



HAL
open science

Maîtrise d'ouvrage publique et commande publique

Jean-Victor Maublanc

► **To cite this version:**

Jean-Victor Maublanc. Maîtrise d'ouvrage publique et commande publique. Contrats et marchés publics , 2020, 5. halshs-03137332

HAL Id: halshs-03137332

<https://shs.hal.science/halshs-03137332>

Submitted on 10 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Maîtrise d'ouvrage publique et commande publique

Jean-Victor Maublanc, Maître de conférences à l'Université de Poitiers

Si la journée d'étude consacrée à la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) a permis de replacer cette notion au cœur des préoccupations doctrinales, l'actualité facilite grandement la tâche s'agissant de ses liens avec la commande publique.

En effet, depuis l'entrée en vigueur du code de la commande publique (CCP)¹, les deux expressions sont associées. À l'exception du dernier alinéa de son article premier, la loi dite *MOP* de 1985² figure désormais au Livre IV de la deuxième partie du CCP, relative aux marchés publics. Prévisible³, cette codification a été diversement appréciée par la doctrine qui oscille entre consécration et, surtout, déclin de la MOP⁴.

Plus qu'à une association, c'est à une assimilation des règles de la MOP au droit de la commande publique que le législateur a procédé. Sur le fond, les règles de la MOP restent quasiment inchangées, à l'exception de la consécration de la notion d'assistance à maîtrise d'ouvrage⁵, absente de la loi *MOP*. Pour autant, la formulation de ces règles a évolué pour adopter le vocabulaire de la commande publique⁶. Le maître de l'ouvrage de 1985 devient le maître d'ouvrage et se voit qualifié d'acheteur⁷. Dans le même objectif, le terme d'opérateur économique⁸ fait son apparition.

En définitive, la MOP *est* de la commande publique, si bien que le « et » de l'intitulé paraît presque tautologique.

Pourtant, une analyse plus approfondie des deux notions révèle la distance qui les sépare.

D'inspirations radicalement différentes, la MOP et la commande publique se sont construites en décalage l'une par rapport à l'autre.

Institution du droit interne⁹, la MOP a répondu à des préoccupations concrètes des années

¹Le 1er avril 2019. V. les art. 20 de l'ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 et du décret n° 2018-1075 du 3 déc. 2018 portant respectivement partie législative et partie réglementaire du CCP.

²Loi n° 85-704 du 12 juil. 1985 rel. à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée. Sur la codification de la loi *MOP* et de ses décrets d'application, v. A. MÉNÉMÉNIS, « Le code de la commande publique existe-t-il ? », RFDA 2019 p. 202.

³F. BRENET, « La codification des textes « épars » du droit de la commande publique », AJDA 2019 p. 389.

⁴V. M. UBAUD-BERGERON, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », RFDA 2019 p. 2019. La portée de cette codification doit être relativisée, la MOP n'appartenant plus depuis plusieurs années aux notions structurantes du droit de la commande publique, cf. F. LLORENS, « Maîtrise d'ouvrage et contrats publics », in G. CLAMOUR (dir.), *Contrats et propriétés publics*, LexisNexis 2011, p. 195.

⁵Art. L. 2422-2 du CCP.

⁶Sur la « coloration « commande publique » des dispositions de la loi », v. P. DEVILLERS, « La loi MOP rejoint la commande publique », *Contrats Marchés publ.* n° 1, janv. 2019, dossier 10.

⁷V. not. les art. L. 2410-1 et L. 2411-1 du CCP.

⁸Art. L. 2430-1 du CCP.

⁹Outre la loi *MOP*, deux textes méritent plus spécialement d'être mentionnés : le décret n° 73-207 du 28 févr. 1973 rel. aux conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités

soixante-dix et quatre-vingts en France en matière de construction publique : encadrer la rémunération des maîtres d'oeuvre, améliorer la qualité de ces constructions et, avec la loi *MOP*, empêcher les collectivités territoriales de se décharger sur l'État de leurs responsabilités en matière de construction après que celui-ci leur eut confié de nouvelles compétences en la matière avec les lois de décentralisation. Le recours à la délégation de maîtrise d'ouvrage était alors généralisé¹⁰.

La commande publique s'inscrit dans une autre logique. Consacrée pour la première fois en France à l'article premier du code des marchés publics de 2001, la notion transpose les exigences posées par le droit européen en matière de contrats publics¹¹. Lorsqu'ils ont pour objet de répondre à un besoin exprimé par un acheteur public en matière de travaux, de fournitures ou de services – c'est là le critère –, les contrats qu'il conclut avec les opérateurs économiques doivent respecter des principes fondamentaux. S'appliquant aux marchés publics et aux concessions, ils se traduisent en particulier par la mise en œuvre de procédures de publicité et de mise en concurrence préalables à leur conclusion.

Plus fondamentalement, la notion de commande publique n'apparaît pas la plus pertinente pour apprécier la MOP. Le prisme semble tout à la fois trop étroit et trop large.

Il est d'abord trop étroit pour appréhender précisément les évolutions qui affectent aujourd'hui la MOP. L'essor du financement privé des ouvrages publics, la multiplication des contrats globaux, la difficulté à délimiter les besoins des acheteurs publics en matière de travaux obligent à dépasser le clivage actuel entre les contrats de la commande publique et les « autres » contrats. « Maîtrise d'ouvrage publique et contrats publics »¹² ou « Maîtrise d'ouvrage publique et contrats permettant le financement d'équipements immobiliers publics » constituent des formulations mieux à même de mesurer la place respective de la MOP et de la maîtrise d'ouvrage privée en matière de construction publique.

Trop étroit, le prisme s'avère en même temps trop large puisque tous les contrats de la commande publique ne sont pas concernés. Au risque d'énoncer une évidence, seuls les contrats ayant au moins pour objet la réalisation de travaux débouchent sur la construction d'un bâtiment ou d'une infrastructure, entrant ou non dans le champ d'application de la MOP. Historiquement, le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux (CCAG Travaux) de 1976¹³, qui définissait la MOP¹⁴, ne portait que sur certains marchés publics de travaux. Cependant,

publiques par des prestataires de droit privé et le décret n° 76-87 du 21 janv. 1976 approuvant le premier CCAG Travaux.

¹⁰Cf. not. J.-P. JOUGUELET et A. GALLAND, *Maîtrise d'ouvrage publique : missions du maître d'ouvrage public*, Dalloz Droit de la construction dossier 382, n° 382.11.

¹¹M. AMILHAT, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique », AJDA 2019 p. 793.

¹²V. F. LLORENS, « Maîtrise d'ouvrage et contrats publics », art. préc.

¹³Résultant du décret n° 76-87 du 21 janv. 1976 précité.

¹⁴Art. 2.1 du texte.

la MOP n'intéresse pas seulement les contrats de travaux. Si ces contrats délimitent le champ d'application de ces règles, d'autres contrats de la commande publique occupent une place déterminante dans leur mise en œuvre. Il en va tout spécialement ainsi pour un marché public de services particulier : le contrat de maîtrise d'œuvre conclu entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre, l'architecte ou le géomètre par exemple. Les conditions de rémunération du maître d'œuvre furent à l'origine de l'adoption du décret du 28 février 1973 définissant pour la première fois la MOP, en matière de marchés publics d'ingénierie et d'architecture¹⁵. La dissociation des fonctions du maître d'ouvrage public de celles du maître d'œuvre privé fut ensuite le fondement de l'adoption de la loi *MOP*¹⁶.

En définitive, les rapports entre la MOP et la commande publique sont de deux ordres. Ils portent d'abord, classiquement, sur les champs d'application respectifs des deux notions. Celui de la MOP ne représente qu'une modeste fraction de celui de la commande publique. Pour autant, lorsqu'on se situe à l'intérieur de cette fraction, la commande publique se déploie dans toute sa puissance.

§ I. La commande publique, champ d'application de la maîtrise d'ouvrage publique

Deux propositions permettent de circonscrire le champ d'application de la MOP. Il est intégralement inclus dans celui de la commande publique ; il n'en représente toutefois qu'une part toujours plus réduite.

A) L'inclusion du champ d'application de la maîtrise d'ouvrage publique dans celui de la commande publique

La superposition des champs d'application de la MOP et de la commande publique résulte de l'existence d'un critère matériel commun aux deux notions : la réponse à un besoin défini par l'acheteur public ou, pour employer la nouvelle terminologie des directives européennes¹⁷, la réponse aux exigences fixées par l'acheteur public. L'expression d'« acheteur public » peut d'ailleurs sans hésitation être appliquée au maître d'ouvrage public car, s'agissant du critère organique, les personnes publiques et privées maîtres d'ouvrage publics sont également acheteurs publics au sens du CCP¹⁸. C'est notamment le cas des organismes privés de sécurité sociale et d'habitat à loyer modéré (HLM)

¹⁵Décret n° 73-207 précité.

¹⁶N. SITRUK et C. ROMON, *Décrypter les règles du Code de la commande publique issues de la loi MOP*, Le Moniteur, Paris 2019, sp. p. 22.

¹⁷§ 6 de l'art. 2 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics classiques et § 2 de la directive 2014/25/UE sur la passation des marchés publics dans le secteur des réseaux.

¹⁸Les personnes énumérées à l'art. L. 2411-1 du CCP étant aussi visées à l'art. L. 1211-1 du code.

pour les opérations de construction et de réhabilitation de logements à usage locatif aidés par l'État et qu'ils réalisent¹⁹.

La réponse aux besoins constitue un élément de la définition du maître d'ouvrage public.

Au sens de la loi *MOP*²⁰, du CCAG Travaux²¹ comme de l'arrêté du 29 juin 1973 précisant le décret du 28 février 1973²², il s'agit de la personne morale pour laquelle l'ouvrage est réalisé ou pour le compte de laquelle les travaux sont exécutés en réponse à ses besoins.

Il est vrai qu'une lecture littérale de ces textes invite à la mesure, l'expression « pour le compte de » ne pouvant être regardée comme visant l'expression d'un besoin, et la mention expresse des « besoins » n'apparaissant pas d'emblée dans la loi *MOP*, *a fortiori* dans la présentation retenue par le CCP.

Pour autant, cette référence aux besoins ne fait guère de doute.

D'une part, elle s'impose à la lecture combinée des dispositions du CCP relatives aux attributions du maître d'ouvrage et de celles relatives aux marchés publics et concessions. Le maître d'ouvrage doit préciser le contenu minimum du programme, notamment les « *besoins que l'opération doit satisfaire* »²³ et ce « *avant tout commencement des études d'avant-projet par le maître d'oeuvre* »²⁴. L'obligation de déterminer préalablement les besoins rejoint celle qu'impose de façon générale le CCP en cette matière, s'agissant tant des marchés publics²⁵ que des concessions²⁶.

D'autre part, la consécration du critère de la commande publique en matière de MOP résulte de l'avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995²⁷ ainsi que de la jurisprudence de sa Section du Contentieux²⁸. L'une des conditions permettant la qualification de maître d'ouvrage public d'une personne publique procède de ce que « *l'ouvrage [a] été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique responsable de l'opération* ».

Par conséquent, les opérations permettant la réalisation d'un ouvrage ne répondant pas à un besoin – ou à une exigence – de l'acheteur public sont tout à la fois exclues du champ d'application de la MOP et de celui de la commande publique. En matière d'autorisations d'occupation temporaire

¹⁹Les 3° et 4° de l'art. L. 2411-1 du CCP réitèrent les dispositions de l'art. 1er de la loi *MOP*.

²⁰§ I. de l'art. 2 de la loi *MOP*.

²¹Art. 2-1 du CCAG Travaux de 1976. V. désormais l'art. 2 du CCAG Travaux de 2009.

²²Art. 1er de l'arrêté du 29 juin 1973 définissant les modalités d'application, aux opérations d'investissement, du décret n° 73-207.

²³2° de l'art. L. 2421-2 du CCP.

²⁴Art. L. 2421-3 du CCP.

²⁵Art. L. 2111-1 du CCP.

²⁶Art. L. 3111-1 du CCP.

²⁷CE, avis n° 356960 ; EDCE 1995, n° 47, p. 457 ; AJDA 1997 p. 126 note E. Fâtome et Ph. Terneyre ; Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz 2002, n° 33.

²⁸CE, 8 févr. 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Synd. de l'architecture de la Haute-Garonne*, Lebon p. 41 ; RFDA 1992 p. 48 concl. M. Pochard. V. plus récemment CE, 14 mai 2008, *Cté cnes Millau-Grands Causses*, Lebon T. ; AJDA 2008 p. 966 ; Contrats Marchés publ. 2008 p. 182, note G. Eckert et CE, 11 août 2009, *Cne Les Vans c/ Sté Ets Pierre Fabre* ; Contrats Marchés publ. 2009 comm. n° 304, note G. Eckert.

du domaine public²⁹, de baux emphytéotiques administratifs (BEA)³⁰, de baux à construction³¹ ou de ventes en l'état futur d'achèvement (VEFA)³², la mission de maître d'ouvrage incombe au cocontractant, à l'opérateur économique. Il n'y a ni acheteur public, ni maître d'ouvrage public.

Il n'en demeure pas moins que, lorsque ces contrats permettent le financement privé d'ouvrages publics, le critère du besoin en matière de travaux peut être rempli s'il n'est pas entendu de manière suffisamment stricte.

Tout l'enjeu est de mesurer l'influence qu'a exercée la personne publique sur la nature et la conception de l'ouvrage. Lorsque cette influence se révèle déterminante, la condition relative à la réponse à un besoin est regardée comme remplie. C'est l'interprétation du droit de l'Union européenne retenue par la Cour de justice de l'Union européenne³³.

La question se pose tout spécialement en matière de VEFA, contrat ayant un objet mixte, à la fois réalisation d'un ouvrage et transfert d'un droit immobilier à la personne publique au fur et à mesure de la construction³⁴. Lorsque l'opération vise essentiellement, pour la personne publique, à acquérir un ouvrage sur le marché plutôt que de le faire construire conformément aux attentes qu'elle a exprimées – à ses exigences –, elle ne peut être regardée comme une commande publique.

La nécessité d'affiner le critère de la réponse à un besoin masque en réalité une problématique plus fondamentale. Bien que reconnu en matière de MOP, le critère de la commande publique n'est assurément pas suffisant.

B) L'étroitesse du champ d'application de la maîtrise d'ouvrage publique au regard de celui de la commande publique

Le champ d'application de la MOP ne représente qu'une part résiduelle de celui de la

²⁹J.-D. DREYFUS, « Maîtrise d'ouvrage, contrats de travaux, contrats immobiliers, quelle relation ? », *Contrats publ.* n° 87, avr. 2009, p. 47.

³⁰*Ibid.*

³¹Y. LAIDIE, « Bail à construction et collectivités publiques : quelques précisions », *Contrats-Marchés publics* nov. 2008, étude 10 ; cité par F. LLORENS, art. préc.

³²Al. 2 de l'art. 1601-3 du code civil. Cf. Ph. TERNEYRE, « Dans quelles conditions une personne publique peut-elle avoir recours à la technique de la vente en l'état futur d'achèvement ? », D. 1991 p. 373 et « Les montages contractuels complexes », *AJDA* 1994 p. 43. V. également Ph. TERNEYRE et E. FÂTOME, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », *AJDA* 2009 p. 1868.

³³V. CJUE, 10 juil. 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA c/ Comune di Bari*, aff. C-213/13 ; RTD eur. 2015 p. 400 obs. A. Lawrence Durviaux ; *Rev. UE* 2015 p. 590 étude C. Bernard-Glanz, L. Lévi et S. Rodrigues ; *BJCP* 2015/98, p. 28 concl. N. Wahl ; *Contrats Marchés publ.* 2014 comm. 255 note W. Zimmer et CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, C-451/08, *AJDA* 2010 p. 937 chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *ibid.* 2012 p. 682 étude E. Fatôme et L. Richer ; *RDI* 2010 p. 383 obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011 p. 377, chron. L. Clément Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *RTD eur.* 2011 p. 433 obs. A. Lawrence Durviaux.

³⁴Sur cette question, cf. not. E. FÂTOME et L. RICHER, « Vefa et marché public de travaux : le nouvel état du droit », *Contrats Marchés publ.* 2016, étude 6.

commande publique, sans qu'il soit toutefois possible d'en déterminer précisément la limite.

Sur le premier point, le décalage originel n'a cessé de s'accroître avec le temps.

Dès la loi *MOP*, le champ d'application prévu par ses dispositions ne coïncidait que partiellement avec celui de la commande publique. Le constat vaut aussi bien pour le critère organique³⁵ que matériel³⁶. Pour s'en tenir à une illustration, les opérations d'entretien, de réparation et de restauration d'immeubles classés monuments historiques relevaient – et relèvent – de la commande publique mais non de la *MOP*³⁷.

Avec le temps, ce décalage s'est accentué sous l'effet de trois influences combinées.

Le premier responsable, tout au moins d'un point de vue historique, est sans nul doute le Conseil d'État. Les critères de la *MOP* qu'il a dégagés s'avèrent très stricts, si bien que de nombreux contrats de la commande publique, qui répondent par hypothèse à un besoin, relèvent de la maîtrise d'ouvrage privée. À côté de la direction technique des opérations de construction³⁸, le « *critère déterminant* »³⁹ de la *MOP* est la propriété entière et immédiate de l'ouvrage, remis dès l'achèvement à son commanditaire⁴⁰. Or, en matière de concessions, cette condition n'est jamais remplie puisque l'ouvrage n'est remis qu'à l'expiration du contrat⁴¹. Le champ d'application de la *MOP* au regard de celui de la commande publique est donc mécaniquement amputé de moitié. C'est d'ailleurs pour le même motif, et non sur le fondement du besoin qu'il prend à vrai dire rarement la peine de citer, que le Conseil d'État exclut la *MOP* en matière de BEA⁴² ou de VEFA⁴³. Les critères de la direction technique et de la propriété/remise jouant alternativement⁴⁴, il peut être tentant de rattacher malgré tout les critères de la *MOP* au critère de la commande publique en interprétant la direction technique des opérations comme une manifestation du besoin exprimé par l'acheteur. La direction technique des

³⁵Cinq premiers al. de l'art. 1er de la loi *MOP*. V. désormais l'art. L. 2411-1 du CCP.

³⁶Al. 1er et six à dix de l'art. 1er de la loi *MOP*. V. désormais les art. L. 2412-1 et L. 2412-2 du CCP.

³⁷5° de l'art. L. 2412-2 du CCP.

³⁸Sur l'influence prépondérante de ce critère, v. P. DELVOLVÉ, « La détermination des responsables dans le contentieux de la construction entre le maître de l'ouvrage, personne publique, et les constructeurs », *Droit et Ville* 1977 p. 123 ; E. FÂTOME, « Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître d'ouvrage », *CJEG* 1990 p. 119 et plus récemment C. GRANGE, *La loi MOP*, 3ème éd., Le Moniteur, sp. p. 44.

³⁹N. BOULOUIS, Concl. sous **CE, 17 juin 2009, Société anonyme d'économie mixte nationale [SAEMN] Bibracte ; BJCP 2009 p. 379.**

⁴⁰**CE, 12 juil. 1989, Cne Chaumont c/ Sté centrale immobilière de construction de l'Est**, Lebon T. p. 787 ; D. 1990 somm. 243 obs. Ph. Terneyre.

⁴¹**CE, 17 juin 2009, SAEMN Bibracte**, Lebon T. p. 667 ; **AJDA 2009 p. 1226 ; Contrats Marchés publ. 2009, n° 8, comm. 284, note G. Eckert.**

⁴²**CE, Sect., 25 févr. 1994, Sofap Marignan Immobilier**, Lebon p. 94 ; *RFDA* 1994 p. 510 concl. J. Arrighi de Casanova.

⁴³**CE, Sect., 8 févr. 1991, Région Midi-Pyrénées c/ Synd. de l'Architecture de la Haute-Garonne**, Lebon p. 41. V. Ph. TERNEYRE, « Dans quelles conditions une personne publique peut-elle avoir recours à la technique de la vente en l'état futur d'achèvement ? », *D.* 1991 p. 373 ; M. UBAUD-BERGERON, « Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'État », *AJDA* 2003 p. 1361 et S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, 5ème éd., Le Moniteur, Paris 2017, p. 205.

⁴⁴V. not. E. FÂTOME et Ph. TERNEYRE, Note sur **CE, avis n° 356960 ; AJDA 1997 p. 126.**

opérations peut en effet être plus ou moins rattachée au pouvoir de contrôle de l'acheteur⁴⁵, que l'article L6 du CCP intègre parmi les principes généraux applicables aux contrats administratifs de la commande publique. Ce serait pourtant commettre une erreur. La direction technique des opérations implique l'exécution d'un pouvoir de décision qui dépasse ce pouvoir de contrôle⁴⁶.

Le deuxième responsable du repli du champ d'application de la MOP est le législateur, dans le but – lui aussi ? – de faciliter le financement privé des équipements publics. À mesure que de nouvelles sous-catégories de contrats de la commande publique étaient instituées, la maîtrise d'ouvrage privée a été privilégiée. Il en a tout spécialement été ainsi des marchés de partenariat⁴⁷. En outre, même pour les constructions en principe soumises à la MOP, les textes ont multiplié les dérogations. La récente loi *ELAN*⁴⁸ en offre une énième illustration, en matière notamment de marchés publics conclus par les offices publics de l'habitat⁴⁹.

Le troisième responsable de ce repli de la MOP est le droit européen, qui a fini par avoir raison de la définition française du marché public de travaux. Traditionnellement, la MOP figurait parmi les critères de définition du marché public de travaux en France⁵⁰, alors que cette notion était inconnue du droit européen⁵¹. Avec la réforme du droit de la commande publique de 2015/2016, la référence à la MOP a été supprimée⁵². Mécaniquement, des contrats qui, faute de MOP, ne pouvaient pas être regardés comme des marchés publics de travaux rejoignent la commande publique lorsque l'ouvrage a été conçu en fonction des besoins propres exprimés par l'acheteur public. Certains BEA et VEFA publiques sont ainsi susceptibles d'être requalifiés en marchés publics de travaux.

S'il ne fait aucun doute que le décalage s'accroît, la délimitation de la « frontière intérieure » de la MOP reste un exercice délicat pour trois raisons.

⁴⁵J.-M. PEYRICAL, « À la recherche de la maîtrise d'ouvrage publique », in *Mélanges A.-S. Mescheriakoff*, Bruylant, p. 232.

⁴⁶C. GRANGE, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁷Al. 1er de l'art. L. 1112-1 du CCP. V., avant son abrogation par l'ord. n° 2015-899 du 23 juil. 2015 rel. aux marchés publics, le § II. de l'art. 1er de l'ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Le cas de la concession d'aménagement peut également être cité, v. l'al. 3 de l'art. L. 300-4 du code de l'urbanisme.

⁴⁸Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Cf. le dossier *La loi ELAN passée au crible*, AJDI n° 1/2019 p. 11.

⁴⁹Sauf s'agissant des logements à usage locatif aidés par l'État et qu'ils réalisent. Sur cette question, v. G. CLAMOUR, « Impact de la loi ÉLAN sur le droit de la commande publique », *Contrats Marchés publ.* n° 1, janv. 2019, comm. 1 et B. WERTENSCHLAG, « La loi ÉLAN et le logement social », AJDI n° 1/2019 p. 12.

⁵⁰Jusqu'à son abrogation par l'ord. du 23 juil. 2015, cf. le § III. de l'art. 1er du code des marchés publics (CMP) éd. 2006. Cf. CE, 4 oct. 1967, *Trani*, Lebon p. 352 et CE, 12 oct. 1988, *Min. des Affaires sociales c/ Sergic*, Lebon p. 338 ; RDP 1989 p. 1793 ; LPA 1989 p. 10, note F. Llorens ; CJEG 1990 p. 119 note E. Fatôme.

⁵¹L'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le cocontractant du pouvoir adjudicateur n'a jamais fait obstacle à la qualification de marché public de travaux au sens du droit européen, v. not. les directives sur les marchés publics 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004. Sur ce point, cf. F. MODERNE, « Les marchés publics de travaux entre les droits nationaux et le droit communautaire », RDI 1998 p. 581 ; F. LLORENS, « Maîtrise d'ouvrage et contrats publics », art. préc. et, plus largement, R. NOGUELLOU, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », AJDA 2015 p. 1789.

⁵²L'ord. du 23 juil. 2015 rel. aux marchés publics transposant fidèlement la partie législative des directives n° 2014/24/UE et n° 2014/25/UE précitées. V. le 2° du § I. de l'art. 5 de l'ord. et désormais l'art. L. 1111-2 du CCP.

En premier lieu, les cocontractants peuvent décider de se soumettre volontairement aux règles de la MOP lorsque l'opération projetée est exclue de son champ d'application matériel⁵³. La solution a été consacrée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Préfet de l'Aube* du 8 août 1998⁵⁴.

En deuxième lieu, une application « sélective » des règles de la MOP peut être admise par le législateur. Les dispositions de la loi *ELAN* peuvent une nouvelle fois être invoquées. Les organismes publics et privés d'HLM sont exclus du régime de la maîtrise d'oeuvre privée alors qu'ils sont des maîtres d'ouvrage publics au sens de la loi *MOP* et du CCP pour les opérations de construction et de réhabilitation de logements à usage locatif aidés par l'État et qu'ils réalisent⁵⁵. L'on retrouve l'idée d'« option » mentionnée précédemment, mais en sens inverse : une application de la MOP en-deçà plutôt qu'au-delà de son champ d'application théorique.

En troisième lieu, l'effet unificateur du droit de la commande publique affecte la maîtrise d'ouvrage dans son ensemble. Quand bien même une grande partie de ses contrats relève aujourd'hui de la maîtrise d'ouvrage privée, le rôle d'acheteur public ne diffère pas fondamentalement. Même en matière de concessions et de marchés publics de travaux sans MOP, il exerce une influence sur la définition des besoins et jusqu'à l'achèvement⁵⁶. En définitive, de « bonnes habitudes » sont prises par les acheteurs-maîtres d'ouvrage publics et qu'ils reproduisent même lorsqu'ils n'ont que la première de ces qualités.

Au terme de ce premier temps de l'analyse, la déception prédomine. La MOP ne s'applique plus qu'à une portion congrue des contrats de la commande publique. Pour autant, l'importance de la commande publique au sein du statut de la MOP est telle qu'elle atténue ce premier constat.

§ II. La commande publique, expression de la maîtrise d'ouvrage publique

Pour paraphraser Prosper Weil⁵⁷, la MOP évolue dans une ambiance de commande publique. Le maître d'ouvrage public recourt nécessairement à la commande publique pour exercer ses attributions, même si un certain particularisme affecte les règles de passation de ces contrats.

A) Le recours à la commande publique pour l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique

L'exercice de la MOP consacre l'omniprésence des contrats de la commande publique.

⁵³V. par ex. CAA Douai, 14 avr. 2014, *Sté Benoît Journal Environnement*, n° 13DA00726.

⁵⁴Lebon T. ; Marchés publ. n° 3/98, p. 15 obs. Delelis.

⁵⁵Art. 88 de la loi *ELAN*. Cf. G. CLAMOUR, art. préc.

⁵⁶Sur la « portée symbolique » de la MOP en dehors du champ d'application de ses règles, v. J.-M. PEYRICAL, « À la recherche de la maîtrise d'ouvrage publique », art. préc., p. 205.

⁵⁷P. WEIL, « Le critère du contrat administratif en crise », in *Mélanges M. Waline*, vol. II., LGDJ 1974, p. 847.

Elle se manifeste pour l'essentiel par des marchés publics de services ou de travaux conclus par le maître d'ouvrage public, mais aussi par d'autres participants à l'opération de construction. Une rapide revue des attributions du maître d'ouvrage public permet de s'en convaincre.

Au chapitre de ses attributions ne pouvant être déléguées⁵⁸, le choix du procédé par lequel l'ouvrage est réalisé pose la question du mode de dévolution du marché public de travaux (en lots ou « à l'entreprise générale ») mais aussi celle du recours à une procédure dérogatoire, puisque permettant le cumul des fonctions de maître d'oeuvre et d'entrepreneur⁵⁹. Parmi les contrats globaux, le marché public de conception-réalisation⁶⁰ est ici visé. Outre celui des entrepreneurs⁶¹, le choix du maître d'oeuvre privé prend également la forme d'un contrat de la commande publique⁶². Le contrat se voit expressément qualifié de marché public par le CCP⁶³.

Le recours au tiers ou, selon la terminologie employée par le CCP⁶⁴, l'organisation de la MOP, repose aussi pour l'essentiel sur le marché public. Qu'il s'agisse de l'assistance à maîtrise d'ouvrage⁶⁵ ou de la conduite d'opération⁶⁶, le CCP les définit comme des marchés publics. Tel n'est certes pas le cas d'un contrat dont l'objet porte sur une autre prestation de services, le mandat de maîtrise d'ouvrage. Cette qualification ne fait cependant guère de doutes. D'une part, le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage est conclu entre un acheteur public au sens du CCP, ce que sont les maîtres d'ouvrage publics, et un opérateur économique. D'autre part, le contrat de mandat porte sur une prestation de services entrant par elle-même dans le champ d'application du CCP⁶⁷.

Enfin, par ricochet, les marchés conclus par le mandataire de maîtrise d'ouvrage au nom et pour le compte du maître d'ouvrage seront soumis au même régime que ceux conclus par celui-ci en application de la théorie du mandat⁶⁸. En cas de MOP, les marchés sont des marchés publics⁶⁹.

⁵⁸Art. L. 2421-1 du CCP.

⁵⁹Al. 2 de l'art. L. 2431-1 du CCP.

⁶⁰Al. 1er de l'art. L. 2171-2 du CCP.

⁶¹Dès lors qu'ils sont conclus à titre onéreux pour répondre aux besoins de l'acheteur public en matière de travaux, les contrats relèvent de la commande publique (art. L2 du CCP). Si la contrepartie réside en un prix, ils constituent des marchés publics de travaux (art. L. 1111-1 du CCP).

⁶²Art. L. 2430-1 du CCP. Il en va *a fortiori* ainsi du choix du maître d'oeuvre public, hypothèse exclue du champ d'application des règles relatives à la MOP. Cf. CE, Sect., 20 mai 1998, *Cté cnes Piémont de Barr* ; DA 1998 comm. 193 ; AJDA 1998 p. 553, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RFDA 1998 p. 609, concl. H. Savoie. *A contrario*, est de droit privé le contrat de maîtrise d'oeuvre conclu par la personne privée déléguataire de service public agissant pour son compte, v. CE, 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, préc.

⁶³V. L. ERSTEIN, *Marchés de maîtrise d'oeuvre*, JCl. Collectivités territoriales fasc. 660, 6 mai 2019, n° 1.

⁶⁴Art. L. 2422-1 du CCP.

⁶⁵Art. L. 2422-2 du CCP. Cf. B. NEVEU et R. MERESSE, « L'assistance à maîtrise d'ouvrage : un objet juridique non (mal?) identifié ? », *Contrats publ.* n° 87, avr. 2009, p. 57.

⁶⁶Art. L. 2422-3 du CCP.

⁶⁷V. N. SITRUK et C. ROMON, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁸Comme le mentionne expressément l'art. L. 2422-9 du CCP. Cf. F. LLORENS, « La mission du maître d'ouvrage délégué », *RDI* 1996 p. 463.

⁶⁹En cas de maîtrise d'ouvrage privée exercée par une personne privée, les contrats conclus entre deux personnes privées pour l'exécution du mandat confié à l'une d'entre elles sont de droit privé en application du critère organique du contrat administratif. Cf. TC, 18 juil. 2007, *Sté d'équipement du département de la Réunion*, n° 03611.

Si l'exercice de la MOP passe en particulier par le marché public (et donc par la commande publique), il faut admettre que tous les contrats concernés n'en réunissent pas les conditions.

Tout d'abord, lorsque n'importe lequel de ces contrats est conclu à titre gratuit, il ne peut être qualifié de marché public, ni plus généralement de contrat de la commande publique.

Ensuite, pour le même motif, ne peuvent être regardées comme des marchés publics les conventions de co-maîtrise d'ouvrage – ou conventions « de transfert » – conclues entre maîtres d'ouvrage publics⁷⁰.

Troisième limite, dans le cas du contrat *in house*, les contrats de mandat de maîtrise d'ouvrage échappent également au droit des marchés publics⁷¹.

Enfin, reste le problème de qualification des contrats à titre onéreux passés par les maîtres d'ouvrages publics-personnes privées que sont les organismes privés de sécurité sociale et d'HLM s'agissant des opérations de construction et de réhabilitation de logements à usage locatif aidés par l'État et qu'ils réalisent. À défaut d'être des personnes publiques, ils ne bénéficient certes pas de la qualification législative de contrats administratifs opérée par l'article L6 du CCP. Pour autant, le CCP qualifie expressément de marchés publics les contrats d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de conduite d'opération et de maîtrise d'oeuvre passés par les maîtres d'ouvrages publics, sans égard pour leur personnalité juridique. Reste le cas du mandat de maîtrise d'ouvrage, seul contrat non qualifié de marché public par le CCP. Comme rappelé précédemment, les mandats constituent des prestations de services entrant dans le champ d'application matériel du droit des marchés publics. Au surplus, les deux catégories de maîtres d'ouvrage privés-personnes privées sont des acheteurs publics, et même des pouvoirs adjudicateurs, au sens du CCP⁷². Elles entrent par conséquent dans le champ d'application des marchés publics dans les mêmes conditions que ceux des maîtres d'ouvrage publics-personnes publiques.

Ainsi, l'exercice de la MOP appelle la commande publique. Il ne s'agit pas d'une singularité, la commande publique pouvant bien évidemment également intervenir dans le cadre d'une opération relevant de la maîtrise d'ouvrage privée. La singularité réside plutôt dans les règles applicables à la passation de ces contrats.

⁷⁰Art. L. 2422-12 et L. 2422-13 du CCP. Sur la régime des contrats de co-maîtrise d'ouvrage, v. D. CHABANOL et F. BOURRACHOT, « La co-maîtrise d'ouvrage publique », Contrats publ. n° 87, avr. 2009, p. 43.

⁷¹E. FATÔME, *Préface in C. GRANGE, La loi MOP*, 3ème éd., Le Moniteur, p. 9.

⁷²S'agissant de la qualité de pouvoirs adjudicateurs des organismes privés d'habitation à loyer modéré, cf. CJCE, 5e ch., 1er févr. 2001, *Comm. c/ France*, aff. C-237/99, § 60, AJDA 2001 p. 941 chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2001 p. 673 ; RDI 2001 p. 153 obs. F. Llorens. Sur l'interprétation des dispositions du CCP relatives aux organismes de sécurité sociale, v. F. LLORENS et E. MULLER, *Sources et champ d'application*, JCl. Contrats et Marchés Publics, Synthèse 10, n° 27 et s.

B) Les spécificités de la passation des contrats de la commande publique pour l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique

La MOP occupe une place singulière au sein du droit de la commande publique, au point que l'existence d'un « droit contractuel de la MOP » peut être invoquée.

Schématiquement, la spécificité de la MOP justifie tantôt une exclusion des règles de passation des contrats de la commande publique, tantôt une soumission particulière à celles-ci.

La délégation de maîtrise d'ouvrage publique – aujourd'hui le mandat de maîtrise d'ouvrage – illustre le premier trait particulier. Autrefois, seules les personnes énumérées par la loi *MOP* pouvaient exercer ces fonctions⁷³. Il s'agissait pour l'essentiel de personnes publiques ou para-publiques et, en pratique, cette mission était presque toujours confiée à d'autres maîtres d'ouvrage publics ou à des sociétés d'économie mixte⁷⁴. Au surplus, aucune procédure de passation particulière n'était imposée, le code des marchés publics de 2001 excluant le contrat de mandat du champ d'application de ses dispositions⁷⁵. Sous la pression du droit européen⁷⁶ et après la censure du Conseil d'État⁷⁷, l'ordonnance du 17 juin 2004⁷⁸ a « normalisé » la passation de ces contrats. Ouverts à toute personne publique ou privée, ces marchés sont désormais conclus après publicité et mise en concurrence.

Le second trait spécifique résulte de la soumission particulière aux règles de passation des contrats. Le recours sous conditions au marché public de conception-réalisation peut être évoqué⁷⁹, de même que la procédure du concours de maîtrise d'oeuvre pour les acheteurs publics relevant de la MOP. Cette dernière consiste en une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence. Pour leurs opérations entrant dans le champ d'application de la MOP, les acheteurs publics ont l'obligation de recourir au concours au-dessus des seuils européens de procédure formalisée⁸⁰. Fait suffisamment singulier pour être signalé, la France a dépassé les exigences du droit européen. Cette procédure se justifie par le rôle original du maître d'oeuvre, à la fois prestataire et partenaire du maître d'ouvrage⁸¹. L'appel d'offres n'apparaît en effet pas adapté s'agissant d'une prestation de conception appelant un échange avec le maître d'ouvrage pour le choix du concepteur. Le prix ne peut pas être le critère de

⁷³Art. 4 du texte.

⁷⁴Ph. TERNEYRE, « La maîtrise d'oeuvre en droit public », RDI 2002 p. 119 et « Modification de la loi *MOP* », BJCP 2004 p. 424.

⁷⁵Ancien art. 3 du CMP (éd. 2001).

⁷⁶Le mandat de maîtrise d'ouvrage ayant été assimilé à un marché public de services dont la passation doit être précédée d'une mise en concurrence, v. CJCE, 20 oct. 2005, *Comm. c/ France*, aff. C-263/03 ; Contrats-Marchés publ. 2005 comm. 296, note W. Zimmer.

⁷⁷CE, Ass., 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux*, n° 233372 ; AJDA 2003 p. 722.

⁷⁸Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

⁷⁹Art. L. 2171-2 du CCP.

⁸⁰Sur le champ d'application de l'obligation de recourir au concours, v. les art. L. 2172-1 et R. 2172-2 du CCP.

⁸¹N. SITRUK et C. ROMON, *op. cit.*, p. 225 et s.

choix. Enfin, troisième illustration de cette soumission particulière aux règles de passation des contrats, les dispositions du CCP relatives aux autres marchés publics (les « contrats exclus » jusqu'à l'ordonnance de 2005)⁸² renvoient expressément à celles du Livre IV relatives à la MOP – et donc aux conditions de passation qui viennent d'être évoquées – lorsque l'un des marchés publics qui y est mentionné entre dans le champ d'application de la MOP.

Pour autant, il n'est ici question que d'un particularisme des règles de passation des contrats de la commande publique, dans la mesure où la MOP ne justifie qu'un degré supplémentaire d'exigence en la matière. Se dessine ainsi un droit à plusieurs étages.

Un droit de la commande publique sans MOP d'abord, auquel l'acheteur public non maître d'ouvrage public est soumis. Dans cette hypothèse, et pour s'en tenir aux illustrations précédentes, le recours au marché public de conception-réalisation est libre, de même que le recours au concours en matière de marché public de maîtrise d'oeuvre, aucune obligation de publicité ni de mise en concurrence ne s'appliquant en-deçà des seuils européens.

Un droit de la commande avec MOP ensuite, qui s'applique à l'acheteur public-maître d'ouvrage public. Le recours au marché public de conception-réalisation est alors soumis à conditions⁸³. En matière de marchés publics de maîtrise d'oeuvre, des obligations renforcées s'appliquent : au-dessus des seuils européens, le concours s'impose⁸⁴.

Trois remarques relativisent ce *distinguo*.

Tout d'abord, existe en quelque sorte un « entre-sol » qui s'intercale entre les deux étages : un droit de la commande publique avec MOP incombant à une personne privée. L'hypothèse est certes résiduelle, puisque sont seuls concernés les organismes privés de sécurité sociale et d'HLM pour les opérations de construction et de réhabilitation de logements à usage locatif aidés par l'État et qu'ils réalisent. Elle n'en présente pas moins un intérêt théorique considérable puisque la distinction entre personnes publiques et privées que confirme le CCP se répercute sur leur régime juridique. À partir des seuils européens par exemple, ne pèse aucune obligation d'organiser un concours de maîtrise d'oeuvre⁸⁵. La MOP participe ainsi du « *droit public de la commande publique* » théorisé par Marion Ubaud-Bergeron après l'entrée en vigueur du CCP⁸⁶.

Ensuite, des textes particuliers peuvent atténuer le *distinguo*. À titre d'illustration, la loi *ELAN* consacre plusieurs facultés de recours sans conditions au marché de conception-réalisation pour

⁸²Art. L. 2500-1 à L. 2522-1 du CCP.

⁸³En raison de l'obligation de dissocier les missions du maître d'oeuvre et de l'entrepreneur posée par l'al. 2 de l'art. L. 2431-1 du CCP.

⁸⁴P. GRELIER WYCKOFF, *Pratique du droit de la construction*, 8ème éd., Eyrolles 2017, p. 44.

⁸⁵5° de l'art. R. 2172-2 du CCP.

⁸⁶M. UBAUD-BERGERON, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », art. préc.

certaines acheteurs pourtant soumis aux dispositions relatives à la MOP⁸⁷.

Enfin, au sein même du droit de la commande publique applicable aux acheteurs publics, des classifications supplémentaires justifient d'autres différences parmi les règles de passation des contrats : entre les pouvoirs et les entités adjudicateurs et, au sein de la première catégorie, entre les acheteurs et les autres acheteurs⁸⁸.

En définitive, la MOP dans ses rapports avec la commande publique est comparable à un morceau du noyau d'un fruit. Elle n'existe que dans et à travers la commande publique, mais elle appartient à sa partie la plus ferme.

⁸⁷§ II. de l'art. 69 de la loi *ELAN*. Cf. G. CLAMOUR, art. préc.

⁸⁸S'ajoute une troisième distinction, qui tient à la personne du pouvoir ou de l'entité adjudicateur. Malgré les efforts d'unification déployés par le CCP, l'État, ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements continuent d'être soumis à des règles plus strictes que les autres acheteurs. V. traditionnellement les régimes respectivement prévus par le CMP et par l'ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005.