

Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier

Maîtrise d'ouvrage : qualification et organisation

► Qualification et missions

Différences entre les maîtrises d'ouvrages publiques et privées

Application de la méthode S-P-P-C

► Recours à l'assistance à maîtrise d'ouvrage

Différents types de missions

Modalités de négociation du contrat d'AMO

Bien rédiger le contrat d'AMO

L'AMO distincte de la conduite d'opération ?

► Mandat et transfert de maîtrise d'ouvrage

Convention de mandat : conseils rédactionnels

Modalités de transfert de la maîtrise d'ouvrage



Information abonnés

CONSULTEZ VOTRE REVUE CONTRATS PUBLICS

SUR
**MONITEUR
JURIS**
CONTRATS PUBLICS



Connectez-vous sur le site
moniteurjuris.fr/contratspublics

Me connecter

Votre email

Mot de passe

Rester connecté

Mot de passe oublié ?

OK

1 Vous avez déjà un compte sur Moniteur Juris ?

Si votre login est un email, rien ne change. Vous pouvez vous connecter avec vos identifiants habituels (login et mot de passe).

Si votre login n'est pas un email, celui-ci ne fonctionne plus. Il faut vous identifier avec l'email rattaché à votre compte. Votre mot de passe ne change pas.

Si vous avez oublié votre mot de passe, rendez-vous dans la zone de connexion, cliquez sur «Mot de passe oublié ?» et suivez les indications à l'écran.

2 Vous n'avez pas encore créé de compte ou vous avez des difficultés à vous connecter sur Moniteur Juris ?

Écrivez-nous sur moniteurjuris@infopro-digital.com en spécifiant le motif de votre demande en objet, ainsi que votre numéro d'abonné.

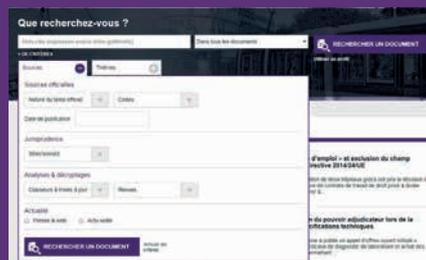


Bénéficiez d'un service en ligne indissociable

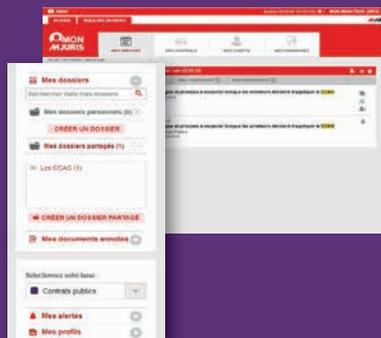
Consultez quotidiennement l'actualité juridique, les sources officielles (textes européens et nationaux) et la jurisprudence en texte intégral, mais aussi toutes les archives depuis le premier numéro.

✓ Trouvez rapidement la bonne information

- Critères d'affinage pour adapter la recherche selon vos besoins
- Table des matières et sommaire très détaillés pour naviguer dans les documents
- Alertes et profils : Choisissez les documents ou thèmes de recherche que vous voulez suivre et soyez alerté par mail, dès qu'un changement ou une mise à jour survient.



✓ Personnalisez votre compte



Vous disposez d'un accès personnel qui vous permet de **constituer votre propre bibliothèque**. Il vous est possible de **sauvegarder des documents dans un dossier**, de les **annoter** ou de les **partager**. Pour cela, lors de la consultation d'un document, utilisez l'icône « classer » en haut à droite. Suivez la procédure qui vous permet de créer un dossier, de le partager, puis de sauvegarder le document.

- Pour annoter un document : saisissez votre texte en fin de document dans la zone « Mes annotations ». Là encore, il vous est possible de partager ces notes.
- Pour retrouver vos dossiers, vos documents et annotations : accédez à votre espace personnel dans l'onglet « Mon Moniteur Juris » puis « Mes services ».

Vous avez également la possibilité de télécharger vos documents pour les lire hors connexion et/ou de les imprimer pour conserver le confort de lecture du papier.

INCLUS dans votre abonnement :

Nos services associés pour gagner en expertise

- **Rendez-Vous Expert** : Participez à nos Webinaires sur des sujets d'actualité, animés par nos experts et interagissez avec eux.
- **Actu-Veille** : Découvrez en un clin d'œil l'actualité réglementaire mise à jour quotidiennement sur Moniteur Juris et recevez 2 fois/mois la newsletter pour bénéficier d'informations analysées et décryptées par une équipe éditoriale dédiée.

La maîtrise d'ouvrage au défi des transitions

La maîtrise d'ouvrage qu'elle soit publique ou privée n'échappe pas aux grandes mutations dans lesquelles est plongé notre Monde.

Lieu privilégié des transitions énergétique, écologique, social... elle bénéficie d'un net regain d'intérêt de la part des pouvoirs publics. Ainsi une loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite « loi MOP ») a consacré la notion de maîtrise d'ouvrage publique mais aussi son régime juridique avec une telle acuité et une telle réussite qu'elle a été intégrée au Code de la commande publique sans modification ou presque.

Marquant le souci du législateur d'accompagner les collectivités publiques dans leur nouveau rôle de maître d'ouvrage renforcé par les lois de décentralisation, elle a fixé deux contraintes renforcées depuis par la jurisprudence :

- première contrainte : la définition d'une responsabilité générale dont les maîtres d'ouvrage ne peuvent se « démettre, » sauf de très rares exceptions ;
- seconde contrainte : l'obligation d'avoir recours à un maître d'œuvre – le législateur pensant en fait à un architecte ! – dont le contrat devait être distingué de celui des – supposés – puissants constructeurs.

Ces deux contraintes furent posées dans un souci louable de sauvegarde des deniers publics et de préservation d'une « qualité » des ouvrages à construire et à rénover.

Les pouvoirs publics consacrèrent donc une École Française de la maîtrise d'ouvrage publique qui quelque quarante ans plus tard porte ses fruits et marque nos villes. Ces grands projets d'intérêt général contribuent largement à l'attractivité de la France ce qui n'a pas échappé aux plus ambitieux de nos élus qui se sont donc investis avec jubilation dans leur nouveau métier de maître d'ouvrage.

Il subsiste bien sûr maintes interrogations et ce numéro dédié à une fonction essentielle et pourtant peu étudiée est le bienvenu.

Les contrats d'assistance à maîtrise d'ouvrage se multiplient mais ne font étrangement pas l'objet d'un encadre-

ment rigoureux ; les praticiens font donc œuvre de pragmatisme et de réalisme sans être toujours compris par les juges administratifs.

Le transfert de la maîtrise d'ouvrage, exception à une règle bien établie, répond parfois à un état de nécessité que le législateur peine à organiser, malgré les récentes modifications législatives.

La responsabilité des maîtres d'ouvrage mériterait un ouvrage entier tellement elle est devenue complexe et absconse.

La multiplication des groupements de maîtres d'ouvrage publics est aussi le signe que les ouvrages à construire sont de plus en plus complexes à édifier tandis que les compétences s'enchevêtrent.

L'irruption du BIM (« Building Information Modeling » ou Modélisation des informations du bâtiment) fait une entrée timide dans le monde des maîtres d'ouvrage : la collaboration, le conseil et le partage de l'information, ses trois piliers, se conjuguent difficilement avec la verticalité de l'organisation de nombreuses maîtrises d'ouvrage.

Mais aucune de ces évolutions n'est susceptible d'invalidier le modèle dans lequel se sont coulés avec bonheur les maîtres d'ouvrage français, nationaux comme locaux.

Une dernière révolution, et non des plus délicates, attend les maîtres d'ouvrage, celle de l'irruption des « clients » de ces ouvrages, utilisateurs ou bénéficiaires finaux. Sans cesse plus exigeants quant aux caractéristiques des ouvrages, leur insertion paysagère et urbaine, leur sobriété, leurs performances... la multiplication des débats publics autour de la construction ou de la rénovation des ouvrages publics en est, souvent, l'heureuse la preuve.

L'histoire de la maîtrise d'ouvrage n'est donc pas finie même si elle a bien commencé.

Xavier Matharan

Avocat Associé

Parme Avocats

Retrouvez
les textes cités sur
MONITEUR JURIS

ÉDITORIAL

3

La maîtrise d'ouvrage au défi des transitions

VEILLE

7

■ TEXTES OFFICIELS NATIONAUX 7

Contrats de performance énergétique – Paiement différé – Financement – Sous-traitance – Expérimentation

Loi n° 2023-222 du 30 mars 2023

■ JURISPRUDENCE EUROPÉENNE 7

Marchés réservés – Prestation de services sociaux et de santé

CJUE 31 mars 2023, aff. C-676/20

■ JURISPRUDENCE NATIONALE 8

Modification unilatérale d'une clause d'un contrat – Motif tiré de l'illicéité de la clause

CE 8 mars 2023, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communication, req. n° 464619

Passation d'un contrat de la commande publique – Négociation – Documents communicables – Secret des affaires

CE 15 mars 2023, Ville de Paris, req. n° 465171

LE MONITEUR | BOUTIQUE

www.lemoniteurboutique.com

Faites le bon choix et commandez en ligne



La garantie du meilleur prix



Expédition en 48 h des livres en stock



Feuilleter d'extraits en ligne



Paiement sécurisé



★★★★ Avis des lecteurs



Livraison Colissimo à 1 € France métropolitaine



? Suggestion de produits complémentaires



Mandats administratifs acceptés



MAGAZINES



LIBRES



SERVICES EN LIGNE



SERVICES (+24/24, 7J/7)

DOSSIER

11

Maîtrise d'ouvrage : qualification et organisation

| | |
|--|----|
| Les personnes qualifiables de maître de l'ouvrage | 12 |
| Pauline Lachenal-Oglaza | |
| Maîtrise d'ouvrage publique – Maîtrise d'ouvrage privée : des différences importantes qui s'expliquent encore | 16 |
| Xavier Matharan | |
| Le maître d'ouvrage public : responsabilités, risques et alternatives ? | 21 |
| Grégory Berkovicz | |
| La méthode S-P-P-C | 26 |
| Cédric Garot et Laurie Grenier | |
| Les différents types de missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage | 32 |
| Edouard Clot | |
| Les cinq étapes clés pour négocier un contrat d'AMO avec succès dans les marchés publics | 36 |
| Mélanie Spagnuolo | |
| Bien rédiger le contrat d'AMO | 40 |
| Sophie Guillon-Coudray | |
| Rôle et missions de l'AMO BIM | 44 |
| Laurent Bidault | |
| La conduite d'opération et ses relations avec la maîtrise d'ouvrage | 49 |
| Tanguy Mocaer | |
| Le mandat de maîtrise d'ouvrage | 54 |
| Yvonnick Le Fustec | |
| Convention de mandat de maîtrise d'ouvrage : conseils rédactionnels | 59 |
| Laurent Sery et Eléna Ivanov | |
| Mise en œuvre d'un transfert de maîtrise d'ouvrage publique : rien de nouveau sous le soleil ? | 65 |
| Gaëlle Collin | |
| Montages contractuels complexes et transfert de maîtrise d'ouvrage – Actualités | 71 |
| Jérémy Couette et Christophe Cabanes | |

Au sommaire du prochain numéro
Énergie et commande publique
(achat d'énergie, performance énergétique...)



Veille

Retrouvez l'intégralité de la veille sur **MONITEURJURIS**

Textes officiels nationaux



Lois

**Contrats de performance énergétique –
Paiement différé – Financement – Sous-traitance
– Expérimentation**

■ **Loi n° 2023-222 du 30 mars 2023**

À consulter sur moniteurjuris.fr/contratspublics/

Afin que les acheteurs publics puissent financer leurs travaux de rénovation énergétique, la loi du 30 mars dernier met en place un outil permettant de déroger à l'interdiction du paiement différé.

L'article 1^{er} de cette loi dispose qu'« A titre expérimental, pour une durée de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'État et ses établissements publics ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conclure des contrats de performance énergétique dérogeant aux articles L. 2191-2 à L. 2191-8 du Code de la commande publique, sous la forme d'un marché global de performance mentionné à l'article L. 2171-3 du même code, pour la rénovation énergétique d'un ou de plusieurs de leurs bâtiments. Lorsque le contrat conclu en application du présent article porte sur plusieurs bâtiments, les résultats des actions de performance énergétique sont suivis de manière séparée pour chaque bâtiment ».

Pour le calcul de la rémunération du titulaire, le marché global de performance précise les conditions dans lesquelles sont pris en compte et identifiés différents coûts listés au sein de cet article 1^{er}.

En outre, il est précisé que par dérogation aux articles L. 2193-10 à L. 2193-13 du CCP, le sous-traitant direct du titulaire du marché global de performance est payé, pour la part du marché dont il assure l'exécution, dans les conditions prévues au titre III de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

L'article 2 de cette loi détaille les marchés globaux de performance susceptibles d'être conclus, les procédures applicables ainsi que les suites contentieuses car, « En

cas d'annulation ou de résiliation du marché global de performance par le juge faisant suite au recours d'un tiers, le titulaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur ».

Jurisprudence européenne



Cour de justice de l'Union européenne

**Marchés réservés – Prestation de services sociaux
et de santé**

■ **CJUE 31 mars 2023, aff. C-676/20**

À consulter sur moniteurjuris.fr/contratspublics/

► Une association espagnole a introduit auprès de la Cour supérieure de justice de la Communauté autonome d'Aragon un recours tendant à l'annulation de la réglementation de la Communauté autonome d'Aragon permettant de conclure des accords d'action conventionnée avec des entités sans but lucratif. Dans le cadre de ce recours, la Cour a décidé de surseoir à statuer et de poser des questions préjudicielles à la CJUE concernant l'interprétation des articles 76 et 77 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014.

La Cour estime que les articles précités doivent être interprétés en ce sens que : « ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui réserve aux entités sans but lucratif la faculté de conclure, dans le respect des principes de publicité, de concurrence et de transparence, des accords en vertu desquels ces entités fournissent des services sociaux ou de santé d'intérêt général, en contrepartie du remboursement des coûts qu'elles supportent, quelle que soit la valeur estimée de ces services, lorsque le recours à ces accords vise à atteindre des objectifs de solidarité, sans améliorer nécessairement l'adéquation ou l'efficacité budgétaire de la fourniture desdits services par rapport au régime généralement applicable aux procédures de passation de marchés publics, pour autant que, – d'une part, le cadre légal et conventionnel dans lequel se déploie l'activité desdites entités contribue effectivement à la finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire sur lesquels cette réglementation est fondée, et

– d'autre part, le principe de transparence, tel qu'il est notamment précisé à l'article 75 de cette directive, est respecté ».

Jurisprudence nationale



Conseil d'État

Modification unilatérale d'une clause d'un contrat – Motif tiré de l'illicéité de la clause

■ **CE 8 mars 2023, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communication, req. n° 464619**

À consulter sur moniteurjuris.fr/contratspublics/

► Par trois délibérations du 16 décembre 2021, le comité syndical du syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communication (SIPPEREC) a modifié unilatéralement les trois conventions concédant la distribution d'électricité à la société Enedis, respectivement, sur le territoire des communes membres du syndicat SUD ELEG du Val-de-Marne et de l'Essonne, sur le territoire de la commune de Villiers-sur-Marne et sur son territoire dit « historique ». Le préfet de Paris, préfet de la région d'Île-de-France a demandé au juge des référés du TA de Paris de suspendre l'exécution de ces délibérations, sur le fondement de l'article L. 554-1 du CJA. Le juge des référés du TA, par une ordonnance du 21 mars 2022, a fait droit à cette demande de suspension. Par l'ordonnance attaquée du 18 mai 2022, le juge des référés de la CAA de Paris a rejeté l'appel formé par le SIPPEREC contre cette ordonnance.

Saisi dans une configuration contentieuse assez rare (un référé préfectoral, pouvant porter sur une délibération modifiant un contrat et dispensé de la condition d'urgence), le Conseil d'État n'en a pas moins rendu une décision importante de portée générale relative aux pouvoirs de modification unilatérale du contrat de la personne publique.

Le Conseil d'État juge par cette décision qu'« en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité. Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge. » (point 3)

L'apport de la décision ne réside évidemment pas dans la première phrase, qui rappelle une prérogative reconnue

à la personne publique cocontractante depuis la décision *Cie générale française des tramways* (CE 11 mars 1910, *Rec. CE*, p. 216, avec les conclusions de L. Blum), dans une formulation reprise de décisions précédentes (CE 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, req. n° 34027, *Rec. CE* p. 33 ; CE 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes le Cannel Mandelieu la Napoule, req. n° 318617, *Rec. CE* Tables).

Ce qui en revanche est nouveau est l'affirmation selon laquelle ce pouvoir de modification unilatérale peut être utilisé pour remédier à une irrégularité tenant au caractère illicite du contenu d'une clause. En effet, même si la jurisprudence relative à l'exercice de ce pouvoir n'a jamais défini le motif d'intérêt général, il était toujours utilisé pour adapter le contrat aux évolutions du service public et c'est d'ailleurs au nom du principe général de mutabilité des services publics que Léon Blum proposait de reconnaître à la personne publique un pouvoir aussi exorbitant non seulement du droit commun mais de la logique contractuelle, fondée sur l'accord des volontés des parties, justification que l'on retrouve dans les conclusions de B. Dacosta sur la décision précitée de 2010 : « Le pouvoir de modification unilatérale que vous reconnaissez aux personnes publiques n'est pas un pouvoir inconditionné. La compétence dont disposent celles-ci pour organiser le service public dont elles ont la charge en constitue à la fois la justification et la limite ».

L'inclusion du remède à l'irrégularité parmi les motifs d'intérêt général avait en revanche été explicitement reconnu à propos d'un autre pouvoir unilatéral de la personne publique contractante, le pouvoir de résiliation du contrat (CE 7 mai 2013, Société auxiliaire des parcs de la région parisienne, req. n° 365043, *Rec. CE* p. 137 : résiliation pour une durée excessive ; surtout CE 10 juillet 2020, Sté Comptoir Négoce Équipements, req. n° 430864, *Rec. CE*), récemment appliqué à une clause du contrat, divisible de celui-ci (CE 13 juin 2022, Centre hospitalier d'Ajaccio, req. n° 453769, *Rec. CE* Tables sur ce point).

Ainsi, l'idée que le traitement d'une irrégularité constitue un motif d'intérêt général a été étendue de la résiliation unilatérale à la modification unilatérale.

Si cette extension se justifie au regard de la notion d'intérêt général – qui contesterait que mettre fin à une irrégularité ne satisfait pas l'intérêt général ? –, elle pose davantage de questions quant à ses implications dans le cadre de la mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale.

En premier lieu, le régime juridique de la résiliation unilatérale pour un motif tiré de l'irrégularité du contrat, que la décision *Société Comptoir Négoce Équipements* a redéfini en le calquant sur les pouvoirs du juge du contrat constatant une telle irrégularité, n'est pas applicable à la modification unilatérale. D'une part, le pouvoir de résiliation unilatérale est subordonné au respect de la loyauté des relations contractuelles, réserve qui n'apparaît pas dans la décision commentée, sans que cela signifie nécessairement qu'elle ne serait pas prise en compte. D'autre part et surtout, à la différence de la résiliation unilatérale du contrat ou de l'une de ses clauses, qui rompt la relation contractuelle et que le titulaire peut contester devant le juge du contrat

Les droits et surtout obligations intrinsèquement liés à la maîtrise d'ouvrage rendent alors nécessaire la qualification de la personne en étant débitrice.

La maîtrise d'ouvrage de droit privé

Malgré son importance centrale, le maître de l'ouvrage n'est paradoxalement pas précisément défini par les textes de droit privé. Seuls quelques articles y font référence, sans pour autant clairement le définir et dessiner les contours de cette notion clé qui a donc dû être complétée par la jurisprudence.

Les références textuelles sont en effet lacunaires :

- les articles 1711 et 1787 du Code civil, créations du code Napoléonien de 1804 relatifs aux contrats de louages, abordent les rapports entre maître de l'ouvrage et locateur d'ouvrage : « celui pour qui l'ouvrage se fait » et « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. » ;
- le premier alinéa de l'article 1792 du même code ajoute : « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. »

Dès la création du Code civil donc, le maître de l'ouvrage était défini (ou plutôt déduit) comme le bénéficiaire d'un ouvrage, contractuellement réalisé par un locateur d'ouvrage au bénéfice duquel était attaché un régime de garantie.

L'annexe II de l'article A. 243-1 du Code des assurances (applicables aux contrats d'assurance de dommages ouvrage), apporte une précision supplémentaire, relative à l'opération de construction : « La personne, physique ou morale, désignée aux conditions particulières, qui conclut avec les réalisateurs les contrats de louage d'ouvrage afférents à la conception et à l'exécution de l'opération de construction. »

Les textes envisagent donc le maître de l'ouvrage comme étant, dans le cadre d'une opération constructive, un co-contractant du locateur d'ouvrage.

La jurisprudence, amenée à se prononcer sur des situations problématiques liées à l'existence de désordres sur l'ouvrage, a précisé les critères de qualification du maître de l'ouvrage, détenteur de droits et obligations.

Le critère de qualification dégagé par la jurisprudence est simple : celui du besoin. Pour le compte de qui l'ouvrage a-t-il été construit ? Le maître de l'ouvrage en est nécessairement le bénéficiaire, quand bien même il en céderait la propriété ultérieurement : « Qu'en statuant ainsi, sans préciser pour le compte de quelle société les travaux avaient été réalisés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; »^[1].

[1] Cass. 3^e civ. 11 mai 2011, 10-13.782, Publié au bulletin.

Cette définition, classiquement rappelée par la jurisprudence^[2], est par ailleurs celle reprise par la norme AFNOR NF P 03-001 relative au « Cahier des Clauses Administratives Générales applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés » (CCAG) selon laquelle le maître de l'ouvrage est : « celui pour le compte de qui les travaux sont exécutés ».

Une décision du tribunal judiciaire d'Évry reprend parfaitement les définitions précitées : « Il est constant que le maître de l'ouvrage est celui "qui charge quelqu'un de faire un ouvrage", selon les termes de l'article 1787 du Code civil, c'est-à-dire le cocontractant du locateur d'ouvrage. Il s'agit de "celui pour qui l'ouvrage se fait" selon les termes de l'article 1711 du Code civil, donc le bénéficiaire des ouvrages, ou encore "celui pour le compte de qui les travaux sont exécutés", d'après les termes de la norme AFNOR P 03-001. »^[3].

Cette définition, certes intéressante, demeure néanmoins incomplète. La qualité de maître de l'ouvrage est aussi attachée à l'existence d'autres critères :

- celui de la propriété d'abord : le maître « naturel » de l'ouvrage en est bien sûr le propriétaire.

A contrario, le locataire qui jouit de l'ouvrage n'en est pas propriétaire et ne saurait être qualifié de maître de l'ouvrage. Dans ces conditions, il ne saurait avoir qualité pour agir sur les fondements attachés à la garantie décennale notamment, que la loi attache à la propriété et non à la jouissance : « Mais attendu que la cour d'appel a retenu, à bon droit, qu'en sa qualité de locataire, la société Siana-CDM n'était titulaire que d'un simple droit de jouissance sur l'ouvrage dont elle n'avait pas la propriété, ce qui ne lui permettait pas de se prévaloir de la qualité de maître de l'ouvrage et qu'elle ne disposait donc pas de l'action en garantie décennale que la loi attache à la propriété de l'ouvrage, et non à sa jouissance ; »^[4]

« Mais attendu qu'ayant retenu que la SCI ne serait propriétaire de l'ouvrage qu'à l'expiration du bail à construction, d'une durée de trente ans, dont elle n'a pas mentionné la date de prise d'effet et que les travaux avaient été commandés par la société Bordeaux distribution, propriétaire de l'ouvrage, la cour d'appel, sans contradiction et abstraction faite de l'utilisation sans conséquence d'un terme impropre, a pu en déduire, répondant aux conclusions, que seule la société Bordeaux distribution avait la qualité de maître d'ouvrage et que la SCI et la société Sofibor étaient sans qualité pour agir sur le fondement des dispositions de l'article 1792 du Code civil ; »^[5] ;

- celui du pétitionnaire et bénéficiaire des autorisations d'urbanisme : la qualité de maître de l'ouvrage peut être

[2] CA Reims, 1^{re} chambre sect. civile, 13 septembre 2010, n° 09/01687. CA Nîmes, 4^e chambre commerciale, 19 décembre 2019, n° 18/01823.

[3] TGI d'Évry, 1^{re} chambre a, 12 mars 2018, n° 14/00898.

[4] Cass. 3^e civ., 1^{er} juillet 2009, n° 08-14.714, Publié au bulletin / pour une application récente : CA Paris, Pôle 4 - chambre 8, 18 janvier 2022, n° 20/04620.

[5] Cass. 3^e civ., 7 octobre 2014, n° 13-19.448, inédit.

conférée à la partie ayant effectivement déposé la demande de permis de construire et sollicité le concours des locataires d'ouvrage⁽⁶⁾.

Définitivement donc, le maître de l'ouvrage ne saurait être confondu avec l'architecte, le maître d'œuvre, l'entrepreneur, le sous-traitant, le contrôleur technique. Il est celui pour le compte duquel l'opération est pensée et réalisée.

La maîtrise d'ouvrage de droit public

Contrairement au Code civil, assez obscur sur la notion, le Code de la commande publique intègre les dispositions de l'importante loi MOP⁽⁷⁾.

L'objectif de ce texte était de préciser les missions de chaque intervenant à l'acte de construire, en :

- conférant un véritable statut à la maîtrise d'ouvrage publique ;
- fixant le cadre juridique de la maîtrise d'ouvrage déléguée ;
- fixant les missions que le maître de l'ouvrage peut confier à un maître d'œuvre privé.

L'article 2 de cette loi visait une définition assez similaire à celle retenue par la Cour de cassation : « I. Le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre ».

En intégrant cette loi, le Code de la commande publique consacre un Livre IV intitulé « Dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée »⁽⁸⁾.

Ce Livre IV est subdivisé en plusieurs titres, dont les deux premiers sont intégralement dédiés à la maîtrise d'ouvrage :

- « Titre I^{er} : Champ d'application »
- « Chapitre I^{er} : Maîtres d'ouvrage »
- « Titre II : Maîtrise d'ouvrage »
- « Chapitre I^{er} : Attributions du maître d'ouvrage »
- « Chapitre II : Organisation de la maîtrise d'ouvrage »

Conformément à l'article L. 2411-1 dudit code : « Les maîtres d'ouvrage sont les responsables principaux de l'ouvrage. Ils ne peuvent déléguer cette fonction d'intérêt général, définie au titre II, sous réserve des dispositions du présent livre relatives au mandat et au transfert de maîtrise d'ouvrage, des dispositions du livre II relatives aux marchés de partenariat, de l'article L. 121-5 du Code de la voirie routière et des articles L. 115-2 et L. 115-3 du même code.

Selon cet article, qui ne reprend pas exactement les termes de la loi MOP ; sont maîtres d'ouvrage les acheteurs suivants :

- 1° L'État et ses établissements publics ;
- 2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les offices publics de l'habitat mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et leurs groupements ;
- 3° Les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du Code de la Sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ;
- 4° Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et sociétés. »

Cet article est particulièrement enrichissant en ce qu'il apporte une définition, une énumération et un cadre strict.

La définition est plurielle et sensiblement différente de celle retenue concernant les marchés privés de travaux : le maître de l'ouvrage public ne reprend pas la définition privatiste de « personne pour le compte de laquelle l'ouvrage est construit » mais introduit la notion de responsabilité de l'ouvrage. La maîtrise d'ouvrage est directement associée aux responsabilités qui en découlent. Plus encore, il s'agit d'une fonction d'intérêt général.

Ils ne peuvent être que les acheteurs publics suivants, limitativement énumérés :

- État ;
- collectivités territoriales, établissements publics, offices publics de l'habitat ;
- les organismes de Sécurité sociale de droit privé exerçant une mission de service public ;
- les sociétés d'HLM.

Le maître de l'ouvrage public exerce donc une fonction d'intérêt général attachée à la réalisation d'équipements publics.

À l'aune de cette définition, la jurisprudence administrative a notamment estimé : « Considérant d'autre part que, dans l'opération ainsi entreprise, la ville de Lille n'assurera pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne jouera ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage ; que par suite l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne présente pas, même si une partie des ouvrages répond aux besoins de la ville de Lille, le caractère d'une opération de travaux publics ; que c'est par suite à tort que le tribunal administratif s'est, pour annuler la délibération autorisant la passation du bail, fondé sur ce que ladite opération constituait en réalité un marché de travaux publics et ne pouvait être réalisée sur le fondement de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 ; »⁽⁹⁾.

(6) Cass. 3^e civ., 17 mars 1999, n° 97-13.173, inédit.

(7) Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée telle que modifiée par l'ordonnance du 17 juin 2004 et la loi ELAN n° 2018-1021 du 23 novembre 2019.

(8) CCP, art. L. 2410-1 à L. 2435-2.

(9) CE sect. 25 février 1994, req. n° 144641 145406, *Rec. CE*.

« Considérant que dans le cadre de baux emphytéotiques passés sous ce régime, la collectivité publique bailleuse n'assume pas la direction technique des travaux auxquels donnent lieu les opérations projetées et ne devient propriétaire des biens qu'au terme du bail ; que dès lors cette collectivité ne joue ni pendant la réalisation des travaux ni avant le terme fixé le rôle de maître d'ouvrage »^[10].

Le Conseil d'État enrichit encore la définition du maître de l'ouvrage, « rôle » qui doit ainsi cumuler les qualités suivantes :

- responsabilité de l'ouvrage,
- direction technique des actions de construction,
- et propriété des ouvrages.

Par exception au principe d'unicité de la maîtrise d'ouvrage ci-dessus évoqué, il existe des situations de co-maîtrise d'ouvrage avec au moins deux personnes ayant une communauté d'intérêts et souhaitant réaliser ensemble un seul ouvrage, ou réaliser en commun plusieurs ouvrages présentant des similarités techniques et géographiques.

Dans cette situation, l'article 2 de la loi MOP énonce que : « II. - Lorsque la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme. »

La convention a dès lors pour vocation de distribuer les qualités des entités, dont une seule peut exercer la maîtrise d'ouvrage et endosser ses responsabilités.

Les enjeux de cette qualification

La qualification de maître de l'ouvrage permet de soumettre son titulaire au cadre général attaché à la maîtrise d'ouvrage, qui n'est pas une simple qualité, mais une réelle fonction, une responsabilité. Là est le véritable enjeu de la qualification du maître de l'ouvrage.

Le maître de l'ouvrage, obligé au paiement du prix convenu pour la réalisation de ses ouvrages, est créancier de ses locataires d'ouvrages et en droit de recevoir un ouvrage exempt de vice et malfaçon, construit dans le respect des dispositions contractuelles et des règles de l'art.

Diverses garanties sont ainsi attribuées à la qualité de maître de l'ouvrage.

En contrepartie, les obligations attachées à la maîtrise d'ouvrage se déclinent bien sûr à l'égard des

intervenants à l'opération constructive (locataires d'ouvrage et sous-traitant), mais également à l'égard de des tiers à l'acte de construire dans la mesure où l'ouvrage qu'il fait réaliser ne doit pas leur causer de trouble : « 14. Considérant qu'une collectivité publique maître d'ouvrage est responsable, même en l'absence de faute, des dommages que les ouvrages publics dont elle a la garde peuvent causer aux tiers tant en raison de leur existence que de leur fonctionnement ; qu'elle est également responsable des dommages accidentels causés aux tiers par l'exécution de travaux publics ; que, dans les deux cas, elle ne peut dégager sa responsabilité à l'égard des victimes que si elle établit que les dommages résultent de la faute de la victime ou d'un cas de force majeure ; »^[11].

La qualification de maître de l'ouvrage est lourde de conséquences, notamment en cas de transfert de propriété puisque le maître de l'ouvrage est alors tenu envers le nouveau propriétaire.

La seule exonération pour le maître de l'ouvrage est alors de déléguer sa qualité. Toutefois, cette qualité ne peut se déléguer que sous certaines conditions rigoureuses.

Le juge administratif opère un contrôle assez strict des conditions de délégations et n'hésite pas à sanctionner les montages contractuels irréguliers : « Considérant que la cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier en estimant que les ouvrages réalisés par la SCI SERART.COM et faisant l'objet de la convention de vente n'étaient que la seconde étape du projet global de la commune portant sur le désenclavement de la zone d'activité concernée et la couverture du ruisseau le Bourdaric, dont la COMMUNE DE LES VANS avait réalisé elle-même une première tranche, et que ces ouvrages étaient destinés dès l'origine à devenir sa propriété et avaient été conçus en fonction de ses besoins propres, de sorte que la commune devait être regardée, pour l'ensemble du projet, comme le maître d'ouvrage ; qu'elle n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que la délibération attaquée, par laquelle la commune décidait de se porter acquéreur des ouvrages réalisés par la SCI SERART.COM, était intervenue en méconnaissance des dispositions précitées de la loi du 12 juillet 1985 dès lors que cette société n'entrait dans aucune des catégories de personnes morales auxquelles peut être confiée par une collectivité publique une mission de maîtrise d'ouvrage déléguée »^[12].

Sous couvert de vérification des conditions de délégation de maîtrise d'ouvrage, le Conseil d'État continue de préciser les conditions de qualification du maître de l'ouvrage en définissant l'ouvrage comme une réponse à un de ses besoins.

[11] CAA Lyon 21 novembre 2013, req. n° 10LY01322, Inédit au Rec. CE.

[12] CE 11 août 2009, req. n° 317516.

[10] CE 16 février 2005, req. n° 211039, Rec. CE tables.

Maîtrise d'ouvrage publique – Maîtrise d'ouvrage privée : des différences importantes qui s'expliquent encore

Malgré la tendance des acheteurs publics à emprunter les règles du Code civil et inversement la tendance des acheteurs privés à recourir à des règles de droit public, il existe des différences non négligeables entre les maîtrises d'ouvrage publique et privée. Voici un panorama de ces différences...

Quand le législateur de 1985 est venu encadrer la maîtrise d'ouvrage publique, il a créé une différence avec la maîtrise d'ouvrage privée qui n'existait pas jusque-là. Il l'a fait pour deux raisons principales : d'une part, il a souhaité, après leur avoir transféré d'importantes compétences, « responsabiliser » les collectivités publiques dans leur nouveau rôle de maître d'ouvrage notamment du point de vue des coûts des ouvrages publics et, d'autre part, il a affiché sa préoccupation de qualité des réalisations publiques.

Ces deux préoccupations ne se sont pas estompées avec le temps, bien au contraire.

À intervalles réguliers, les organes de contrôle de l'action des collectivités publiques insistent sur les « dérives » financières des réalisations publiques, sur les « retards » pris par les chantiers publics... Nous ne comptons plus les rapports sur ces sujets. C'est pourquoi le législateur n'envisage pas – ou plus – de revenir sur la grande distinction qu'il a introduite en 1985.

De façon parallèle et dans les faits complémentaires, les maîtres d'ouvrages publics et privés ont intégré cette différence de régime juridique dans leur pratique. Le caractère exorbitant de la maîtrise d'ouvrage publique par rapport à la maîtrise d'ouvrage privée semble avoir fini par convenir à chacun. La protection des maîtres d'œuvre, en premier lieu des architectes, en dialogue permanent avec les élus locaux, la possibilité de résilier pour un « simple » motif d'intérêt général, le choix très encadré des intervenants à l'acte de construire, de manière générale l'application du Code de la commande publique... sont autant de différences bienvenues dont les autorités affirment ne plus pouvoir se passer.

Néanmoins, il existe de vigoureuses critiques à ce régime exorbitant du droit commun⁽¹⁾ au point que cer-

Auteur

Xavier Matharan
Cabinet Parme Avocats

(1) Pour la plus récente Philippe Terneyre, « La Maîtrise d'ouvrage publique », *RFDA* 2020 p. 943.

Sixième différence : le régime de l'exécution

La dernière différence majeure réside dans le régime de l'exécution des contrats de maîtrise d'ouvrage.

En d'autres termes, le caractère administratif du contrat rappelé à l'article L. 6 du Code de la commande publique⁽⁹⁾ emporte pour le maître d'ouvrage public des prérogatives inconnues du maître d'ouvrage privé.

Trois parmi les plus importantes :

– le pouvoir de modification unilatérale du contrat.

Ce pouvoir est désormais codifié à l'article L. 2194-2 du Code de la commande publique en ces termes : « Lorsque l'acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif soumis au présent livre, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6 ».

Le Conseil d'État en tire la conséquence que les surcoûts engendrés par une modification unilatérale doivent être entièrement compensés par la personne publique⁽¹⁰⁾.

Il n'en reste pas moins que ce pouvoir exorbitant du droit commun existe et qu'il est exercé tandis qu'il est inconnu pour la maîtrise d'ouvrage privée ;

– le pouvoir de résiliation du marché pour un motif d'intérêt général.

Ce pouvoir, exorbitant du droit commun des contrats, existe en dehors de toute disposition contractuelle. La contrepartie de ce droit pour le cocontractant de l'administration est l'entière indemnisation du titulaire.

(9) CCP, art. L. 6 : « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs ».

(10) CE Sect. 27 octobre 1978, Ville de Saint Malo, *Rec. CE* p. 401.

À l'inverse, les titulaires d'un marché privé bénéficient d'une large protection consacrée par le principe de l'exception d'inexécution qui l'autorise à refuser d'exécuter sa prestation tant qu'elle n'a pas reçu la contrepartie promise.

En revanche, et en dernier lieu de cette revue des différences entre maîtrise d'ouvrage publique et privée, pour ce qui concerne la réception des travaux qui marque le dernier acte de la construction, il n'existe pas de différence majeure entre les deux régimes même s'ils ne sont pas strictement transposables.

C'est ainsi que la plupart des définitions et principes de la réception des travaux dans les marchés privés sont applicables au régime juridique de la réception des travaux dans les marchés publics.

En conclusion, le rappel des différences importantes entre la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'ouvrage privée ne sont pas sans rappeler les controverses sur la « Summa divisio » entre droit civil et droit administratif⁽¹¹⁾. La conclusion sur les différences est forcément provisoire, les emprunts réciproques nombreux mais les différences restent sensibles même si le rapprochement est indéniable sous le double effet de l'emprunt par les acheteurs publics des règles du Code civil (application du principe de loyauté, par exemple) et le recours à des règles de droit public par les acheteurs privés (principe de publicité et de mise en concurrence...). Il demeure une différence irréductible : celle de la destination des ouvrages : l'intérêt général dans un cas, l'intérêt privé dans l'autre.

Tant que vivra cette différence, l'assimilation ne sera jamais complète. Et c'est heureux.

(11) C. Jamin et F. Malleray, *Droit civil et droit administratif : Dialogue sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018.

sation des marchés globaux de performance énergétique en tiers financement^[10].

Ainsi l'article L. 2212-1 du Code de la commande publique prévoit que le recours au marché de partenariat est subordonné à ce que « l'acheteur procède à une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet. ».

L'article R. 2211-4 du même code précise que : « Pour démontrer que le bilan mentionné à l'article R. 2211-3 est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageables, l'acheteur procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu notamment :

- 1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché ;
- 2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;
- 3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire ;
- 4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée. ».

La rédaction de cet article exprime explicitement le lien indissociable qui existe entre « l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet » et les « modalités de partage des risques entre l'acheteur et le titulaire ». C'est donc l'analyse des risques ainsi rendue obligatoire par les textes dans le cadre de ces marchés dérogatoires qui permet de déterminer s'il est avantageux ou non pour l'acheteur public de transférer les risques des responsabilités issues de la qualification de maître d'ouvrage au titulaire du marché de partenariat.

L'enjeu du transfert de maîtrise d'ouvrage dans l'analyse de risques

Autrement dit, la question de savoir s'il est opportun pour l'acheteur public de transférer au titulaire du contrat la maîtrise d'ouvrage revient à déterminer, d'une part, le coût de ce transfert de risque puisqu'à l'évidence le titulaire valorisera la prise en charge de la maîtrise d'ouvrage, et d'autre part, le « prix du risque » que devrait supporter l'acheteur public en conservant celle-ci.

Qu'est-ce que ce « prix du risque » et comment le déterminer ? Il s'agit d'une opération que les actuaires des compagnies d'assurances mènent quotidiennement. Elle consiste à déterminer et valoriser les conséquences négatives que serait susceptible de produire un événement donné (le risque). On déterminera la probabilité de réalisation de cet événement (probabilité d'occurrence)

et les conséquences pécuniaires que cette réalisation entraînerait vis-à-vis du maître d'ouvrage (sévérité du risque). En effet, il est possible de chiffrer, c'est-à-dire de valoriser, les conséquences de tout événement négatif dans le déroulement d'un projet. À titre d'exemple, un retard dans l'obtention d'une autorisation de construire ou bien encore dans la réalisation de travaux aura nécessairement une conséquence calculable financièrement.

Ainsi, on identifiera l'ensemble des risques susceptibles d'affecter un projet immobilier depuis sa phase d'études, de réalisation des travaux, de réception et jusqu'à son cycle de vie sur une durée longue, en prenant notamment en considération le coût de sa maintenance et de son gros entretien renouvellement.

On le constate, une telle analyse, si elle était systématiquement menée pour tout projet de taille significative, permettrait à l'évidence aux porteurs de projets publics, non seulement d'analyser à chaque phase du projet les risques susceptibles d'affecter sa bonne réalisation, mais encore et surtout, de déterminer de manière rationnelle les meilleures modalités contractuelles de mise en œuvre dudit projet. Ainsi, sous réserve des conditions légales applicables à chaque modalité contractuelle, il déciderait en toute connaissance de cause s'il doit ou non séparer la conception et la réalisation de l'ouvrage ou au contraire les joindre, s'il doit ensuite faire réaliser les travaux en lots séparés ou par le biais d'une entreprise générale, s'il convient d'envisager une délégation de maîtrise d'ouvrage, ou bien encore s'il serait préférable de recourir à des marchés globaux, avec ou sans transfert de la maîtrise d'ouvrage.

L'assistant à maîtrise d'ouvrage devrait accompagner l'acheteur public dans le cadre de cette analyse préalable afin de le conseiller au mieux sur le processus de réalisation du projet immobilier. Malheureusement, force est de constater que le dimensionnement des assistances à maîtrise d'ouvrage ne permet que rarement de mener une telle analyse de manière approfondie en amont du processus de réalisation. Bien souvent, celle-ci se résume à la rédaction d'un programme technique et à l'accompagnement de la personne publique dans la passation des marchés selon des modalités bien davantage issues des habitudes antérieures que d'une analyse rationnelle.

Marchés globaux de performance énergétique en tiers financement versus marché de partenariat : le prix du risque

La législation récente précitée sur les marchés globaux de performance énergétique en tiers financement nous offre un exemple tout à fait intéressant de distinction entre la possibilité de recourir à ceux-ci dans le cadre d'une opération de rénovation énergétique d'un bâtiment et la possibilité toujours offerte de recourir au marché de partenariat pour la réalisation de cette même opération. La seule différence entre les deux marchés consistant dans le transfert ou non de la maîtrise d'ouvrage au titulaire de celui-ci.

En effet, dans l'un et l'autre des deux marchés, la conception de l'ouvrage, sa construction, sa maintenance et son

[10] Loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique.

financement seront confiés au titulaire du contrat. L'un et l'autre constituent d'ailleurs des marchés dérogoatoires au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel^[11], comme en témoigne l'obligation du recours à l'évaluation pour la passation de l'un et l'autre.

On notera d'ailleurs qu'aucune des décisions du Conseil constitutionnel relatives au contrat de partenariat public-privé n'a considéré parmi les dérogations induites par ce modèle contractuel celle relative au transfert de la maîtrise d'ouvrage. On supposera que cette absence s'explique par l'existence historique en droit français d'un autre contrat de la commande publique qui opère un tel transfert de maîtrise d'ouvrage, à savoir la concession.

Dès lors que la seule distinction entre le marché global de performance énergétique en tiers financement et le marché de partenariat consiste dans le transfert ou non de maîtrise d'ouvrage, alors une comparaison entre les deux contrats, du point de vue de l'analyse des risques, permettrait sans doute de mettre en exergue le « prix exact de la maîtrise d'ouvrage », sans que cette analyse ne soit perturbée par d'autres éléments de comparaison.

S'interroger sur le prix de la maîtrise d'ouvrage conduirait sans doute à analyser le champ exact de l'ensemble des responsabilités qui ont fait l'objet des analyses qui précèdent, d'en déduire le prix de l'ensemble de ces risques et de le comparer au coût d'une maîtrise d'ouvrage assurée par le titulaire du marché. Un tel coût n'est d'ailleurs pas difficile à mesurer puisque c'est celui qui est facturé par le promoteur dans le cadre des contrats de promotion immobilière.

Si la conclusion d'une telle analyse conduisait à considérer le transfert de la maîtrise d'ouvrage comme une opportunité économique, alors il conviendrait de s'interroger sur le rôle, et donc les responsabilités, de l'acheteur public dans cette hypothèse. On passerait ainsi de la maîtrise d'ouvrage à la maîtrise d'usage.

La notion de maîtrise d'usage : le programme fonctionnel des besoins en marché de partenariat et en concession

Qu'est-ce que la « maîtrise d'usage » ? Le terme désigne traditionnellement la prise en considération des besoins, les pratiques de l'utilisateur final dans toute approche de conception d'un ouvrage. Il s'agit donc, dans cette acception, d'une approche participative de la conception, de la réalisation et de la maintenance d'un ouvrage immobilier.

[11] Cons. const. décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Cons. const. décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 et Cons. const. décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008 qui définissent le caractère dérogoatoire des contrats de partenariat et en déduisent la nécessité d'un encadrement supposant notamment la réalisation d'une évaluation préalable.

On peut cependant caractériser la maîtrise d'usage selon une autre acception dans le domaine de la réalisation des ouvrages publics : il s'agirait alors de considérer l'acheteur public, porteur du projet, non plus dans son rôle technique de maître d'ouvrage auquel on assigne les missions et les responsabilités précédemment citées mais comme le garant de la correcte définition des besoins, des fonctionnalités et des usages futurs de l'ouvrage public.

À ce stade de cette définition, il est intéressant de s'interroger sur la comparaison entre le programme défini par le maître d'ouvrage, appelé en pratique « programme technique détaillé » dans le domaine des marchés publics et qui doit comporter l'ensemble des éléments précédemment indiqués, et ce que l'on appelle le « programme fonctionnel des besoins » ou « cahiers des charges » respectivement en marché de partenariat et en concession.

En effet, dans ces deux derniers modes de dévolution, la maîtrise d'ouvrage est confiée au partenaire qui sera désigné titulaire ou concessionnaire attributaire. Dès lors, le programme fonctionnel des besoins ou cahier des charges de concession sera nécessairement moins détaillé et moins précis que la programmation réalisée dans le cadre des marchés publics de droit commun. Ainsi, la responsabilité susceptible d'être engagée par le maître d'œuvre et le constructeur dans le cadre de l'exécution de marchés publics en maîtrise d'ouvrage publique est considérablement plus étendue que celle susceptible d'être recherchée par le partenaire privé ou le concessionnaire dans le cadre de l'exécution d'un marché de partenariat ou d'une concession. Pour autant, il conviendra de rester attentif à ce que même en concession, le besoin de la personne publique, autorité concédante, soit correctement défini dans le cadre de la mise en concurrence^[12].

Mais au-delà de la question juridique et opérationnelle des responsabilités encourues par l'acheteur public en sa qualité de maître d'ouvrage ainsi qu'elle a été déclinée dans la première partie, il s'agirait surtout de s'interroger sur la pertinence pour le porteur de projet public d'endosser cette qualification de maître d'ouvrage, en fonction naturellement de l'ampleur, de la typologie, de la complexité et des considérations de durabilité attachées à la réalisation de l'ouvrage en cause. Si la maîtrise d'ouvrage publique peut être considérée comme une réelle opportunité dans un certain nombre de cas, voire comme une nécessité, il est probable que dans un certain nombre d'autres cas, il serait bien préférable de substituer à cette notion de maîtrise d'ouvrage celle de maîtrise d'usage, laissant à l'acheteur public le soin de définir les besoins, les performances, les usages, les fonctionnalités attachées au futur ouvrage et de transférer à un tiers spécialisé la maîtrise d'ouvrage et l'ensemble des responsabilités qui sont attachées.

[12] CE 15 novembre 2017, Caucrauville, req. n° 412644.

La méthode S-P-P-C

Dès la phase antérieure à la passation d'un marché public, l'acheteur est amené à prendre un certain nombre de décisions qui vont impacter toute la suite de la procédure. Afin de réussir son projet, le maître d'ouvrage doit opter pour un bon cadrage de la Structuration, du Processus, de la Procédure et du Contrat (S-P-P-C). En quoi consiste plus précisément cette méthode ?

« Une petite impatience ruine un grand projet »⁽¹⁾. Envisager une opération de construction, qu'elle soit de petite ou grande envergure, n'est jamais un long fleuve tranquille. Pressés par le temps et désireux de voir leur projet fleurir, les maîtres d'ouvrage négligent très (trop) souvent l'étape primordiale de ce que nous appellerons la « détermination du processus ».

Pourtant, c'est à un stade très embryonnaire que s'enchaînent en cascade des prises de décision cruciales. À cette date déjà les sempiternelles questions « pour quand ? » et « pour combien ? » lui seront posées.

Pris entre plusieurs feux, les maîtres d'ouvrage pourront avoir la tentation de confondre vitesse et précipitation. Alors comment engager l'opération du bon pied ? Comment « faire » sans être obligé de « défaire » ?

La réponse pourrait tenir dans l'acronyme S-P-P-C pour « Structuration – Processus – Procédure – Contrat ».

Nous le savons la vie d'une opération est un marathon semé d'embûches : aléas, évolutions du besoin, mauvaise appréciation d'une contrainte technique ou d'un risque, changement de réglementation, ou même pandémie mondiale... autant de sources extérieures au maître d'ouvrage qu'il ne peut maîtriser. Il lui est toutefois possible de maîtriser dès l'apparition du besoin, la « détermination du processus » de son opération, réflexion à fiabiliser au plus tôt et avant même l'engagement de la première procédure de consultation (programmiste, AMO⁽²⁾, ATMO⁽³⁾...).

Première pierre posée pour envisager le triptyque « Qualité-Coût-Délai », la réussite d'un projet pourrait en partie reposer sur le bon cadrage de la Structuration, du Processus, de la (ou des) Procédure(s) et du (ou des) Contrat(s).

Auteurs

Cédric Garot

Directeur du Patrimoine, des Achats et de la Logistique au CHU Reims

Laurie Grenier

Associée au Cabinet Clément & Associés

(1) Confucius

(2) Assistant à Maîtrise d'Ouvrage.

(3) Assistant Technique à Maîtrise d'Ouvrage.

La « Structuration »

Ce premier axe, renvoyant à « l'organisation », peut toucher à plusieurs aspects liés directement ou indirectement au maître d'ouvrage.

La qualification et la compétence du maître d'ouvrage sur son opération

D'un point de vue institutionnel déjà, le porteur du projet doit s'obliger à se qualifier au regard de celui-ci : est-ce qu'il cumule les fonctions d'acheteurs et de maître d'ouvrage ? ou, au contraire comme c'est aujourd'hui le cas pour un hôpital membre d'un Groupement Hospitalier de Territoire (GHT), ces fonctions sont-elles portées par des entités distinctes ?

La question pourra également se poser dans le cas d'une direction commune ou lorsque les fonctions de propriétaire, financeur et utilisateur sont distinctes.

En tout état de cause, cette question de la structuration « organique » doit permettre au porteur du projet de fiabiliser sa compétence dans les actes qu'il entend passer.

Les partenaires et leur degré d'implication

De manière plus large, la question de la structuration pourra également se poser **sur un plan « partenarial »**. En plus de la question de la compétence celle de la réponse au besoin se pose. À quels besoins le projet répond-il ? Le porteur du projet est-il le seul concerné ? *A contrario*, les utilisateurs finaux de l'ouvrage sont-ils multiples et relèvent-ils d'entités juridiques distinctes ?

Si les « coopérations » entre acteurs de la sphère publique comme privée sont de plus en plus encouragées, le Code de la commande publique est quant à lui peu prolixe pour envisager ces cas d'espèce et répondre à leurs enjeux.

Nous pouvons bien sûr citer le groupement de commandes, celui-ci est toutefois reconnu comme peu adapté aux achats de travaux par les praticiens ou encore la contribution de la feu « Loi MOP » aujourd'hui codifiée au Livre IV avec la « co-maîtrise d'ouvrage » ou plutôt le « transfert » selon les termes consacrés^[4].

Si une « coopération » dépassant le simple projet de construction existe, d'autres hypothèses plus « partenariales » peuvent également être envisagées. Il s'agira alors de la création d'un véhicule juridique commun. Sont souvent cités le groupement d'intérêt public (GIP), le groupement d'intérêt économique (GIE) ou encore dans le domaine de la santé, les groupements de coopération sanitaire (GCS) et les groupements de coopération sociale ou médico-sociale (GCSMS).

Cependant si ces outils ne sont pas adaptés car complexes ou si le maître d'ouvrage et ses partenaires peinent à trouver un terrain d'entente, la construction en

commun pourra parfois s'envisager sur le volet du « foncier » par la conclusion notamment de baux.

En tout état de cause si le porteur du projet n'est pas le seul « maître » de l'opération, la question de la structuration et de l'organisation qui en découle va revêtir un caractère capital. Le degré d'implication et de participation aux décisions (ainsi qu'au financement) est à sacraliser au plus tôt.

L'organisation interne et la chefferie de projet

Plus modeste peut-être mais non moins décisive dans la conduite de l'opération, la **structuration de la maîtrise d'ouvrage « en son sein »** est également à envisager à ce stade. Le porteur qui cumule les compétences de maître d'ouvrage, d'acheteur ainsi que de propriétaire ou maître du foncier devra également se poser la question de sa propre organisation. La réussite d'un projet dépend aussi d'une cellule de maîtrise d'ouvrage forte. Le portage de la chefferie de projet, les niveaux de décisions, les instances propices aux arbitrages sont autant d'axes à fiabiliser avant d'engager l'opération.

S'il n'est pas nécessaire pour le propos de revenir sur la notion de pouvoir adjudicateur, la qualification de maître d'ouvrage est une question fondamentale au cœur du questionnement ayant trait à la compétence d'une part et au champ d'application des règles d'autre part.

La chefferie de projet devra intégrer une double compétence l'amenant à, d'une part, piloter le processus de son opération et, d'autre part, à s'assurer d'une définition des besoins conforme et optimisée par rapport à l'usage. Ce sont ici deux compétences totalement différentes dans l'approche et non liées, que l'équipe projet et notamment son leader devra maîtriser pour conduire le projet vers la réussite.

C'est en ce sens qu'il faut que porteur de projet sache s'entourer de compétences internes ou externes pour assurer un pilotage à hauteur des enjeux de l'opération dans une optique de maîtrise des risques (juridiques, techniques, fonciers...) et une définition des besoins dans une logique de maîtrise d'usage (fonctionnel, organisationnel...).

La Structuration et notamment la qualification, ou non, de maître d'ouvrage au sens du « Livre IV » du Code de la commande publique dans lequel la « loi MOP » a été codifiée est un prérequis indispensable au porteur du projet pour envisager la question du processus et en suivant celle de la procédure et du contrat.

Le « Processus »

Il n'est pas encore question à ce stade de s'interroger sur le choix de la procédure de passation à retenir et sur ses modalités d'organisation. La confusion entre le « processus » et la « procédure » est très fréquente. De façon plus macroscopique lorsque nous abordons le processus, c'est le montage qu'il faut questionner. Déterminant, car une fois retenu le retour en arrière sera lourd de conséquences. En effet plus qu'un « montage »,

[4] CCP, art. L. 2422-12.

le choix du processus va permettre au maître d'ouvrage d'établir une véritable feuille de route de l'opération, une identification précise des acteurs à mettre en place et du calendrier associé.

Au regard de la réglementation en vigueur le choix est fait de distinguer les processus en fonction du positionnement de la maîtrise d'ouvrage : externalisée ou internalisée.

Le processus avec « maîtrise d'ouvrage externalisée »

Ce processus se caractérise par le fait que la maîtrise d'ouvrage est contractuellement confiée à un tiers. Il convient de ne pas faire d'amalgame avec le cas du mandat de maîtrise d'ouvrage décrit aux articles L. 2422-5 et suivants du Code de la commande publique. En effet dans le cadre d'un marché de mandat, le maître d'ouvrage, donneur d'ordre initial, conserve un certain nombre de prérogatives et fait porter à un tiers, en son nom et pour son compte, tout ou partie des attributions visées à l'article L. 2422-6 du Code de la commande publique.

Dans le processus avec « maîtrise d'ouvrage externalisée » c'est toute la maîtrise d'ouvrage y compris les risques afférant à cette fonction ainsi que le portage du financement qui est confiée à un cocontractant.

Sans qu'il soit nécessaire de détailler de manière exhaustive ces montages, nous pouvons citer au titre de ce processus, le contrat de concession, le marché de partenariat et d'autres montages que nous pourrions qualifier de « privés ».

Le contrat de concession est un contrat de la commande publique soumis au code qui se distingue des marchés publics par le transfert du risque « commercial » associé à la contrepartie du droit d'exploiter.

Grand héritier des « partenariats public privés », le marché de partenariat est quant à lui un montage à paiement différé permettant de transférer la maîtrise d'ouvrage du projet au Titulaire du contrat. Le périmètre des missions pouvant être confié au titulaire est plus ou moins étendu⁽⁵⁾.

Pourraient enfin être cités au titre de ce processus les montages type « privés » et parmi eux les baux (emphytéotique, à construction, ...), la vente ou le bail en l'état futur d'achèvement (VEFA / BEFA). La prudence et le bon sens nous amènent toutefois à croire que ces montages, mis en œuvre dans un format « aller-retour » et utilisés à des fins non pas de valoriser le patrimoine immobilier public mais de construire en réponse à un besoin un ouvrage, doivent être purement et simplement évités. La loi Sapin II en 2016 a clairement interdit ce mécanisme et le risque de requalification (en marchés publics) en jurisprudence est aujourd'hui très élevé.

(5) CCP, art. L. 1112-1.

Le processus avec « maîtrise d'ouvrage internalisée »

Nettement plus classiques peut-être mais bien plus fournis que nous l'imaginons parfois, les montages du processus avec « maîtrise d'ouvrage internalisée » se divisent en deux catégories : le montage « séquentiel » et le montage « global ».

Par séquentiel nous entendons ce que d'autres pourraient qualifier de « montage MOP ». Cette terminologie mériterait de disparaître puisque la « loi MOP » est aujourd'hui abrogée et ses dispositions intégrées au sein du Livre IV du Titre II du Code de la commande publique.⁽⁶⁾

Un tel montage peut être mis en œuvre par tout acheteur soumis au code qu'il soit soumis ou non audit Livre IV. Cette particularité reste à expliciter.

Hissé par le Conseil constitutionnel au rang de règle du droit commun de la commande publique, le montage séquentiel se caractérise par le principe de séparation des fonctions de concepteur et de constructeur⁽⁷⁾.

En ce sens, il s'organise par la mise en place successive d'acteurs : le maître d'œuvre d'abord (sans compter les acteurs que le maître d'ouvrage aura pu mettre en place avant lui : programmiste, AMO...) et les entreprises de travaux ensuite.

Ce montage est parfois critiqué par les praticiens en raison des dérives calendaires et financières intrinsèquement liées à la dissolution des responsabilités et également à l'impossibilité ou en tout cas la faible place laissée à la négociation dans les consultations successives tant pour la maîtrise d'œuvre que pour les travaux.

Cependant ce montage continue d'être la norme pour le maître d'ouvrage public car il présente des avantages. Les courants doctrinaux actuels laissent à penser que le processus séquentiel n'est pas définitivement enterré par le développement des marchés globaux.

D'ailleurs nous pensons que la vieille « fée » qu'est « la MOP » pourrait continuer à progresser. Le concours par exemple, mis en œuvre de façon mécanique, les habitudes ayant la vie dure, pourrait être optimisé au service du projet : l'allègement des programmes pour laisser plus de place à l'innovation et à la créativité ou encore l'introduction du dialogue malgré l'anonymat sont autant de pistes qui peuvent être travaillées. Du côté des marchés de travaux d'autres axes pourraient être explorés et notamment celui de la négociation qu'une jurisprudence récente semble ouvrir⁽⁸⁾. ...

Souvent mis en opposition, le montage global n'est à certains égards pas si éloigné du montage « séquentiel ». Il n'est pas en rupture totale avec les règles propres aux

(6) CCP, art. R. 2412-1 à R. 2432-7 « Livre IV dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre ».

(7) Cons. const. déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

(8) CAA Lyon 24 novembre 2022, req. n° 20LY01552.