

Absurdie concurrentielle 3

Il y a quelques années, j'avais osé écrire :

“Alors que l'on est en droit d'espérer une commande publique efficace et un bon usage des deniers publics, le code des marchés publics ne semble pas avoir été rédigé pour atteindre ces objectifs en créant les conditions optimales de production de l'objet des contrats¹, mais pour répondre à une quadruple méfiance :

- double défiance de l'État à l'égard des entrepreneurs privés :
 - sur leur probité, - sur leur capacité d'exécuter l'objet du marché²,
- double défiance de l'État à l'égard des donneurs d'ordre publics :
 - sur leur probité³, - sur leur capacité à gérer une opération⁴.”

Malgré une meilleure clarté du texte, le CMP 2001 n'avait rien résolu : **le souci de satisfaire de manière pointilleuse toutes les contraintes procédurales a continué d'occulter** (ou au moins de faire passer au second plan) **la volonté de réussir l'objet des marchés conclus : l'essentiel était de ne commettre aucune erreur formelle !!!**

Deux ans après cette grande réforme de la commande publique, **les intentions du Gouvernement paraissaient claires au début de l'année 2003 :**

- **assouplir** les règles procédurales pour un grand nombre de marchés, en autorisant leur **adaptation**, afin que les donneurs d'ordre publics puissent tenir compte de leurs caractéristiques (objet, nature, valeur, circonstances spécifiques) : voir les articles 28 et 40-II du CMP,
- et ainsi, **rendre moins pesante l'insécurité juridique** que la version 2001 du CMP avait engendrée.

Je crains hélas que rien n'ait changé.

Devant l'agitation de certains juristes⁵ et face aussi aux menaces sans nuances de certains enquêteurs publics ou juges qui ont de la sanction à revendre⁶, **le Ministre de l'Économie a de quoi être déçu. Voici quelques citations choisies de ces censeurs “prompts à dégainer” :** “Même lorsque les prescriptions du code ont été formellement respectées par l'acheteur,

le marché peut être déclaré irrégulier et son auteur voir sa responsabilité pénale engagée”

“Le juge administratif et le juge pénal sanctionneront directement les manquements commis à l'égalité de traitement des candidats tout comme l'atteinte faite à un candidat d'accéder au marché”

“Toute entorse à la liberté d'accès des candidats et à leur égalité de traitement est constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal”

“Un mauvais choix de procédure ou un simple défaut de vigilance établit le caractère intentionnel de la faute” (Conseil d'État)

“Alors qu'on avait tendance à rechercher la règle violée du code, ..., il suffit désormais de rechercher si une situation est contraire à ses principes pour en déduire un manquement à l'article 1^{er} du code et par là même la commission de délit”

“Ce n'est pas le nombre d'entreprises sollicitées qui va compter, mais la façon dont elles l'auront été”

“C'est sur les marchés passés selon la procédure adaptée que l'effet le plus significatif de la réforme, par rapport à l'application du délit de favoritisme, va porter”

“Toute absence de publicité pour une dépense, si minime soit-elle, est par conséquent constitutive du délit”

Et tout ceci, dès le premier euro ! La conclusion était inévitable, notamment pour les “procédures adaptées” : **“Les risques de délit de favoritisme sont renforcés”**

Les maîtres d'ouvrage publics auront bien raison :

- de se méfier des procédures restreintes et de la négociation,
- et de vite revenir à l'appel d'offres avec le prix comme critère unique !

Voilà l'adjudication ouverte réhabilitée !

Je ne dis pas qu'on peut violer les principes du code pourvu que l'on fasse un bon achat, mais je dis que ce serait monstrueux de réaliser un mauvais équipement ou de construire un bâtiment qui polluera la ville pendant un siècle parce que le respect précautionneux des principes du code aura abouti au choix d'un mauvais opérateur !

C'est précisément ce qui peut se passer avec la maîtrise d'œuvre dont la spécificité est insuffisamment prise en compte dans le CMP.

L'erreur fondamentale est de croire que le respect rigoureux des principes initiaux aboutit inévitablement à un bon achat.

J'affirme au contraire, que sans discernement, la stricte application des principes du code peut aboutir à des “achats” catastrophiques.

1 On cherche en vain un ensemble cohérent de mesures destinées à mettre les donneurs d'ordre et les titulaires des marchés publics en situation de “bien faire leur travail”. A contrario, aucun outil ne manque pour mettre en accusation ceux qui agissent, contester leurs décisions, et in fine, stopper les opérations.
2 On préfère donner des moyens à ceux qui vont contrôler qu'à ceux qui vont produire !

3 Les obligations de transparence et de concurrence passent avant l'objectif de qualité du produit à livrer et donc bien avant l'efficacité de la commande.

4 D'où des marchés déséquilibrés entre les droits et obligations des cocontractants au détriment du prestataire privé sur lequel est transféré le maximum des risques et aléas.

5 Au lieu de participer à la rédaction de textes irréprochables, certains juristes se sont spécialisés dans la détection de leurs imperfections inévitables et vivent des erreurs ou défaillances escomptées des opérateurs publics.

6 Les uns et les autres font sans doute de la condamnation d'autrui leur délectation ?

Qui ne comprendrait pas qu'en choisissant son maître d'œuvre au terme d'un appel d'offres ouvert avec le critère unique du prix, on n'a que très peu de chances - d'avoir choisi l'opérateur "capable du meilleur ouvrage", - et de lui avoir donné les moyens de consacrer, avec des concepteurs suffisamment qualifiés, tous les temps de recherche et d'études nécessaires à l'optimisation du projet ?

Obnubilés par les bienfaits de la concurrence (dont nous ne contestons pas les effets positifs ... dans une majorité de situations), les commissaires européens d'un côté, et les pourvoyeurs du pénal de l'autre, n'ont plus **aucune lucidité pour en voir les méfaits possibles.**

Pire : aveuglés par quelques principes louables (liberté d'accès, égalité, transparence), **ils en font les objectifs les plus importants de l'achat public !!!** Sur cinq pages denses d'un acteur important du contrôle de l'achat public, menaçant les opérateurs publics imprudents des pires foudres de la justice, **PAS UNE SEULE FOIS, IL N'A ÉVOQUÉ ce qui est pourtant l'essentiel aux yeux du citoyen contribuable : L'EFFICACITÉ DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET LA BONNE UTILISATION DES DENIERS PUBLICS.**

Et pourtant, les principes initiaux (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures) ne sont que des outils au service de ces objectifs finaux, car si les principes finissaient par faire obstacle à l'obtention de ces objectifs essentiels (qualité du produit livré, bon usage des deniers publics), nul doute qu'il faudrait les amender.

Cette obsession de la concurrence n'est pas limitée à l'hexagone. Elle imprègne tellement l'esprit de certains commissaires européens que leurs discours sur les professions libérales et notamment celles réglementées comme la nôtre tiennent de la "fatwa".

Tout d'abord, dans leur analyse du volume limité du "croisement" des activités des professionnels libéraux⁷, ils occultent

deux facteurs majeurs dans la difficulté de nos interventions dans les pays voisins :

- Tout d'abord le problème des langues : toutes les activités (certaines plus que d'autres évidemment) nécessitent des relations avec un grand nombre d'acteurs dont il faut comprendre parfaitement les apports ou les attentes.
- Ensuite et surtout, le problème des réglementations divergentes d'un pays à l'autre. La question des règles différentes applicables aux professions elles-mêmes est marginale⁸ par rapport à la diversité des règles d'ordre collectif et générale qui rend très périlleuse l'intervention d'un professionnel dans un autre pays que le sien ; il suffit de voir l'extrême difficulté pour chacun d'entre nous de maîtriser notre propre réglementation nationale.

C'est pourquoi, en fait d'échange, on se contentera encore longtemps de s'associer entre professionnels européens : la fiabilité due à nos clients est à ce prix. C'est donc vers une harmonisation des réglementations générales qu'il faut tendre mais elles sont si complexes, si étendues et divergentes qu'une génération n'y suffira pas !

Malgré ces constats de bon sens qui viennent d'être rappelés, les commissaires européens condamnent en priorité les réglementations appliquées à nos activités, car ils sont convaincus que les consommateurs y gagneraient si l'on mettait en concurrence un plus grand nombre d'acteurs avec un contrôle moins exigeant de leurs compétences et de leurs garanties et en supprimant ou réduisant la déontologie spécifique à la fonction qu'ils exercent.

Aujourd'hui pourtant, le problème du particulier qui veut faire appel à un architecte, c'est d'en choisir un parmi cent et de savoir comment le rémunérer à un juste niveau. Quel inconscient prétendra le problème résolu si le particulier peut choisir entre dix mille "soi-disant architectes" de compétences et de moyens forts différents ?

En ce qui concerne le principe que je vais évoquer, il ne devrait pas être appliqué aux professions réglementées, mais sait-on jamais ? C'est pourquoi je le commente ci-après parce qu'il est caractéristique de l'obsession concurrentielle de certains commissaires européens.

Ce principe, parmi les plus dangereux de nos eurotechnocrates s'il était adopté, serait d'**obliger les États d'accueil à "se contenter" des règles du pays d'origine** des professionnels qui vendraient leurs services dans un autre pays européen !

Nous commençons tous à prendre conscience des risques que font courir à notre planète les bateaux naviguant sous "pavillons de complaisance".

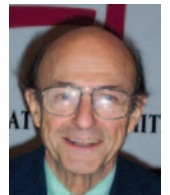
L'idée bruxelloise est de créer des "**pavillons de complaisance européens**" pour toutes les activités : on ira chercher la formation et l'autorisation d'exercer telle ou telle profession dans l'un ou l'autre des 25 pays où c'est **le plus facile et le moins surveillé**, et cela ouvrira le **droit** d'aller vendre ses services dans les 24 autres pays, concurrençant ainsi déloyalement d'autres professionnels locaux soumis à des exigences plus élevées.

Folie pure à une époque où la société est enfin soucieuse de son avenir à long terme, où les consommateurs sont de plus en plus exigeants et n'admettent plus les erreurs : c'est pourquoi la plupart des activités demandent des savoirs toujours plus importants.

C'est donc vers une élévation des compétences qu'il faut aller : les obsédés de la plus grande concurrence possible font le chemin inverse et proposent de "niveler par le bas". Qui leur expliquera que leur aveuglement est coupable ? ■

Gilbert Ramus

Président de la commission juridique de l'UNSA



⁷ Les commissaires européens regrettent sans doute que l'architecte de Malmö ne vienne pas surveiller les chantiers à Perpignan et que celui de Brest n'aille pas travailler à Delphes. Nul doute que cela créerait des emplois pour les entreprises de transport, mais est-ce avantageux pour le client qui devra supporter des surcoûts étrangers au service qu'il attend ?

⁸ Il est tout à fait acceptable d'en évaluer la raison d'être et de chercher à les actualiser en les harmonisant, mais seulement à la condition que cela améliore, ou au moins maintienne la qualité et la fiabilité des services rendus aux clients et à la collectivité.