

La collectivisation en marche

Les parlementaires viennent de se doter discrètement¹ d'une loi qui va permettre aux collectivités territoriales de s'exonérer des règles de la commande publique pour une fraction significative des prestations intellectuelles aujourd'hui confiées à des professionnels privés.

En créant leurs propres sociétés susceptibles d'accomplir toutes sortes de services et de prestations, les collectivités vont priver directement nos entreprises des commandes publiques correspondantes.

Les architectes et leurs partenaires ont du souci à se faire, face à la collectivisation rampante (au niveau territorial) d'une fraction de l'économie privée.

1 - Comment en est-on arrivé là ?

En un peu plus de deux décennies, la Commission européenne et l'État français (lequel est "sommé" de transposer fidèlement les directives), ont "pourri" la vie des pouvoirs adjudicateurs en leur imposant, pour conclure leurs marchés, des règles de plus en plus compliquées et lourdes à appliquer, voire risquées.

Le but des Commissaires européens obsédés par la concurrence (qui devait faire le bonheur de tous²), n'est pas "l'efficacité de la commande publique" mais seulement de favoriser l'échange des opérateurs économiques entre tous les pays de l'Union.

Ils se moquent éperdument du risque de moindre qualité du service rendu, pourtant réel en raison des distorsions : • des qualifications, • des règles professionnelles, • des responsabilités • et même des obligations d'assurance, • sans compter l'incertitude sur les

engagements entre cocontractants ne parlant pas la même langue³.

De fait, ils sont indifférents au fait que ces règles aboutissent souvent à un mauvais usage des deniers publics⁴.

Les directives successives⁵ (et la Cour de justice européenne) ont ainsi obligé l'État français à corriger, voire supprimer des dispositifs réglementaires qui donnaient satisfaction, puis à rédiger nos lois et codes en se moulant sur les règles fixées par Bruxelles⁶.

Désormais, quand une collectivité a le courage de rester "maître d'ouvrage" notre législation lui impose des procédures complexes⁷, souvent inutilement

coûteuses⁸, et l'expose à plusieurs séries de risques.

• **Des risques opérationnels, car les motifs de recours sont innombrables**, (y compris pour des causes purement formelles : telle une case non remplie dans un imprimé), et ceci, à toutes les étapes des opérations : choix de la procédure, publicité, documents exigés, critères de sélection, critères de choix, non allotissement (même au sein d'un "macro-lot" !), information des candidats, mise au point des marchés, gestion complexe de la sous-traitance, remplacement périlleux des entreprises défaillantes, difficulté pour conclure les avenants nécessaires, délais de paiement intenable dans certaines circonstances, etc, etc.

Or, tout recours compromet le calendrier d'une opération ou son financement, voire la réalisation elle-même.

[1] Les médias ont été muets sur la proposition de loi comme sur les votes successifs qui ont permis au Parlement d'adopter cette loi scélérate. Les conseils ordinaires n'ont rien vu ; l'Unsa est le seul organisme représentant les architectes à avoir agi auprès des parlementaires, mais en avril 2010, il était déjà trop tard.

[2] La délocalisation des activités, qui en est le premier effet, fait sans doute le bonheur de ceux qui trouvent un emploi en étant payés trois fois moins cher que les français qui perdent leur travail.

[3] Les commissaires européens sont allés jusqu'à interdire, sauf exception justifiée, d'exiger des traductions certifiées ! Les escrocs ont de l'avenir en Europe.

[4] Il suffit de calculer le désastre économique résultant de toutes les interruptions des opérations de mise en concurrence, voire les annulations de marchés publics en cours d'exécution, au motif de simples fautes procédurales.

[5] Entre autres directives récentes : directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004 sur les fournitures, travaux et services, directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, directive "recours" 2007/66/CE du 11 décembre 2007.

[6] Pour donner trois exemples résultant des directives et concernant directement les architectes : • l'anonymat des concours en 1999, • le bouleversement du titre I de la loi MOP en 2004, • et en 2010, l'enterrement des marchés de définition.

[7] L'Etat français porte aussi une part de responsabilité : pour exemple, le montant des marchés de sous-traitance à partir duquel il est obligatoire (c'est même "d'ordre public") d'appliquer les dispositions de la loi 75-1334 du 31 décembre 1975 n'a jamais été actualisé depuis trente-cinq ans (4 000 francs devenus 600 euros) !

[8] Reconnaissons qu'obliger les personnes publiques à engager une mise en concurrence (avec publicité pour toute commande risquant de dépasser 4 000 euros !) dès qu'elles ont besoin d'un conseil, d'une évaluation, d'une étude d'opportunité, d'un avant-programme, d'une assistance ponctuelle, etc, peut être considéré comme inutilement long et coûteux !
On est loin du bon usage des deniers publics, contrairement à ce qu'énonce stupidement l'article 1-II du CMP : le respect des trois principes de la commande publique est censé "assurer l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics". Il est pourtant facile de démontrer que c'est souvent l'inverse.

• **Des risques personnels pour le responsable du pouvoir adjudicateur**, car toute irrégularité constatée s'inscrit au passif des décideurs et peut même entraîner des **sanctions d'ordre pénal** (voire une "inéligibilité", ce qu'évidemment, les "élus" craignent le plus !).



Dans ces conditions, lancer une opération qui va nécessiter de conclure des dizaines et des dizaines de marchés⁹, tous porteurs de multiples risques, "séduit" de moins en moins les décideurs publics.

2 - Les collectivités territoriales contournent l'obstacle

Il eût été souhaitable que les collectivités (dont les élus sont largement représentés au Parlement) corrigent par la loi et que le Gouvernement corrige par décrets les dispositions les plus périlleuses de la commande publique.

On ne peut que regretter que nos élus aient renoncé à se battre (y compris à Bruxelles¹⁰) et choisissent de contourner l'obstacle.

Pour échapper aux risques engendrés par les procédures les plus "classiques" de la commande publique, les "pouvoirs adjudicateurs" vont employer de plus en plus **deux voies extrêmes** décrites ci-après.

2.1 - La voie des contrats globaux
La première voie utilisable par les personnes publiques consiste à réduire drastiquement le nombre des marchés à conclure.

[9] La moindre opération nécessite de faire des mises en concurrence pour le choix de tous les opérateurs tels que : mandataire, conducteur d'opération, programmiste, géomètre, géophysicien, maître d'œuvre, coordonnateur OPC et coordonnateur SPS, contrôleur technique, et plusieurs dizaines d'entrepreneurs (puisque l'article 10 du CMP préconise l'allotissement !).

[10] La "crise" à rebondissements était pourtant l'occasion de faire reconnaître aux commissaires européens que leurs prédécesseurs avaient fait fausse route sur un certain nombre de sujets. Car, si les européens ont échappé à la directive Bolkestein (heureusement), la directive "services" en est largement inspirée (voir *Passion Architecture* n°18, page 8).

Il suffit d'utiliser les procédures telles que : • le partenariat public privé, • la délégation de service public, • la concession de travaux publics, • la conception-réalisation, • le bail emphytéotique administratif et autres procédures voisines.

Il est inutile de pleurnicher sur le fait que les architectes n'ont pas pu empêcher les gouvernements successifs (de gauche comme de droite) :

- de libérer de plus en plus largement l'utilisation de la conception-réalisation,
- et de créer les PPP.

Rappelons toutefois que, par ses actions, la profession (notamment l'Unsa) a obtenu beaucoup de modifications et d'ajouts positifs dans l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 créant les contrats de partenariat.

Utilisons ces atouts : les maîtres d'œuvre doivent occuper toute la place qui leur revient au sein de ces procédures.

2.2 - La voie des services "in house"

La seconde voie consiste à éliminer la nécessité de conclure des marchés publics !

Il suffit de créer des **structures ou organismes dits "in house"** qui pourront être chargés directement par les collec-

[11] Pas seulement conseillers régionaux, généraux ou municipaux, mais souvent présidents, vice-présidents ou maires, ou adjoints chargés de...

[12] Le lobby des sociétés d'économie mixte n'est pas étranger à la manœuvre ; celles-ci pourront devenir SPL ou SPLA, car devoir se séparer de leurs actionnaires privés n'est pas un problème : cela leur donnera au contraire plus de liberté !

tivités (sans mise en concurrence), d'effectuer toutes sortes de prestations et d'assistance à maîtrise d'ouvrage et pourquoi pas demain, de la maîtrise d'œuvre, voire des travaux ou des régies.

Comme une fraction importante des membres du Parlement (Assemblée nationale et Sénat) sont des élus locaux¹¹, excédés par la lourdeur et les risques des textes encadrant la commande publique, il n'est pas étonnant qu'ils aient votés (majorité et opposition¹²) la proposition de loi créant les **"sociétés publiques locales"** et facilitant la création des **"sociétés publiques locales d'aménagement"** tout en étendant leur champ d'actions.

VOICI QUELQUES EXTRAITS DE LA NOUVELLE LOI

• Extraits de l'article 1 (complétant le CGCT) :

"Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre de leurs compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital."

Ces sociétés sont compétentes pour "réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L.300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général."

• Extraits de l'article 4 (modifiant le code de l'urbanisme) :

"Ces sociétés (les sociétés publiques locales d'aménagement) sont compétentes pour réaliser toute opération d'aménagement au sens du présent code. Elles sont également compétentes pour réaliser des études préalables, procéder à toute acquisition et cession d'immeubles en application des articles L.221-1 et L.221-2, procéder à toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article L.300-1, ou procéder à toute acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux dans les conditions prévues au chapitre IV du titre I^{er} du livre II du présent code. Elles peuvent exercer, par délégation de leurs titulaires, les droits de préemption et de priorité définis par le présent code et agir par voie d'expropriation dans les conditions fixées par des conventions conclues avec l'un de leurs membres."

Ce qui est tout à fait ahurissant dans cette loi, c'est que jusqu'à présent, les services publics n'avaient jamais eu pour vocation de s'emparer des activités exercées habituellement et convenablement par des professionnels privés.

Au contraire, le principe "séculaire" veut qu'en dehors de ses fonctions régaliennes, la puissance publique n'intervienne qu'en cas de carence avérée de l'initiative privée.

Ce n'est pas du tout le cas en l'occurrence : l'objectif affiché est clairement de se libérer le plus possible des règles de la commande publique, pour une très large gamme de prestations, de services et de travaux !

3 - Les conséquences dommageables des structures "in house"

3.1 - Le risque d'inflation du domaine d'intervention

Si cette loi contestable permettait seulement aux "personnes publiques" de reprendre la main sur le "mandat de maîtrise d'ouvrage", les architectes ne s'alarmeraient pas, car ils ont trouvé tout à fait déraisonnable que Bruxelles ait contraint la France à livrer¹³ cette fonction d'intérêt général à des opérateurs privés, dont les intérêts ne sont pas forcément convergents avec l'intérêt public.

Mais il s'agit de bien autre chose ; il suffit de lire la loi.

Ce sont toutes les prestations exercées par les professionnels privés qui vont pouvoir être effectuées par ces nouvelles structures.

D'abord, toute structure qui n'a pas un objectif direct d'économie de ses coûts, a tendance à gonfler ses effectifs (un "chef" n'est-il plus important s'il a davantage de subordonnés ?). Ensuite, comme les collectivités détentrices de la SPL auront la facilité de lui passer commande librement, elles seront de plus en plus tentées d'éviter de faire appel à des prestataires extérieurs (qui ne peuvent être désignés que dans les règles de la

[13] Ordonnance 2004-566 du 17 juin 2004 modifiant le titre I de la loi MOP

commande publique) ; ceci "justifiera" le gonflement régulier des effectifs.

Comme le prix des services sera convenu librement entre les collectivités et sa SPL, celle-ci ne risque pas d'être en difficulté financière.

Seuls, à terme, les contribuables pourraient trouver l'addition salée : mais ils ne disposeront d'aucun moyen de contrôler le juste prix des services rendus.

3.2 - Les dommages pour les professionnels

Les dommages potentiels pour les prestataires privés sont considérables, puisque c'est toute une fraction de leur domaine d'intervention qui pourrait être progressivement captée par ces SPL.

En 1981 et 1982, les architectes avaient pu convaincre les Pouvoirs publics de renoncer aux "ateliers publics d'architecture" qui auraient "asséché" la plus grande partie de la commande publique de nos cabinets. Est-ce le "retour" ?

Il existe un autre risque pour les prestataires privés, c'est qu'accessoirement, ces sociétés publiques locales ne se lancent dans le domaine concurrentiel pour conquérir des marchés lancés par des maîtres d'ouvrage publics ne faisant pas partie de la communauté qui les a créés.

Les risques de distorsion de concurrence seront alors considérables¹⁴.

3.3 - Laxisme et clientélisme sont à craindre

Les nouvelles "sociétés publiques locales" cumulent certaines facilités du secteur public (c'est le contribuable qui paie) et les libertés du secteur privé (comme elles auront le statut de "sociétés anonymes", elles ne seront pas soumises aux règles de la gestion publique et échapperont au contrôle des chambres régionales des comptes). Les organes exécutifs des collectivités qui les créeront, pourront désigner tranquillement leurs dirigeants et le per-

[14] A propos des distorsions de concurrence de la part d'opérateurs publics moins exposés que les prestataires privés, voir les deux articles publiés dans *Passion Architecture* n°29 (page 9) et n°30 (page 7).

sonnel parmi leurs amis, à plus forte raison si les postes sont lucratifs.

4 - Conclusion

Espérons que nous nous trompons en écrivant que la collectivisation à l'échelon territorial d'une fraction de l'économie privée est en marche. Comme le déclare le président de la Fédération des entreprises publiques locales (ex Fédération des SEM), "Les SPL ne sont pas des entreprises comme les autres". C'est bien ce qui est inquiétant, puisqu'elles pourront intervenir librement (sur simple décision des collectivités) à la place des entreprises privées !

D'abord, les professionnels doivent s'organiser pour être présents et occuper une place honorable dans toutes les procédures PPP, BEA, conception-réalisation, etc. Les "boudier" n'a pas de sens.

Ensuite, les professionnels privés n'ont d'autres ressources que de se montrer meilleurs et plus réactifs. Mais comment faire, s'ils sont victimes de concurrence déloyale ?

Il faut quand même :

- Tenir bon sur le niveau des **rémunérations**.
- Ne pas lésiner sur la **formation** (ce qui n'est possible qu'avec des honoraires corrects).
- Être très vigilants, d'abord à titre individuel, puis à titre collectif, d'abord sur les **marchés captés** directement par ces nouvelles entités "privées mais in house", puis sur toutes les **distorsions de concurrence** dont les prestataires privés vont être victimes du fait de l'intervention possible de ces opérateurs s'ils briguent des marchés dans le secteur concurrentiel et sont candidats contre nos propres structures.

Le pire n'est jamais certain, mais une extrême vigilance s'impose. ■

Gilbert Ramus,
président
de l'OCPP
Observatoire
de la concurrence
"public-privé"

