

## COMMANDE PUBLIQUE

# Bureaux de contrôle et missions de conception font mauvais ménage

Le juge administratif vient de réaffirmer l'incompatibilité entre la profession de contrôleur technique et toute mission de conception ou de réalisation. Les fédérations concernées réagissent à ce nouvel épisode d'un conflit régulièrement porté devant les tribunaux.

Le couperet est tombé. La cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé un marché portant sur une mission d'étude de prédiagnostic énergétique du patrimoine bâti de lycées, attribué à un groupement comportant un bureau de contrôle (1). Elle confirme ainsi l'interprétation stricte, déjà faite par le Conseil d'Etat en 2010 (voir ci-dessous), des dispositions du Code de la construction et de l'habitation (CCH, article L. 111-25), qui énoncent l'incompatibilité de l'activité de contrôle technique avec « l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage ». En défense, le maître d'ouvrage public a tenté de faire valoir que cette incompatibilité ne s'appliquerait pas à l'activité de diagnostic technique. Mais la cour relève que le marché n'avait pas pour objet le seul prédiagnostic énergétique de l'existant mais aussi « l'élaboration de préconisations techniques ». Cette mission de formulation de solutions techniques est susceptible, estiment les juges, de faire naître, à terme, un éventuel conflit d'intérêt prohibé par le CCH. « Rien de nouveau, déclare Jacques Jessenne, président de la délégation construction de la Coprec (fédération des bureaux de contrôle). L'activité de conception nous est en effet interdite depuis la loi Spinetta de 1978 (2). En revanche, la question pouvait se poser de savoir si cette

incompatibilité était absolue ou relative (sur un même ouvrage). Le Conseil d'Etat a tranché pour l'incompatibilité absolue – ce que notre profession avait toujours appliqué. Pour autant cette décision ne signifie pas que, d'une façon générale, les bureaux de contrôle n'ont plus accès aux diagnostics ! Il faut regarder au cas par cas le contenu des missions pour voir si elles comportent ou non de la conception. »

### Les montages en cotraitance ou sous-traitance au débat

Dans cette affaire, la cour administrative d'appel de Bordeaux balaye par ailleurs l'argument selon lequel le bureau de contrôle « n'interviendrait pas dans l'élaboration des préconisations techniques dès lors que cette mission reviendrait exclusivement à l'autre membre du groupement ». Cela n'est pas de nature à lever l'incompatibilité,

**La mission de formulation de solutions techniques est susceptible de faire naître, à terme, un conflit d'intérêt.**

souligne l'arrêt. « C'est une position logique, admet Jacques Jessenne, dans la mesure où le bureau de contrôle serait amené à prendre le relais en cas de défaillance du bureau d'études (BET). La solution pour nous serait

alors d'intervenir en sous-traitance des BET, sur les missions où nous sommes légitimes. » Un montage que Jean-Marie Héron, président de l'Association des acheteurs des collectivités territoriales (AACT), estime correct. Mais la Chambre de l'ingénierie et du conseil de France en fait une analyse tout autre. Frédéric Lafage, président d'honneur de CICF-GIAC (Groupement de l'ingénierie acoustique), estime que « la jurisprudence a consacré de manière absolue le principe d'indépendance et d'impartialité des contrôleurs techniques. Dès lors qu'un bureau de contrôle aura des liens contractuels avec un bureau d'études, fût-ce au travers d'une relation de sous-traitance, le risque de conflit d'intérêts surgira. Un cabinet d'ingénierie n'est jamais aussi performant que lorsqu'il a en face de lui un bureau de contrôle qui exerce pleinement sa mission et en toute indépendance... »

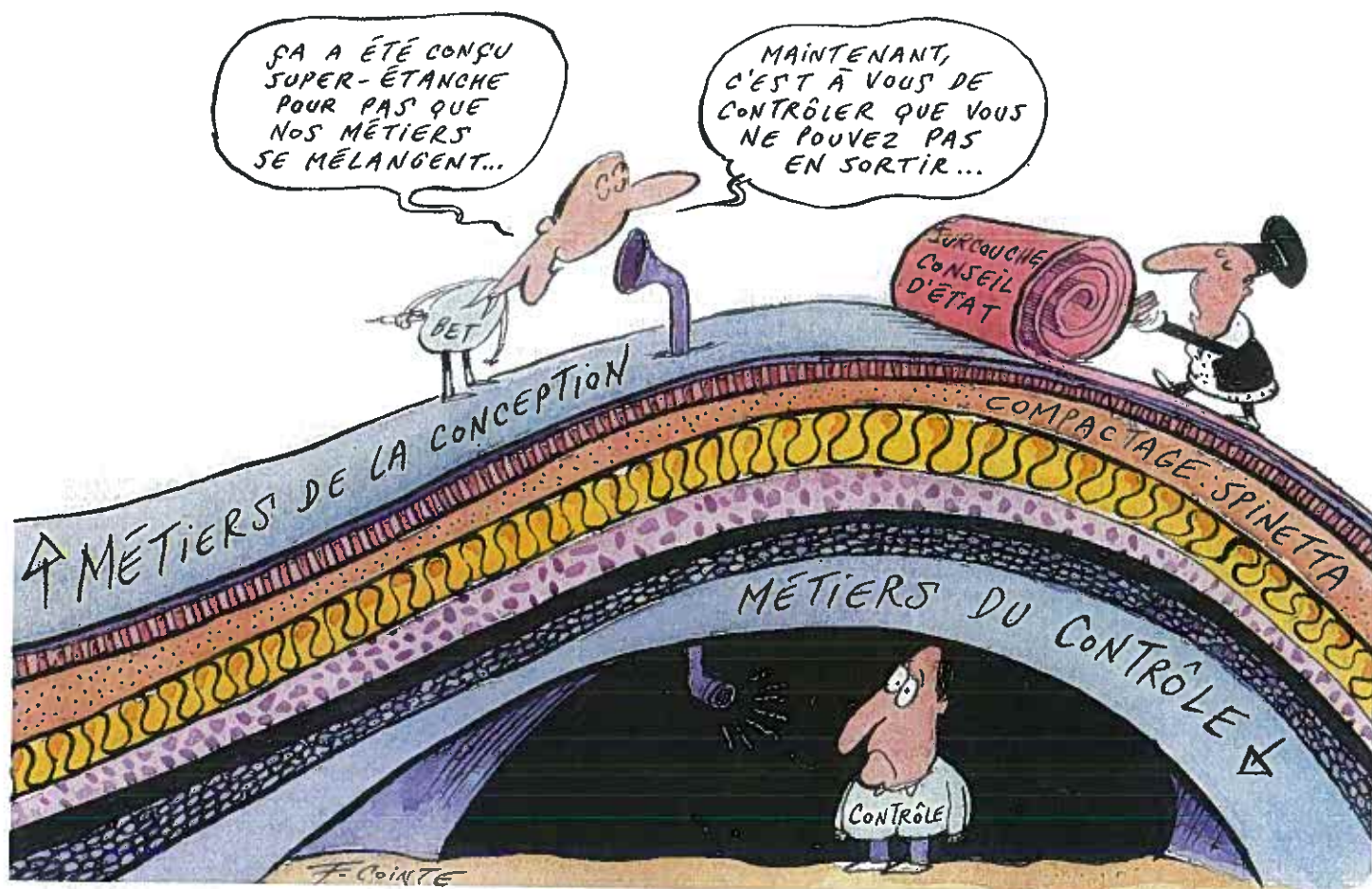
### Sensibilisation et stratégie du contentieux

La CICF s'est lancée dans une vaste campagne de sensibilisation sur le sujet : courriers, rendez-vous avec les associations d'acheteurs, réunions de travail avec les services du ministère de l'Ecologie. « Il ne s'agit pas de défendre un pré carré, mais de respecter l'esprit de la loi Spinetta qui a créé les bureaux de contrôle et leur a conféré un monopole sur leur activité. Il est de l'intérêt des maîtres d'ouvrage que chaque profession joue son rôle », argumente Frédéric Lafage. La fédération a par ailleurs entrepris d'attaquer les procédures d'attribution de marchés qu'elle juge non conformes à la réglementation, aux côtés le cas échéant des BET candidats évincés. « Nous voyons des cahiers des charges étonnants, dans lesquels, par exemple, le maître d'ouvrage prévoit une tranche ferme de contrôle technique et une tranche conditionnelle d'assistance à maîtrise d'ouvrage et d'aide à la rédaction des

## Qu'a dit le Conseil d'Etat en 2010 ?

Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la question à l'occasion d'un litige portant sur un marché de diagnostic de sécurité incendie et d'études. Le juge des référés avait estimé que l'incompatibilité édictée par la loi ne faisait pas obstacle à ce qu'une société, titulaire de l'agrément de contrôle technique, soit attributaire d'un marché d'études en dehors de toute opération de construction. Mais le Conseil d'Etat a jugé en sens inverse, se fondant sur la stricte lettre de la loi : « Le législateur a entendu prohiber toute participation à des activités de conception, d'exécution ou d'expertise d'ouvrage des personnes physiques ou morales agréées au titre du contrôle technique d'un ouvrage ; la circonstance que le marché dont il s'agit ne s'analyse pas, en lui-même, comme un marché de construction faisant appel à l'intervention d'un contrôleur technique est sans incidence sur l'applicabilité de cette règle. »

CE, 18 juin 2010, « Ministre de la Justice c/Bureau Veritas », n° 336418, cahier « Textes officiels » du « Moniteur » du 23 juillet 2010.



dossiers de consultation des entreprises... ». Plusieurs actions sont en cours, et l'affaire ainsi tranchée par la cour de Bordeaux le 10 avril est la deuxième à aboutir (3).

### Vers une définition précise des cas d'incompatibilité?

L'AACT ne voit pas d'un très bon œil cette stratégie du contentieux. « La LICF trouve de bon ton d'attaquer les collectivités sur leurs attributions de marchés, au lieu de régler directement son différend avec les bureaux de contrôle, déplore Jean-Marie Héron. Nous attendons que le Conseil d'Etat se prononce à nouveau avant de communiquer envers nos adhérents. Par précaution, les collectivités doivent s'efforcer de mieux cibler à qui elles attribuent leurs marchés. Mais je considère que s'il est normal de faire appel à des BET quand le projet a des aspects techniques complexes, l'intervention d'un bureau de contrôle peut suffire pour de simples restructurations, par exemple. Tout est alors question de rédaction du cahier des charges. » Dans un contexte de budgets restreints, « inutile d'éparpiller les dépenses », conclut le président de l'association d'acheteurs.

Et si la solution venait des pouvoirs publics? C'est du moins l'idée de la Coprec, qui consi-

dère que « la saisine des tribunaux ne résoudra rien, on continuera à avoir des décisions au cas par cas. Nous ne cherchons pas à faire de la conception, mais il ne faut pas pour autant nous cantonner aux seules missions de contrôle technique, martèle Jacques Jessenne. Le diagnostic représente une partie importante de notre activité. »

La fédération a donc rencontré le ministère de l'Ecologie dans l'espoir d'obtenir une définition précise des cas d'incompatibilité

**En attendant d'éventuelles évolutions, l'approche au cas par cas semble prudente, a minima.**

avec la mission de contrôle technique que sont « la conception », « l'exécution », et « l'expertise ». Cela pourrait passer par une modification du décret relatif aux conditions d'agrément des contrôleurs techniques. « Nous proposons notamment d'inscrire dans ce texte que toutes les études, conseils, diagnostics réalisés en amont de la programmation ne relèvent pas de la "conception", détaille Jacques Jessenne. Car la programmation relève de la responsabilité du maître d'ouvrage, pas de la maîtrise d'œuvre. »

Une autre approche, complémentaire, consisterait pour les professions de la prestation intellectuelle à valoriser mutuellement

leurs métiers. C'est ce que propose le directeur général du Groupe Qualiconsult, Jean-Christophe Protais: « Les entités qui réalisent les audits et diagnostics, quelles qu'elles soient, pourraient avertir très clairement les maîtres d'ouvrage dans leur rapport sur le fait que les préconisations formulées ne permettent pas de faire l'impasse sur la phase de conception. Elle reste nécessaire avant de choisir les entreprises de travaux. »

En attendant d'éventuelles évolutions réglementaires ou jurisprudentielles, l'approche au cas par cas semble prudente, a minima (voir notamment le jugement TA Paris cité en note n°3 ci-dessous). S'agissant du diagnostic énergétique par exemple, l'ouverture aux bureaux de contrôle des marchés pourrait dépendre du stade auquel il intervient, de ce qui est demandé – simple aide à la décision ou étude thermique complète? – et de l'utilisation de ses résultats. ■ Sophie d'Auzon

(1) CAA Bordeaux, 10 avril 2012, n°11BX01482, cahier « Textes officiels » du « Moniteur » du 27 avril 2012, p.15.

(2) Loi du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

(3) Voir aussi TA Paris, 6 janvier 2011, n°0809490/6-3, cahier « Textes officiels » de ce numéro (s'agissant d'un marché de réalisation de mesures de bruit et vibrations comprenant des missions de diagnostic mais aussi la préconisation de solutions techniques).