

Malfaçons dans les bâtiments publics

Il semble que l'origine des nombreux problèmes de dysfonctionnements rencontrés dans les bâtiments publics soit à rechercher du côté du maître d'ouvrage public, ainsi que de l'environnement juridique des projets, responsable de la dilution des responsabilités. Le recours à des partenariats publics privés (PPP), dont il existe des exemples réussis à l'étranger, et même en France, pourrait y remédier. Il reste cependant beaucoup d'obstacles à franchir.

**par David Landier
et Omri Benayoun**

Une malédiction s'abattra-t-elle sur les bâtiments publics ? Si l'on écoute des autorités telles que l'architecte Philippe Trétiack (1), le professeur Philippe Even (2), et même la Cour des comptes, d'incompréhensibles malfaçons affectent les musées, bibliothèques, lycées, hôpitaux de la République. Comment comprendre que la Bibliothèque François Mitterrand fût d'abord constituée de tours transparentes inadaptées au stockage des livres, auxquelles on dut ajouter des panneaux de bois dont l'esthétique laisse songeur ? Ou que l'Opéra Bastille soit empêtré dans des filets, de peur que de lourds panneaux mal agrafés ne tombent sur de malheureux passants ? Il apparaît que la cause fondamentale des problèmes rencontrés réside dans l'insuffisante compétence des maîtres

d'ouvrage publics et dans une législation qui fragmente les tâches à l'excès et dilue les responsabilités. Notre mémoire de fin d'études au Corps des Mines (3), qui s'est appuyé sur des entretiens avec les différents acteurs impliqués et sur des études sur la construction des bâtiments publics dans le monde, conclut que la solution passe par le développement des PPP (partenariat public-privé).

Un « taylorisme excessif »

De remarquables réussites architecturales (Grande Arche de la Défense, Cité de la Musique) ont couronné de succès la construction publique en France. Cet argument saute au visage, mais masque la réalité. En effet, la route du succès architectural est jonchée d'obstacles que de nombreux projets ne parviennent pas à surmonter et qui sont dus au fonctionnement même de l'Etat et à l'organisation de la construction publique.

En effet, les rigidités du Code des marchés publics contraignent le maître d'ouvrage à procéder à de compliqués appels d'offres et à respecter de lourdes procédures. Les règles de la comptabilité publique en général, et de l'annualité budgétaire en particulier, sont handicapantes (4) et inadaptées à la nature même des projets de bâtiments. Enfin, dans un contexte de restriction budgétaire, construire un bâtiment de qualité avec peu d'argent devient une véritable gageure.

Mais le plus grand mal qui ronge l'organisation de la construction publique est son « taylorisme excessif » (5). Pratiquement, une succession de lois et de décrets - ce sont le décret 73-207 du 28 février 1973 sur l'ingénierie, la loi 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, la loi 85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dite MOP - a bâti d'épaisses murailles entre les différents acteurs : entre le maître d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre, entre la maîtrise d'œuvre et

les entreprises et, au sein même de la maîtrise d'œuvre, entre les architectes et les bureaux d'études techniques. Aussi a-t-elle entériné une spécificité française : la séparation, vieille de plusieurs siècles, entre architectes et ingénieurs. Il est, en effet, frappant de constater qu'en Allemagne, Autriche, Pays-Bas, Suisse, et dans bien d'autres pays, les architectes et les ingénieurs ont, à la différence de la France, une formation et une culture communes.

Comment un projet public se déroule-t-il dans notre pays ?

Son organisation est dictée précisément par le Code des marchés publics. D'abord, le maître d'ouvrage définit et présente ses besoins dans un programme, puis différents architectes esquissent une réponse lors d'un concours. Une fois le lauréat désigné, vient le temps de préciser la proposition. L'architecte dessine les espaces en fonction des contraintes du programme, tandis qu'un bureau d'études techniques produit les calculs assurant la bonne conception technique du bâtiment, le tout en coordination étroite avec le maître d'ouvrage. Enfin, après un nouvel appel d'offres, le projet est confié à une entreprise de construction qui réalise l'ouvrage.

Or, il n'est pas possible de séparer les tâches d'acteurs interdépendants sans créer des frictions aux interfaces. Pour rationnel qu'il apparaisse, ce découpage du processus n'en est donc pas moins source d'incohérences. Le

NDLR : Les auteurs ont publié, sur le même thème, un article intitulé « Des bâtiments publics confiés au privé ? » dans La Gazette de la société et des techniques, N°15, juillet 2002.

(1) Philippe Trétiack, Faut-il pendre les architectes ? Editions du Seuil, 2001.

(2) Philippe Even, Les scandales des hôpitaux de Paris et de l'hôpital Pitié-Salpêtrière, Le Cherche midi éditeur, 2001.

(3) Omri Benayoun, David Landier, Malfaçons dans les bâtiments publics, publication de l'Ecole des Mines, septembre 2002.

(4) La lourdeur de ce système a été mise en évidence dans " Pour faciliter la maîtrise de la dépense publique : Quels amendements institutionnels ? Quelles réformes de notre organisation administrative ? ", Rapporteur : François Kruger, Observatoire de la dépense publique, 2001.

(5) Expression empruntée à René Baroux, chef du département maîtrise d'ouvrage et équipements publics au Certu in : Le Moniteur, 21 septembre 2001.

célèbre architecte Pierre Riboulet ne déclarait-il pas lui-même à cet égard : « Cette division intellectuelle du travail est certainement néfaste au processus d'ensemble. » (6). L'exemple de la salle du scanner de l'hôpital européen Georges Pompidou est frappant. Le programme et les premiers plans prévoyaient deux scanners dans deux salles adjacentes. L'administration n'accorda, pour commencer, qu'un seul appareil à l'hôpital. Or, on s'aperçut après coup que celui-ci était beaucoup plus volumineux que prévu. Une fois le scanner péniblement installé, les médecins se rendirent compte que la pièce était trop petite et que l'on ne pouvait pas circuler suffisamment librement autour de lui. Ils protestèrent et obtinrent que l'on abattît un mur pour agrandir la salle. Au lieu de deux salles avec deux scanners, on se contenta donc d'une unique salle avec un scanner unique. Et quand aujourd'hui le besoin d'un second scanner se fait sentir, on ne sait où le mettre ! Une telle incohérence provient d'une coordination défectueuse entre les équipementiers, la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre.

Des responsabilités diluées

Mais la conséquence la plus grave de cette organisation est la *dilution des responsabilités*. La loi prévoit la responsabilité pleine et entière du constructeur. Mais pour elle, « tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage » (7) peut être considéré comme constructeur. En somme, tout le monde peut être rendu responsable ! C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de faire face à une épidémie de légionellose à l'hôpital européen Georges Pompidou, ce sont l'architecte, les bureaux d'études techniques et les entreprises de construction qui sont assignés (8). Même si, de l'avis général, l'architecte n'est en rien responsable de cette épidémie. Dès lors, si tout le monde est responsable, même ceux qui ne sont pas coupables, personne ne l'est entièrement ! Et que peut-on faire lorsque la faute est née d'une communication insuffisante entre plusieurs intervenants ?

Face à une malfaçon, le maître d'ouvrage peut donc se sentir bien démuni devant la tâche de prouver la responsabilité de sa maîtrise d'œuvre. Et quand bien même en serait-il capable, une imposante jurisprudence lui donne peu d'espoir de voir son préjudice réparé. Donnons quelques exemples. Le juge administratif peut décider d'appliquer un abattement pour vétusté sur le montant des travaux de réfection. Cet abattement n'a lieu d'être que si des délais importants se sont écoulés entre la réalisation de l'ouvrage et la survenance du dommage (9). Le juge administratif peut exonérer le maître d'œuvre de tout ou partie de sa responsabilité dès lors qu'il considère que les services techniques du maître d'ouvrage avaient, selon lui, les moyens de contrôler son travail (10). Plus préoccupant pour l'acteur public, lorsque le maître d'ouvrage impose des contraintes particulières à son maître d'œuvre, notamment des contraintes de délai ou de prix, le juge administratif peut considérer qu'une erreur de conception ne doit pas rester totalement à la charge du maître d'œuvre. Les efforts du maître d'ouvrage cherchant la réparation d'un préjudice subi se brisent alors contre une Babel d'acteurs et de responsabilités confuses.

Le système aurait donc besoin d'une plus grande souplesse juridique et d'une intégration accrue des compétences : un unique responsable devrait pouvoir être désigné pour l'ensemble du projet. L'acteur public pourrait alors confier l'ensemble des prestations à un acteur privé, c'est la formule de la délégation de service public. Mais lorsque certaines prérogatives sont indéléguables (11), comme la Justice ou la Police, que peut-on faire ?

Le partenariat public privé (PPP)

Une formule répond aux nécessaires améliorations du système et aux exigences de la puissance publique. Il s'agit des partenariats public privé (PPP), montages courants à l'étranger et déjà présents en France ici ou là. De quoi s'agit-il ? Un consortium privé ou privé-public offre, de manière non

nécessairement exhaustive, de concevoir, financer, construire et maintenir un bâtiment destiné à l'accomplissement du service public. L'acteur public le lui loue une fois construit. La participation du secteur privé permet de mettre sa flexibilité et ses financements au service du public. Le consortium intègre maîtrise d'œuvre, entreprises de construction ainsi que certaines prérogatives du maître d'ouvrage, comme l'élaboration fine de la programmation et la maintenance.

Mais surtout, le PPP permet de remédier à la dilution des responsabilités. En effet, l'acteur public a un unique interlocuteur qu'il peut vigoureusement responsabiliser. Il lui suffit, par exemple, d'indexer son loyer sur les performances du bâtiment. Une malfaçon se présenterait-elle ? Le loyer serait diminué à la hauteur du préjudice subi, et le partenaire privé sommé d'y remédier. Tel est le mécanisme que l'administration britannique a adopté dans la construction de ses hôpitaux (12). Alors qu'en France, lorsque le coût du bâtiment nord-est de l'hôpital Tenon augmente de 64 % et que le coût du centre de chirurgie hépato-biliaire de l'hôpital Paul-Brousse augmente de 83 %, c'est la collectivité qui paye (13) !

Les PPP connaissent actuellement un grand succès en Europe et tout particulièrement au Royaume-Uni où ils constituent plus du quart de la construction publique (14). En effet, il semblerait, d'après la Cour des comptes britannique - le National Audit Office - que les résultats furent remarquables en termes de délais, de qualité et de coûts : des économies de l'ordre de 20 % ont

(6) in : Naissance d'un hôpital, Pierre Riboulet, Plon, 1989, p.132.

(7) Article 1792-1 du Code civil.

(8) Requête devant le tribunal administratif de Paris le 30 mars 2001.

(9) CE 30 juin 1993, Communauté urbaine de Bordeaux et CE 26 octobre 1990, Commune de Frontenex, Req N°58878.

(10) CE 24 janvier 1990, Commune de Saint-jean-de-Monts, Req N°59052, MTP, 2 mars 1990.

(11) Conseil constitutionnel, Décision 86-207 du 26/06/86, considérant n° 53, qui distingue ces activités de celles qui, érigées en service public par le législateur, peuvent faire l'objet d'un transfert au secteur privé par l'effet d'une réforme législative.

(12) Schedule 18, National Health Service Executive Standard Form Project Agreement, 2000, p.8.

(13) Augmentations calculées en francs constants, in Florent Champy, Les architectes et la commande publique, Puf, 1998, p.151.

(14) Chiffres SCIC UK dévoilés lors de la réunion du Club des présidents de SAIEM le 18 mars 2002.

pu être obtenues (15) ! Avec l'intégration des compétences, les différents acteurs, énergiquement responsabilisés, au lieu de se poser en s'opposant, ont adopté des stratégies coopératives et ont fait montre d'une efficacité que l'acteur public ne leur connaissait pas. Or, si l'on admet que les PPP permettent d'apporter une réponse adéquate aux dysfonctionnements observés, ils ne constituent pas une panacée. Certains ont échoué de par l'insuffisante compétence du maître d'ouvrage.

La compétence du maître d'ouvrage

Un bon projet public nécessite un bon maître d'ouvrage public. Le maître d'ouvrage étant à l'origine de la chaîne, une erreur de sa part se fera ressentir à chaque moment, sur chaque acteur. La rénovation du Grand Palais est, selon la Cour des comptes, exemplaire à cet égard. Depuis huit ans, la grande nef est fermée dans l'attente de réparations sans cesse différées. Les fondations de l'édifice pourrissent tandis que la charpente métallique menace de s'effondrer. Finalement, « *la décision de lancer les travaux à l'été 2001 a été prise malgré des incertitudes sur le montant exact et sans que l'utilisation finale soit arrêtée ou même esquissée* » (16), alors que la Cour stigmatise : « *imprécision et instabilité des projets, défaillances dans la programmation, [...] maîtrise financière insuffisante des opérations* » (17). Les hésitations du maître d'ouvrage, ses insuffisances techniques et financières, ébranlèrent donc les fondations de ce projet. Elles les eurent pareillement ébranlées dans le cadre d'un PPP.

Dans une optique d'amélioration globale de la commande publique, il semble donc nécessaire de renforcer la compétence du maître d'ouvrage, d'un point de vue technique, financier, juridique et administratif. Cela sera de toute façon nécessaire si l'option PPP venait à se développer en France : choisir ou non de faire un PPP, en rédiger le cahier des charges, en évaluer le coût, constituent aujourd'hui des tâches trop complexes pour nombre de maîtres d'ouvrage. Ainsi, selon le Professeur Guy Frija, chef du service de radiologie

de l'hôpital européen Georges Pompidou, il a été impossible de mettre en œuvre une logique d'achat de services - dans l'esprit PPP - pour l'ensemble des appareils. Le contrat d'achat de services prévoyait de faire bénéficier le service de radiologie des avancées technologiques sur ses équipements. Or, ce montage étant trop neuf et trop complexe pour l'Administration, on dut suivre la procédure traditionnelle. Et l'hôpital européen Georges Pompidou, qui devait être l'hôpital du troisième millénaire, dispose, deux ans après son ouverture, d'appareils, certes très performants, mais, pour certains, déjà dépassés (18).

En développant les PPP en France, sans doute aiderait-on les maîtres d'ouvrage à devenir plus compétents : une telle dynamique a été observée en Angleterre. Relativement démunis au départ, les maîtres d'ouvrage britanniques ont commis de douloureuses erreurs (19) sur certains PPP hospitaliers. Ils ne surent pas toujours éviter les écueils propres à des projets dont ils connaissaient mal les spécificités.

Il leur fallait, tout d'abord, éviter d'éventuels détournements de fonds : on se souvient des nombreux scandales qui ont assombri et scandé l'actualité du bâtiment pendant les années 80 ; le maître d'ouvrage se voit donc contraint d'effectuer un contrôle financier soigneux.

Il fallait aussi éviter que seules les puissantes entreprises du BTP n'accaparent ces contrats aux dépens, notamment, des bureaux d'études techniques ou des PME du bâtiment ; c'est pourquoi certains maîtres d'ouvrages britanniques imposent au consortium avec lequel ils contractent d'avoir recours aux services de PME ; l'enjeu est important, car les PME sont l'un des plus vastes viviers d'emplois !

Il est, en outre, apparu nécessaire de garantir aux architectes suffisamment de liberté pour que leur art puisse s'exprimer. Car si, dans le système actuel, les architectes sont indépendants des autres acteurs - notamment des entreprises du bâtiment - et travaillent directement pour le maître d'ouvrage, dans un système de type PPP, ils travaillent pour le consortium. Or le rapport de force au sein du consortium est désé-

quilibré. Il faut donc éviter que la grande entreprise de bâtiment impose sa loi. La sélection d'un projet en PPP peut, par exemple, se faire sur concours, et le choix final peut intervenir tardivement. C'est ainsi qu'en Angleterre, le choix final entre les offres est parfois intervenu au stade de l'avant-projet détaillé (APD) : à ce niveau, le travail de l'architecte est déjà fort avancé et constitue un critère de sélection à part entière. Par ailleurs, l'acteur public peut, s'il le désire, choisir lui-même les architectes qu'il désire voir participer au PPP.

Il s'agissait également d'être capable d'évaluer des offres compliquées, notamment d'effectuer un partage adéquat des responsabilités de chacun et d'éviter que le consortium privé soit ni trop bénéficiaire ni trop déficitaire : s'il est bénéficiaire, le PPP est difficile à justifier politiquement ; s'il est déficitaire, et que le consortium soit amené à faire faillite, l'Etat est contraint de racheter le bâtiment... (comme ce fut le cas, dans un autre domaine, pour Orlyval !).

Enfin, un dernier obstacle à éviter concerne les éventuelles modifications ultérieures du bâtiment, pour améliorer son fonctionnement ou son adaptation aux évolutions du service. L'Etat se doit de prévoir à l'avance les conditions et clauses pour opérer des travaux modificatifs. Il peut exiger, par exemple, lors de l'appel d'offres initial, des tarifs unitaires pour toute prestation supplémentaire.

Si des erreurs furent commises au départ par les maîtres d'ouvrage britanniques, elles furent, toutefois, le puissant aiguillon de leur apprentissage.

Des PPP en France ?

Inexorablement, les PPP se développent à nos frontières. Que la France restât insensible aux évolutions venues d'ailleurs, voilà qui serait surprenant dans un contexte d'intégration croissan-

(15) Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative, National Audit Office, 2000.

(16) Cour des comptes, Rapport public, 2001, p.428.

(17) Ibid., p.427.

(18) Informations obtenues lors d'un entretien avec le professeur Guy Frija.

(19) PFI hospitals design 'disaster' ?, BBC News, mardi 23 octobre 2001.

te des économies européennes. Déjà, de tels montages sont apparus dans notre pays, ici ou là. C'est après avoir procédé à la même analyse critique du processus traditionnel que, ces vingt dernières années, quelques administrations françaises – les ministères de la Justice et de l'Intérieur – ont choisi le PPP pour réussir quelques projets phares.

Lorsqu'en 1986 le Garde des Sceaux, Albin Chalandon, prend ses fonctions, il est confronté à un système pénitentiaire en crise : les prisons vétustes, mal entretenues, sont remplies à 150 % de leurs capacités. Une augmentation massive et rapide du nombre de places de prison est donc indispensable. Pour mener à bien ce projet, il juge la gestion publique incapable de livrer des bâtiments de qualité, en nombre suffisant, dans les coûts et délais impartis. Il choisit donc de passer des marchés de conception-construction, utilisant une procédure dérogatoire sévèrement encadrée, assortis de marchés de service pour l'exploitation et la maintenance des prisons. La loi MOP prévoit une telle procédure à l'article 18 : « *le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne 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* » : un PPP à la française. Le résultat fut exceptionnel : « *La dérive sur les coûts fut inférieure à 5 %. Aucun grand projet public ne peut se prévaloir de performances comparables [...] La réalisation des projets dans le cadre de la procédure conception-construction a débouché sur une économie de 30 %* » (20).

Depuis 1994, le ministère de l'Intérieur a, lui aussi, choisi de réaliser en PPP plusieurs bâtiments (des centres de rétention administrative ou des hôtels de police, comme celui de Strasbourg), là encore, dans un souci d'efficacité et face à des contraintes financières et

temporelles fortes. Sept projets de nouveaux hôtels de police ont été lancés en parallèle autour de 1996, dont un seul en PPP. Le premier à être achevé est l'hôtel de Police de Strasbourg, PPP pour lequel conception, construction, financement et maintenance étaient intégrés.

Les performances des rares PPP français sont donc remarquables. C'est encore le système traditionnel qui est pourtant préconisé par le Code des marchés publics, qui interdit, en outre, les paiements différés et sépare - émule obstiné de Taylor - les marchés de construction des marchés de maintenance (21). C'est pourquoi, dans un cas comme dans l'autre, le recours au PPP ne fut possible qu'au prix de contorsions juridiques exceptionnelles. Pour pouvoir mener son projet à bien, le ministre de la Justice a dû rédiger et faire voter une loi *ad hoc* (22) lui permettant de « *confier à une personne de droit public ou privé [...] une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires* ». La gestion de la prison, aux trois missions régaliennes près - celles de direction, du greffe et de surveillance (23) - fut entièrement confiée au secteur privé. Il s'agissait d'une solution juridique efficace, mais difficilement généralisable et, littéralement, d'exception. Le ministère de l'Intérieur, quant à lui, a recours à des montages juridiques complexes : une « autorisation d'occupation temporaire » combinée à un « bail emphytéotique administratif » ! En clair, une autorisation d'occupation du domaine public est accordée à un consortium privé qui conçoit, construit, assure l'entretien d'un bâtiment sur ce terrain. Cet ouvrage satisfait les exigences de l'acteur public, qui le loue. On peut légitimement penser que le maître d'ouvrage a collaboré avec le consortium pour l'élaboration du bâtiment qui lui est destiné. Cette pratique, quoi qu'absolument légale (24), se situe à l'extrême limite des textes.

Cependant ce type de montage laisse ouverts nombre de problèmes :

- la doctrine administrative en ce qui concerne ces contrats semble être de limiter, *de facto*, leur durée entre 5 et 12 ans selon les cas (25) ; or les opérateurs privés ont besoin de beaucoup plus de temps pour rentabiliser leurs investissements ;

- en ce qui concerne le montant des loyers, les règles de calcul de prix des entreprises et de l'Administration sont différentes (quand les premières estiment leurs prix en fonction de leurs coûts, l'Administration ne se réfère qu'au prix du marché local établi par ses services) ; cette discordance fait peser sur les opérateurs privés un risque qu'ils ne peuvent assumer.

Pour ne plus devoir agir à la frontière des lois

L'efficacité des PPP a été démontrée par quelques projets pilotes. Cependant le développement de ces partenariats est resté jusqu'alors limité : les opérateurs privés, qui investissent, sont contraints de s'engager dans un environnement trop incertain ; et les fonctionnaires qui, dans un souci de qualité du service public, ont recours à ces montages - pour ses PPP, le ministère de l'Intérieur dut faire du bricolage juridique et financier - agissent à la frontière des lois. Tous sont dans l'attente du cadre juridique clair et rigoureux qui apportera la confiance et libèrera les énergies. Nos voisins européens l'ont fait. A notre tour de le faire ! ●

(20) René Eladari s'exprimant dans Le Programme 13000, délégation pour la réalisation d'établissements pénitentiaires, ministère de la Justice, extrait de la revue " L'empreinte ", SDIG, N°13, 1991.

(21) Article 94 du Code des marchés publics et article 10 du Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001.

(22) Loi 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.

(23) " Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, du greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou privé " in Loi 87-432.

(24) Loi 94-631 du 25 juillet 1994 et avis 356-960 du 31 janvier 1995 du Conseil d'Etat.

(25) Pour l'hôtel de police de Strasbourg, le bail administratif de 23 ans, dispose d'une période ferme de 12 ans seulement, CDScope n° 198, février 2001.