



EUROPE :
CONDUITE DES PROJETS DE CONSTRUCTION

Fascicule 8

***LES STRATÉGIES ENSEMBLIÈRES À L'ÉPREUVE
DE LA RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS
EN FRANCE***

Elisabeth Campagnac

LATTS-CERTES

campagna@enpc.enpc.fr

Groupe Bagnolet

Le groupe Bagnolet s'est créé, dans le cadre du programme Europroduction du PCA, à l'initiative de chercheurs issus de plusieurs pays européens. Les financements du PCA ont été complétés par des contributions du Leverhum Thrust, du Consiglio della Ricerca et de Byggeriets Udviklingsrade.

Le Groupe Bagnolet - c/o Graham Winch - Bartlett School of Graduate Studies
University College London - Gower Street - London WC1E 6BT - +44 171 387 7050

Plan Urbanisme Construction Architecture

Arche de la Défense

92055 PARIS LA DÉFENSE Cédex 04

Chantier 2000

LES STRATÉGIES ENSEMBLIÈRES À L'ÉPREUVE DE LA RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS EN FRANCE

SUMMARY	3
INTRODUCTION	4
Une analyse centrée sur l'activité de construction	5
Les spécificités du système d'acteurs en France.....	5
Les années 1980: une période de transformation.....	6
PREMIERE PERIODE: 1980-1985.....	6
La réglementation de 1973 : missions d'ingénierie et d'architecture.....	7
Crise et concurrence : le caractère stratégique de la remontée en conception.....	11
DEUXIEME PERIODE : 1986-1991.....	11
L'extension du champ concurrentiel et de la chaîne de valeurs des entreprises.....	11
Les ouvertures introduites par la loi MOP.....	12
TROISIÈME PERIODE: 1992-1995.....	16
1992-1995 - les déboires de l'immobilier : vers la gestion déléguée de services publics et urbains.....	16
Les changements dans l'environnement institutionnel	16
Le projet de réforme du code des marchés publics.....	18
Le système d'assurance et de responsabilité	21
CONCLUSIONS	24
L'entrée dans une période d'instabilité stratégique et institutionnelle	24
L'interface entre le droit et l'économie	25
La compétition entre acteurs et modèles d'organisations.....	26

LES STRATÉGIES ENSEMBLIÈRES À L'ÉPREUVE DE LA RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS EN FRANCE

Elisabeth Campagnac

LATTS-CERTES

campagna@enpc.enpc.fr

SUMMARY

The aim of this paper is to present the regulations which govern in France the relations between the actors in the construction industry - which the English call the "contracting system" - and to identify the principal contemporary developments.

Since the beginning of the 1980s, important transformations have taken place, and continue to affect the legal context of the French construction industry, particularly around the regulation of public procurement (engineering, architecture, or site works). They are characterised by a succession of very important reforms from the passage of the law on the public client and its relations with the architect in private practice (called the law MOP of 1985) to the ratification of its decrees of application in 1993, passing by the reform of the public procurement code.

The analytic framework which we propose is organised around two main themes:

- a comparison between the specificities of the regulatory framework for public works, compared to other European countries, and the specificities of its system of actors.
- an analysis of the reform of the legal framework and the redefinition of the strategies of the actors in the system observed since the beginning of the 1980s. These changes in the market have been accompanied by a tendency of certain actors (clients, construction majors) to move towards a much greater integration of the cycle of production, notably around the critical interface between conception and realisation. In this context, the majority of the construction majors have deployed a strategy of integrating vertically up and downstream in the construction process.

We therefore propose to offer an analysis of the transformations of the regulatory framework, and relate them to the changes in the market and the strategies of the actors. This allows us to distinguish three main stages in the dynamic evolution of the French contracting system.

INTRODUCTION

L'objet de cette contribution est de présenter les grands principes du *contracting system* en France, c'est-à-dire des règles et procédures qui régissent les relations entre les acteurs de la construction, en les appréhendant dans leur évolution contemporaine et dans leurs relations aux stratégies d'acteurs.

Dans leur évolution contemporaine, c'est-à-dire en tenant compte des évolutions récentes de la réglementation des marchés de maîtrise d'œuvre et des marchés publics de travaux. Soulignons, de ce point de vue, que le recours à la notion de *contracting system*, *stricto sensu*, constitue un anachronisme dans le cas de la situation française, dans la mesure où d'une part, la classification des sources du droit repose sur le principe affirmé de la supériorité hiérarchique de la loi sur le contrat; et où, d'autre part, cette soumission ou cet encadrement du contrat par la loi se trouve, de fait, largement renforcé dans le cas de la réglementation de la construction. Si les marchés de maîtrise d'œuvre ou les marchés de travaux s'apparentent bien à des contrats (contrat de louage d'ouvrage, aux termes du Code Civil), les règles auxquelles ils sont soumis pour leur attribution comme pour une partie de leur contenu relèvent du droit public et ne peuvent pas être modifiées par la seule volonté des parties. Mais une fois cette clarification apportée, la notion de *contracting system* peut être employée pour désigner ce tissu de relations stables et organisées qui se nouent entre les acteurs, par le biais d'un enchevêtrement de règles, de contrats ou de conventions. C'est dans ce sens là qu'il convient de l'entendre¹.

Dans leurs relations aux stratégies d'acteurs - tendues vers à vis de la maîtrise des différentes composantes de la "chaîne construction" - celles ci peuvent s'appréhender soit en référence aux différents "stades de la filière construction", si l'on veut mettre l'accent prioritairement sur le processus technico-organisationnel de transformation de la matière physique; soit, en référence aux phases et étapes du projet, si l'on met l'accent plutôt sur le processus comme flux d'informations et d'élaboration décisionnelle. Or, les uns et les autres sont régis en France par un certain nombre de règles qui visent à préserver quelques principes fondamentaux : caractère d'intérêt public de la création architecturale, respect de la concurrence, transparence des marchés publics etc.. C'est également en se fondant sur ces principes que sont justifiés le mode de répartition des tâches et les règles d'allocation des missions entre les différents acteurs, autrement dit des formes de division du travail que le droit vise à stabiliser et à légitimer. Cette division du travail consacre en particulier la séparation entre la conception et l'exécution, ou plus exactement la séparation entre la conception du produit et la conception de sa réalisation.

Or, cette séparation est depuis quelques années remise en cause par la conjonction de deux facteurs. D'une part, les transformations de marchés, qui supposent de nouvelles formes de coordination et de coopération entre conception du produit et conception de sa réalisation, pour répondre aux exigences croissantes de qualité, sous contrainte de coûts et de délais, d'une part.

D'autre part, la redéfinition du champ concurrentiel des grands groupes, c'est à dire la gamme des activités dans lesquelles ils s'impliquent au sein du secteur de la construction, mais aussi dans d'autres secteurs, car elles sont créatrices de valeur par rapport à l'environnement concurrentiel du ou des secteurs considéré(s). A cet égard, les démarches ensemble développées par les grands groupes en France (Campagnac 1985; 1992) qui visent à couvrir toute la chaîne, depuis l'initiation du projet jusqu'à son exploitation, en passant par la conception et la réalisation, relèvent d'une stratégie qui situe dans l'offre globale de travaux et de services la source d'avantages compétitifs au regard de l'environnement concurrentiel du secteur. Une telle démarche soulève, bien entendu, la question des conditions juridiques ou institutionnelles qui l'autorisent ou non, dans un système national mais aussi à un moment historique considéré. Par rapport à ce questionnement, trois remarques préalables s'imposent.

¹ Voir Contribution 6 pour une analyse théorique du concept *contracting system*.

Une analyse centrée sur l'activité de construction

Pour des raisons de comparabilité avec les autres contributions, nous avons centré le *contracting system*, en tant que système régissant les relations entre acteurs, sur l'activité de construction et sur les marchés de travaux tels qu'ils sont régis par le Code des Marchés Publics.

Nous ne présentons pas ici le système de *la concession de travaux publics* ou de la concession de services publics qui occupe cependant une place capitale dans les grands projets en *Joint venture* et témoigne d'une spécificité indéniable du "modèle français" de gestion déléguée ou de concession de services publics. Nous renvoyons pour l'analyse économique et juridique contemporaine de ce modèle à l'ouvrage collectif dirigé par C. Martinand (1993)

Rappelons simplement ici la définition de la concession donnée par le Conseil d'Etat en 1916. La concession est

"un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers" (Arrêt du Conseil d'Etat *Société du Gaz de Bordeaux* 30 mars 1916).

Cette formule se développe très largement en France au XIXème siècle, essentiellement à partir des chemins de fer et de la distribution d'énergie électrique. Mais X. Bezançon (1995) nous en rappelle les lointaines origines médiévales dans son histoire des services publics en France. Il distingue soigneusement la "naissance négative" des services publics municipaux (c'est à dire la naissance "par défaut", d'activités de services publics destinés à faire face à une situation de rareté, ainsi pour l'entretien des routes et des canaux, ou encore la distribution d'eau etc..) qui va donner lieu à une activité réglementaire poussée; et la "naissance positive" de services publics infrastructurels (création des grandes infrastructures telles que routes, ports, canaux et de services visant à couvrir l'ensemble du territoire: transports, magasins généraux, banques etc..) qui vont constituer le véritable terreau de la concession. Ici, la part délégataire-prestataire l'emporte sur la partie réglementaire, et la délégation de l'activité s'accompagne le plus souvent de privilèges exorbitants. Après les précisions, recentrages et modifications qu'elle subit au XIXème siècle, la concession de travaux publics ou de services publics connaît un regain d'usage à partir des années 1970 et un développement de ses applications internationales. Nous renvoyons à l'ouvrage de Marcou (1993), pour l'analyse des différences qui opposent historiquement la conception du système de la concession en France et en Grande-Bretagne. Voir aussi Campagnac et Winch (1997) pour un comparaison de la concession française et du *charter* anglais.

Les spécificités du système d'acteurs en France

Le *contracting system* en France se spécifie, comparativement à d'autres pays, et en particulier aux pays anglo-saxons, à la fois par son système juridique et par son système d'acteurs. Citons parmi les spécificités de son système juridique, la distinction capitale entre droit privé et droit public, que ne connaissent pas, de cette manière, les pays anglo-saxons. Rappelons d'ailleurs que le secteur des travaux publics a été l'un des terrains de prédilection pour la constitution du droit administratif, à partir de questions telles que la concession d'ouvrages et de services publics, ou la responsabilité de l'administration à l'égard des usagers dans leurs relations aux ouvrages ou aux services publics. Le droit administratif se distingue à son tour dans le système juridique français par sa source essentiellement jurisprudentielle - ce qui tendrait à le rapprocher sous cet angle du droit anglo-saxon; mais il est, pour le reste, totalement inconcevable et incompatible avec la conception du droit anglo-saxonne.² ?

² Derrière le caractère exemplaire du droit administratif en tant que "singularité du système normatif à la française", faut-il en conclure à ses origines canoniques, comme y invite Legendre (1992 p.55) et rééditions de Legendre (1967). L'évocation des origines canoniques du droit administratif repose sur l'analyse d'une transposition historique plus lointaine, dans la société séculière française à l'âge de la Contre-Réforme catholique, des moyens du gouvernement juridique issus de la longue pratique pontificale.

Quant au système d'acteurs, du point de vue notamment des groupes sociaux "pertinents" quant à la direction et à la "gouvernance" de projet, on peut opposer au pouvoir que détiennent les professionnels dans de nombreux pays, en particulier dans les pays anglo-saxons, le pouvoir des ingénieurs en France dans le cadre de grandes organisations, tant au niveau de l'Etat qu'au niveau des entreprises. On peut d'ailleurs faire le rapprochement entre l'existence en France d'un Etat puissant, traditionnellement très centralisé et s'impliquant fortement dans les projets techniques ou industriels, sur le mode de "l'interventionnisme libéral", ce que résume bien la référence au " Colbertisme", et la force du pouvoir industriel reconnu aux entreprises, en particulier les plus grandes, plutôt qu'aux professionnels de la conception ou aux ingénieries indépendantes comme c'est le cas en Grande Bretagne. Ces différences se manifestent particulièrement dans le secteur de la construction, compte tenu de l'importance qu'y occupe la commande publique.

Les années 1980: une période de transformation

La période actuelle est une période de profonde redéfinition du *contracting system* en France. Cette redéfinition s'est traduite au cours de ces dix dernières années par une refonte du paysage juridique régissant les relations entre les acteurs de la construction³. Il convient de noter à cet égard que le droit ne consacre ce pouvoir industriel des entreprises, ni de manière simple et linéaire, ni de manière exclusive. D'une certaine façon, le souci prioritaire va à l'amélioration de la commande publique, et donc à tout ce qui dans la relation à la maîtrise d'œuvre peut y contribuer. Ces enjeux s'expriment dans tout ce qui concerne d'une part, la réglementation des relations de la maîtrise d'ouvrage publique à la maîtrise d'œuvre privée (architecture et ingénierie), et d'autre part, l'organisation de la concurrence et le mode de dévolution des marchés de travaux. Ces deux aspects doivent être pris en compte dans leurs interrelations, pour comprendre l'organisation du " système institutionnel" en France en matière de réglementation de l'activité de bâtiment et de relations entre les acteurs.

La dimension historique et l'organisation chronologique des différentes réformes qui interviennent dans le courant des années 1980 et 1990 sont importantes à prendre en compte; car la production du droit n'intervient pas de manière extérieure aux rapports de force politico-économiques dans lesquels se situent les différents acteurs.

Cette refonte du paysage juridique n'est pas sans relation avec les changements de marché intervenus depuis le début des années 1980 ni avec la tendance consécutive des acteurs à s'orienter vers une plus forte intégration du cycle de production, en particulier autour de l'interface décisive entre conception et réalisation. Il est donc possible d'établir une chronologie fondée sur la mise en relation entre les évolutions du paysage juridique et les stratégies des acteurs face aux changements de leur environnement concurrentiel; pour simplifier l'exposé, nous nous en tiendrons ici à l'examen des seules stratégies des grands groupes. Notre idée est de montrer comment les évolutions juridiques dessinent des opportunités ou des freins à la configuration des "chaînes de valeurs" qu'ils tentent de développer dans la logique des démarches ensemblières. Dans cet esprit, trois grandes étapes peuvent être dégagées depuis le début des années 1980.

PREMIERE PERIODE: 1980-1985

Le première période est caractérisé par le décalage entre, d'une part, la réglementation de 1973 sur les missions d'architecture et d'ingénierie, qui apparaît inadaptée aux nouvelles exigences de la commande et à la décentralisation; et d'autre part, l'évolution des stratégies d'entreprises. Face aux changements de marchés, les grandes entreprises développent des démarches ensemblières qui supposent une intervention plus amont au niveau de la conception. Dans cette première partie, nous proposons donc d'examiner d'abord la réglementation de 1973, puis le caractère décisif de la remontée vers la conception dans les stratégies des grandes entreprises. C'est la période au cours de laquelle les grandes

³ La refonte du *contracting system* est due à une succession de textes, en particulier:

- la loi sur la maîtrise d'ouvrage et ses rapports à la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP, de 1985 et ses décrets d'application (1993) ;
- la réforme du Code des Marchés Publics ;
- les différentes dispositions législatives relatives à la moralisation de la vie publique et à la transparence des marchés publics.

entreprises, confrontées à une forte récession des marchés de Bâtiment et au recul des marchés à l'export, tentent de se redéployer en région, dans le contexte nouveau de la décentralisation et de se démarquer dans la concurrence par une amorce de stratégie d'offre. L'intervention dès la phase de conception leur apparaît déterminante pour maîtriser les coûts.

La relation entre la commande et la conception est encore régie par les décrets de 1973 sur "les missions de maîtrise d'œuvre et d'ingénierie", bien que les réflexions menées à la Mission Interministérielle pour la Qualité des Constructions Publiques, et bientôt le rapport de M. Jean Millier de 1982, soulignent les blocages qu'elle représente au regard des nouvelles exigences de la Maîtrise d'ouvrage publique. Combinée aux modes de dévolution des marchés de travaux prévus par le Code des Marchés publics, cette réglementation consacre la séparation entre la conception et la réalisation, ainsi que le caractère très séquentiel du projet. La réglementation joue donc en partie à l'encontre du développement des stratégies ensemblières des grands groupes. L'articulation entre le contexte institutionnel et les stratégies des grandes entreprises repose donc sur les éléments suivants:

La réglementation de 1973 : missions d'ingénierie et d'architecture

D'une certaine manière, les textes qui se succèdent, entre la réglementation de 1973 et la Loi MOP de 1985 jusqu'à ses décrets d'application de 1993, traduisent l'évolution des attentes de la maîtrise d'ouvrage en matière de prestations de l'ingénierie. Cette évolution se résume à la recherche d'une plus grande "fiabilité" des études amont par rapport à la réalisation, dans un environnement économique et institutionnel plus complexe, et dans un contexte de resserrement des contraintes économiques et financières de la maîtrise d'ouvrage.

La maîtrise d'œuvre doit répondre à la montée des préoccupations de coûts (qui se posent de plus en plus en termes de coûts global), de qualité et de délais. Par ailleurs le produit - bâtiment - se complexifie et tend à intégrer plus de fonctions, d'équipements et de services. Le maître d'ouvrage se doit d'en assurer la fiabilité, ainsi que l'adéquation du projet et à ses propres capacités financières.

-
- le plus important est le décret n° 73-207 du 28 février 1973: "*Conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques par des prestataires de droit privé*";
 - l'arrêté d'application du 29 juin 1973 ;
 - la directive du 8 octobre 1973 ;

ainsi que divers textes ultérieurs d'application :

- circulaire du 22 avril 1976 ;
- directive du 10 janvier 1980 (amélioration des conditions de passation des marchés d'études pour les constructions publiques) ;
- circulaire du 9 mars 1982 sur la dévolution des marchés de travaux de bâtiment.

Tableau 1 - La réglementation de 1973

Les fonctions traditionnelles de l'architecte ou de l'ingénieur ne suffisent plus nécessairement. C'est dans une redéfinition des missions que le législateur essaie de dégager des solutions et d'adapter la maîtrise d'œuvre aux attentes de la maîtrise d'ouvrage publique. Le développement de la concurrence et la recherche de positions fortes, pour l'appropriation de ces missions anime les relations entre les différentes professions de la maîtrise d'œuvre. Obligatoire en commande publique, le décret de 1973 et ses textes d'application deviennent rapidement la référence pour le secteur privé et pour les compagnies d'assurances. La réglementation de 1973 repose sur un ensemble de textes qui sont montrés en tableau 1.

Les origines de la réglementation

L'objet du décret du 28 février 1973 est officiellement de définir et de préciser les conditions de rémunération des hommes de l'art pour l'accomplissement de missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques. De fait, cette question de

la rémunération s'insère dans tout un ensemble de critiques formulées à l'encontre de la situation antérieure. Ces critiques portent essentiellement sur les lacunes de celle-ci.

Multiple, éclatée, dispersée (parce qu'élaborée par les différents ministères, chacun pour ce qui le concerne), la réglementation antérieure applicable aux ingénieurs, architectes et autres prestataires d'ingénierie, ne donne pas de vision claire des rôles et des responsabilités respectives des maîtres d'ouvrage, des maîtres d'œuvre et des entrepreneurs. Le reproche est fait en particulier d'une confusion constante entre fonctions et professions. La situation antérieure se caractérise aussi par l'insuffisance des études préalables à l'exécution des travaux. La conséquence en est que les ouvrages ne sont pas toujours bien adaptés aux besoins à satisfaire et que les aléas techniques rencontrés dans l'exécution des travaux sont souvent excessifs. Cette insuffisance est souvent épinglée par la Cour des Comptes. D'autre part, le système de rémunération, fondé sur le principe d'honoraires proportionnels au coût des travaux n'incite pas les concepteurs à rechercher des économies. "La réglementation antérieure, la plus archaïque de tous les grands pays industriels, repose sur le principe que la rémunération des études est proportionnelle au coût des ouvrages réalisés" (décret du 28 février 1973, Rapport au Premier Ministre).

En outre, le coût des ouvrages est souvent sous-évalué, ce qui facilite l'octroi de crédits. Les choix des investissements sont donc faits sur des bases erronées et le système débouche inmanquablement sur des dépassements de crédits. A ces reproches fondamentaux formulés à l'encontre de la conception, s'ajoutent d'autres constats qui concernent en particulier,

- le fait que la commande publique est elle-même souvent mal exprimée; d'ailleurs, les tâches incombant aux maîtres d'ouvrage et aux maîtres d'œuvre ne donnent lieu à aucune définition précise et varient selon les opérations et les maîtres d'ouvrage.
- l'attribution de la commande publique d'ingénierie et d'architecture demeure peu satisfaisante, car aucun critère objectif ne permet de comparer des offres d'études, puisque la rémunération des tâches se fait en appliquant les tarifs. Dès lors, le calcul des honoraires ne tient compte ni de la complexité des tâches, ni de leur dégressivité. Ceci ne permet pas aux maîtres d'ouvrage de payer les prestations en fonction de leur coût et de leur qualité.

Bref, le système antérieur conduit à des coûts excessifs, à des estimations peu sûres et à des dépassements nombreux, les causes de ces inconvénients résidant dans l'insuffisance des études et dans le fait que ceux qui s'y livrent ne sont pas responsables du coût final.

Les grands principes inspirant la réglementation de 1973

Fondée sur l'idée que le concepteur-maître d'œuvre doit assurer la maîtrise totale des éléments de production (économique, avec le coût d'objectif; organisationnel avec les notions de planning et de pilotage technique), cette réglementation décrète l'unité de la maîtrise d'œuvre, sans opérer de distinction entre les fonctions architecturales et techniques.

Dès lors, la réforme qui va aboutir à la réglementation de 1973 – et qui est élaborée et discutée au sein de la Commission Centrale des Marchés, avec l'ensemble des administrations et des professions concernées – entend modifier non seulement le rôle et la responsabilité des hommes de l'art, mais aussi les modes de passation des marchés publics et la réalisation des opérations d'investissement.

Cette réforme repose sur les trois principes suivants.

- Premièrement, la rémunération n'est plus définie a posteriori en fonction du coût réellement constaté mais a priori, en fonction d'un coût d'objectif, sur lesquels s'engage le concepteur de l'ingénierie, dans les limites d'une certaine tolérance de précision. Si ce coût d'objectif est atteint, la rémunération du concepteur est maximale. Pour éviter des surestimations, si le coût de l'ouvrage se révèle inférieur à la prévision, la rémunération est légèrement réduite. S'il existe des dépassements, la réduction des honoraires est proportionnelle à ceux-ci. Le coût d'objectif est la somme de la rémunération prévue pour la mission (obligatoirement forfaitaire) et de l'estimation prévisionnelle de toutes les prestations nécessaires pour mener à bien la réalisation de l'ouvrage. Il revient en gros à : honoraires + estimations coûts des travaux. L'un des objectifs de la réforme est

- d'aboutir à une rémunération forfaitaire des missions en tenant compte à la fois de l'importance des ouvrages et de la complexité de leur réalisation.
- Deuxièmement, ces changements dans le système de rémunération doivent conduire à favoriser le développement des études préalables et à procéder aux études d'avant-projet et de projet en ayant déjà une idée suffisamment précise du coût réel des solutions proposées. Elle suppose aussi un changement dans les comportements et les structures professionnelles. Toutes les professions, architectes, ingénieurs-conseils ou d'études techniques doivent y contribuer. La réforme revendique une stricte neutralité à l'égard des professions : la rémunération des études est désormais indépendante du statut professionnel des prestataires.
 - Enfin, la réforme entend mieux définir les rapports entre maîtres d'ouvrage, maître d'œuvre et entrepreneurs, et clarifier leurs responsabilités respectives en définissant de façon précise les diverses catégories des missions d'ingénierie et d'architecture inhérentes à toute opération.

Définition et contenu des éléments de mission normalisés

-
1. Les missions de 1^{ère} catégorie, dites de "*maîtrise d'œuvre*", incluant la conception primaire, secondaire, tertiaire, le choix des entrepreneurs, le contrôle des entrepreneurs et la mise en service des ouvrages ;
 2. Les missions de 2^{ème} catégorie, dites de "*maîtrise d'œuvre générale*", incluant la conception primaire, le choix des concepteurs et le contrôle des concepteurs ;
 3. Les missions de 3^{ème} catégorie, dites de "*maîtrise d'œuvre particulière*", incluant la conception secondaire, tertiaire, le choix des entrepreneurs, le contrôle des entrepreneurs et la mise en service des ouvrages ;
 4. Les missions de 4^{ème} catégorie, dites de "*conception*", incluant la conception primaire, secondaire, tertiaire et le choix des entrepreneurs ;
 5. Les missions de 5^{ème} catégorie, dites de "*conception générale*", incluant la conception primaire et le choix des concepteurs ;
 6. Les missions de 6^{ème} catégorie, dites de "*conception particulière*", incluant la conception secondaire, tertiaire et le choix des entrepreneurs.
-

Tableau 2 - Les missions normalisées

Deux éléments sont à prendre en considération:

- Les missions complètes et les mission partielles. Le décret du 28 février 1973 prévoit la distinction entre deux types de missions, assorties de modes de rémunération différents : *la mission complète* comporte un engagement du maître d'œuvre au respect du coût d'objectif ; *la mission partielle* est celle qui résulte de conditions ne permettant pas au maître d'œuvre de s'engager sur un coût d'objectif. La rémunération est alors soit fixée forfaitairement (barème appliqué en remplaçant, pour les éléments de mission normalisés, le coût d'objectif par un coût prévisionnel de réalisation fixé), soit calculée en dépenses contrôlées.
- Le contenu des missions normalisées et les éléments des missions normalisées. En énonçant cette distinction entre missions complètes et partielles, le décret du 28 février 1973 s'en remettait à l'intervention d'un arrêté pris conjointement par différents ministres (Intérieur; Economie et Finances; Aménagement du Territoire; Equipement, Logement et Tourisme; Affaires Culturelles; Développement Industriel et Scientifique; Santé Publique) pour définir aussi bien le classement des missions complètes que la définition des missions normalisées, constituées d'éléments de missions eux-mêmes normalisés. Ce travail fut réalisé par l'arrêté du 29 juin 1973. Celui-ci définit six catégories de missions complètes qui sont montrés en tableau 2.

La définition des éléments de mission varient en fonction de trois domaines fonctionnels d'application: infrastructure, bâtiment et industrie. Ainsi pour le bâtiment, le contenu des documents caractéristiques de chaque élément de mission est montré en tableau 2.

Les effets de la réglementation de 1973

Des effets positifs sont attendus par les auteurs de la réforme, en particulier, l'introduction des contrats d'ingénierie et d'architecture dans le domaine d'application du Code des

Marchés Publics (CMP) (article 2 du décret du 28 février 1973). Elle peut en devenir une clause obligatoire, grâce au fait que les contrats portent désormais sur des missions bien délimitées, ayant un contenu "clairement défini".

"Les implications de la réforme sont multiples et s'exerceront aussi bien du côté des clients publics que du côté des concepteurs privés :

- *les clients publics devront améliorer leurs compétences et leur organisation pour exprimer les besoins, passer les commandes et gérer les marchés;*
- *les concepteurs devront eux aussi améliorer leurs compétences et leur organisation afin d'assumer de nouvelles responsabilités. Ils ont obligation de porter une plus grande attention aux objectifs fixés par les maîtres d'ouvrage en matière de coût, délai, qualité de réalisation des ouvrages" (Avant-propos de la directive du 8 octobre 1973).*

La réforme "influe dans le sens le plus moderne sur l'évolution des structures et des mentalités: des structures par la constitution d'équipes de conception pluridisciplinaires groupant architectes, bureaux d'études, ingénieurs-conseils; des mentalités dans la mesure où les divers participants auront clairement conscience de leurs tâches respectives et de leurs responsabilités exactes" (idem).

Une clarification des rôles

Les rôles respectifs du maître d'ouvrage et du maître d'œuvre sont ainsi définis par la directive du 8 octobre 1973:

- Le rôle du maître d'ouvrage est "d'organiser les opérations d'investissement, de mettre en place les responsables des études, contrôles et travaux, de passer les commandes d'ingénierie et d'architecture et de gérer les marchés d'études". La directive produit aussi deux notions nouvelles qui seront reprises dans la loi MOP: le directeur d'investissement et le conducteur d'opération.
- Le rôle du maître d'œuvre est défini par les missions normalisées qui lui sont confiées. Le maître d'œuvre est lui-même défini comme "l'unique responsable de la conception et du contrôle d'exécution de l'ensemble des ouvrages à réaliser". En aucun cas, précise la directive d'octobre 1973, le terme de "maître d'œuvre" ne peut être utilisé pour désigner une profession, et il ne peut plus être accaparé par telle ou telle catégorie de professionnels.

La directive du 8 octobre 1973 précise aussi que le décret du 28 février 1973 ne s'applique pas aux concepteurs publics. Elle recense quatre cas possibles d'exercice de la maîtrise d'œuvre: maîtrise d'œuvre privée, maîtrise d'œuvre publique, maîtrise d'œuvre générale privée, maîtrise d'œuvre générale publique. Quant au rôle de l'entreprise, la directive prévoit de distinguer, dans l'exécution des travaux, deux types d'entrepreneurs: le "maître de chantier" qui coordonne l'ensemble de l'exécution et les "spécialistes" qui sont coordonnés.

Par ailleurs, il est reconnu aux maîtres d'ouvrage la plus grande souplesse pour choisir sous leur responsabilité le processus le mieux adapté à la réalisation des ouvrages. Ainsi, un maître d'ouvrage peut décider d'adopter l'une ou l'autre solution suivante:

- soit confier à un "ensemblier" la réalisation d'ouvrages "clés en mains" après mise au concours. C'est la solution ensemblier ;
- soit confier à un maître d'œuvre, la conception des ouvrages puis en confier l'exécution à un entrepreneur sous le contrôle du maître d'œuvre. C'est la solution "maître d'œuvre".

Mais le décret du 28 février 1973 ne s'applique pas à la première solution - la stratégie ensemblière et "clés en mains".

-
1. AVANT-PROJET SOMMAIRE (APS)
 2. DOSSIER DE CONSULTATION DES CONCEPTEURS (DCC)
 3. ASSISTANCE-MARCHÉ D'ÉTUDES (AME)
 4. CONTRÔLE GÉNÉRAL DES ÉTUDES (CGE)
 5. RÉCEPTION ET DÉCOMPTE DES ÉTUDES (RDE)
 6. AVANT-PROJET DÉTAILLÉ (APD)
 7. SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES DÉTAILLÉES (STD)
 8. PLAN D'EXÉCUTION DES OUVRAGES (PEO)
 9. DOSSIER DE CONSULTATION DES ENTREPRENEURS (DCE)
 10. ASSISTANCE MARCHÉ DE TRAVAUX.(AMT)
 11. CONTRÔLE GÉNÉRAL DES TRAVAUX (CGT)
-

12. RÉCEPTION ET DÉCOMPTE DES TRAVAUX (RDT)
13. DOSSIER DES OUVRAGES EXÉCUTÉS (DOE)

Tableau 3 - Les éléments des missions

Crise et concurrence : le caractère stratégique de la remontée en conception

Dans les faits, les entreprises, en particulier les grandes, se focalisent essentiellement au cours de cette période sur la remontée très avant en conception. Elles tentent de développer précisément de telles démarches ensemblières.

Pour les différents acteurs, cette première période (1980-1985) est marquée par l'ampleur de la crise et de ses répercussions sur l'activité de bâtiment. La demande privée se contracte tandis que la demande publique se réduit et se restructure profondément: de nouvelles exigences en termes de coûts, délais et qualités, se font jour chez les maîtres d'ouvrage, notamment dans le domaine du logement social - un effet de la réforme du financement du logement de 1977 et perte d'efficacité des aides publiques (Campagnac 1985).

Sur ce marché en récession - que ne parviennent plus à compenser les travaux à l'export - la concurrence s'aiguise, entre grandes entreprises, d'un côté, petites et moyennes entreprises de l'autre. Les premières appuient prioritairement leur développement sur la croissance externe. Celle-ci demeure encore très largement centrée sur le Bâtiment et les Travaux Publics (BTP). Elle prend la forme du rachat par les grandes de nombreuses petites et moyennes entreprises en province. Les cibles visées sont nettement les marchés locaux de BTP, d'autant plus que l'intervention des lois de décentralisation en 1982 en renforce l'importance.

Dans la compétition qui les oppose directement aux petites et moyennes entreprises, les grandes cherchent à échapper à la concurrence par les prix en développant des stratégies de différenciation. Celles-ci reposent sur une offre de prestations de services à la maîtrise d'ouvrage. Elles portent essentiellement sur une redéfinition de l'implication des grandes en phase de conception et d'exécution. L'offre des entreprises concerne, en conception, la réalisation d'études techniques et économique du projet, pour ajuster les choix aux contraintes du client; et en réalisation, l'offre de capacités renforcées de coordination et de contrôle.

Pour pouvoir intervenir dès la conception, les grandes entreprises utilisent alors essentiellement le biais des "marchés négociés" ou marchés de gré à gré. Ce mode de dévolution des marchés constitue normalement l'exception au regard des principes du CMP. Or, il tend, dans la pratique, à devenir la règle, en particulier sur certains marchés comme le logement social, par le biais de la multiplication des appels d'offres infructueux.

DEUXIEME PERIODE : 1986-1991

Avec le vote de la loi MOP, en 1985, et en l'absence de ses décrets d'application qui n'interviendront que huit ans plus tard, cette période semble beaucoup plus favorable au déploiement des stratégies d'offre des grandes entreprises, dans une conjoncture économique générale relativement plus favorable et qui bénéficie particulièrement à l'activité immobilière.

Dans cette seconde partie, nous proposons d'examiner d'abord les changements qui surviennent dans les stratégies d'entreprise, et qui se manifestent par l'extension de leur champ concurrentiel et la modification de leur "chaîne de valeur"; puis les grandes lignes de la loi MOP, avant la parution de ses décrets d'application..

L'extension du champ concurrentiel et de la chaîne de valeurs des entreprises

C'est incontestablement au cours de cette phase "d'embellie" que s'opèrent les transformations les plus importantes dans la stratégie des grands groupes. Cette période est marquée par la montée de la commande privée en bâtiment. La demande porte moins sur le logement que sur l'immobilier d'entreprise. La compétition pour attirer les investisseurs se joue au niveau des grandes villes européennes. L'enjeu pour les grands groupes est de se réserver l'accès aux projets urbains les plus rentables tout en se préparant à l'ouverture des

frontières. Quant à la commande publique, elle s'est largement déplacée vers les collectivités locales.

Le développement des grands groupes continue de s'opérer massivement par croissance externe; toutefois celle ci connaît un double changement d'orientation par rapport à la période précédente. D'une part, elle consacre une étape supplémentaire dans la centralisation des capitaux et dans la concentration industrielle au niveau du secteur. Les mouvements de prise de contrôle et de fusions-absorptions se multiplient. Le mouvement de concentration change d'échelle: il s'opère désormais entre les majors eux-mêmes: c'est le rachat de Screg par Bouygues en 1986 ; de GTM par Dumez, plus tard de la SAE par Fougerolle. C'est aussi l'arrivée en force dans le secteur de la construction des deux grandes compagnies de distribution d'eau : la Compagnie Générale des Eaux hérite de la SGE en 1988, dans le cadre des accords croisés avec Saint Gobain, et prend le contrôle de Campenon-Bernard, tout en maintenant sa participation dans Fougerolle. La Société Lyonnaise des Eaux acquiert le groupe Dumez en 1990, et réalise une fusion des deux sociétés et de leurs filiales.

D'autre part, ce mouvement de concentration s'accompagne d'un développement sans précédent de la diversification. Celle-ci s'accomplit dans deux directions :

- l'intégration verticale de la chaîne de la construction , en particulier de ses métiers amont : les grands groupes de bâtiment prennent pied dans l'ingénierie, la promotion immobilière, l'aménagement urbain etc.. mais aussi dans les métiers aval: gestion et exploitation des bâtiments, en particulier dans le domaine de la santé et des loisirs (résidences pour personnes âgées, hôtellerie, centre de vacances etc..)
- la diversification horizontale, soit dans des activités directement périphériques au métier de base (acquisition de sociétés routières, ou de sociétés d'exploitation de parkings) soit dans des activités plus éloignées: métiers de la communication (télévision, réseaux câblés, radio-téléphone etc.), de l'environnement (gestion de l'eau, traitement des déchets) ou de la gestion urbaine (énergies, chauffage urbain).

Cette période d'embellie donne donc naissance à des groupes multi-activités et à une diversification mêlant étroitement construction et services urbains. On peut émettre l'hypothèse d'une certaine cohérence entre d'une part, le développement d'une stratégie d'offre de services dans le secteur de la construction, les grands groupes allant désormais jusqu'à la recherche de terrains, l'étude et la réalisation de montages d'opérations complexes ; et d'autre part, la diversification vers la gestion déléguée de services et de réseaux urbains.

Les ouvertures introduites par la loi MOP

La loi MOP⁴ du 12 juillet 1985 consacre un certain nombre d'évolutions dans les missions de la maîtrise d'œuvre et dans les représentations de son rôle. Cette évolution intervient dans un contexte de relations concurrentes entre les professions de la maîtrise d'œuvre, mais aussi entre ces dernières et les entreprises de construction. De nombreuses critiques sont, en effet, formulées à l'encontre de la réglementation de 1973.

Ces critiques inspirent la loi MOP. Elles peuvent se lire à la lumière des changements de marchés et du souci d'aboutir à une organisation de la maîtrise d'œuvre moins linéaire et moins séquentielle. Toutefois, tant que les décrets d'application de la loi ne seront pas pris, c'est à dire, jusqu'en 1993, la nouvelle loi demeure sans effet, et c'est la réglementation de 1973 qui s'applique alors toujours. Or, ce retard des décrets d'application témoigne des résistances des différents corps de professionnels et des difficultés rencontrées pour réguler les relations entre les acteurs : entre maîtres d'ouvrage et concepteurs, entre architectes, ingénieurs et autres professionnels de la maîtrise d'œuvre, mais aussi et peut-être surtout entre maîtres d'œuvre et entreprises.

De la réglementation de 1973 à la loi MOP : le chemin parcouru

⁴ "Loi sur la Maîtrise d'Ouvrage Publique et ses relations avec la maîtrise d'oeuvre privée."

Parmi les critiques qui militent pour une révision de la réglementation de 1973, figurent les réflexions de la Mission Interministérielle sur la Qualité des Constructions publiques (MIQCP), qui seront, d'ailleurs, en grande partie reprises par le rapport Millier de 1982. Ces critiques portent notamment sur l'inadéquation de la réglementation de 1973 par rapport :

- aux contraintes nouvelles en matière de qualité et de coûts : l'une et l'autre supposent une maîtrise d'ouvrage renforcée, responsable à titre exclusif de certaines tâches qu'elle ne peut déléguer ;
- à la montée des préoccupations d'entretien et de gestion des bâtiments qui suppose de raisonner désormais en coût global : au coût d'objectif, regroupant coût des travaux d'exécution + honoraires, doit succéder une notion de coût global intégrant: coût de réalisation + honoraires + coûts de fonctionnement. La crise pétrolière de 1973, mais aussi la réforme de financement du logement de 1977 ne sont pas étrangères à la montée de ces préoccupations gestionnaires ;
- à la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des collectivités territoriales ; en abrogeant l'article du Code des Communes qui constituait la base légale de l'application de la réglementation de 1973 aux collectivités locales, elle crée désormais un vide juridique qu'il convient de combler. C'est bien cette loi qui jouera le rôle de "détonateur" pour une refonte de la réglementation régissant les missions d'architecture et d'ingénierie.

En résumé, les critiques faites à la réglementation de 1973 sont les suivantes:

- Elle définit mal les conditions du contrat. La notion de programme reste floue et n'est pas très explicite sur la nature des informations qui doivent y figurer ;
- Elle définit mal le contenu des missions, et peut donner lieu à des contestations surtout entre maître d'œuvre et entrepreneur,
- Le barème de rémunération n'est pas adapté. Il est par exemple impossible aujourd'hui pour un maître d'ouvrage public de confier des missions de projet management dans le cadre de la réglementation sur l'ingénierie.

Ayant à définir les relations de la maîtrise d'ouvrage publique avec la maîtrise d'œuvre privée, la loi MOP du 12 juillet 1985 énonce aussi une reformulation du contenu et des éléments de mission. Sur le premier point (nouvelles contraintes de qualité et de coût), on peut citer ces passages de la circulaire du 9 mars 1982 relative à la dévolution des marchés de travaux de bâtiments :

"L'évolution du marché dans le secteur du bâtiment nous conduit à formuler... des recommandations (concernant) deux aspects particulièrement importants relatifs, l'un à la nécessité de créer les conditions d'une concurrence optimale pour contrôler la croissance des coûts, l'autre au souci de promouvoir des constructions de qualité...La hausse des coûts de la construction est en effet préoccupante et tout doit être mis en œuvre pour la réduire. De même, l'accroissement du nombre des sinistres dans la construction, qui pèse lourdement sur les primes d'assurance, traduit des insuffisances au niveau de la conception comme de l'exécution, qui doivent être énergiquement combattues par une politique de qualité. La façon dont les marchés d'études et de travaux sont dévolus est un élément essentiel de cette politique. Il s'agit pour le maître d'ouvrage d'avoir conscience que le choix de la mission à confier au maître d'œuvre, le mode de dévolution des marchés et la nature du prix des travaux sont interdépendants et qu'il doit retenir la combinaison optimale".

Les principales dispositions de la loi MOP et de ses décrets d'application

La loi MOP s'organise autour de deux grands titres, l'un consacré à la maîtrise d'ouvrage, l'autre à la maîtrise d'œuvre (le troisième étant consacré aux dispositions diverses et transitoires). Les principales innovations concernant la maîtrise d'ouvrage tiennent à la précision et à l'énumération des fonctions qui lui reviennent et qui portent sur :

- l'assurance de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération ;
- la détermination de sa localisation ;
- la définition du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle ;
- l'assurance du financement ;
- le choix du processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé ;

- la conclusion, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs retenus, des contrats d'études et des contrats d'exécution des travaux.

A l'origine, Jean Millier avait préconisé de proscrire les pratiques de délégation de maîtrise d'ouvrage. Mais le gouvernement et le Parlement, tout en approuvant l'idée, sont allés moins loin. A partir de 1985, une expression est bannie : celle du maître d'ouvrage délégué. Mais sur les modalités d'organisation de la maîtrise d'ouvrage, la loi propose trois solutions : l'exercice total de ses missions et de ses responsabilités par le maître d'ouvrage lui-même ; le recours à un conducteur d'opération chargé d'une mission d'assistance générale à caractère administratif, technique et financier ; le recours à un mandataire à qui le maître d'ouvrage peut déléguer certaines de ses missions et de ses responsabilités dans les limites fixées par la loi.

Le maître d'ouvrage public ne peut donc tout déléguer. La notion de "délégation" a été abandonnée, au profit de celle de "mandat".

Le programme et la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle sont de la responsabilité exclusive du maître d'ouvrage. Le programme précise les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire. Il définit aussi les contraintes et les exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique.

Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtée, le maître d'ouvrage peut confier à un mandataire, par une convention de mandat, l'exercice en son nom et pour son compte de certaines de ses attributions. Le maître d'ouvrage peut confier à un mandataire, notamment :

- la définition des conditions administratives et techniques de l'ouvrage à exécuter ;
- la préparation du choix (mais non le choix) du maître d'œuvre ;
- la signature et la gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;
- l'approbation des avant-projets, sous réserve de l'accord préalable du maître d'ouvrage ;
- la préparation du choix (mais non le choix) des entreprises ;
- la signature et la gestion du marché de travaux ;
- la préparation de la réception.

Le conducteur d'opération apporte une assistance technique, administrative et financière au maître d'ouvrage. Il a pour mission de traduire les orientations formulées par ce dernier pour l'élaboration du programme à réaliser, d'organiser la mise en compétition des concepteurs, d'apporter son aide dans le choix du processus de réalisation des marchés de travaux. La conduite d'opération peut être assurée soit par une personne publique, soit par une personne privée ayant fait l'objet d'une autorisation dans les conditions fixées par la loi MOP et ses décrets d'application.

-
- les études d'esquisse ;
 - les études d'avant-projets ;
 - les études de projet ;
 - l'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation du contrat de travaux ;
 - les études d'exécution ;
 - la direction de l'exécution du contrat de travaux ;
 - l'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier ;
 - l'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.
-

Tableau 4 - Les éléments de mission de la loi MOP

Les principales innovations concernant la maîtrise d'œuvre portent sur la définition des éléments de mission (conception et assistance). La loi du 12 juillet 1985 remplace les treize éléments de mission de la réglementation de 1973 par huit nouveaux éléments, montrés en tableau 4. L'article 7 de la loi MOP poursuit: "Toutefois, pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base fait l'objet d'un contrat unique". Dans la version initiale de la loi, il était prévu que la définition de la mission de base ainsi que la détermination et la rémunération des missions des maîtres d'œuvre privés seraient arrêtées par des accords nationaux. L'absence de tels accords a conduit à la loi n° 88-1090 du 1^{er} décembre 1988, prévoyant des décrets en Conseil d'Etat pour fixer le contenu détaillé des éléments de mission de maîtrise

d'œ uvre spécifiques, de même que le contenu de la mission de base pour les ouvrages de bâtiment. Les premiers décrets d'application de la loi MOP sont montrés en tableau 5.

La loi MOP et les obstacles auxquels elle se heurte illustrent bien le malaise dans les relations maître d'ouvrage-concepteurs-entrepreneurs. En particulier, la répartition des tâches et des rôles entre maîtres d'œ uvre et entrepreneurs n'apparaît pas aussi claire que la réglementation de 1973 le souhaitait et le laissait entendre. Elle souligne aussi la difficulté à traiter de cette question dans un cadre unique et général, alors que les acteurs développent une pluralité de pratiques et que les entrepreneurs sont de plus en plus intéressés à prendre une part directe à la conception, dans le contexte des marchés d'aujourd'hui.

-
- décret n° 86-520 du 14 mars 1986 (travaux non soumis à la loi MOP) ;
 - décret n° 86-664 du 14 mars 1986 (conditions dans lesquelles des personnes morales peuvent assumer la conduite d'opérations de maîtrise d'ouvrage publique) ;
 - décret n° 86-665 du 14 mars 1986 (conditions dans lesquelles des personnes morales peuvent continuer d'assumer la conduite d'opération).
 - A compléter par les décrets récents (Cf. ci-dessous).
-

Tableau 5 - Les décrets d'application de la loi MOP

Le concours conception-construction

La loi MOP du 12 juillet 1985, dans son article 18, prévoit l'emploi de la procédure de conception-construction pour des motifs d'ordre technique. Mais faute de définition claire de ce terme, les maîtres d'ouvrage recourent le plus souvent à ces concours pour des raisons de délais. S'il s'agit du domaine du bâtiment, le contrat doit être conclu en groupement. Cela signifie que le groupement doit comporter un entrepreneur et un architecte qui souscrivent un acte d'engagement unique. Ce groupement momentanément d'entreprises sous ses deux formes "groupement conjoint" et "groupement solidaire" sont définis en termes comparables dans le CCAG (Cahier des Clauses Administratives Générales) des marchés publics de travaux et dans celui des prestations intellectuelles. Dans ce groupement, le mandataire est le plus souvent l'entrepreneur.

Le concours conception-construction se substitue à la procédure "ensemblier" de la réglementation de 1973. L'un et l'autre associent l'entreprise aux études d'avant-projet et de projet. Ils introduisent des exceptions de taille dans le système traditionnel de répartition des tâches entre concepteurs et entrepreneurs. Ainsi, la loi MOP, dans sa version initiale, semble conforter les possibilités plus grandes reconnues aux entreprises d'être associées à la conception.

Le marché d'entreprise de travaux publics

Par ailleurs, la période de *boom* dans la construction s'accompagne de la production de tout un ensemble de formules nouvelles hésitant entre modes de passation des marchés de travaux et délégations de services publics. Ainsi, en est-il du Marché d'Entreprises Travaux Publics (METP), qui est une formule ancienne, mais remise au goût du jour. Par le biais du METP, la collectivité confie à une entreprise, le soin de construire un équipement et parfois de gérer le service qui lui est rattaché, moyennant le paiement de sommes périodiques sur une certaine durée, au terme de laquelle l'équipement reviendra à la collectivité. A l'origine utilisée surtout pour les ouvrages de voirie, cette formule, renouvelée, a été appliquée plus récemment pour la réhabilitation des lycées: l'entreprise apporte le financement et se voit attribuer un marché de travaux et de maintenance sur dix ans.

Ainsi, les grands groupes ont pu bénéficier, au cours de cette période, des changements institutionnels. Ces dernières ont encouragé leurs stratégies ensemblières. En jouant également des exceptions (marchés négociés) voire des " failles du droit", ils ont pu échapper aux règles de droit commun en matière d'accès aux marchés publics. Certaines formes nouvelles de contrat, tels que les concours de conception-construction, en élevant les barrières à l'entrée, leur ont bénéficié presque exclusivement.

TROISIÈME PERIODE: 1992-1995

A partir de 1991, on assiste à un retournement de situation, tant au niveau économique qu'au niveau de l'environnement institutionnel. Nous proposons, dans cette troisième partie, d'examiner d'abord et très rapidement les évolutions dans les stratégies d'entreprises ; puis les changements dans l'environnement institutionnel qui s'ordonnent essentiellement autour des décrets d'application de la loi MOP parus en 1993;

1992-1995 - les déboires de l'immobilier : vers la gestion déléguée de services publics et urbains

La période qui s'ouvre au début des années 1990 correspond à une conjoncture générale très difficile, aggravée, dans le cas du BTP, par l'ampleur de la crise immobilière. L'activité de promotion immobilière privée dans laquelle se sont lancés tous les majors se soldent par de lourdes pertes pour tous. On note chez les grands groupes une redéfinition de leurs stratégies pour limiter le risque, qui se traduit par :

- une pause dans la croissance externe, tant en France qu'en Europe. Celle ci représente depuis 1989 une zone importante d'implantation ;
- la cession d'une partie de leurs activités, à la fois pour des raisons stratégiques (retrait du champ concurrentiel) et pour des raisons de gestion patrimoniale (compenser les pertes de l'immobilier, réduire l'endettement) ;
- le repli vers des activités sans prise de risque, en particulier l'orientation vers la gestion et la maintenance des bâtiments et des ouvrages, publics et privés, mais aussi l'orientation privilégiée vers la gestion de réseaux et de services publics. Cette orientation constitue aussi une base d'appui pour l'internationalisation des grands groupes ;
- l'intérêt porté aux formes nouvelles de l'action publique.

Les changements dans l'environnement institutionnel

Dans le même temps, le pouvoir jusqu'ici reconnu aux entreprises se voit sérieusement limité par la conjonction de trois facteurs :

- la réaction organisée des architectes à la loi MOP et leur relatif succès sur le plan juridique: les décrets d'application de la loi MOP qui n'interviennent qu'en décembre 1993, faute de consensus entre architectes, maîtres d'ouvrage et entreprises, consacrent la victoire des architectes: le concours conception-construction, par exemple, est sérieusement encadré
- le processus d'harmonisation de la législation nationale avec les directives de la Communauté Economique Européenne, puis de l'Union Européenne, vont dans le même sens, en préconisant un recours systématique à la concurrence et une limitation des marchés négociés sans appel à la concurrence ou avec appel restreint ;
- l'intervention des différents textes de lutte contre la corruption, qui interviennent dans un contexte marqué par différentes échéances électorales qui mettent au grand jour le lien entre la politique et les "affaires".

Les décrets d'application de 1993 de la loi MOP

Attendus pendant près de huit ans, et une nouvelle mission confiée début 1987 à Jean Millier, les décrets d'application de la loi MOP sont publiés, après maintes péripéties, en décembre 1993. Ces hésitations traduisent l'importance des enjeux attachés à la matière réglementée. D'un côté, la maîtrise d'œuvre, en particulier les architectes, ne veulent pas être limités au projet architectural; un consensus peut être obtenu avec les entreprises de second œuvre qui souhaitent travailler en lots séparés.

De l'autre côté, les grandes entreprises, équipées de bureaux d'études étoffés, souhaitent être associées aux études de conception le plus en amont possible et continuer à pouvoir pratiquer la procédure conception-construction. Depuis une dizaine d'années, en effet, toutes les discussions sur la réglementation des procédures de construction publiques sont hautement conflictuelles, en particulier entre architectes et grandes entreprises.

Les décrets qui voient enfin le jour en 1993 (après un changement de majorité au printemps!) sont au nombre de trois: Le plus important définit le contenu des missions de

maîtrise d'œuvre confiées à des prestataires de droit privé (architectes et bureaux d'études techniques) et les bases de leur rémunération. Elle remplace enfin la réglementation de 1973 qui continuait à s'appliquer jusque là. Les objectifs de ce décret restent les mêmes que ceux de la loi du 12 juillet 1985: créer les conditions nécessaires pour une meilleure qualité des bâtiments, en clarifiant les rôles et les missions de chacun et en responsabilisant les différents partenaires.

Article 15 du décret

La mission de base comporte (Cf tableau 4):

- les études d'esquisse ;
- les études d'avant-projet ;
- les études de projet ;
- l'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation des contrats de travaux ;
- la direction de l'exécution du contrat de travaux ;
- et l'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement".

Article 16

"Lorsque le maître de l'ouvrage décide de consulter des entrepreneurs (ou des fournisseurs de produits industriels) dès l'établissement des avant-projets, la mission de base tient compte des éléments de mission spécifiques pour les lots concernés".

Tableau 6 - La mission de base

Dans la pratique, le décret introduit un certain nombre de changements fondamentaux par une articulation nouvelle des missions, par l'adjonction de trois missions nouvelles (l'esquisse, le diagnostic et l'examen de la conformité au projet des études d'exécution lorsque celles-ci ne sont pas confiées au maître d'œuvre) et surtout par la définition de la fameuse "mission de base", obligatoire pour les ouvrages de bâtiment - voir tableau 6. La "mission de base" ne s'applique que pour les ouvrages de bâtiment. La loi MOP avait prévu, dans son article 7, que le contenu de la mission de base devait permettre en particulier "au maître de l'ouvrage de s'assurer de la qualité de l'ouvrage, du respect du programme et de procéder à la consultation des entrepreneurs notamment par lots séparés et à la désignation du titulaire du contrat de travaux". Le décret ne fait pas d'allusion directe aux lots séparés.

Pour les ouvrages d'infrastructure, l'article 18 stipule que les études préliminaires ont notamment pour objet de "présenter une ou plusieurs solutions techniques, architecturales, d'implantation et d'insertion dans le paysage pour les ouvrages concernés".

Le décret n'oublie pas l'intervention possible de l'entreprise en conception, mais il codifie cette intervention et crée à cet effet des éléments de mission spécifiques de maîtrise d'œuvre. La condition posée pour que le maître d'ouvrage puisse consulter de façon anticipée l'entrepreneur est la "technicité particulière". La consultation intervient soit à l'issue des études d'avant-projet sommaire ou d'avant-projet détaillé, soit à l'issue des études préliminaires (mais ici seulement pour les ouvrages neufs d'infrastructures).

Quant à la rémunération du maître d'œuvre, elle supprime les barèmes mais respecte les grands principes de la réglementation de 1973, à savoir :

- le caractère forfaitaire de la rémunération ;
- l'engagement du maître d'œuvre sur le respect du coût prévisionnel des travaux. Le contrat de maîtrise d'œuvre précise les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel assorti d'un seuil de tolérance. En cas de dépassement du seuil de tolérance, lors de la consultation des entreprises, le maître d'ouvrage peut demander au maître d'œuvre d'adapter ses études sans rémunération supplémentaire.
- au moment de la réception (lorsque la mission du maître d'œuvre va jusque là), si le dépassement excède le seuil de tolérance, et bien sûr à condition que le contrat l'ait prévu, une réduction des honoraires est appliquée. Elle ne peut excéder 15% de la rémunération du maître d'œuvre.

Pour l'application de ce décret, un groupe de travail "rémunérations" a été constitué. La question de la rémunération a donné lieu à des débats très vifs entre les représentants de la maîtrise d'œuvre et les maîtres d'ouvrage. Les travaux de ce groupe ont débouché sur

l'établissement d'un "guide de la négociation des rémunérations de la maîtrise d'œuvre" en 1994. Réclamé à cor et à cri par les 120000 architectes, ingénieurs et économistes de la construction, il apporte une dernière pierre au dossier de la loi MOP.

Le deuxième décret porte sur les concours d'architecture. Il fixe les modalités d'organisation des concours non régis par le Code des Marchés Publics, ainsi que les conditions d'indemnisation des concurrents.

Quant au troisième décret, il réglemente strictement la procédure de conception-réalisation utilisée le plus souvent lorsque le maître d'ouvrage fait appel à de grandes entreprises. L'article 18 de la loi MOP de 1985 stipulait que le maître d'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Le décret cherche à réduire cette possibilité et s'appuie pour cela sur le nouvel article 100 du CMP:

"Il ne peut être recouru à cette procédure que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs doivent être liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre, ainsi que des opérations dont les caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) appellent une mise en œuvre des moyens et de la technicité des entreprises".

Un an après la publication des décrets d'application de la loi MOP, voici les positions des différents acteurs (*Le Moniteur* 7 juillet 1995) :

- Pour l'Union Syndicale des Architectes (UNSA), la loi MOP reste encore sous-exploitée en particulier concernant: la signature du contrat au plus tard après l'esquisse, les négociations pour la rémunération, le principe de la mensualité du paiement des honoraires, le recours au marché en corps d'état séparés qui implique une mission d'OPC. Les architectes se plaignent aussi du nombre de pièces à fournir dans les dossiers de candidatures pour les concours.
- Le Syndicat National des Techniciens de la Construction (SYNTEC) estime que la loi est globalement bien appliquée, mais les missions de maîtrise d'œuvre favorisent encore largement l'architecte. Les rémunérations ont été revalorisées sensiblement (de 15 à 20%) par rapport au référentiel antérieur de 1973. Les éléments de complexité sont néanmoins inférieurs à ce que SYNTEC estimerait normal. Seul le développement de vrais partenariats ingénieurs/architectes donnera du poids face aux équipes étrangères. La Commission Centrale des marchés recommande que l'équipe de maîtrise d'œuvre soit constituée dès le départ sous forme de co-traitance.

La conjoncture ne permet plus aussi facilement que dans la période précédente une intervention des entreprises en conception. Le METP est suspect (rapport du Conseil d'Etat de 1993), le concours conception-construction aussi. La crise aidant, les maîtres d'ouvrage recourent beaucoup plus aux marchés passés en lots séparés ou en groupement d'entreprises.

Comment situer dans ce contexte, la réforme en cours du CMP ? Certaines de ses propositions ne sont-elles pas une "réponse" aux décrets d'application de la loi MOP ?

Le projet de réforme du code des marchés publics

Parallèlement à la loi MOP, la réforme du CMP est venue bouleverser le *contracting system*, moins en ce qui concerne la passation des marchés de maîtrise d'œuvre qu'en ce qui concerne la passation des marchés de travaux. Quatre facteurs de changement sont concernés.

Les modes de consultation des entreprises et les marchés de travaux

La réglementation des marchés publics a été bousculée au cours de ces dernières années, le point d'orgue étant le décret de simplification du CMP du 15 décembre 1992. La réforme

du CMP a mis 5 ans pour voir le jour. Les premières mesures ont été prises en 1988 (décret du 6 mai), puis une longue période de maturation et de concertation interministérielle, bousculée par la préparation très mouvementée de la loi Sapin et par le déferlement des directives communautaires.

La réforme du CMP repose essentiellement sur trois décrets qui sont montrés en tableau 7. La réforme du CMP a essentiellement pour but d'assurer la simplification (70 articles supprimés et 124 modifiés), une meilleure transparence, une meilleure efficacité, une éthique des marchés publics.

-
- décret du 15 décembre 1992 dit de "simplification" ;
 - décret du 17 décembre 1992 recadrant les marchés à "bons de commande" ;
 - décret du 27 mars 1993 dit "décret anti-corruption" avec en filigrane la loi du 29 janvier 1991 dite loi Sapin, laquelle sera supprimée par la loi du 8 août 1994, puis rétablie notamment pour ce qui concerne la prolongation de délégation de service publics.
-

Tableau 7 - La réforme du code des marchés publics

Le rapport Bouchery (cahier spécial *du Moniteur* du 17 juillet 1992) a été très sévère dans le domaine des marchés publics et surtout des délégations de services publics. Il fallait mettre un terme à certaines pratiques juridiques et combler un vide juridique. La prolifération des formes de contrat qui s'étaient développées dans la période de *boom* ont en effet été souvent "épinglées". Les marchés publics et de délégation de services publics se trouvent au cœur de nombre de procédures judiciaires, "le constat étant que certains détournements de procédures sont à l'origine de regrettables pratiques de financement des partis politiques, voire de corruption" (*Le Moniteur*, 25 novembre 1994).

Par ailleurs, on a assisté au développement de contrats pour entretenir un ouvrage. A côté des formules classiques des marchés de travaux et de la concession (délégation de service public pour l'exploitation et l'entretien d'un ouvrage) ont fleuri d'autres formules: METP ; VEFA (Ventes en l'État Futur d'Achèvement) ; bail emphytéotique ; bail à construction. Le recours aux METP ou à d'autres marchés de longue durée, motivé par des considérations de financement, font supporter de fait des risques importants aux deux parties.

Le bail emphytéotique administratif est très strictement encadré par la loi du 5 juillet 1988. Les risques de détournement de procédures et donc de sanctions sont élevés, tout comme avec la VEFA. Quant au mandat de maîtrise d'ouvrage, à moins d'une évolution de la jurisprudence administrative, il présente l'inconvénient de ne pas faire du mandataire un constructeur soumis à la garantie décennale.

Les mesures anti-corruption occupent une place non négligeable dans cette évolution du Code des Marchés Publics. Cinq réformes ont été proposées concernant la passation des marchés publics et les délégations de services publics. Elles visent à :

- assurer la répression du délit de favoritisme, en étendant les compétences de la commission interministérielle d'enquête sur les marchés publics ;
- donner un effet suspensif au déferé du préfet, en matière de marchés publics et de délégation de services publics ;
- ouvrir dans ce domaine la saisie de la mission interministérielle à la Cour des Comptes et aux chambres régionales des comptes ;
- faciliter la tâche des juridictions financières en incitant les Parquets à transmettre au Ministère public auprès de la Cour des Comptes et les chambres régionales, toute information dont ils pourraient être saisis, relative à la gestion des collectivités territoriales.

Les grands groupes concessionnaires seraient donc obligés de produire chaque année un compte retraçant leurs opérations relatives aux délégations de services publics.

La procédure d'appel d'offres a été également réformée (*Le Moniteur* 21 janvier 1994) et marquée par le retour à la double enveloppe (la première contient des justifications à produire par l'entreprise: garanties financières et professionnelles; la seconde concerne les offres. Seules les enveloppes des entreprises admises à dire sont alors ouverte).

En France, traditionnellement, le lancement d'une consultation des entreprises n'est obligatoire, au-dessus d'un certain montant de travaux, que dans le cas d'un marché public

ou d'un marché de droit privé réglementé (exemple: marché de logement social locatif). Le statut du maître d'ouvrage et la destination de l'ouvrage déterminent la nature du marché. Les marchés de droit public sont définis et réglementés par des documents administratifs précis: CMP et CCAG. Parmi les documents du marché, il convient de signaler le rôle des cahiers des charges qui déterminent, en France, les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils comprennent des documents généraux : les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales (pour les travaux de bâtiment, l'essentiel des CCAG est représenté par les Documents Techniques Unifiés (DTU) et des documents particuliers: les cahiers des clauses administratives particulières et les cahiers des clauses techniques particulières.

Pour les marchés de droit privé, la formation du contrat repose sur d'autres bases (exemple : Norme AFNOR⁵ PO3 001 du 5 mars 1989). En distingue deux régimes de droit privé :

- le régime de liberté où le client n'est pas tenu de faire jouer la concurrence. Il peut désigner arbitrairement l'entreprise de son choix ;
- et le régime réglementé; à quelques détails près, la réglementation est identique à celle des marchés publics.

Les modes de passation des marchés de travaux.

Parmi les contrats passés par une collectivité publique, ceux qui ont pour objet la réalisation de travaux, fournitures et services ont la qualification de marchés publics, et sont à ce titre soumis à des règles particulières réunies dans le CMP. Pour être admis à soumissionner, l'entrepreneur doit remplir un certain nombre de conditions, en particulier avoir les références et la technicité adéquates, être couvert en matière d'assurances, être en règle à l'égard du fisc et de la sécurité sociale, ne pas faire l'objet d'une exclusion temporaire ou définitive des adjudications, en raison de la mauvaise exécution des travaux précédents.

L'Organisation pour la Qualification et la Certification dans le BTP (OQCBTP dont l'appellation a changé dernièrement) centralise tous les renseignements concernant les entreprises de bâtiment, leur potentiel et les travaux qu'elles sont en mesure de réaliser. Un certificat mentionne leur classification correspondant au nombre de salariés, leurs qualifications et leur chiffre d'affaires. A l'initiative de la Confédération de l'Artisanat et des Petites Entreprises du Bâtiment (CAPEB), le Certificat d'Identité Professionnelle (CIP) a été créé en 1984 pour ces catégories d'entreprises.

Les trois modes de passation des marchés prévus au CMP sont les suivants: l'adjudication; l'appel d'offres; et les marché négociés.

- *L'adjudication* . Il s'agit d'un procédé très ancien, généralisé par Sully pour les travaux payés avec l'argent du roi (1608) et par Colbert pour ceux des municipalités (1689). Longtemps, l'adjudication a été considérée comme la règle et le marché de gré à gré l'exception. Aujourd'hui, la procédure de l'adjudication n'a plus la même importance. L'adjudication repose sur le principe que l'attribution se fait au soumissionnaire le moins-disant. L'adjudication peut être "ouverte" (quand tout candidat peut déposer une soumission) ou "restreinte" (quand sont seuls admis à soumissionner les candidats agréés par la personne responsable du marché au vu de références particulières).
- *L'appel d'offres* (articles 93 à 97 du CMP) peut être ouvert ou restreint. L'administration choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante, en tenant compte du prix des prestataires, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique, des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats et du délai d'exécution (art. 97 bis et 297 du CMP actuel) La personne responsable du marché peut décider que d'autres considérations entrent en ligne de compte ; dans ce cas, elles doivent avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres. Une offre comportant une variante par rapport à l'objet du marché tel qu'il a été défini par l'Administration peut être prise en considération, si une telle possibilité est expressément prévue dans l'appel d'offres.
- Les marchés sont dits "*négociés*" (article 103 du CMP) lorsque la personne responsable du marché engage, sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite librement le marché au candidat qu'elle a retenu. La mise en compétition est de

⁵ Association Français pour la Normalisation

rigueur, sous réserve des exceptions prévues à l'article 104. A noter que l'article 83 du CMP indique que pour l'Etat, "les marchés peuvent être passés soit par adjudication, soit sur appel d'offres, soit sous forme de marchés négociés". Pour les collectivités locales et leurs établissements, il est prévu que leurs marchés donnent lieu à adjudication ou à appel d'offres ouvert, "sauf exceptions".

Toutefois, si les marchés "négociés" ne sont pas mis ici sur le même plan que les marchés sur adjudication et les marchés sur appel d'offres (ils figurent comme l'une des exceptions de l'article 279), ils sont quand même prévus par les articles 308 et suivants, et sont en fait couramment utilisés. Bien que les marchés négociés constituent normalement l'exception, on note qu'en 1990, ce mode de passation représentait 50% des marchés publics passés: 46% pour l'Etat, 40% pour les collectivités locales, 78% pour les entreprises publiques (Direction des Relations Économiques Extérieures 1991 p. 144).

Les modes d'attribution des marchés de travaux et les débats actuels sur "la mieux disance".

Les marchés sont en général attribués selon l'une ou l'autre des formules suivantes :

- "au rabais" : les entreprises proposent un rabais (ou une majoration) sous forme d'un pourcentage par rapport au prix annoncé par le maître d'ouvrage ;
- "à prix forfaitaire": l'offre porte et est jugée sur le prix total, les divers prix unitaires servant à évaluer les modifications éventuelles. C'est le montant total qui est contractuel ;
- "sur offres de prix" : le dossier de consultation contient un cadre de bordereau de prix et un estimatif comportant des quantités. Les entreprises le complètent avec leurs prix. Dans cette formule, ce sont les prix unitaires qui sont contractuels et non le montant total.

Les critères d'attribution des marchés font l'objet actuellement de nombreux débats autour de la notion de " mieux disance", les fédérations professionnelles (FNB, FNTF, SNBATI) menant une offensive centrée sur "l'élimination des offres anormalement basses" et l'attribution du marché au candidat les mieux placés par rapport à un certain nombre de critères hiérarchisés, complémentaires à ceux prévus au Code Civil.

Mieux disance et consultation négociée : le rapport Trassy-Paillogues.

Le recours à la mieux disance pourrait-être d'une certaine façon une réponse apportée à la situation créée par les décrets d'application de la loi MOP. Dans son rapport visant à proposer une réforme générale de la commande publique, M. Trassy Paillogues propose de réduire le nombre des seuils de référence pour les différentes procédures de passation des marchés.

L'innovation la plus lourde de conséquences serait le relèvement de 700.000 F à 1,3 million de F hors taxe du plafond des marchés négociés pour les collectivités locales (et à 900.000 F pour les marchés de l'Etat. Ce relèvement permettrait de faire passer d'environ 50 % à près de 90 % le nombre des marchés publics conclus en procédure négociée. La procédure négociée deviendrait donc ainsi, *de facto*, la règle de droit commun en matière de marchés publics en lieu et place de l'actuel appel d'offres. Elle ferait l'objet d'un encadrement renforcé au travers de l'institution d'une commission consultative auprès de la personne responsable du marché. Plutôt que de se situer a posteriori, après la sélection de l'offre la plus intéressante, elle propose une intervention plus en amont, au stade du projet de marché. Tandis que l'appel d'offres continuerait à se caractériser par le principe de l'intangibilité des offres, une fois celles ci déposées, les consultations négociées laisseront toute latitude aux donneurs d'ordres de négocier tous les aspects des offres (à condition de rester dans la limite des critères définis en amont par le règlement des offres. Le rapport propose par ailleurs que le nouveau code des marchés publics ne comporte plus d'énumération de critères utilisables (art. 97bis et 297 du CMP) et que les critères de "mieux disance" soit laissée à la responsabilité des donneurs d'ordre. Ils ne seront pas définis par la loi.

Le système d'assurance et de responsabilité

La France est l'un des pays en Europe où le maître d'ouvrage est le plus protégé, par le système juridico-institutionnel, du risque de défaillance des entrepreneurs et des effets des défaillances de l'ouvrage. Cette situation est obtenue par la combinaison des textes relatifs à

la responsabilité des constructeurs, et de ceux relatifs aux systèmes de garantie et d'assurances.

Les constructeurs sont soumis en France à quelques types de responsabilités:

La *responsabilité contractuelle*. Il s'agit de la responsabilité qu'encourent les constructeurs au titre du non respect des droits et des obligations attachées à la relation contractuelle qui les lie aux maîtres d'ouvrage. La responsabilité contractuelle des constructeurs est l'une des questions dont a eu à traiter très tôt le droit appliqué aux opérations de construction. Au moment de l'élaboration du code civil (1804), le droit commun de la construction, qui se résume à la responsabilité contractuelle des constructeurs, tient en peu de textes (articles 1779 à 1792.6 du *Code Civil*).

Les notions clés, en la matière, sont celles de *contrat de louage de l'ouvrage*, encore appelé *contrat d'entreprise* et qui s'applique aux contrats liant l'entrepreneur de construction et le maître d'ouvrage. Il faut toutefois distinguer entre les contrats d'entreprises régissant les entrepreneurs, les architectes et les techniciens. Si on s'en tient à l'exemple des contrats de louage d'ouvrage régissant les entrepreneurs, les obligations respectives de l'entrepreneur et du maître d'ouvrage sont les suivantes:

L'entrepreneur connaît à la fois des obligations de moyens et des obligations de résultat. des exemples d'obligations de moyens peuvent être donnés à travers le choix des matériaux ou de la réalisation conformément aux règles de l'art et aux directives reçues. Il faut toutefois noter que le statut social de la norme technique, plus développé que dans de nombreux pays, est cependant moins absolu que dans d'autres, comme l'Allemagne : l'avis technique, par exemple, autorise le développement de l'innovation technique en dehors des normes. De fait la norme technique est aujourd'hui souvent utilisée davantage comme un outil de dialogue entre les acteurs qui conçoivent, construisent ou gèrent le bâtiment. Ce rôle prépondérant de la norme comme vecteur d'information distingue la norme de construction d'autres normes industrielles.

L'exemple des obligations de résultat peut être illustré par l'obligation de respecter les délais.

Le maître d'ouvrage a pour obligation le paiement du prix, mais il peut opérer des retenues de garanties. Celles ci sont fréquentes dans les marchés privés. Dans le cas du contrat de louage de l'ouvrage passé avec un architecte, ce dernier a pour obligations celles qui sont contenues dans ses missions. Il doit aussi respecter la réglementation, les règles de l'art etc. Dans le cas d'un contrat passé avec les techniciens d'études, le rôle normal de ces derniers est d'étudier un élément précis du projet. Mais ils peuvent dépasser cette limite et envisager une mission plus large voire complète de maîtrise d'œuvre. Dans ce cas, ils encourent la même responsabilité que les constructeurs.

La *responsabilité décennale* est, avec le principe de présomption de responsabilité qui pèse sur le constructeur, l'élément sans doute le plus notoire du système juridique français, depuis la loi Spinetta du 4 janvier 1978. La responsabilité décennale est visée par les art. 1792, 1792-2 et l'art. 2270 du Code Civil. En décrétant la responsabilité décennale des constructeurs pour vice de construction ou vice du sol l'art. 1792 du code civil, dans sa version de 1804, reprenait un principe consacré depuis longtemps dans la coutume et formulé ainsi par le Parlement de Paris :

"Les entrepreneurs maçons et charpentiers sont garants des édifices qu'ils ont construit chacun à leur égard, pendant le temps de dix ans après leur construction".

La version de 1804 de l'art. 1792 était la suivante :

"Si l'édifice construit à prix faits périclite en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans."

Pendant 163 ans, les textes originels du Code Civil (art. 1792 prévoyant la responsabilité décennale, pour vice de construction ou vice du sol, et l'art.2270 prévoyant qu'après 10 ans, les architectes et entrepreneurs étaient déchargés des gros ouvrages qu'ils avaient faits) se sont appliqués. Ces articles originels étaient très sévères pour le maître d'ouvrage car ils

l'obligeaient à prouver la faute du constructeur si l'édifice n'avait pas "péri en tout ou en partie".

Après une première modification par la loi du 3 janvier 1967, la loi Spinetta du 4 janvier 1978, bouleverse les principes des textes originels et donne à la responsabilité contractuelle des constructeurs sa configuration actuelle, à savoir qu'elle peut être mise en jeu à trois titres différents :

- la responsabilité décennale ;
- la responsabilité biennale ;
- la responsabilité annale de parfait achèvement.

La rédaction actuelle des principaux articles établissant la responsabilité décennale des constructeurs: Art. 1792:

"Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages mêmes résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que ces dommages proviennent d'une cause étrangère".

Art.2270 :

"Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux, ou en application de l'art.1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article"

L'art. 1792-1 définit ainsi ce que recouvre le terme "constructeur":

"Est réputé constructeur de l'ouvrage:

- *tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage;*
- *toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire;*
- *toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un louer d'ouvrage".*

La *responsabilité biennale* ou garantie de bon fonctionnement est visée par l'art. 1792.3 du Code Civil: les équipements qui ne font pas indissociablement corps avec le Bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage.

La *responsabilité annale* dite de parfait achèvement par l'article 1792.6 du Code Civil. L'entrepreneur est tenu à la responsabilité de parfait achèvement pendant le délai d'un an à compter de la réception de l'ouvrage. Tous les désordres signalés par le maître d'ouvrage sont susceptibles d'être réparés au titre de cette responsabilité, à la condition d'être mentionnés dans le procès verbal de réception ou d'être notifiés par écrit pour ceux révélés postérieurement.

L'art. 1792-4 du code civil stipule la responsabilité solidaire du fabricant : certaines fabrications réalisées hors du chantier sont susceptibles de donner lieu à présomption de responsabilité et garantie décennale.

La seconde grande innovation de la loi Spinetta est d'instaurer une double assurance obligatoire pour les travaux de bâtiment: l'assurance Dommages-Ouvrages (DO) pour les maîtres d'ouvrages et l'assurance de responsabilité décennale pour les constructeurs. L'assurance DO est contractée par la personne physique ou morale qui fait réaliser les travaux. La DO préfinance les travaux de réparation des dommages dont les constructeurs sont responsables. Elle permet ainsi de poursuivre les travaux de construction tout en opérant la recherche des responsabilités.

En ce qui concerne l'assurance de responsabilité décennale, les divers "constructeurs" et intervenants dont les responsabilités sont susceptibles d'être engagées ont l'obligation

désormais d'être assurés afin que celui ou ceux qui seront reconnus responsables puissent assurer le remboursement des travaux de réparation couverts par l'assurance DO.

La police Tous Risques Chantiers est une assurance qui est valable uniquement pour la durée du chantier. Elle couvre tous les dommages, y compris l'incendie. Tous les intervenants en bénéficient. La Police Unique de Chantier est une police générale qui remplace l'assurance DO, l'assurance Tous Risques Chantiers et l'assurance de responsabilité décennale.

La loi Spinetta s'est révélée d'une très grande efficacité. A l'heure actuelle, elle suscite des débats à propos de la viabilité financière du système pour les assurances. Celle ci est fragilisée en raison notamment de:

- la vive concurrence que les maîtres d'ouvrage font peser entre les assureurs et qui aboutit, à certains moments à la baisse des primes d'assurances (ainsi en 1985).
- l'augmentation de la "sinistralité" du fait de la dégradation des conditions de marché qui se traduisent par la diminution de la qualité que l'on peut expliquer par de multiples causes (effet du raccourcissement des délais, des effets pervers de la moins disance, pratique des sous traitances en cascade, diminution des moyens d'encadrement du chantier etc..)
- la multiplication des professions de la maîtrise d'œuvre ou du contrôle et l'accroissement de la concurrence que se mènent les structures.

Le niveau des primes ne parvient plus depuis quelques années à couvrir l'indemnisation des risques. Les grandes compagnies d'assurances - pour lesquelles l'assurance construction n'est qu'une petite partie de leur activité - sont moins touchées que les petites compagnies d'assurances. Aussi, le 12 juin 1995, la Fédération Française des Sociétés d'Assurances et la FNB signé un protocole d'accord pour tenter de rénover le système d'assurance construction, qui comprend des propositions en matière de modifications législatives : simplification du système de responsabilités, meilleure articulation des garanties ; de passage à un système de capitalisation ; de recherche de dispositifs de régulation pour les risques de longue durée.

CONCLUSIONS

L'intérêt de cette rapide rétrospective était d'illustrer la rapidité avec laquelle se sont transformées les règles du *contracting system* en France, et l'intérêt qu'il y a à lier systèmes juridiques et stratégies-systèmes de relations entre les acteurs.

En résumé, il apparaît que le développement des stratégies ensemblières des grandes entreprises sont relativement dépendantes à la fois de l'environnement concurrentiel et de l'environnement institutionnel. L'un et l'autre ont connu une accélération de leur rythme de changement au cours des années 1980. Ce rapide exposé, centré sur cette question particulière, ne prétend pas bien entendu, rendre compte du système professionnel et institutionnel de la construction en France, ni épuiser tous les aspects de l'analyse du *contracting system*. Son but était davantage d'attirer l'attention sur les dynamiques du *contracting system*.

L'hypothèse que nous formulons est que l'enjeu majeur de ces évolutions s'ordonne autour de l'activité de conception et des prétentions concurrentes des différents acteurs à l'intégrer dans leur chaîne de valeurs respective. Le point d'entrée qui nous est apparu le plus pertinent est celui de l'interaction entre les stratégies des acteurs, en particulier, celui des grandes entreprises, et les évolutions institutionnelles.

Cet examen de l'évolution récente des règles et procédure régissant les relations entre les acteurs de la construction en France, nous conduit à dégager trois grandes conclusions.

L'entrée dans une période d'instabilité stratégique et institutionnelle

La première a trait à la grande instabilité dans laquelle est entré le système de relations entre les acteurs avec la fin de la période de croissance. D'une certaine manière, on peut dire qu'il y a "crise" de la régulation de ces relations. Cette crise renvoie, bien entendu, aux transformations de l'environnement économique (crise du financement public, restructuration des marchés, redéfinition de la demande, aiguisement de la concurrence etc..) et à ses

mécanismes nationaux et internationaux. Mais elle ne s'y réduit pas. Car elle renvoie aussi à deux autres phénomènes liés à ce contexte, mais qui impliquent davantage les représentations et formes d'action des différents agents concernés. Il s'agit de:

- *La crise de l'organisations de projet classique.* Conçue de manière linéaire, séquentielle, et hiérarchique, cette organisation apparaît profondément inadaptée aux nouvelles contraintes de l'environnement et dans tous les cas, elle est remise en cause par les nouvelles représentations des facteurs d'efficience et d'efficacité en univers incertain. Ceci vrai en France, de manière évidente sur les grands projets, mais aussi sur les opérations plus ordinaires de bâtiment. Le *contracting system* est bien confronté aujourd'hui aux exigences de la gestion de projet. Or celle-ci appelle de nouveaux dispositifs cognitifs, qui se cherchent encore largement.
- *La redéfinition des stratégies des acteurs,* qui visent à s'assurer les moyens d'une maîtrise élargie sur le cycle de production à la fois pour réduire les incertitudes du marché et pour améliorer leur position concurrentielle.

Tandis que le premier élément milite en faveur de nouveaux modes de coordination et de coopération entre les acteurs de la programmation, de la conception et de la réalisation, pour faire face notamment à l'incertitude qui marque désormais tout projet, le second nous rappelle que les logiques économiques respectives des différents acteurs ne sont pas dénuées de relations de pouvoir. Le pouvoir ne s'entend pas seulement ici des simples jeux d'acteurs qui se développeraient dans les marges du système, comme l'ont très bien défini Crozier et Friedberg (1977). Certes, ces jeux ont leur importance et ils confèrent leur pleine validité aux courants contemporains regroupés sous le terme de "l'économie des contrats". Mais le pouvoir s'entend aussi ici du processus de "domination" par lequel chaque acteur cherche à faire prévaloir sa propre logique sur celle de ses partenaires ou à occuper une position prévalente dans le processus de production. Et dans ce sens, les relations de pouvoir ne sont pas séparables de la rationalité économique.

L'interface entre le droit et l'économie

L'approche diachronique que nous avons cherché à développer ici s'appuie sur une démarche qui vise à prendre en compte simultanément la dynamique des évolutions juridiques, les cycles économiques du secteur, et la dynamique des stratégies concurrentielles des acteurs.

Cette démarche nous semble réellement appropriée à la compréhension des enjeux socio-économique que recouvrent les évolutions juridiques. Elle met en évidence l'influence réciproque que le droit et l'économie exercent l'un sur l'autre, pour réguler non seulement l'activité du secteur mais aussi le positionnement des acteurs. C'est l'interaction entre ces deux domaines qui délimite en définitive, les orientations stratégiques possible des acteurs. Aucune stratégie économique ne se révèle durable si elle ne bénéficie pas d'un minimum de légitimité dans le milieu considéré. L'accélération des évolutions juridiques au cours de ces dernières années est fortement révélatrice d'un conflit de légitimité entre les acteurs et les modèles d'organisation possibles au sein de la filière. A cet égard, le domaine juridique apparaît comme à la fois comme un champ d'expression des "rapports de force" entre les acteurs et comme un enjeu propre de ces rapports de force, pour tenter de les transformer. Toutefois, ce que montre aussi cette rapide évolution de l'environnement juridique, c'est bien que la seule sphère juridique n'est ni le seul lieu ni le seul moyen de la légitimité; mais que, dans le même temps, elle peut suffire à entraver et limiter le pouvoir économique.

On vérifie bien sur la période étudiée, ce constat déjà opéré par le passé selon lequel aucun acteur ne parvient vraiment et durablement à dominer la filière. Mais on voit aussi comment c'est bien l'interaction entre le droit et l'économie qui apparaît la variable explicative centrale de cet état de fait. Ainsi, par exemple, tandis que la logique économique semble favoriser, dans les années 1980, la montée du pouvoir des entreprises plutôt que celle des professionnels de la conception et de la maîtrise d'œuvre, la dynamique de l'évolution juridique après avoir encouragé ce même mouvement, le stoppe et l'entrave à partir des années 1990, sans pour autant garantir que le nouveau positionnement des concepteurs dans la filière s'accompagne d'un réel accroissement de leur pouvoir économique. Dans tous les cas, elle souligne l'intérêt non seulement d'une approche institutionnelle de l'activité

économique, mais aussi de la réintroduction des relations de pouvoir évacuées de l'analyse économique.

La compétition entre acteurs et modèles d'organisations

La troisième conclusion est que ce conflit entre acteurs que met en exergue l'analyse de l'évolution juridique est aussi, d'une certaine façon, un conflit entre modèles d'organisation : on peut grossièrement opposer le modèle d'une organisation non intégrée et plus fortement concurrentielle portée par les acteurs de la conception, dans une logique de pouvoir d'expertise professionnelle, au modèle plus intégré ou oligopolistique porté par les grandes entreprises, dans une logique plus directement industrielle et financière. Ce conflit entre modèles d'organisation se retrouve au niveau international, mais avec une ampleur exacerbée, dans la mesure où la compétition entre modèles d'organisation se double d'une compétition entre les règles du jeu conçues dans le cadre de systèmes nationaux. C'est peut-être ici que réside surtout l'intérêt d'une comparaison des différents *contracting systems* nationaux: car, au-delà de leurs modalités de structuration spécifique, ils ont, dans la majorité d'entre eux, été marqués par de fortes évolutions dont on retrouve peu ou prou des éléments communs avec ceux qui sont au cœur de la compétition internationale.

Corrélativement, une tendance à la diversité et à la complexification des arrangements contractuels apparaît nettement, au niveau national et plus encore au niveau international, notamment sur le marché des grands projets. La montée des risques - qui accompagne le financement privé des équipements publics - mais aussi la compétition/coopération entre les systèmes socio-professionnels, institutionnels, et juridiques différents se combinent pour expliquer cette tendance à la complexification et à la diversité des arrangements contractuels, autour d'une ligne de force que représente l'extension du recours à la formule de la concession.

Il n'en a pas été question dans ce chapitre, mais il est clair qu'il s'agit là d'une formule capitale pour l'analyse des grands projets. Or, les différentes études de cas laissent bien apparaître la diversité de modalités de conception et d'application de la concession. Autrement dit, les modalités de régulation des relations entre les acteurs sont aujourd'hui dans une phase importante de transition dont l'issue n'est pas donnée d'avance.

La question ouvre, à notre avis, un large champ de recherche jusqu'ici peu exploré.