ce sont donc théoriquement des dizaines et des dizaines de marchés qu’un maître d’ouvrage public devra passer pour chaque opération de bâtiment ou d’infrastructure, avec, pour chacun d’entre eux, une mise en œuvre pointilleuse de la consultation, des délais imposés, une gestion suivie, et des risques de contentieux à chaque étape.

C’est d’abord en amont des opérations que les maîtres d’ouvrage publics ont cherché les moyens d’éviter les figures imposées de la commande publique.

Malgré les avantages institutionnels dont ils disposent vis-à-vis des professionnels privés (voir le § 1.2 ci-avant), ils ne cessent de créer **leurs propres structures publiques** d’ingénierie susceptibles d’accomplir, au moins partiellement, les premières tâches des opérations engagées.

À PROPOS DU PRIX DES COMMANDES “IN HOUSE”

Il est intéressant de se pencher sur le **prix** des commandes directes que les collectivités passent à leurs structures publiques ou parapubliques.

Le prix à payer par la collectivité est fixée de gré à gré de multiples manières en fonction du but poursuivi et selon les habitudes des services.

- Soit ces services croient honnêtement qu’ils peuvent évaluer correctement le coût des prestations à effectuer. En dépit de leur bonne foi, ce n’est qu’un leurre, car ils ne peuvent pas comptabiliser des charges dont ils sont exonérés (distorsion de concurrence avérée face aux entreprises privées), charges qui existent néanmoins et qui sont supportées en réalité dans le cadre d’autres dépenses publiques: c’est bien finalement l’ensemble des coûts qui est payé par les contribuables (dont font partie les professionnels qui ont été privés desdites commandes!). L’un des inconvénients est que cette sous-évaluation du prix désinforme l’acheteur public sur le vrai prix des prestations, ou fait croire faussement aux maîtres d’ouvrage que l’ingénierie publique est moins chère que celle privée (voir *Passion architecture* n°30: “La concurrence est-elle loyale?” et n°39: “Effets parfois toxiques de l’intervention publique”).
- Soit ces services se réfèrent encore aux barèmes annexés à l’arrêté du 20 avril 2000 (complétant le décret 2000-257 du 15 mars 2000) fixant les taux de rémunération des prestations d’ingénierie réalisées au profit de tiers par certains services des ministères de l’équipement et de l’agriculture.

Mais il peut y avoir des motivations plus subtiles dans la fixation des rémunérations des services publics ou parapublics.

- Comme cela a été écrit ci-dessus, le prix peut avoir été fixé dans le seul but de “montrer” (!) que l’ingénierie publique est moins chère que celle privée. Or, au terme de ces missions, personne ne sera capable (n’aura même la curiosité) de vérifier que le prix payé correspondait au coût des prestations effectuées. A la différence des professionnels privés, la non rentabilité éventuelle de ces structures publiques ne risque pas de priver de leur emploi les agents publics concernés et leurs dirigeants: le contribuable est là pour payer.
- A contrario, dans certains cas, il n’est pas exclu que les rémunérations soient fixées pour alimenter grassement une structure publique qui paiera bien ses responsables (risque de clientélisme). L’excès de rémunération n’est pas forcément apparent: il suffit d’établir des cahiers des charges peu exigeants! Voir le § 3 du présent article.

Il est instructif d’évoquer un des nombreux éléments distorsifs de concurrence entre public et privé: il s’agit du comportement même de l’acheteur public, toujours prêt à sanctionner tout retard, tout manquement ou toute erreur des prestataires privés, et devenant subitement hyper indulgent avec les services publics: pratiquement jamais de contentieux! Est-ce à dire qu’il n’y a jamais de retard ou d’erreur dans les prestations effectuées par les prestataires publics? Évidemment pas, mais il n’y a aucune volonté de les sanctionner (entre acteurs publics, on ne se “gronde” pas). On peut se demander en quoi ce laxisme est avantageux pour la collectivité.

¹ En 2016, le CMP et l’ordonnance de 2005 et ses décrets seront abrogés, remplacés par un “corpus” juridique commun: l’ordonnance 2015-899 pour les dispositions de valeur législative et un ou plusieurs décrets de niveau réglementaire.
² Voir la revue *Passion architecture* n°52: Vous avez dit “Chère la construction?”
³ Voir la revue *Passion architecture* n°31: “La collectivisation en marche?”

Pourtant, il est généralement admis que les pouvoirs publics n'ont pas vocation à accomplir les missions habituellement dévolues aux opérateurs privés, sauf en cas de carence avérée de ceux-ci³.

Or il n'y a nulle carence: la France est largement pourvue en structures privées de prestataires intellectuels de grande qualité; l'architecture et l'ingénierie françaises s'exportent.

Le développement de "l'ingénierie publique" est d'autant plus illégitime que son but n'est nullement de "faire mieux" que "l'ingénierie privée".

Il est seulement motivé par la volonté des personnes publiques d'échapper aux règles de la commande publique!

Quant à la prétention de l'ingénierie publique d'être moins chère que l'ingénierie privée, il s'agit d'une contre-vérité. Voir le second encadré: "A propos du prix des commandes in house".

Les professionnels privés font grief à ce système:

- ces structures publiques empiètent de plus en plus sur l'activité des entreprises privées de la maîtrise d'œuvre et du conseil;
- les textes permettent même à ces structures publiques, (dans la limite de 20% de leurs activités) de venir concurrencer déloyalement les professionnels privés sur les marchés restés dans le champ concurrentiel;
- néanmoins, dès qu'il s'agit de commandes directes ("quasi-régie" ou "in house"), il apparaît que ces structures publiques n'accomplissent qu'une fraction des missions habituellement exécutées par les professionnels privés;
- le système aboutit alors au développement des contrats globaux.

3 - DÉRAPAGE ET RESPONSABILITÉ LIMITÉE VONT DE PAIR

La première étape décrite ci-dessus aurait pu signifier que les personnes publiques étaient décidées à prendre l'ensemble des responsabilités en effectuant, avec leurs propres services publics ou parapublics, toutes les tâches habituellement accomplies par des prestataires privés.

Il n'en est rien: soit par manque de confiance envers leurs propres équipes, soit par refus de porter trop de responsabilités, les maîtres d'ouvrage publics ne vont pas jusqu'à charger leurs structures d'accomplir la totalité des prestations des missions de maîtrise d'œuvre.

Il est vrai que ces missions nécessitent d'innombrables compétences dans tous les domaines et engendrent d'énormes responsabilités que les professionnels privés acceptent de supporter sans rechigner⁴.

Hélas, de texte en texte, les Pouvoirs publics ne cessent d'offrir aux acheteurs publics des solutions alternatives les libérant d'une grande partie de leurs responsabilités: les "marchés globaux"⁵ occupent une large place dans l'ordonnance 2015-899.

Les maîtres d'ouvrage publics font ainsi "d'une pierre deux coups":

- ils se débarrassent de l'obligation de conclure des dizaines et des dizaines de marchés (ce qui tourne en ridicule l'obligation réglementaire d'allotir),
- ils peuvent ne livrer aux candidats qu'un dossier non achevé (jusqu'à parfois le limiter à un "programme" détaillé) que le titulaire du marché global aura la tâche de développer et dont il portera toutes les responsabilités.

Dans cette configuration, les maîtres d'ouvrage publics, quel que soit le niveau de précision des cahiers des charges particulières qu'ils ont établis pour mettre en concurrence les entreprises, peuvent reporter sur le titulaire du marché

l'essentiel des charges et risques: - le contrôle des données initiales, - la vérification des éléments du dossier de consultation, - la charge de la globalité des études, - la responsabilité des performances à atteindre, - la gestion des autres acteurs pouvant intervenir, - l'engagement sur les délais, - la prise en charge des conséquences du maximum d'aléas pouvant survenir au cours de l'opération, - etc.

On aura tout de suite compris que seuls des groupes puissants peuvent se porter candidats.

On peut aussi déduire de cette dérive que la collectivité finit par payer deux fois une partie des études: l'opérateur privé doit en effet "tout reprendre" puisque l'opérateur public entend se dégager de toute responsabilité sur ses propres études!

On ne reprendra pas ici toutes les raisons qui justifient de grandes réserves sur les marchés globaux.

On rappellera seulement que l'acheteur public perd le contrôle de l'élaboration de son projet:

- d'abord, parce que les concepteurs des équipes en concurrence, travaillent dans un premier temps sans aucune concertation avec le maître d'ouvrage public;
- ensuite, parce qu'il est vain d'espérer, en phase de négociation, l'amélioration simultanée de plusieurs projets;
- enfin, parce qu'une fois le marché conclu, l'inévitable mise au point du projet constituera un véritable "bras de fer" pour tout maître d'ouvrage exigeant, car l'entreprise n'a aucune raison de concéder d'autres corrections ou ajouts que ceux qui lui sont profitables.

4 - LE SUMMUM DE LA DÉRESPONSABILISATION

L'aboutissement ultime de la déresponsabilisation de la maîtrise d'ouvrage publique est le choix du "marché de partenariat"⁶.

En effet, la personne publique va reporter sur le titulaire d'un seul marché (certes plus complexe à conclure qu'un simple marché de travaux), les charges et responsabilités de la conception, de la construction, du financement et, pour une période d'une ou plusieurs décennies, de l'entretien et de la maintenance d'un ouvrage dans lequel la personne publique a pour projet d'accomplir des activités de service public.

Pour que le transfert de responsabilité soit complet, c'est le titulaire du marché de partenariat qui assume la fonction de la "maîtrise d'ouvrage".

4) Dans le meilleur des cas, l'acheteur public fera quand même appel ponctuellement à certains professionnels privés (pour des prestations sans doute limitées?).

5) Dans le projet d'ordonnance relative aux marchés publics, les marchés globaux visent ceux de conception-réalisation, ceux dits de performance ainsi que les marchés globaux sectoriels incluant diverses catégories de prestations (telles que l'entretien ou (et) la maintenance). Pour les marchés de partenariat, qui sont aussi des marchés globaux, voir le § 4 de la présente étude.

6) Pour le Gouvernement, le marché de partenariat ne semble pas être une procédure accessoire, puisque, (pour ce qui concerne les dispositions de niveau législatif), toute la deuxième partie du projet d'ordonnance relative aux marchés publics lui est consacrée.

7) Les personnes qui déclarent que les petites entreprises n'ont qu'à se grouper pour prétendre obtenir des marchés globaux sont, soit de mauvaise foi, soit ignorants des risques que le CCAG travaux fait porter aux groupements, principalement à leur mandataire. En effet, le CCAG impose aux groupements de cotraitants les mêmes obligations de résultat et de ponctualité, et les mêmes responsabilités qu'aux entreprises générales, mais sans leur donner les moyens dont disposent ces dernières. Pour donner un seul exemple: l'entreprise générale peut "gérer" ses sous-traitants alors que le mandataire d'un groupement n'a pas le droit de remplacer un cotraitant défaillant par un autre cotraitant!

8) Certes, le maître d'ouvrage a la faculté de ne pas "agréer" un sous-traitant, mais cela ne peut être que pour des motifs valables: dès lors, l'intérêt commun est de faire appel à un autre sous-traitant.

9) Le retour à la politique des "modèles" passe-partout n'est pas exclu.

LE DÉVELOPPEMENT DE “ L'INGÉNIERIE PUBLIQUE ” EST D'AUTANT PLUS ILLÉGITIME QUE SON BUT N'EST NULLEMENT DE “ FAIRE MIEUX ” QUE “ L'INGÉNIERIE PRIVÉE ”.

Il est assez stupéfiant de penser que la personne publique devra accomplir pendant des décennies des activités de service public dans des locaux à la conception desquels elle n'aura pas participé (ou à la marge, le temps de la consultation).

Quant aux améliorations ou modernisations périodiques des bâtiments qui sont inévitables sur une longue période, elles nécessiteront des négociations difficiles pour lesquelles la personne publique disposera de peu d'atouts.

Il s'agit également d'une déresponsabilisation vis-à-vis des successeurs des personnes publiques qui auront choisi la procédure du partenariat, puisque, pendant toute la durée d'un tel marché, la collectivité et les nouveaux élus devront continuer de “gérer” un contrat hyper complexe, aux frais des contribuables qui n'auront d'autre alternative que de payer les conséquences éventuellement dommageables d'un mauvais choix initial!

5 - LE TRIOMPHE DES GROUPES PUISSANTS

Il n'est pas nécessaire d'être grand clerc pour comprendre que seules les grandes entreprises sont susceptibles de s'engager dans des marchés globaux.



Certes, il n'y a pas que les “majors” : d'autres grandes entreprises sont aussi capables d'en briguer (mais beaucoup d'entre elles sont néanmoins dans le giron de grands groupes!)

Car, pour étudier et s'engager dans des marchés globaux, les entreprises candidates doivent disposer de services très structurés et compétents, à la fois techniquement, économiquement et juridiquement.

Dès le départ, ces services savent détecter les faiblesses du dossier de consultation et sont capables de mesurer l'ampleur des responsabilités que l'acheteur public “essaie” de leur faire porter.

Et puis, pour la partie “travaux”, il s'agit le plus souvent d'une entreprise générale⁷, qui choisit librement ses sous-

traitants⁸ (voire des “travailleurs détachés”), gère l'ensemble des opérations et dispose de toute la réactivité utile pour faire face aux aléas.

La concurrence, même en période de crise, ne conduit pas ces grandes entreprises à des offres suicidaires. Au contraire, elles vont faire payer cher les risques à assumer. Les grandes entreprises conviennent d'ailleurs que l'espoir de rentabilité est meilleur avec un contrat global (conclu alors que le dossier n'est nullement achevé, puisque c'en est le principe) qu'avec un marché conclu sur un dossier abouti, établi par une maîtrise d'œuvre compétente, qui aura ensuite la tâche de contrôler le respect, par l'entreprise, des termes du marché.

C'est pourquoi les grandes entreprises réclament bruyamment la libéralisation des marchés globaux.

6 - EN CONCLUSION, UNE DÉRIVE DOMMAGEABLE

Le Parlement et le Gouvernement prétendent édicter des règles donnant leurs chances aux entreprises de toutes tailles.

Or, c'est totalement contredit par les textes sortis ou en préparation, principalement en ce qui concerne la commande publique dans les domaines du bâtiment et de l'infrastructure.

Le développement de “l'ingénierie publique” déstabilise progressivement les structures privées des prestataires intellectuels, soit par captation des commandes sans mise en concurrence, soit en exerçant une concurrence déloyale sur les autres commandes.

C'est dommageable pour “l'ingénierie privée” qui risque de perdre dynamisme, compétences et références pour l'exportation.

“L'ingénierie publique” n'y gagnera pas pour autant ses galons, car les maîtres d'ouvrage publics ont plutôt tendance à se défaire de leurs responsabilités en optant rapidement pour des “marchés globaux”, c'est-à-dire en donnant le pouvoir aux grandes entreprises.

C'est dommageable pour les PME du bâtiment et des travaux publics, réduits au rang de sous-traitants.

Quant à espérer que les nouveaux bâtiments seront mieux adaptés aux services publics à dispenser, que le bien-être des personnes (et la productivité s'il s'agit de lieux d'activités) sera plus grand, et que, globalement, le cadre de vie va y gagner en qualité⁹, il est permis d'en douter.

Ce n'est pas faute d'avoir alerté à plusieurs reprises le Président de la République et le Premier ministre sur cette dérive dommageable.

En vain, ...pour l'instant. ▲

→→→ **GILBERT RAMUS**
Président d'honneur de l'Observatoire
de la concurrence “public-privée”

