

La concurrence et le domaine de la construction : une appréciation personnelle

Autor(en): **Tercier, Pierre**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales**

Band (Jahr): **59 (2001)**

Heft 2: **XXVIIIe journée de Mont-Pèlerin : "La concurrence : émulation ou jeu de massacre?"**

PDF erstellt am: **24.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-141070>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

LA CONCURRENCE ET LE DOMAINE DE LA CONSTRUCTION

UNE APPRÉCIATION PERSONNELLE

Pierre TERCIER

Professeur à l'Université de Fribourg

Les quelques remarques qui suivent ont un caractère personnel; elles concernent spécialement le domaine de la construction et, plus spécialement encore, le cas des mandataires actuellement soumis à un régime sensiblement plus strict. Il importe de commencer par examiner les données (1), tenter ensuite d'apprécier les intérêts en jeu (2) et d'examiner finalement où se situent les problèmes principaux (3).

LES DONNÉES

En matière de concurrence, il est un certain nombre de données inéluctables, qu'il serait vain de vouloir remettre en cause en l'état. Le mouvement général tend à la libéralisation, pour toutes sortes de raisons tenant notamment aux échecs cuisants des économies dirigées et à la tendance à la globalisation. Cela se reflète également et fortement dans notre pays:

1° Le point de départ est incontestablement lié à la consécration du régime libéral, fondé sur une économie de marché. La nouvelle Constitution l'exprime plus clairement encore que l'ancienne. On retrouve ce principe ancré à l'art. 1 de la Loi sur les cartels adoptée en 1995. Il en découle que les marchés sont en principe soumis au jeu de la concurrence; celle-ci n'est certes pas un but en soi, mais un moyen destiné à optimiser l'utilisation des ressources. On sait que le régime est dur, puisqu'il met les entreprises en compétition: certaines en tireront tout bénéfice, d'autres au contraire devront en assumer les risques, souvent lourds.

Le principe de la concurrence n'est pas absolu, chacun sait en effet que

son application sans limite peut aboutir à des résultats indésirables qu'il convient de contrer. Ce peut être le cas d'abord par des règles étatiques, fédérales ou cantonales; c'est en effet la tâche de l'autorité politique que de corriger au besoin le système. Il est vrai que cela peut exceptionnellement ensuite être fait par des entreprises privées, appartenant à une entente ou une position dominante, mais il faut alors obtenir l'autorisation expresse du Conseil fédéral, elle-même subordonnée à des conditions restrictives (cf. art. 8 LCart.).

2° *Le droit des marchés publics.* En complément du droit strict de la concurrence, on a vu se développer ces dernières années le droit des marchés publics qui a pour effet de soumettre l'adjudication des travaux, services et fournitures à une procédure d'appel d'offres. Celle-ci devrait également permettre d'animer la concurrence. Elle peut en outre poursuivre deux objectifs complémentaires: d'une part garantir une utilisation rationnelle des fonds publics (et protéger ainsi les contribuables); d'autre part permettre à toutes les entreprises d'avoir une chance d'obtenir un contrat de l'Etat, qui est entre-temps devenu l'un des principaux maîtres d'ouvrages.

La législation repose sur la Loi sur les marchés publics et ses ordonnances d'application. Le principe est également imposé aux cantons par la Loi sur les marchés intérieurs (art. 5); les cantons se sont donnés à cet effet une réglementation commune par l'Accord intercantonal sur les marchés publics.

Ces normes n'ont en soi rien d'exceptionnel, puisqu'elles sont la concrétisation des engagements pris par la Suisse dans les accords de l'Organisation mondiale du commerce. Il est vrai que les autorités en ont profité pour tenter de supprimer certaines barrières cantonales en imposant le système même en dessous des seuils auxquels nous aurions dû nous soumettre.

3° Ce régime a aujourd'hui force de loi. Il est dans la tendance générale et on voit mal comment la Suisse pourrait ou voudrait y échapper, d'autant moins qu'elle est économiquement de plus en plus intriquée dans le grand marché européen, où des tendances semblables se font jour.

LES INTÉRÊTS EN JEU

Il est délicat de vouloir porter un jugement sur les effets de ces différentes procédures et du renforcement des régimes de concurrence. Toute modification

de cette importance provoque des turbulences inévitables, des excès, des erreurs, qui le plus souvent se corrigent d'eux-mêmes. La Suisse n'a finalement qu'une courte expérience en la matière, compte tenu de la très grande souplesse des normes qui nous régissaient jusqu'alors. Si l'on porte un regard sur les Etats voisins, on constate qu'avec les mêmes règles, on a fini par adopter une pratique et une jurisprudence qui clarifient les choses et permettent de s'adapter.

La difficulté est d'autant plus grande qu'il importerait d'intégrer tous les intérêts en jeu, pour pouvoir porter un jugement d'ensemble. Et pour chacun d'eux, il conviendrait encore de choisir les critères d'appréciation, qui peuvent être certes strictement économiques, mais peuvent avoir en réalité des prolongements sur la qualité, la sécurité, le régime de l'emploi, etc. En Suisse plus qu'ailleurs, il convient de nuancer selon les régions, selon les professions. C'est dire qu'il est exclu de vouloir à ce stade porter un jugement définitif.

Néanmoins, on peut tenter d'examiner l'effet sur les principaux niveaux, en retenant le régime de la construction:

1° *Les maîtres d'ouvrage*. L'impression générale est qu'ils devraient plutôt bénéficier de ces régimes. Il est vrai qu'ils ont eu pour effet d'alourdir les procédures, d'introduire un contrôle souvent vétilleux, d'exiger une documentation plus complète. De manière générale, on a néanmoins le sentiment que l'Etat a pu bénéficier de prix plus favorables, d'autant plus que la conjoncture était elle-même serrée et la branche de la construction en difficulté particulière. Il est vrai que ces avantages pourraient être en partie perdus ou compensés par l'accroissement des frais de fonctionnement; de manière générale néanmoins, on a le sentiment que sous cet angle, la concurrence est plutôt favorable. Cela devrait donc aussi se répercuter en faveur des contribuables.

2° *Les entreprises ou les prestataires de service*. Ceux qui ont obtenu un contrat devraient en soi aussi en tirer bénéfice. Il est vrai que les prix pratiqués sont relativement bas, voire très bas, mais celui qui a obtenu l'adjudication peut faire partie de ceux qui, dans d'autres conditions, n'auraient jamais pu obtenir un mandat de ce type. L'avantage du régime est en effet qu'il fait tomber certaines barrières autrefois pratiquement infranchissables. Si l'on voulait bien ne pas voir seulement la concurrence comme un risque, mais aussi comme une chance, l'appréciation serait peut-être aussi plus favorable.

3° *Les autres entreprises*. Les entreprises non adjudicataires sont évidemment les laissées pour compte. En soi, cela n'a rien d'extraordinaire dans un

régime de concurrence, qui est précisément destiné à donner priorité à certaines entreprises sur d'autres. Si tout fonctionnait normalement, on serait assuré de promouvoir par ce biais une certaine sélection, à même d'améliorer également des structures de la construction en Suisse, encore particulièrement surannées.

4° *La concurrence*. Comme telle, elle devrait elle aussi en tirer bénéfice, mais ces bénéfices devraient être eux aussi, une fois encore, appréciés à l'aune de tous les intérêts en jeu.

LES PROBLÈMES PRINCIPAUX

Si l'on considère que le régime actuellement en vigueur présente des faiblesses, c'est à mon avis à trois niveaux principaux qu'il devrait être possible d'intervenir:

1° *L'adjudication*. C'est à l'évidence la décision essentielle, celle par laquelle on décide, au vu d'un certain nombre de critères objectifs, de donner préférence à un projet sur un autre. C'est à ce stade apparemment que les critiques sont les plus vives. Quelques remarques:

- Alors que la priorité devrait être reconnue au mieux-disant, le sentiment général est que c'est le moins-disant qui reçoit systématiquement le contrat. Outre l'avantage direct que peut, apparemment du moins, en retirer l'administration, la solution présente l'avantage (apparent) de ne pas appeler de justification plus compliquée pour écarter l'offre la meilleur marché. Néanmoins, on voit des méthodes d'utilisation se mettre en place, qui cherchent à distinguer, puis à pondérer les différents critères à prendre en considération (prix, mais également qualité, expérience, qualifications, sérieux, etc.).

- La procédure n'est possible que si les appels d'offres sont faits sur la base d'un projet élaboré, énonçant avec précision les spécifications attendues. Sauf à vouloir se lancer dans des concours pour des projets à caractère tout à fait général, les offres doivent être précises. Il semble que l'une des faiblesses du système tient précisément aux qualifications insuffisantes de ceux qui dirigent les appels d'offres et à la faiblesse des documents servant de base.

- Pour que l'on puisse juger de l'efficacité du système, il importe aussi de pouvoir à intervalles réguliers faire le point et voir quels ont été les coûts réels exigés par les offres qui ont été acceptées. Ce n'est pas tellement l'offre de départ, dont on sait qu'elle est autant que possible tirée vers le bas pour avoir du succès,

mais le résultat final, celui qui a été payé une fois qu'ont été également intégrées toutes les prétentions ultérieures, les frais liés à la garantie pour les défauts et aux autres inconvénients, voire, dans bien des cas, les frais des procédures judiciaires ou arbitrales consécutives au choix. Le coût de l'ouvrage, ce n'est pas le montant de l'offre, mais le montant finalement payé.

2° *La procédure.* Une méthode aussi lourde et rigoureuse que celle des appels d'offres ne peut valablement fonctionner que si l'on respecte strictement les règles de procédure. A cet égard, il y a également sans doute quelques problèmes:

- Il est inévitable d'abord que ces procédures deviennent lourdes et compliquées, entachées d'un formalisme excessif. Il s'agit là le plus souvent d'une maladie de jeunesse, qui devrait assez rapidement disparaître lorsque les formules seront rôdées et les exigences clarifiées. Il est à cet égard sans doute toujours possible d'améliorer les choses, notamment par des contacts réguliers entre les milieux intéressés.

- Beaucoup plus important est le régime du contrôle; il faut en effet que les choix véritables soient décidés par des autorités de recours, qui doivent se prononcer rapidement, et donner clairement les impulsions directement dictées par la loi.

3° *Le champ d'application.* Toutes ces procédures se justifient tant que l'on a à faire à des projet importants, impliquant des montants considérables. C'est sûrement le cas lorsque l'on atteint les seuils de l'OMC. C'est moins évident pour des marchés de plus petite envergure, où l'importance des frais pourrait totalement dépasser les intérêts en jeu. Sans doute fallait-il dans un premier temps supprimer les barrières internes entre les cantons, raison pour laquelle la Loi sur les marchés intérieurs fut adoptée; on pourrait se demander s'il ne serait pas temps d'y mettre maintenant une limite.

QUELQUES REMARQUES COMPLÉMENTAIRES SUR LES MANDATAIRES

Le problème de la concurrence est devenu aigu dans les bureaux d'architectes et d'ingénieurs. Cela tient à l'évolution générale, qui n'est sans doute elle-même plus aussi favorable qu'elle le fut dans les périodes de haute conjoncture et celle du boom de la construction. Quelques remarques générales.

1° *Le cadre des professions a changé.* C'est là une banalité. Alors qu'autre-

fois les professions dites libérales étaient en général clairement limitées, elles font aujourd'hui l'objet de concurrence vive de tous les côtés: les médecins n'ont plus le monopole des soins, les pharmaciens n'ont plus celui des médicaments, les avocats n'ont plus celui du conseil juridique, les banquiers et les assureurs imbriquent leurs liens. Cela vaut aussi pour les architectes et les ingénieurs, dont certains d'ailleurs n'ont pas manqué de sortir eux aussi de leurs propres frontières. Cela est d'autant plus évident que les professions comme telles ne sont pas protégées, sous réserve de règles formelles apparemment aisées à contourner. Les «attaques» les plus vives proviennent sans doute des entrepreneurs généraux et des entrepreneurs totaux, mais il faudrait faire une appréciation plus subtile.

De même est-il de plus en plus évident que les maîtres d'ouvrages tendent à dissocier la création comme telle (le projet) de sa réalisation (la direction de chantier). Ce sont en effet deux activités, sans doute complémentaires, mais qui exigent de toute autres qualités dont je ne suis pas sûr que les formations actuellement dispensées tiennent toujours suffisamment compte.

2° *Le style des professions* a lui aussi changé. La remarque vaut pour toutes les professions libérales. Sans doute touchent-elles une activité qui fait appel à la confiance et elles exigent de ce fait une relation de type particulier. Cela vaut cependant aujourd'hui pour de très nombreuses professions dites de service; qui plus est, cela n'est peut-être pas attendu de tous les mandants; dans la profession elle-même, tous les mandataires n'ont pas non plus considéré cette dimension comme étant déterminante.

Dans ces conditions, on voit mal comment il serait aujourd'hui possible de revenir à un système de tarification, comme il en existait autrefois; on sait d'ailleurs que ce régime fut remis en cause par les professionnels eux-mêmes, qui ne le respectaient plus guère, sans risque de sanctions. Pour pouvoir aujourd'hui l'admettre, il faudrait convaincre les autorités politiques qu'il y a un intérêt public général à la reconnaissance d'un cartel. Cela paraît d'autant plus difficile que le tarif repose sur une prémisse difficile à justifier: tous les bureaux ne peuvent pas avoir pour un même projet des coûts nécessairement identiques; on l'a vu dans d'autres domaines, l'admettre reviendrait en définitive à subventionner les bureaux qui travaillent le moins bien.

3° *L'évolution de la concurrence*. Il est certain qu'il existe actuellement une pression considérable sur les bureaux traditionnels: les prix sont bas, les exigences toujours plus élevées, la concurrence des entreprises générales et totales est forte, voire, et sans doute toujours plus intensément, celle des bureaux

étrangers. Deux remarques à ce sujet:

- Rien ne s'oppose, en droit de la concurrence, à ce que des bureaux se regroupent en associations, afin de défendre une qualité et offrir en conséquence un label de nature à offrir une garantie supplémentaire de qualité et de résultat. Il ne faudrait pas immédiatement que cela se traduise par une tarification, mais cela donnerait aux bureaux qui en rempliraient les conditions la possibilité de se profiler sur le marché par des garanties de qualité, pouvant ensuite justifier des prix correspondant peut-être mieux à la prestation.

- Il est possible également que le marché lui-même se corrige. Sachant qu'il y a dans les écoles polytechniques une réduction extrêmement significative du nombre des étudiants, cela pourrait avoir les effets que l'on attend le plus fréquemment de la concurrence: ceux de l'équilibre automatique. Cela ne se fait pas immédiatement, mais la concurrence est aussi fonction du temps.

