

Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2020, dossier 9

La loi MOP, quel avenir ?

Etude par Christophe ROUX professeur de droit public - université Jean-Moulin – Lyon 3 - IEA – EDP (EA 666)

[Accès au sommaire](#)

Accablée de tous les maux par certains, défendue avec vigueur par d'autres, la loi MOP suscite des sentiments contrastés, à l'image de ses états de service après plus de 30 années d'existence. Dès lors, si le maintien de la loi MOP dans notre ordonnancement juridique ne fait guère de doutes à court ou moyen-terme, il n'est pas interdit de lui imaginer un avenir plus sinistre à long-terme.

1. - Le juriste est un être débordant d'imagination, surtout lorsqu'il s'agit de jouer avec les brèches jurisprudentielles et textuelles ; il affectionne encore les anniversaires mais, à cette occasion, préfère se remémorer le charme des jurisprudences d'autrefois. Il aime enfin, souvent, dresser les constats de décès avant l'heure et, disons-le, tel est peut-être ce dessein sinistre qui a animé les organisateurs du colloque en assignant un tel sujet ; à moins que, empli de commisérations, ils aient souhaité accorder une ultime « pavane en l'honneur d'une étoile [bientôt] défunte » [Note 1](#) . En bref, le juriste n'est pas un spécialiste de l'avenir, sauf à envisager le plus funeste. En revanche, le juriste n'en reste pas moins humain. À chaque évolution marquante du droit positif, on ne compte plus les commentaires aussi reconstructifs qu'affirmatifs (« on l'avait dit, senti, annoncé... on ne l'attendait plus... mais la voilà... »), la forme impersonnelle cachant des revirements intellectuels assez spécieux dont on aimerait, autant que possible, se tenir éloigné.

2. - Ces constats opérés d'une part, ces craintes exprimées d'autre part, c'est donc sans témérité excessive mais en tentant de s'armer d'un courage qui ne nous disait pourtant pas grand-chose à l'origine, que l'on essaiera de collaborer occasionnellement au service public de l'avenir, ceci toutefois sans prophétisme aucun. D'abord, car, si la doctrine aime parfois manier la gomme, elle ne tient pas le crayon et, dès lors, on peut éprouver stupeurs et tremblements à tenter de toucher à la loi MOP . Ensuite parce que, si prévoir l'avenir est un art aléatoire par essence, le Nostradamus juridique n'a en réalité nul besoin de s'armer d'une boule de cristal, de cartes à jouer ou des lignes de la main pour tenter de réduire les probabilités et d'ouvrir, raisonnablement, le champ des plausibles. Pour construire le futur, il suffit en effet généralement de se plonger dans le passé, d'examiner le présent et, surtout, de tenir pour acquis que le droit du futur, en étant le reflet de la politique, relève davantage de la dynamique que de la statistique.

3. - Nul doute à cet égard, et premièrement, que sur le temps long c'est à l'aune des motifs qui ont présidé à l'édition de la MOP que l'on pourra jauger de son avenir. La MOP est le fruit d'un contexte puisqu'elle doit beaucoup, en réaction, à l'urbanisme débridée voire « brutaliste » des années 1960/1970, caractérisé par sa politique « des modèles, de la préfabrication, des chemins de grue, sous prétexte d'aller vite et de construire moins cher » [Note 2](#) . De fait, la période n'a pas laissé dans l'imaginaire collectif de grands souvenirs architecturaux : la dalle Beaugrenelle à Paris, la Part-Dieu à Lyon, les villes nouvelles et quelques stations balnéaires languedociennes – pas toutes – sont autant d'exemples démontrant que tout le monde n'a pas eu la chance d'avoir Niemayer, Le Corbusier ou Balladur à ses côtés. En bref, dans le contexte de décentralisation et après avoir reconnu la fonction d'intérêt public de l'architecture en 1977 [Note 3](#) , il s'agissait avec la MOP de mettre fin à une vision court-termiste, énérgivore et inadaptée et de parvenir enfin à « prendre le temps de mener les études avec des hommes de l'art préalablement à la consultation des entreprises, d'ouvrir la commande d'architecture aux jeunes talents au travers de procédure de consultations transparentes et équitables, et de garantir des contrats équilibrés » [Note 4](#) . La loi MOP a-t-elle été à la hauteur de ces enjeux ? Il y a sans doute, dans la réponse apportée à cette question, une part de son avenir qui se joue.

4. - Nul doute, deuxièmement, que c'est à l'aune de tous les chapitres ouverts lors de cette journée d'études que l'on peut tenter d'approcher son avenir. Trois d'entre eux auront été écrits, laissant à penser que personne ne pourra dire demain, en pastichant Paul Nizan, que la trentaine est le plus bel âge de la vie d'une loi. En premier lieu, il a été question de compétences et de leur intrication. Sur le plan symbolique, la loi MOP possède une rareté, en offrant l'une des rares expressions du principe d'indisponibilité des compétences. Là où Gambetta offrait à Mac Mahon une alternative, la loi MOP ne verse pas dans la magnanimité : les personnes publiques doivent d'une part se soumettre à la loi MOP ;

elles doivent, d'autre part, ne jamais se démettre de leur fonction. Pourtant, il a été démontré qu'il ne restait peut-être plus grand-chose dudit principe, incapable de freiner le phénomène d'externalisation. Sous l'angle matériel en deuxième lieu, il aura été beaucoup question de commande publique, la loi MOP ayant longtemps réussi le tour de force, certes vain, de contenir l'expansion du droit éponyme, ce qui en dit long sur sa force de nuisance originelle. En dernier lieu, c'est sous l'angle de la responsabilité qu'a été mis en exergue combien la MOP accouchait d'un partage complexe de responsabilités, la prolifération des acteurs ayant généré un contentieux en chaîne, plus qu'un chaînage huilé de contentieux.

5. - Nul doute, troisièmement et enfin, qu'une partie de l'avenir de la loi MOP se joue dans les alternatives évoquées précédemment. Elles forment, de ce point de vue, à la fois un appel d'air et une dynamique contradictoire puisqu'à leur multiplication correspond un phénomène inverse, la tendance apparaissant en faveur de la conservation de la loi MOP depuis son insertion au sein du Code de la commande publique. On s'excusera dès lors, au cœur de ce jeu de tarot, de ne pousser que petitement au bout la réflexion en n'arpentant, dans cet exercice de style, qu'une seule alternative, dont les volets sont passablement antagonistes. On s'autorisera en effet à passer d'une quasi-virtu cardinale à un quasi-péché capital : si dans un premier temps, il faudra entendre les voix de la raison, en évoquant la réhabilitation de la loi MOP (1), c'est en croquant la pomme de la tentation que, dans un second temps, on cédera à la voie de l'abandon (2).

1. Les voix de la raison : la réhabilitation

6. - Si le sujet invite à se perdre en conjectures, c'est dans la plus plausible que l'on s'engouffrera : là où le législateur avait, dans le cadre de l'édition du Code de la commande publique, une occasion en or de se débarrasser de la MOP, il a au contraire décidé de l'accueillir en son sein, la tendance étant à la conservation. Effectuée à droit constant, la codification se serait toutefois opérée aussi à problèmes constants, ceci autorisant, après la tendance conservatrice (A), à étudier ensuite l'espérance rénovatrice (B).

A. - La tendance conservatrice

7. - Vraisemblablement la conservation de la loi MOP constitue la cote la moins risquée pour les parieurs, au moins si l'on se place dans un temps court, ses principes ayant été maintenus et adoucis par le Code de la commande publique. Tant sur la forme que sur le fond, les explications n'ont guère filtré. Tout juste sait-on qu'il s'agissait de promouvoir une codification rassembleuse, regroupant les textes applicables aux contrats publics de manière à en assurer l'accessibilité et l'intelligibilité. Ceci étant dit, le maintien de la loi MOP s'explique autant qu'il se justifie par trois séries de raisons, laissant à penser que le codificateur n'a pas longuement hésité, le bilan coût-avantages apparaissant suffisamment favorable à son maintien.

8. - Le premier argument réside dans le fait que la loi MOP fait désormais allégeance au droit de la commande publique, sa principale scorie ayant été éliminée [Note 5](#). Durant 30 ans, en faisant de la maîtrise d'ouvrage publique l'un des éléments de la définition du marché de travaux, la MOP aura joué les briseuses de couple entre deux amants parallèles, à savoir le droit de l'Union européenne et le droit français des contrats publics. En expurgant la définition du marché de travaux de toute référence à la MOP, si, demain, il pourra subsister des marchés de travaux sans maîtrise d'ouvrage publique, l'absence de la seconde ne pourra plus emporter l'évanouissement des premiers.

9. - Le législateur a certes éliminé cette scorie mais s'est montré parcimonieux dans les coups de crayon correcteurs, les principaux éléments du régime antérieur ayant été sauvegardés. Tel est le cas du noyau-dur de compétences confiées au maître d'ouvrage lequel, quoi qu'on en dise, à l'écorce de la cohérence et de la vertu. En confiant au maître d'ouvrage le soin de se prononcer sur l'opportunité, la faisabilité et la localisation de l'ouvrage, la MOP possède l'immense mérite de placer le politique au cœur du processus : la promotion et la protection du cadre de vie étant l'affaire de tous [Note 6](#), il est heureux que nos représentants soient en charge de les définir et de les défendre. La fixation du programme marque encore un chaînage vertueux avec le droit de la commande publique, ayant pour objet d'énoncer les « contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement » (*CCP, art. L. 2141-2*). Il marque ainsi le coup d'envoi d'un processus qui devra *in fine* conduire le pouvoir adjudicateur à la détermination de ses besoins (*CCP, art. L. 2111-1*). Il serait tout aussi vain de contester que les missions qui lui sont confiées en aval se fondent harmonieusement dans le droit positif, les textes en faisant le centre névralgique autant que le centre d'imputation de l'opération : sans exhaustivité, c'est à lui qu'il adviendra d'organiser la participation du public (*C. env., art. L. 121-1 et L. 121-3* . – *C. expr., art. L. 110-1*), de conclure les marchés successifs (*CCP, art. L. 2421-1, 6°*), ou, encore, de faire « son affaire de la délivrance des autorisations administratives » [Note 7](#) en tout genre pour la bonne réalisation des travaux, une cohérence de fait du prince étant alors à l'œuvre.

10. - Il semble dès lors que le codificateur n'ait pas partagé les mauvais procès régulièrement adressés à la loi MOP. Prétendument monolithique, la loi a su s'adapter à certaines évolutions institutionnelles en promouvant, par exemple, la co-maîtrise d'ouvrage. Prétendument passéiste, d'aucuns admettent que ses préceptes ont irrigué la maîtrise d'ouvrage privée, une publicisation du droit privé étant à l'œuvre. Prétendument complexe enfin, on pourrait faire état de remontées positives sur le terrain : dans les collectivités une « culture MOP » [Note 8](#) aurait émergé. Certes, une culture autrement moins musicale et décontractée que la culture pop mais l'on pourra y trouver une oasis de

satisfaction, les collectivités s'étant faites à l'instrument et mises au diapason. Il n'est enfin pas interdit de penser que la MOP mérite d'être maintenue, en ce qu'elle constitue le premier rempart, le plus essentiel, pour contenir l'assaut des contrats globaux, dont on rappellera qu'ils heurtent le principe de libre-accès à la commande publique tout en se révélant régulièrement, en pratique, des gouffres financiers. Il y a certes comme une schizophrénie législative à maintenir la MOP tout en développant ces contrats globaux de seconde génération, mais peut-être que demain ils capituleront la loi MOP, par le passé, déjà accroché à son tableau de chasse les PPP de première génération. Pour toutes ces raisons, la pérennité de la loi MOP dans le temps court ne fait pas l'ombre d'un doute. À moyen terme cependant, rien n'empêche de prédire son lifting, que celui-ci emprunte la cure d'amincissement ou qu'il mène à une légère prise d'embonpoint.

B. - L'espérance rénovatrice

11. - De fait, telles sont les alternatives opposées qui se présentent, certains de plaider, d'abord, pour un renforcement de la MOP. Celle-ci reste d'abord une loi mono-centrée vers la construction et sa préparation, là où il s'agirait de prendre davantage en compte le cycle de vie du bâti dans son ensemble, la MOP restant trop faiblement acclimatée à l'objectif « développement durable ». De ce point de vue, on défend parfois un élargissement des missions de base du maître d'œuvre, lesquelles devraient intégrer en amont des études faisabilité et, en aval, le contrôle de la gestion, de l'entretien et de la maintenance du bâti. Les missions ne devraient plus, encore, se limiter à des engagements à la tonalité financière trop dominante, mais intégrer des engagements en matière de santé et de biodiversité [Note 9](#). Enfin, dans le contexte renouvelé de démocratie administrative, la population pourrait être davantage associée à la prise de décision, le débat étant essentiellement capté par les architectes, là où sociologues, urbanistes, écologues et société civile réclament voix au chapitre. Si ces idées ne manquent pas de bon sens, on peut toutefois se demander si l'élargissement du champ d'action de la MOP, d'une part, de ses acteurs d'autre part, constitue la bonne voie. La MOP ressemble en effet moins à une tour d'ivoire qu'à une usine à gaz, sa « babelisation » n'apparaissant pas de nature à remédier aux dysfonctionnements.

12. - C'est dès lors plutôt vers la cure d'amincissement que s'orientent la plupart des propositions. Sur un plan matériel, plutôt que d'exfiltrer de la loi MOP certains secteurs entiers de la construction publique, deux pistes pourraient être suivies. La première conduirait à en extraire une (plus) grande partie des opérations de rénovations et de réhabilitations ceci, du reste, dans le sillage d'une jurisprudence de plus en plus tolérante [Note 10](#). La seconde, plus ambitieuse, conduirait à introduire des gradations dans son application, *via* l'insertion de seuils financiers conditionnant son déploiement. Les pistes d'amélioration les plus essentielles visent toutefois à intégrer davantage de souplesse. On pourra défendre ainsi la libéralisation des missions que les textes confient, parfois obligatoirement, respectivement aux maîtres d'ouvrage, à leurs mandataires ou aux maîtres d'œuvre. On plaide ensuite pour mettre à bas enfin la sacro-sainte règle de distinction étanche entre maîtrise d'œuvre et entrepreneurs, les digues étant en pratique rompues dans le cadre de l'enrichissement du *Building Information Modeling* (BIM) auxquels ces acteurs doivent travailler de concert. Enfin, et cela reste la proposition la plus audacieuse et symbolique, on milite pour une suppression du principe selon lequel les maîtres d'ouvrage ne peuvent se démettre de leur fonction. En ne reprenant par formellement cette idée, le Code de la commande publique a peut-être déjà entériné l'idée.

13. - On l'aura compris, derrière toutes ces pistes de rénovation se cache une volonté : préférer la haute couture et le sur-mesure au prêt-à-porter, la MOP devant faire preuve d'une adaptabilité à tout crin. Reste peut-être à concéder que le mieux est l'ennemi du bien et que, si l'on desserrait encore l'étau, il ne resterait peut-être plus grand-chose de la MOP. Autrement dit, quitte à trancher dans le vif, il apparaît tout aussi tentant de faire table rase du passé et, ce faisant, de sillonner la voie de l'abandon.

2. La tentation : la voie de l'abandon

14. - Jouant tour à tour les rôles d'empêcheuse de tourner en rond, de gêneuse, d'intruse, voire de parasite, la loi MOP s'est révélée dans la longueur un répulsif de premier ordre, un sempiternel caillou dans la botte des faiseurs de système, peut-être parce que sa construction originelle laissait apparaître des fissures béantes (**A**). Repoussante à la construction, c'est logiquement qu'à l'usage l'habitat ne s'est pas révélé plus accueillant : vidée progressivement de sa substance et de quelques occupants, la MOP apparaît comme victime du temps, le sien étant peut-être compté (**B**).

A. - À la construction : une loi répulsive

15. - Ce caractère répulsif se révèle à un triple niveau. Sans qu'il soit besoin d'y revenir, il s'était bien entendu vérifié s'agissant du droit de la commande publique. En élargissant le propos, il se retrouve ailleurs, la loi MOP ayant éprouvé le plus grand mal à se fondre dans les grandes notions du droit administratif, naviguant jamais bien loin de chacune d'entre elles sans jamais parvenir à y trouver un port d'attache. En premier lieu, elle ne s'est jamais lovée dans la théorie des contrats administratifs. Transcendant le critère organique, elle n'est pas parvenue à renforcer la théorie, désormais mort-née, du mandat implicite, qui aurait pourtant probablement gagné à l'héberger. De ce point de vue, il sera loisible de considérer que son intégration au sein du Code de la commande publique ne résout pas tout, l'écrin paraissant à la fois trop large et trop étroit pour que les finalités de la MOP s'épanouissent. En deuxième lieu, et contrairement à son appellation, la loi MOP n'a jamais épousé les notions

d'ouvrage public et de travaux publics. D'une part, l'ouvrage construit sous son régime ne constituera pas nécessairement un ouvrage public, à raison de son défaut d'affectation (future) à l'utilité publique. D'autre part, les critères de recours à la MOP s'évadent sans mal de ceux issus de jurisprudences Commune de Monségur et Effimieff [Note 11](#) . En dernier lieu, la loi n'a jamais fait grand cas de la distinction SPA/SPIC en s'appliquant aux EPIC, sauf à réserver le cas des bâtiments industriels mettant en œuvre un procédé particulier : par ce biais, c'est une nouvelle part du droit public qui venait entrer l'œuvre du droit privé.

16. - Les critères mêmes sur lesquelles la MOP s'est ancrée ont également, et intrinsèquement, un caractère répulsif. Si la loi MOP a aussi marqué son indifférence envers les catégories domaniales, elle n'en a pas moins repris leur élément central en promouvant le critère de la propriété publique pour interpréter la notion d'opérations réalisées « pour le compte » de la personne publique, là où, sorti du droit domanial, le droit positif prend pourtant grand soin (à raison) de s'en détourner. Pour emporter l'exigence de soumission à la MOP encore faut-il que le bien issu du contrat de travaux devienne propriété publique, ceci immédiatement mais également entièrement [Note 12](#) , confirmant combien la copropriété chasse, comme ailleurs [Note 13](#) , l'application du droit public. Si ces solutions s'expliquent probablement par la volonté de ne pas tuer dans l'œuf les lois de 1988 et de 1994 autorisant la constitution de droits réels sur le domaine public, le centre de gravité de l'appropriation publique n'apparaît ni le plus stable, ni le plus pertinent, au regard des facultés multiples de dissociations (entre financeurs, propriétaires, affectataires et/ou occupants). Hier déjà, aujourd'hui toujours plus, on s'intéresse moins à la propriété qu'au contrôle des biens au regard de leurs utilités et de leur jouissance. Ceci exposé, il réside selon nous dans ces répulsions une partie des raisons de l'échec de la MOP : en promouvant une notion-compétence transcendant les distinctions et catégories classiques, elle est devenue une loi clandestine qui a heurté, qui heurte et qui heurtera sans doute demain encore les points de contrôle de la matière.

17. - Le caractère répulsif de la loi MOP , pour terminer, s'est vérifié par les stratégies de contournement dont elle a fait l'objet au fil du temps. Le répulsif s'est longtemps montré suffisamment puissant pour chasser les mauvaises herbes de la commande publique mais pas assez pour laisser fleurir les formules alternatives lesquelles désormais permettent d'y échapper... aujourd'hui pour ce qu'elle est, ni plus ni moins. Les VEFA, les contrats domaniaux, les concessions ou les marchés globaux ont successivement constitué des galeries souterraines pour s'en extraire. De fait une grande partie des constructions publiques échappe à son emprise, alors même qu'il s'agirait de bâtiments qui pourtant, *ab initio*, appartiendraient à la personne publique, comme s'agissant des biens de retour dans les concessions de service public. Au fond, et ce n'est pas la moindre ironie de l'histoire, la loi MOP se retrouve maintenant au centre d'une concurrence et d'une mise en concurrence de mauvais aloi « entre » contrats de la commande publique, le choix de la formule contractuelle étant partiellement dépendant de la volonté publique de se soumettre, ou non, à la loi MOP .

B. - À l'usage : une loi victime du temps

18. - En 1985 la loi MOP se caractérisait par un périmètre organique et matériel aussi large que fermé ; ensuite par une ligne directrice claire liée au principe d'indisponibilité des compétences. 35 ans après et pour reprendre les mots de François Llorens [Note 14](#) , la prison que constituait la loi MOP s'est pourtant révélée poreuse, victime d'évasions pour le moins nombreuses.

19. - Sur le premier point, tout a été déjà été dit. La loi MOP constitue certes une illustration de l'indisponibilité des compétences ; mais elle en magnifie surtout les angles morts, les faux-semblants ou les accommodements raisonnables. Champ lexical des libertés car, en effet, la MOP ressemble à ces libertés « formelles » que stigmatisait Benjamin Constant lesquelles, dans une même antienne, affirme un principe tout en l'assortissant de dérogations et d'exceptions. Entre assistance, mandats et transferts de maîtrise d'ouvrage, il ne reste plus grand-chose dudit principe, sorte de coquille vidée de sa substance. Pour répondre à la complexité croissante de ses missions, le maître d'ouvrage est dans l'obligation de multiplier les partenaires, la personne publique étant « de moins en moins maître d'ouvrage, et de plus en plus acheteur public » [Note 15](#) , les relations, balkaniques, se nouant à coups de marchés publics de service. Il y a ce faisant peut-être désormais trop de pilotes dans l'avion, entraînant à la fois des coûts induits, une déresponsabilisation des acteurs, et une dilution de la gouvernance. Sur le second aspect, relatif à l'émission du périmètre de la loi MOP , on sera tout aussi bref. Déjà concurrencée par les alternatives contractuelles, la loi MOP a vu de surcroît son périmètre se réduire à peau de chagrin. Sous l'angle matériel, en 1985, seules certaines constructions à caractère industriel en étaient exclues, ainsi que les opérations sur monuments historiques. La loi ELAN semble y porter le coup de grâce, en rapatriant dans le droit commun les opérations de travaux réalisés dans le cadre d'opérations d'intérêt national (OIN), ou de grandes opérations d'urbanisme (GOU) [Note 16](#) . Par-dessus tout, en élargissant la faculté de recourir aux marchés de conception – réalisation, ce sont la plupart des constructions des OPHLM qui devraient y échapper là où, déjà, ces derniers avaient pris la tangente *via* un recours systématisé aux VEFA. Sous l'angle organique, la loi MOP s'accommode de dérogations, puisque, sans prétention à l'exhaustivité, la SNCF, VNF, la société du Grand Paris, la société de livraison des JO 2024 ou encore les DOM-TOM bénéficient, en certaines occasions, d'un régime dérogatoire. Le plus cruel, c'est que ces dérogations et restrictions ont pris l'exact contre-pied des préceptes dont se réclamait le législateur de 1985, exaltant la déliquescence de ses soubassements idéologiques et politiques. Là où il s'agissait de renforcer la qualité des constructions publiques et de faire rayonner l'architecture à la française, voilà qu'on vient en exonérer la plupart des projets d'infrastructures d'envergure, ce qui en dit long sur les vertus prêtées à la MOP. Là où il s'agissait d'éviter des constructions hâtives, coûteuses, sans réflexion urbaine et sociologique préalables, comme au

sujet des campus universitaires et autres cités dites « radieuses », c'est au nom de l'urgence et du caractère chronophage de la MOP qu'on en écarte, notamment, le secteur du logement social.

20. - Tout ou presque conduit dès lors, la patrie reconnaissante, à reléguer la MOP au « Panthéon des grands textes de l'histoire juridique française » [Note 17](#) , tout simplement car elle n'est plus en phase avec les nécessités de notre temps et les dogmes contemporains de l'action publique. Qu'on le déplore ou qu'on s'en réjouisse, la loi MOP n'a pas résisté à la fin des idéologies du siècle dernier, le pragmatisme, la rationalité, l'efficacité et la performance s'y substituant tandis qu'il ne sera pas impossible d'y voir, en toile de fond, la victime de certaines ambitions déçues, comme celles liées à l'aménagement du territoire ou à la politique de la ville. Peu ou prou, ce sont en effet tous les motifs qui présidaient à son édicition qui sont passés de mode. En 1985, la loi MOP marquait, il faut l'admettre, une suspicion toute jacobine envers les collectivités territoriales, dont il convenait de limiter l'autonomie en exigeant leur professionnalisation et leur responsabilisation en tant que maître d'ouvrage. À l'aune de la libre administration, de la liberté de gestion et de la liberté contractuelle des personnes publiques, la finalité paraît tout à la fois plus lointaine et moins légitime. Surtout, dès l'origine, ces transferts de compétences ne se sont pas accompagnés d'un transfert de ressources équivalentes, les collectivités étant laissées *de facto* en situation d'incapables, les pénuries publiques foncières, techniques et financières éclatant au grand jour. De même, la MOP entendait revenir sur certaines dérives financières. Elle n'y sera jamais parvenue : même rénovée, la rémunération du maître d'œuvre au forfait demeure et, ce faisant, la loi MOP serait restée une loi « pousse-au-crime » en matière de prouesse architecturale, ceci en profond décalage avec le contexte de restriction budgétaire. Enfin, la loi MOP apparaît comme une loi d'essence « tayloriste » où règne un séquençage excessif, entravant les synergies publiques et privées. Rendue nécessaire par la gestion du complexe, l'interopérabilité a été freinée par la séparation rigide entre maîtrise d'œuvre et entrepreneurs, celle-ci étant devenue du reste toute virtuelle depuis l'avènement du BIM.

21. - Chronophage, inflationniste, tayloriste, contentiogène, il sera loisible au regard de ces qualificatifs explosifs de confirmer, au regard de l'expérience MOP, un aphorisme connu selon lequel « l'architecture, c'est ce qui fait de belles ruines ». Reste à concéder avec Maurice Hauriou que l'on « ne détruit bien que ce qu'on remplace » [Note 18](#) . À ce stade, il serait dès lors certainement plus prudent et plus réaliste d'emprunter les pistes de rénovation ou, encore, de se réfugier dans toutes les alternatives exposées. Mais, au regard de ces éléments conclusifs et si le parieur est joueur, la tentation de la plastiquer pourrait l'emporter, la « conception française de la construction publique » devant être démantelée. Dans cette matrice, il ne serait en somme plus question de parler de l'avenir de la loi MOP ; il s'agirait plutôt, maintenant, de préparer le terrain de celle qui devrait lui succéder.■

.. **Egalement dans ce dossier** : articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 72

[Note 1](#) V. Ph. Yolka, *Pavane pour une étoile éteinte : la loi du 28 pluviôse an VIII* : JCP A 2009, act. 859 .

[Note 2](#) D. Dessus, *L'avenir de la loi MOP* : CP-ACCP 2019, n° 197, p. 51 .

[Note 3](#) L. n° 77-2, 3 janv. 1977 sur l'architecture : JO 4 janv. 1977, p. 71 .

[Note 4](#) R. Peylet et D. Dessus, *Loi ELAN et Code de la commande publique : quels impacts sur la loi MOP* : CP-ACCP 2019, n° 197, p. 3 .

[Note 5](#) V. P. Devillers, *La loi MOP rejoint la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2019, dossier 10* . – O. Didriche, *Les marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage privée et à la maîtrise d'œuvre privée et le code de la commande publique* : AJCT 2019, p. 127. – V. Le Bouteiller, *De la loi MOP au Code de la commande publique* : CP-ACCP 2019, n° 197, p. 33 .

[Note 6](#) R. Laucornet, *Rapport sénatorial sur la loi MOP, 9 mai 1985* , n° 273.

[Note 7](#) CCAG-Travaux , art. 31.3.

[Note 8](#) V. *Retours d'expérience : la diffusion d'une « culture MOP » dans les Deux-Sèvres* : CP-ACCP 2009, n° 87, p. 75 .

[Note 9](#) D. Dessus, art. préc.

[Note 10](#) V. par ex., CAA Lyon, 21 juin 2018, n° 16LY02080 : JurisData n° 2018-012296 .

V. S. Hourson, *Le complexe du seuil* : Dr. adm. 2019, alerte 145 .

[Note 11](#) CE, 10 juin 1921, Cne Monséguir : GAJA, Dalloz, 22e éd., 2019, n° 35. – T. confll., 28 mars 1955, Effimieff : GAJA, préc., n° 65.

[Note 12](#) V. not. CE, avis, sect. TP, 31 janv. 1995, n° 356960 : AJDA 1997, p. 126, étude Ph. Terneyre et E. Fatôme. – CE, sect., 25 févr. 1994, n° 144641, SA Sofap-Marignan Immobilier : RFDA 1994, p. 510.

[Note 13](#) V. CE, sect., 11 févr. 1994, n° 109564, Cie d'assurances Préservatrice foncière : GDDAB, Dalloz, 3e éd., 2018, n° 5, note Ph. Yolka.

V. CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, Jean Auroux : JurisData n° 2007-007805 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 38, note W. Zimmer ; GDDAB, préc., n° 18.

[Note 14](#) F. Llorens, Maîtrise d'ouvrage et contrats publics, in G. Clamour (dir.), Contrats et propriétés publics : LexisNexis, 2011, p. 195.

[Note 15](#) D. Dessus, art. préc.

[Note 16](#) V. Loi ELAN et Code de la commande publique, quels impacts sur la loi MOP, dossier : CP-ACCP 2019, n° 197.

[Note 17](#) W. Salamand, La codification de la loi MOP : une vraie fausse bonne idée : CP-ACCP 2019, n° 195, p. 75.

[Note 18](#) M. Hauriou, Principes de droit public : Paris, Sirey, 2e éd., 1916, p. 5.

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2020, dossier 6

Maîtrise d'ouvrage publique et commande publique

Etude par Jean-Victor MAUBLANC maître de conférences à l'université de Poitiers

[Accès au sommaire](#)

Faisant désormais partie intégrante du Code de la commande publique, la maîtrise d'ouvrage publique entretient cependant des liens complexes avec la commande publique. Issues de traditions opposées, ces notions interagissent. Dépendante de la commande publique, la maîtrise d'ouvrage publique y occupe en même temps une place singulière.

1. - L'un des rares aspects de la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) ayant récemment suscité l'intérêt de la doctrine est ses liens avec la commande publique.
2. - Depuis l'entrée en vigueur du Code de la commande publique (CCP) [Note 1](#), les deux expressions sont associées. À l'exception du dernier alinéa de son article premier, la loi dite MOP de 1985 [Note 2](#) figure désormais au Livre IV de la deuxième partie du CCP, relative aux marchés publics. Prévisible [Note 3](#), cette codification a été diversement appréciée par la doctrine qui oscille entre consécration et, surtout, déclin de la MOP [Note 4](#).
3. - 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'ouvrage (CCP, art. L. 2422-2), absente de la loi MOP. Pour autant, la formulation de ces règles a évolué pour adopter le vocabulaire de la commande publique [Note 5](#). Le maître de l'ouvrage de 1985 devient le maître d'ouvrage et se voit qualifié d'acheteur (V. not. CCP, art. L. 2410-1 et L. 2411-1). Dans le même objectif, le terme d'opérateur économique (CCP, art. L. 2430-1) fait son apparition.
4. - En définitive, la MOP est de la commande publique, si bien que le « et » de l'intitulé paraît presque tautologique.
5. - Pourtant, une analyse plus approfondie des deux notions révèle la distance qui les sépare.
6. - D'inspirations radicalement différentes, la MOP et la commande publique se sont construites en décalage l'une par rapport à l'autre.

7. - Institution du droit interne [Note 6](#) , la MOP a répondu à des préoccupations concrètes des années soixante-dix et quatre-vingts en France en matière de construction publique : encadrer la rémunération des maîtres d'œuvre, 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 généralisé [Note 7](#) .

8. - 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 publics [Note 8](#) . 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.

9. - 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.

10. - 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 » [Note 9](#) 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.

11. - 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 1976 [Note 10](#) , qui définissait la MOP [Note 11](#) , ne portait que sur certains marchés publics de travaux. Cependant, 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'architecture [Note 12](#) . 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 [Note 13](#) .

12. - 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.

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

13. - 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

14. - 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 européennes [Note 14](#) , 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 CCP [Note 15](#) . C'est notamment le cas des organismes privés de sécurité sociale et d'habitat à loyer modéré (HLM) pour les opérations de construction et de réhabilitation de logements à usage locatif aidés par l'État et qu'ils réalisent [Note 16](#) .

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

16. - Au sens de la loi MOP [Note 17](#) , du CCAG-Travaux [Note 18](#) comme de l'arrêté du 29 juin 1973 précisant le décret du 28 février 1973

[Note 19](#) , 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.

17. - 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.

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

19. - 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* » (CCP, art. L. 2421-2, 2°) et ce « *avant tout commencement des études d'avant-projet par le maître d'œuvre* » (CCP, art. L. 2421-3). L'obligation de déterminer préalablement les besoins rejoint celle qu'impose de façon générale le CCP en cette matière, s'agissant tant des marchés publics (CCP, art. L. 2111-1) que des concessions (CCP, art. L. 3111-1).

20. - 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 1995 [Note 20](#) ainsi que de la jurisprudence de sa section du contentieux [Note 21](#) . 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 ».

21. - 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 du domaine public [Note 22](#) , de baux emphytéotiques administratifs (BEA) [Note 23](#) , de baux à construction [Note 24](#) ou de ventes en l'état futur d'achèvement (VEFA) (C. civ., art. 1601-3, al. 2) [Note 25](#) , 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.

22. - 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.

23. - 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 européenne [Note 26](#) .

24. - 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 construction [Note 27](#) . 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.

25. - 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

26. - Le champ d'application de la MOP ne représente qu'une part résiduelle de celui de la commande publique, sans qu'il soit toutefois possible d'en déterminer précisément la limite.

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

28. - 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 organique [Note 28](#) que matériel [Note 29](#) . 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 (CCP, art. L. 2412-2, 5°).

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

30. - 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 construction [Note 30](#), le « critère déterminant » [Note 31](#) de la MOP est la propriété entière et immédiate de l'ouvrage, remis dès l'achèvement à son commanditaire [Note 32](#). Or, en matière de concessions, cette condition n'est jamais remplie puisque l'ouvrage n'est remis qu'à l'expiration du contrat [Note 33](#). 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 BEA [Note 34](#) ou de VEFA [Note 35](#). Les critères de la direction technique et de la propriété/remise jouant alternativement [Note 36](#), il peut être tentant de rattacher malgré tous 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 opérations peut en effet être plus ou moins rattachée au pouvoir de contrôle de l'acheteur [Note 37](#), que l'article L. 6 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 contrôle [Note 38](#).

31. - 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 partenariat (*CCP, art. L. 1112-1, al. 1er*) [Note 39](#). En outre, même pour les constructions en principe soumises à la MOP, les textes ont multiplié les dérogations. La récente loi ELAN [Note 40](#) en offre une énième illustration, en matière notamment de marchés publics conclus par les offices publics de l'habitat [Note 41](#).

32. - 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 France [Note 42](#), alors que cette notion était inconnue du droit européen [Note 43](#). Avec la réforme du droit de la commande publique de 2015/2016, la référence à la MOP a été supprimée [Note 44](#). 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.

33. - 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.

34. - 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 matériel [Note 45](#). La solution a été consacrée par le Conseil d'État dans l'arrêt Préfet de l'Aube du 8 août 1998 [Note 46](#).

35. - 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'œuvre 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 réalisent [Note 47](#). 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.

36. - 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'achèvement [Note 48](#). 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.

37. - 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.

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

38. - Pour paraphraser Prosper Weil [Note 49](#), 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

39. - L'exercice de la MOP consacre l'omniprésence des contrats de la commande publique.
40. - 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.
41. - Au chapitre de ses attributions ne pouvant être déléguées (*CCP, art. L. 2421-1*), 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'œuvre et d'entrepreneur (*CCP, art. L. 2431-1, al. 2*). Parmi les contrats globaux, le marché public de conception-réalisation (*CCP, art. L. 2171-2, al. 1er*) est ici visé. Outre celui des entrepreneurs [Note 50](#) , le choix du maître d'œuvre privé prend également la forme d'un contrat de la commande publique (*CCP, art. L. 2430-1*) [Note 51](#) . Le contrat se voit expressément qualifié de marché public par le CCP [Note 52](#) .
42. - Le recours au tiers ou, selon la terminologie employée par le CCP (*CCP, art. L. 2422-1*), l'organisation de la MOP, repose aussi pour l'essentiel sur le marché public. Qu'il s'agisse de l'assistance à maîtrise d'ouvrage (*CCP, art. L. 2422-2*) [Note 53](#) ou de la conduite d'opération (*CCP, art. L. 2422-3*), 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 CCP [Note 54](#) .
43. - 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 mandat (comme le mentionne *CCP, art. L. 2422-9*) [Note 55](#) . En cas de MOP, les marchés sont des marchés publics [Note 56](#) .
44. - 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.
45. - 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.
46. - 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 publics (*CCP, art. L. 2422-12 et L. 2422-13*) [Note 57](#) .
47. - Troisième limite, dans le cas du contrat *in house*, les contrats de mandat de maîtrise d'ouvrage échappent également au droit des marchés publics [Note 58](#) .
48. - 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 L. 6 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'œuvre 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 CCP [Note 59](#) . 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.
49. - 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.

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

50. - 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.

51. - 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.

52. - 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 fonctions [Note 60](#) . Il s'agissait pour l'essentiel de personnes publiques ou para-publics et, en pratique, cette mission était presque toujours confiée à d'autres maîtres d'ouvrage publics ou à des sociétés d'économie mixte [Note 61](#) . 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 dispositions (*CMP, art. 3 ancien (éd. 2001)*). Sous la pression du droit européen [Note 62](#) et après la censure du Conseil d'État [Note 63](#) , l'ordonnance du 17 juin 2004 [Note 64](#) 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.

53. - 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 évoqué (*CCP, art. L. 2171-2*), de même que la procédure du concours de maîtrise d'œuvre 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 formalisée [Note 65](#) . 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'œuvre, à la fois prestataire et partenaire du maître d'ouvrage [Note 66](#) . 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 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) (*CCP, art. L. 2500-1 à L. 2522-1*) 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.

54. - 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.

55. - 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'œuvre, aucune obligation de publicité ni de mise en concurrence ne s'appliquant en deçà des seuils européens.

56. - 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 conditions [Note 67](#) . En matière de marchés publics de maîtrise d'œuvre, des obligations renforcées s'appliquent : au-dessus des seuils européens, le concours s'impose [Note 68](#) .

57. - Trois remarques relativisent ce *distinguo*.

58. - 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'œuvre (*CCP, art. R. 2172-2, 5°*). La MOP participe ainsi du « droit public de la commande publique » théorisé par Marion Ubaud-Bergeron après l'entrée en vigueur du CCP [Note 69](#) .

59. - 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 certains acheteurs pourtant soumis aux dispositions relatives à la MOP [Note 70](#) .

60. - 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 acheteurs [Note 71](#) .

61. - 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.■

.. **Egalement dans ce dossier** : articles 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 72

Note 1 Le 1er avril 2019. V. *Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, art. 20* . – D. n° 2018-1075, 3 déc. 2018 , portant respectivement partie législative et partie réglementaire du CCP, art. 20 .

Note 2 L. n° 85-704, 12 juill. 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre 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.*

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

Note 4 V. 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, V. F. *Llorens, Maîtrise d'ouvrage et contrats publics, in G. Clamour (dir.), Contrats et propriétés publics : LexisNexis, 2011, p. 195.*

Note 5 Sur la « coloration « commande publique » des dispositions de la loi », V. P. *Devillers, La loi MOP rejoint la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2019, dossier 10* .

Note 6 Outre la loi MOP , deux textes méritent plus spécialement d'être mentionnés : D. n° 73-207, 28 févr. 1973 , relative aux conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques par des prestataires de droit privé. – D. n° 76-87, 21 janv. 1976 , approuvant le premier CCAG-Travaux .

Note 7 V. 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.*

Note 8 M. *Amilhat, Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique : AJDA 2019, p. 793* .

Note 9 V. F. *Llorens, Maîtrise d'ouvrage et contrats publics, art. préc.*

Note 10 Résultant du D. n° 76-87, 21 janv. 1976 , préc.

Note 11 Art. 2.1 du texte.

Note 12 D. n° 73-207, 28 févr. 1973 , préc.

Note 13 N. *Sitruk et C. Romon, Décrypter les règles du Code de la commande publique issues de la loi MOP : Le Moniteur, Paris 2019, spéc. p. 22.*

Note 14 Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 2, § 6 , sur la passation des marchés publics classiques. – Dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014 , § 2, sur la passation des marchés publics dans le secteur des réseaux.

Note 15 Les personnes énumérées à l' article L. 2411-1 du CCP étant aussi visées à l'article L. 1211-1 du code.

Note 16 Les 3° et 4° de l'article L. 2411-1 du CCP réitèrent les dispositions de l' article 1er de la loi MOP .

Note 17 L. MOP, art. 2, § I.

Note 18 CCAG-Travaux de 1976, art. 2-1. – V. désormais CCAG-Travaux de 2009, art. 2.

Note 19 A. 29 juin 1973, art. 1er, définissant les modalités d'application, aux opérations d'investissement, du décret n° 73-207 .

Note 20 CE, avis, 31 janv. 1995, n° 356960 : EDCE 1995, p. 457, n° 47 ; AJDA 1997, p. 126 , note E. *Fâtome et Ph. Terneyre*. – Les grands avis du Conseil d'État : Dalloz, 2002, n° 33.

Note 21 CE, 8 févr. 1991, n° 57679 , 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, n° 280370, Cte cnes Millau-Grands Causses : JurisData n° 2008-073548 ; mentionné aux tables du Recueil Lebon ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 182 , note G. *Eckert* ; AJDA 2008, p. 966 . – CE, 11 août 2009, n° 317516, Cne Les Vans c/ Sté Ets Pierre Fabre :

JurisData n° 2009-007566 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, *comm.* 304 , *note G. Eckert.*

[Note 22](#) *J.-D. Dreyfus, Maîtrise d'ouvrage, contrats de travaux, contrats immobiliers, quelle relation ? : CP-ACCP n° 87, avr. 2009, p. 47 .*

[Note 23](#) *Ibid.*

[Note 24](#) *Y. Laidie, Bail à construction et collectivités publiques : quelques précisions : Contrats-Marchés publ. 2008, étude 10 ; cité par F. Llorens, art. préc.*

[Note 25](#) *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 ; 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 .*

[Note 26](#) *V. CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA c/ Comune di Bari : Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 255 , note W. Zimmer. – CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, Helmut Müller GmbH : JurisData n° 2010-003820 ; AJDA 2012, p. 682 , étude E. Fatôme et L. Richer.*

[Note 27](#) *Sur cette question, V. E. Fâtome et L. Richer, Vefa et marché public de travaux : le nouvel état du droit : Contrats-Marchés publ. 2016, étude 6 .*

[Note 28](#) *Cinq premiers al. de l'art. 1er de la loi MOP . – V. désormais CCP, art. L. 2411-1 .*

[Note 29](#) *Al. 1er et six à dix de l'art. 1er de la loi MOP . – V. désormais CCP, art. L. 2412-1 et L. 2412-2 .*

[Note 30](#) *Sur 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 : Le Moniteur, 3e éd., spéc. p. 44.*

[Note 31](#) *N. Boulouis, concl. ss CE, 17 juin 2009, SA d'économie mixte nationale [SAEMN] Bibracte : BJCP 2009, p. 379 .*

[Note 32](#) *CE, 12 juill. 1989, Cne Chaumont c/ Sté centrale immobilière de construction de l'Est : Lebon T., p. 787 ; D. 1990, somm. p. 243, obs. Ph. Terneyre.*

[Note 33](#) *CE, 17 juin 2009, n° 297509, SAEMN Bibracte : JurisData n° 2009-075623 ; Lebon T., p. 667 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 284 , note G. Eckert ; AJDA 2009, p. 1226 .*

[Note 34](#) *CE, sect., 25 févr. 1994, n° 144641, Sofap Marignan Immobilier : Lebon, p. 94 ; RFDA 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova.*

[Note 35](#) *CE, sect., 8 févr. 1991, n° 57679, 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 . – S. Braconnier, Précis du droit de la commande publique : Le Moniteur, Paris, 5e éd., 2017, p. 205.*

[Note 36](#) *V. not. E. Fâtome et Ph. Terneyre, Note sur CE, avis, 31 janv. 1995, n° 356960 : AJDA 1997, p. 126 .*

[Note 37](#) *J.-M. Peyrical, À la recherche de la maîtrise d'ouvrage publique, in Mél. A.-S. Mescheriakoff : Bruylant, p. 232.*

[Note 38](#) *C. Grange, préc., p. 44.*

[Note 39](#) *V. avant son abrogation par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, art. 1er, § II sur les contrats de partenariat. Le cas de la concession d'aménagement peut également être cité, V. C. urb., art. L. 300-4, al. 3 .*

[Note 40](#) *L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. – V. le dossier La loi ELAN passée au crible : AJDI 2019, p. 11 .*

[Note 41](#) *Sauf 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. 2019, comm. 1 . – B. Wertenschlag, La loi ÉLAN et le logement social : AJDI 2019, p. 12 .*

[Note 42](#) *Jusqu'à son abrogation par l'ordonnance du 23 juillet 2015 , V. CMP, art. 1er, § III (éd. 2006). – V. CE, 4 oct. 1967, Trani : Lebon, p. 352. – CE, 12 oct. 1988, n° 82053 , Min. 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.*

[Note 43](#) *L'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, V. 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 .

Note 44 Ord. 23 juill. 2015 relative aux marchés publics transposant fidèlement la partie législative des directives n° 2014/24/UE et n° 2014/25/UE , préc. – V. le 2° du § I de l'art. 5 de l'ord. et désormais l' art. L. 1111-2 du CCP .

Note 45 V. par ex. CAA Douai, 14 avr. 2014, n° 13DA00726, *Sté Benoît Journal Environnement* .

Note 46 CE, 8 avr. 1998, n° 167372, *Préfet de l'Aube* : *JurisData* n° 1998-050154 ; *RD imm.* 1998, p. 359 , obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *BJCP* 1998, p. 100 .

Note 47 L. Elan, art. 88. V. G. Clamour, art. préc.

Note 48 Sur 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.

Note 49 P. Weil, *Le critère du contrat administratif en crise*, in *Mél. M. Waline* : *LGDJ*, 1974, p. 847.

Note 50 Dès 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 (*CCP*, art. L. 2). Si la contrepartie réside en un prix, ils constituent des marchés publics de travaux (*CCP*, art. L. 1111-1).

Note 51 Il en va *a fortiori* ainsi du choix du maître d'œuvre public, hypothèse exclue du champ d'application des règles relatives à la MOP. – V. CE, *sect.*, 20 mai 1998, n° 188239, *Cté cnes Piémont de Barr* ; *Dr. adm.* 1998, *comm.* 193 ; *AJDA* 1998, p. 553 , *chron.* F. Raynaud et P. Fombour ; *RFDA* 1998, p. 609, *concl.* H. Savoie. – *A contrario*, est de droit privé le contrat de maîtrise d'œuvre conclu par la personne privée délégataire de service public agissant pour son compte, V. CE, 17 juin 2009, n° 297509, *SAEMN Bibracte* , préc.

Note 52 V. L. Erstein, *Marchés de maîtrise d'œuvre* : *JCl. Collectivités territoriales*, fasc. 660, 6 mai 2019, n° 1 .

Note 53 V. B. Neveu et R. Meresse, *L'assistance à maîtrise d'ouvrage : un objet juridique non (mal ?) identifié ?* : *CP-ACCP* n° 87, avr. 2009, p. 57 .

Note 54 V. N. Sitruk et C. Romon, *préc.*, p. 50.

Note 55 V. F. Llorens, *La mission du maître d'ouvrage délégué* : *RDI* 1996, p. 463 .

Note 56 En 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. V. T. *confl.*, 18 juill. 2007, n° 3611 , *Sté d'équipement du département de la Réunion*.

Note 57 Sur le régime des contrats de co-maîtrise d'ouvrage, V. D. Chabanol et F. Bourrachot, *La co-maîtrise d'ouvrage publique* : *CP-ACCP* 2009, n° 87, p. 43 .

Note 58 E. Fatôme, *préf.* in C. Grange, *La loi MOP* : *Le Moniteur*, 3e éd., p. 9.

Note 59 S'agissant de la qualité de pouvoirs adjudicateurs des organismes privés d'habitation à loyer modéré, V. *CJCE*, 5e ch., 1er févr. 2001, *aff. C-237/99*, *Comm. c/ France*, § 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.

Note 60 Art. 4 du texte.

Note 61 Ph. Terneyre, *La maîtrise d'œuvre en droit public* : *RDI* 2002, p. 119 ; *Modification de la loi MOP* : *BJCP* 2004, p. 424 .

Note 62 Le 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, *aff. C-263/03*, *Comm. c/ France* : *Contrats-Marchés publ.* 2005, *comm.* 296 , note W. Zimmer.

Note 63 CE, *ass.*, 5 mars 2003, n° 233372, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux* : *JurisData* n° 2003-064979 ; *AJDA* 2003, p. 722 .

Note 64 Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Note 65 Sur le champ d'application de l'obligation de recourir au concours, V. *CCP*, art. L. 2172-1 et R. 2172-2 .

[Note 66](#) *N. Sitruk et C. Romon, préc., p. 225 et s.*

[Note 67](#) En raison de l'obligation de dissocier les missions du maître d'œuvre et de l'entrepreneur posée par l'alinéa 2 de l'article L. 2431-1 du CCP.

[Note 68](#) *P. Grelier Wyckoff, Pratique du droit de la construction : Eyrolles, 8e éd., 2017, p. 44.*

[Note 69](#) *M. Ubaud-Bergeron, Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ?, art. préc.*

[Note 70](#) § II de l'art. 69 de la loi ELAN. *V. G. Clamour, art. préc.*

[Note 71](#) S'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'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2020, dossier 3

Maîtrise d'ouvrage publique : essai de délimitation - . - (par rapport à la maîtrise d'œuvre et à la maîtrise d'ouvrage privée)

Etude par Jean-François LAFIX professeur à l'université de Strasbourg

[Accès au sommaire](#)

La loi du 12 juillet 1985 (« loi MOP ») a créé la notion de maîtrise d'ouvrage publique, en tant que catégorie spécifique, et déterminé les fonctions du maître d'ouvrage public, spécialement par rapport à celles du maître d'œuvre privé [Note 1](#). Ce faisant, la loi a repris une notion connue en droit civil [Note 2](#), tout en l'inscrivant dans une fonction d'intérêt général dont le titulaire ne peut se démettre [Note 3](#).

1. - La loi de 1985 définit la maîtrise d'ouvrage publique de deux points de vue : en délimitant son champ d'application, d'une part, et les droits et obligations qu'elle détermine, d'autre part. La loi MOP circonscrit ainsi, tout d'abord, les opérations auxquelles elle s'applique, c'est-à-dire des opérations de construction neuve ou de réhabilitation [Note 4](#), en fonction du type d'ouvrage (ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure, sauf exception) [Note 5](#) et des catégories de personnes qui sont maîtres de l'ouvrage, c'est-à-dire l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les organismes de sécurité sociale ou d'habitation à loyer modéré [Note 6](#). Ces entités ont la qualité de maître de l'ouvrage lorsqu'elles sont la personne « pour laquelle l'ouvrage est construit » [Note 7](#) ou, selon la formule désormais retenue, la personne « *projetant la construction d'un ouvrage* » (*CCP, art. L. 2410-1*). La loi précise ensuite les fonctions que le maître de l'ouvrage doit assumer en tant que responsable principal de l'ouvrage [Note 8](#).

2. - Les fonctions du maître d'ouvrage sont celles d'une personne qui commande un ouvrage répondant à ses besoins et qui en devient immédiatement propriétaire. Ce sont des fonctions qu'une personne soucieuse de ses intérêts (du point de vue de l'utilité, du coût et de l'esthétique de l'ouvrage, notamment), bien informée et raisonnable devrait *a priori* assumer. En tout cas, la loi ne peut se comprendre que si l'on présuppose qu'il est de l'intérêt de la personne publique d'assumer ces missions. Cela n'est pas parfaitement évident, spécialement lorsque la personne publique n'a pas les moyens d'assumer cette fonction ou lorsque l'obligation de l'assumer empêche cette personne de recourir à des montages avantageux. Mais il faut bien reconnaître que l'expérience des contrats de partenariat public-privé dans lesquels l'acheteur public n'assume pas la mission de maître de l'ouvrage [Note 9](#) devrait conduire à examiner les dérogations à la maîtrise d'ouvrage publique de façon vigilante [Note 10](#). La mission du maître de l'ouvrage consiste, avant tout, à apprécier la faisabilité et l'opportunité de l'opération (ce qui inclut inévitablement la décision de réaliser l'ouvrage), à en déterminer la localisation, en définir le programme [Note 11](#) (qui porte sur les objectifs à atteindre, les besoins à satisfaire et les contraintes à respecter) et en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle [Note 12](#), en assurer lui-même

le financement, en choisir le processus de réalisation et à conclure les contrats ayant pour objet les études et la réalisation des travaux (*CCP, art. L. 2421-1*). Ces missions confèrent effectivement l'entière maîtrise de l'opération au maître de l'ouvrage public. Mais toute personne ne dispose pas nécessairement de l'expertise suffisante pour être un maître d'ouvrage autonome et responsable. La loi détermine donc les hypothèses dans lesquelles le maître de l'ouvrage peut confier une partie de ses missions à une autre personne, s'agissant, soit des études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle [Note 13](#) , soit des autres missions qui relèvent de la fonction de maître de l'ouvrage, dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtés, à l'exception du financement de l'opération et de l'approbation du choix du maître d'œuvre et de l'entrepreneur [Note 14](#) .

3. - La perspective retenue par la loi MOP consiste donc à définir la maîtrise d'ouvrage publique en vue d'imposer les missions correspondantes au maître d'ouvrage. Bien que cette perspective ne soit pas celle du droit civil, pour lequel la notion de maître de l'ouvrage sert, avant tout, à désigner la personne à laquelle est réservée l'action en garantie des constructeurs [Note 15](#) , la conception de la maîtrise d'ouvrage publique s'appuie sur une base civiliste. Autrement dit, du point de vue de l'identification du maître de l'ouvrage, le droit civil et la loi MOP se rejoignent. Même si cette identité n'est pas parfaite (en raison de certaines configurations spécifiquement publiques), il s'agit de placer les personnes publiques (et quelques personnes privées) dans le rôle d'un propriétaire commandant et payant un ouvrage et bénéficiant des garanties associées à ce statut. Mais, pour ces personnes, ce statut est d'ordre public. La loi MOP interdit aux personnes publiques d'abandonner leurs responsabilités de propriétaire et les garanties qui l'accompagnent. Cette perspective n'est pas originale. Le droit public investit souvent les personnes publiques de fonctions qui impliquent l'exercice de prérogatives exorbitantes du droit commun auxquelles elles ne peuvent pas renoncer (pouvoirs de police, pouvoirs de décision unilatérale, pouvoirs d'organisation du service public). Ces fonctions de puissance publique s'opposent aux droits subjectifs patrimoniaux dont les personnes privées ont, en principe, la libre disposition et dont la propriété est le type idéal [Note 16](#) . La loi MOP illustre, elle aussi, tout comme l'interdiction des libéralités publiques et le principe d'égalité devant les charges publiques, l'une des finalités du droit public : celle de protéger les intérêts collectifs des mauvaises décisions que peuvent prendre les individus qui assument, temporairement, des fonctions de décision au sein des organes œuvrant à la satisfaction de ces intérêts collectifs. Ce qui va de soi pour les personnes privées, du fait de leur égoïsme naturel, ne fonctionne pas spontanément pour les personnes publiques. Il faut l'imposer. De ce point de vue, la loi MOP se rapproche d'une conception républicaine du droit et du contrat, qui se méfie des abandons incontrôlés que le consentement peut masquer [Note 17](#) . La loi MOP est certes – et souvent – critiquée [Note 18](#) . Mais elle l'est probablement plus pour la satisfaction qu'elle apporte au lobby des architectes, pour l'atteinte qu'elle porte à la liberté contractuelle empêchant de recourir à certains montages ou encore pour ses rigidités techniques méconnaissant la nécessité d'un passage du programme au projet « sous forme d'un aller-retour » [Note 19](#) , et moins pour la protection qu'elle vise à conférer aux personnes publiques.

4. - Les personnes publiques doivent donc assumer leurs intérêts de propriétaires de façon impérative. La loi MOP vise ainsi à forcer la vertu. Cette loi n'est toutefois pas parfaitement conçue car la manière d'élaborer une catégorie juridique n'est pas conforme aux règles de l'art législatif.

1. Le maître d'ouvrage public : un propriétaire vertueux

5. - Concevoir la maîtrise d'ouvrage publique consiste à fixer une fonction dans le cadre des opérations de construction d'un ouvrage, lorsque cette construction est projetée par une personne publique. D'une façon générale, le maître de l'ouvrage est défini comme celui pour le compte duquel l'ouvrage est réalisé [Note 20](#) . La manière d'identifier cette personne s'inscrit dans une perspective commune au droit civil et au droit administratif, en ce qu'elle est prioritairement fondée sur la qualité de propriétaire du bien construit. En effet, la jurisprudence civile définit le maître de l'ouvrage comme étant « la personne physique ou morale, propriétaire du terrain ou titulaire du droit de construire, pour le compte de laquelle l'opération immobilière est réalisée » [Note 21](#) . De même, selon le Conseil d'État, est maître d'ouvrage la personne pour le compte de laquelle est menée une opération de construction « d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres » [Note 22](#) .

A. - Une perspective civiliste unitaire

6. - L'expression « pour le compte » désigne deux sortes d'intérêts. Elle signifie, d'une part, pour celui qui profite, en qualité de propriétaire et/ou, d'autre part, pour celui qui commande l'ouvrage. La première qualité reste la plus importante. Le maître de l'ouvrage est, en principe, celui qui est ou devient immédiatement propriétaire de l'ouvrage réalisé. En droit civil de la construction, la propriété de l'ouvrage résulte assez simplement de la propriété du sol sur lequel l'ouvrage est édifié en vertu de la règle de l'accession [Note 23](#) . Et en cas de cession, les acquéreurs successifs deviennent maître d'ouvrage en devenant propriétaire [Note 24](#) . Le maître d'ouvrage n'est pas nécessairement destiné à rester propriétaire de l'ouvrage réalisé. Dans ce cas, il réalisera la valeur d'échange du bien et n'en aura pas vraiment l'usage. Cela explique que le vendeur d'un immeuble à construire, qui est bien celui pour le compte duquel les travaux sont réalisés, conserve la qualité de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux (*CCH, art. L. 261-3*). Par ailleurs, une propriété temporaire suffit pour être maître de l'ouvrage.

C'est pourquoi, dans le cas d'un bail à construction, c'est le preneur, en raison de son droit réel immobilier sur le terrain, et non le bailleur [Note 25](#), qui est maître d'ouvrage des travaux qu'il commande et dont il est propriétaire jusqu'au terme du bail. Il en va de même du preneur dans le cadre d'un bail emphytéotique [Note 26](#).

7. - Pour des raisons tant juridiques que pratiques, s'il s'agit d'édifier un ouvrage sur le terrain d'une personne, cette personne doit, en principe, autoriser ou commander la réalisation de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage est donc aussi la personne pour le compte de laquelle l'ouvrage est réalisé parce que c'est celle qui commande l'ouvrage. Cette conception apparaît à l'article 1787 du Code civil, qui évoque celui qui « *charge quelqu'un de faire un ouvrage* ». Mais lorsque l'intérêt de celui qui commande diffère de l'intérêt de celui qui devient propriétaire, c'est le propriétaire qui bénéficie de la qualité de maître d'ouvrage et des protections afférentes. Ainsi, dans le cadre d'un crédit-bail, c'est le crédit-bailleur qui est le maître de l'ouvrage [Note 27](#), alors même que cela semble inopportun puisque le crédit-preneur ne peut pas agir contre les constructeurs sur le fondement de la garantie décennale [Note 28](#), en raison des désordres affectant la construction qu'il utilise pourtant [Note 29](#).

B. - Une perspective publiciste duale

8. - Le droit administratif associe souvent, lui aussi, la qualité de maître de l'ouvrage à celle propriétaire. Mais il reconnaît, dans le cadre des concessions, la qualité de maître d'ouvrage à la personne qui commande la réalisation de l'ouvrage. En principe, le maître d'ouvrage est la personne pour le compte de laquelle est menée une opération de construction « d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres » [Note 30](#). Ici aussi, une propriété temporaire, comme celle du preneur d'un bail emphytéotique administratif, confère la qualité de maître d'ouvrage [Note 31](#). Cette perspective se comprend assez bien dès lors que la propriété joue un rôle important parmi les instruments de l'action publique, comme le montrent les définitions du domaine public ou du travail public (dans la version Commune de Monséjour). En effet, dans le droit des travaux publics, « pour le compte » renvoie tout autant aux missions de l'administration qu'à sa propriété » [Note 32](#) et le travail est public, tout au moins, lorsque la personne publique exerce la maîtrise d'ouvrage. *A fortiori*, dans le contexte de la loi MOP, dont le but était d'améliorer la qualité des constructions publiques tout en limitant leur coût [Note 33](#), cette perspective patrimoniale s'accorde avec la conception propriétaire de la maîtrise d'ouvrage. Fondamentalement, il s'agit d'offrir aux personnes publiques une protection qui est offerte à tout maître d'ouvrage en contrepartie de son obligation de payer les constructeurs : la garantie décennale des constructeurs [Note 34](#). Le juge administratif ayant fait le choix d'étendre la garantie décennale prévue par le Code civil au profit des personnes publiques, sur le fondement des « principes dont s'inspire » le Code civil [Note 35](#), il apparaît simple de reprendre la conception du maître de l'ouvrage qui permet d'invoquer cette garantie. Désormais le Code de la commande publique évoque la personne qui projette la construction d'un ouvrage (*CCP, art. L. 2410-1*) et non plus « la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit ». Cette évolution ne paraît toutefois pas significative dès lors que la codification a été réalisée à droit constant, d'une part, et que celui qui projettera reste en principe le propriétaire du terrain d'assiette de la construction ou celui qui devient immédiatement propriétaire, d'autre part.

9. - Il n'en reste pas moins que le droit administratif s'écarte parfois de la conception « propriétaire » pour accorder la qualité de maître de l'ouvrage à la personne qui commande et finance l'ouvrage sans en devenir immédiatement propriétaire. Cette solution résulte du statut des biens de retour dans les contrats de concession. En effet, les biens de retour deviennent en principe immédiatement la propriété de la personne publique concédante [Note 36](#) quand bien même ils restent à la disposition du concessionnaire pendant la durée de la concession et ne font « retour » gratuitement au concédant qu'en fin d'exécution du contrat. Les travaux relatifs à la construction des biens de retour ou portant sur ces biens concernent des ouvrages dont une personne publique est propriétaire ou devient immédiatement propriétaire. Ces ouvrages sont propriété publique, y compris lorsqu'ils sont réalisés sur une propriété privée, sauf clause contraire du contrat. Pourtant, c'est le concessionnaire, et non la personne publique propriétaire, qui est maître de l'ouvrage [Note 37](#). En plaçant les obligations relatives à la maîtrise d'ouvrage publique dans sa partie concernant les marchés publics, le Code de la commande publique confirme cette solution jurisprudentielle. Cette dissociation entre propriété et maîtrise d'ouvrage – qui conduit à ce qu'il n'y ait pas maîtrise d'ouvrage publique – s'explique par le montage économique de la concession. Le concessionnaire assume le préfinancement des biens de retour et les risques liés aux investissements. Il assume donc, notamment, les risques contractuels ou autres liés à la réalisation des ouvrages. C'est alors lui qui a intérêt à agir en responsabilité en vue d'obtenir une indemnisation puisque l'équilibre économique de son activité est en jeu. L'identité entre maîtrise d'ouvrage et propriété est rétablie lorsque le concessionnaire dispose de droits réels sur les ouvrages qu'il réalise et assume alors les droits et obligations du propriétaire. Il s'agit d'une propriété temporaire. Ces solutions, concernant la concession, ne sont pas fondamentalement différentes de celles qui s'appliquent en droit civil si l'on considère que la propriété est révélatrice de l'intérêt économique lié à la construction. Dans le cadre de la concession, l'intérêt économique est divisé par la séparation entre propriété et risque économique. C'est alors le risque économique qui l'emporte du point de vue de la maîtrise d'ouvrage car c'est le concessionnaire qui paie et qui assume le défaut d'amortissement. Mais cette solution est générale, tant que l'on est en présence d'une concession et donc d'un risque économique à la charge du concessionnaire. Elle s'applique donc même en cas de paiement public partiel ou de mécanisme de garantie dès lors qu'ils ne rendent pas le risque économique négligeable.

10. - La solution valant pour les marchés de partenariat est moins univoque. En vertu du Code de la commande publique, le titulaire assume la maîtrise d'ouvrage (*CCP, art. L. 1112-1*). Cela permet de lui confier le préfinancement (au moins partiel) des travaux dans le cadre de sa mission globale, sans qu'il y ait toutefois ici de transfert du risque économique puisqu'il y a seulement un partage des risques (*CCP, art. L. 2213-1*) et une rémunération au moyen d'un paiement par l'acheteur à compter de l'achèvement des missions principales et pendant toute la durée du contrat (*CCP, art. L. 2213-8*). Dans le cas le mieux explicité par le code, c'est-à-dire lorsque le contrat autorise l'occupation du domaine public, le « titulaire a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public » (*CCP, art. L. 2213-10*). Il y a donc, à nouveau, identité entre les qualités de maître d'ouvrage et de propriétaire. Le titulaire peut d'ailleurs rester propriétaire des ouvrages, si les clauses du contrat le prévoient (*CCP, art. L. 2213-13*), mais probablement pas lorsqu'ils sont édifiés sur une propriété publique. Il est toutefois concevable, bien que moins probable, que le titulaire du contrat assume la maîtrise d'ouvrage sans être propriétaire des ouvrages, si le contrat écarte la solution de principe (*CCP, art. L. 2213-10*). Dans ce cas, il y a alors dissociation des deux qualités. Cette solution subtile conduit à s'interroger sur la raison profonde de l'identité de principe entre les qualités de propriétaire et de maître d'ouvrage.

11. - L'identité des conceptions civile et administrative peut apparaître « naturelle ». Puisqu'il s'agit de résoudre des questions assez semblables, structurellement, pour les personnes publiques ou les personnes privées, les solutions civilistes peuvent servir d'exemple, voire de modèle. Mais cette explication scolastique est d'un intérêt limité et c'est plutôt une perspective instrumentale qui explique cette proximité. Comme l'explique Benoît Plessix, au sujet de la transposition en droit administratif de la responsabilité décennale des constructeurs, il s'agit d'une utilisation idéologique du droit civil. Selon lui, elle serait destinée à renforcer la protection des personnes publiques maître de l'ouvrage dans un cas où cette responsabilité ne s'impose pas de façon inhérente au contrat de construction [Note 38](#) et où elle vient renforcer les prérogatives de puissance publique en matière de travaux publics [Note 39](#) . L'idée de protection paraît tout à fait juste. En revanche, celle de puissance publique n'explique pas que l'obligation pour les personnes publiques d'exercer les missions de maître d'ouvrage apparaisse parfois comme une charge illusoire et qu'il soit tentant de s'y soustraire au nom de la liberté contractuelle. Dès lors, si l'on admet que l'obligation d'exercer les missions correspondantes est une caractéristique de la maîtrise d'ouvrage publique par rapport à la maîtrise d'ouvrage privée, cette obligation s'explique plutôt par les risques liés à l'abandon de cette qualité et des protections qu'elle confère. En effet, sur le terrain juridique, la garantie des constructeurs protège de façon évidente le maître d'ouvrage. D'ailleurs, selon des commentateurs avisés, dans « le système antérieur à la loi de 1985, le maître d'ouvrage délégué passait les marchés de maîtrise d'œuvre et les marchés de travaux avec les titulaires de lots, réglait les montants de ces marchés et était seul susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre ou de l'entrepreneur » [Note 40](#) . C'est à cette situation, notamment, que le législateur aurait voulu remédier. Sur le terrain économique, l'obligation d'assumer la maîtrise d'ouvrage empêche les personnes publiques de recourir à des montages coûteux à long terme (notamment en raison du préfinancement privé) et dangereux (en raison de la difficulté de négocier des contrats globaux ou complexes). C'est donc plutôt l'impuissance publique, résultant du manque d'expertise interne ou des pressions économiques et financières induisant une dépendance à l'égard des acteurs privés, qui est révélée par le choix de la loi MOP . Il complète l'interdiction faite aux collectivités territoriales par loi de finances du 23 décembre 1972 [Note 41](#) de renoncer à exercer toute action en responsabilité à l'égard de toute personne physique ou morale qu'elles rémunèrent sous quelque forme que ce soit [Note 42](#) .

2. La maîtrise d'ouvrage publique : une fonction imparfaitement conçue

12. - Afin d'éviter les inconvénients liés à la passivité des personnes publiques, consistant « à se défausser sur leurs partenaires privés, naturellement plus soucieux de leurs bénéfices que de l'intérêt général et de l'économie des deniers publics » [Note 43](#) , le rôle de maître de l'ouvrage est rendu obligatoire. L'originalité de la maîtrise d'ouvrage publique réside ainsi dans la définition d'une fonction d'intérêt général imposant de prendre des décisions relatives à un projet d'ouvrage et à une opération de construction qu'un maître d'ouvrage privé n'a pas obligatoirement à assumer lui-même [Note 44](#) . Corrélativement, la loi encadre strictement la délégation de maîtrise d'ouvrage qui ne peut se faire que sous la forme d'un mandat spécifique. La séparation qui en résulte n'est pas seulement consacrée avec le constructeur. Le maître de l'ouvrage ne doit pas non plus se dessaisir à l'égard du maître d'œuvre privé. Mais la loi MOP , et le Code de la commande publique encore, comportent un double défaut. D'une part, la manière de définir les conditions qui déclenchent l'obligation d'assumer la maîtrise d'ouvrage est imparfaite. Ensuite, l'encadrement substantiel des rapports avec le maître d'œuvre néglige deux aspects.

A. - L'élaboration imparfaite d'une catégorie juridique

13. - La loi MOP illustre l'une des difficultés liées à l'usage de l'indicatif présent, lorsque cet usage introduit une confusion entre les conditions et les conséquences attachées à une catégorie juridique. Dire que le maître de l'ouvrage est le responsable principal de l'ouvrage ne sert pas ici à identifier une condition d'application du régime de maître de l'ouvrage, mais fait déjà partie dudit régime, si bien que son application doit être déterminée par d'autres conditions. Or, si la loi définit bien les missions du maître de l'ouvrage public, le plus important n'est pas dit par la loi : dans quels cas les personnes publiques sont-elles obligées d'assumer cette fonction ? Il y a, sur ce point, une ambiguïté

dans la loi MOP, qui est liée à la manière de concevoir une catégorie juridique. Habituellement, une catégorie juridique sert à déterminer le champ d'application d'un régime juridique. Pour le dire à la manière du juriste danois Alf Ross, une catégorie, « c'est un terme systématique ou logique servant à désigner non point un fait, une qualité, une relation, un événement ou une procédure de quelque ordre que ce soit, mais exclusivement la corrélation systématique entre une pluralité disjonctive de faits-conditions et une pluralité cumulative de conséquences juridiques » [Note 45](#). Il est peut-être plus simple, mais équivalent, d'énoncer qu'une catégorie juridique consiste en une relation univoque et systématique entre un ensemble de conditions cumulatives ou alternatives et un ensemble de conséquences juridiques prédéterminées. Autrement dit, par exemple, ce qui définit le propriétaire, ce sont les conditions dans lesquelles une personne devient propriétaire d'une chose, c'est-à-dire peut exercer les prérogatives attachées à ce statut juridique relativement à cette chose. Dès lors, on ne saurait correctement (c'est-à-dire d'une façon techniquement utile) définir une catégorie juridique en se contentant de définir les conséquences juridiques attachées à un statut légalement nommé, c'est-à-dire les missions (droits et obligations) du maître de l'ouvrage. Il faut avant tout déterminer les conditions dont la réunion déclenche l'obligation d'assumer ces missions.

14. - Or, de ce point de vue, la loi MOP et aujourd'hui encore le Code de la commande publique sont défailants. Ils définissent certes précisément le maître d'ouvrage par sa fonction. Mais, s'agissant des conditions, ces normes se contentent de désigner les personnes juridiques et le type d'ouvrage, sans préciser l'essentiel, c'est-à-dire ce que signifie être la personne « pour laquelle l'ouvrage est construit » [Note 46](#) ou la personne « projetant la construction d'un ouvrage » (*CCP*, art. L. 2410-1). Pourtant, l'enjeu essentiel de la loi MOP va au-delà du point de savoir qui, en tant que maître de l'ouvrage, doit assumer les obligations liées à ce statut. Cela est évident puisque c'est le maître de l'ouvrage ! L'enjeu est plus fondamentalement de savoir quand une personne publique doit être maître de l'ouvrage. Cela conditionne, en particulier, la validité du recours à la VEFA ou au bail à construction. C'est pour cela que le Conseil d'État a dû préciser qu'une personne publique est tenue de se placer en situation d'assumer les obligations du maître de l'ouvrage « lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et lorsqu'il a été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique » [Note 47](#). Le codificateur n'a pas repris ces précisions jurisprudentielles. La loi n'offre donc toujours pas les précisions nécessaires pour utiliser correctement la catégorie juridique de maître de l'ouvrage public.

B. - L'encadrement inégal des rapports avec le maître d'œuvre

15. - La loi MOP comporte aussi deux limites substantielles, en ce qu'elle ne couvre pas la maîtrise d'œuvre publique et en ce qu'elle ne couvre pas les relations entre maître d'ouvrage et maître d'œuvre au cours du chantier.

16. - La loi MOP ne traite que des relations entre la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'œuvre privée, ainsi que de la délégation partielle de la maîtrise d'ouvrage à un mandataire. La loi MOP « ne s'applique donc pas lorsque les maîtres d'ouvrage n'ont pas recours à la maîtrise d'œuvre privée, ne serait-ce que parce qu'ils s'adressent à un maître d'œuvre public » [Note 48](#). En cela, la législation est étonnante et limite la portée de la « rupture » réalisée en 1985. Avant la loi MOP, en effet, quelques commentateurs font observer que le « maître d'ouvrage délégué était seul responsable des travaux jusqu'à la remise de l'ouvrage au maître d'ouvrage qui, normalement, lui donnait à ce moment-là quitus de la réalisation de sa mission. De nombreuses critiques avaient été adressées à ce système qui aboutissait dans certains cas à un abandon par les collectivités territoriales, au profit le plus souvent des services déconcentrés de l'État, de leur responsabilité architecturale et urbanistique » [Note 49](#). Pourquoi ce vide si le principal problème antérieur résultait de la maîtrise d'œuvre publique ? Deux raisons semblent expliquer cette situation. Tout d'abord, il semble que les maîtres d'œuvre publics aient été considérés comme vertueux du point de vue de l'intérêt public, si bien qu'il était moins problématique de ne pas imposer cette vertu au maître d'ouvrage public dans un tel cas. Mais cette explication ne tient ainsi pas compte d'une partie des critiques adressées à la situation antérieure. Ensuite, le rapporteur du texte au Sénat évoque une autre loi, en cours de réflexion, sur la maîtrise d'œuvre publique, qui devait régler ces questions [Note 50](#). Mais cette loi n'est pas intervenue. En tout état de cause, lorsque la maîtrise d'œuvre publique doit être mise en concurrence avec la maîtrise d'œuvre privée – ce qui est le cas le plus général – il faut suivre les opérations applicables aux rapports avec la maîtrise d'œuvre privée puisqu'il faudra éventuellement contracter avec ces opérateurs privés. Ce n'est que lorsque les personnes publiques peuvent avoir recours à des maîtres d'œuvre publics directement que la loi MOP peut ne pas trouver à s'appliquer, ce qui couvre le cas de l'assistance de l'État pour l'instruction des demandes de permis de construire (*C. urb.*, art. L. 422-8) ou l'assistance entre collectivités publiques pour des raisons de solidarité ou de coopération, c'est-à-dire sous forme d'interventions hors marché l'assistance entre collectivités publiques pour des raisons de solidarité ou de coopération, c'est-à-dire sous forme d'interventions hors marché [Note 51](#). Hors de ces cas, la loi MOP s'applique donc bien pour ce qui concerne la fonction de maître de l'ouvrage, même si elle ne s'applique pas pour ce qui concerne la fonction de maître d'œuvre lorsque le maître d'œuvre est public.

17. - La loi MOP tend à éviter toute délégation du maître de l'ouvrage au maître d'œuvre dans la phase de préparation de la construction. En revanche, cette séparation des missions ne se retrouve que partiellement dans la phase d'exécution. Le maître d'œuvre exerce une mission de conception et d'assistance. Au stade de la préparation des opérations de construction, la maîtrise d'œuvre est une mission globale qui doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître d'ouvrage pour la réalisation d'une opération (*CCP*, art. L. 2431-1). Il faut donc que le maître d'ouvrage ait clairement défini son programme et son enveloppe financière. C'est

pourquoi le maître d'ouvrage doit faire effectuer des études préalables indispensables, élaborer un programme et annoncer une enveloppe financière avant de faire entreprendre les études de projet par un maître d'œuvre. Au stade de la passation des contrats d'entreprise, le maître d'œuvre assiste le maître de l'ouvrage dans l'examen des candidatures et l'analyse des offres, sans se substituer au maître de l'ouvrage dans l'évaluation et le choix des entreprises. Au stade de l'exécution, le maître d'œuvre est en charge des études d'exécution, de la direction de l'exécution des marchés de travaux, c'est-à-dire de l'ordonnancement, du pilotage et la coordination du chantier. L'assistance apportée au maître d'ouvrage se poursuit lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement (*CCP, art. R. 2431-1*). Les missions du maître d'ouvrage et du maître d'œuvre en cours de chantier sont précisées par le CCAG-Travaux (2009). Celui-ci confie également la direction de l'exécution au maître d'œuvre, au point de définir l'ordre de service comme « la décision du maître d'œuvre qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché » [Note 52](#) . Cela revient à déléguer au maître d'œuvre, en vertu de la loi, le pouvoir de direction généralement reconnu à la personne publique dans les contrats administratifs [Note 53](#) . La doctrine doute parfois de l'existence de ce pouvoir, en tant que pouvoir général applicable à tout contrat administratif [Note 54](#) . Mais son existence est peu douteuse en matière de marchés publics de travaux. En revanche, lorsqu'il existe, il est en pratique largement exercé par le maître d'œuvre.

18. - Pourquoi cette séparation variable des fonctions du maître de l'ouvrage et du maître d'œuvre selon que l'on se trouve dans la place de préparation ou dans la phase d'exécution ? La raison principale est certainement que les décisions les plus importantes quant à l'opportunité de la construction et son ampleur sont prises au stade de la préparation. Au stade de l'exécution, il s'agit de concrétiser ces décisions en respectant les choix déjà opérés. Ensuite, la direction de l'exécution pose essentiellement des questions techniques qui relèvent de la compétence propre du maître d'œuvre, ce qui explique que le CCAG-Travaux prévoit son intervention pour de nombreuses opérations ou pour préparer de nombreuses décisions du maître de l'ouvrage. Enfin, le maître d'œuvre engage sa responsabilité contractuelle ou décennale lorsqu'il prend des décisions inadéquates. Dans cette perspective, à la différence de la phase de préparation du projet, confier un rôle étendu au maître d'œuvre dans l'exécution des travaux revient plutôt à protéger les intérêts du maître de l'ouvrage. ■

.. **Egalement dans ce dossier :** articles 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9

.. **Encyclopédies :** Contrats et marchés publics, fasc. 72

[Note 1](#) Sur ce sujet, V. E. *Fatôme et Ph. Terneyre, commentaire de l'avis du Conseil d'État du 31 janv. 1995, n° 356960, Les grands avis du Conseil d'État : Dalloz, 3e éd., 2008, spéc. p. 309 et s.* – F. *Llorens, Maîtrise d'ouvrage et contrats publics, in G. Clamour (dir.), Contrats et propriétés publics : LexisNexis, 2011, p. 195-215.* – J.-P. *Jouquelet et A. Galland, Maîtrise d'ouvrage publique, in Ph. Malinvaud (dir.), Droit de la construction : Dalloz, 2019, p. 1051 et s.* – G. *Clamour, Maîtrise d'ouvrage publique, Encyclopédie du droit de la commande publique : EFE, 2020.*

[Note 2](#) N. *Renard, La notion de maître de l'ouvrage : Defrénois 25 avr. 2019, n° 147d1, p. 37.*

[Note 3](#) L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 2 ; *CCP, art. L. 2411-1* .

[Note 4](#) L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 1er ; *CCP, art. L. 2412-1* .

[Note 5](#) La notion d'ouvrage est définie comme en matière de marchés de travaux (*CCP, art. L. 2412-1 et L. 1111-2*). Est ainsi visé le « *résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique* », « *ainsi que sur les équipements industriels destinés à l'exploitation de ces ouvrages* ». – L' article L. 2412-2 du Code de la commande publique écarte les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation (*V. CCP, art. R. 2412-1*), les ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une ZAC ou d'un lotissement ou situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national ou d'une grande opération d'urbanisme, les ouvrages de bâtiment acquis par des organismes d'habitations à loyer modéré ou des SEM par un contrat de vente d'immeuble à construire, les opérations de restauration effectuées sur des immeubles classés au titre de la protection du patrimoine.

[Note 6](#) L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 1er ; *CCP, art. L. 2411-1* .

[Note 7](#) L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 2 .

[Note 8](#) L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 2 ; *CCP, art. L. 2411-1* .

[Note 9](#) *V. infra.*

[Note 10](#) Sur le bilan de cette expérience, V. *Rapp. de la Cour des comptes européenne, Les partenariats public-privé dans l'UE : de multiples insuffisances et des avantages limités, 2018.* ou le rapport de MM. les sénateurs J.-P. Sueur et H. Portelli, *Rapp. d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur les partenariats publics-privés, 2014.*

Note 11 *M. Huet, Rôle du maître d'ouvrage dans la définition du programme : RDI 2002, p. 442 .*

Note 12 Plus précisément, la loi impose la définition préalable du programme et de l'enveloppe financière, même s'ils peuvent être poursuivis ou précisé par la suite (*CCP, art. L. 2421-4*). – Le programme vise à définir les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement, relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage (*CCP, art. L. 2421-2*).

Note 13 *L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 2 ; CCP, art. L. 2422-2 et s.*

Note 14 *L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 3 ; CCP, art. L. 2422-5 et s.*

Note 15 *N. Renard, La notion de maître de l'ouvrage, préc. – Cass. 3e civ., 16 janv. 2020, n° 16-24.352 : JurisData n° 2020-000349 .*

Note 16 *P. Garnsey, Penser la propriété : Les belles lettres, 2013, p. 211.*

Note 17 *Ph. Petit, Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement : Gallimard, 2004, p. 216.*

Note 18 *Ph. Terneyre, La maîtrise d'ouvrage publique : RFDA 2020, n° 4, à paraître.*

Note 19 *M. Huet, Rôle du maître d'ouvrage dans la définition du programme, préc.*

Note 20 *N. Renard, La notion de maître de l'ouvrage : Defrénois 25 avr. 2019, n° 147d1, p. 37. – V. aussi CCAG-Travaux 2009, art. 2 : « Le maître de l'ouvrage est le pouvoir adjudicateur pour le compte duquel les travaux sont exécutés ».*

Note 21 *N. Renard, La notion de maître de l'ouvrage, préc. – Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-13.782 : JurisData n° 2011-008442 .*

Note 22 *CE, 8 févr. 1991, n° 57679, Région Midi-Pyrénées. – CE, 9 déc. 2011, n° 342283, Cne Alès : JurisData n° 2011-028330 ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 45, note P. Devillers.*

Note 23 *Ph. Malinvaud (dir.), Droit de la promotion immobilière : Dalloz, 9e éd., 2014, p. 57 : « la construction a lieu pour le compte de la personne qui est juridiquement propriétaire du terrain ». – W. Dross, Les choses : LGDJ, 2012, § 408-1, p. 752. – Pour une discussion, V. P. Puig, La qualification du contrat d'entreprise : Éd. Panthéon-Assas, 2002, not. § 408 et J.-G. Sorbara, L'apport de la théorie civiliste au droit de propriété des constructions sur un fonds public : RFDA 2017, p. 341.*

Note 24 *Cass. 3e civ., 23 sept. 2009, n° 08-13.470 : JurisData n° 2009-049552 : « Les acquéreurs successifs d'un immeuble sont recevables à agir contre les constructeurs sur le fondement de la garantie décennale qui accompagne, en tant qu'accessoire, l'immeuble, nonobstant la connaissance, par les acquéreurs, des vices de celui-ci lors de la signature de l'acte de vente et l'absence, dans ce dernier, de clause leur réservant un tel recours, à moins que le vendeur ne puisse invoquer un préjudice personnel lui conférant un intérêt direct et certain à agir ».*

Note 25 *Cass. 3e civ., 7 oct. 2014, n° 13-19.448 .*

Note 26 *Cass. 3e civ., 15 sept. 2015, n° 14-20.171 .*

Note 27 *Cass. 3e civ., 3 mai 2018, n° 17-16.332 : JurisData n° 2018-007453 . – Cass. 3e civ., 17 janv. 1996, n° 94-12.231 .*

Note 28 *Cass. 3e civ., 11 mars 1992, n° 88-18.583 . – Cass. 3e civ., 27 mai 1999, n° 97-19.599 .*

Note 29 *N. Renard, La notion de maître de l'ouvrage, préc.*

Note 30 *CE, 8 févr. 1991, n° 57679, Région Midi-Pyrénées. – CE, 14 mai 2008, n° 280370, Communauté de cnes de Millau-Grands Causses : JurisData n° 2008-073548 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 182, note G. Eckert.*

Note 31 *CE, sect., 25 févr. 1994, n° 144641, SOFAP Marignan Immobilier. – CE, 16 févr. 2005, n° 211039, Cne Hyères : JurisData n° 2005-068018 ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 126, note J.-P. Pietri. – CAA Bordeaux, 2 févr. 2017, n° 14BX02682, Assoc. Savès-Accueil-Transparence .*

Note 32 *N. Foulquier, Droit administratif des biens : LexisNexis, 2019, p. 646.*

Note 33 *Rapp. Sénat n° 273, p. 2, R. Laucournet.*

Note 34 *B. Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif : Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 654.*

Note 35 B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., p. 652.

Note 36 CE, ass., 21 déc. 2012, n° 342788, Cne Douai : *JurisData* n° 2012-030179 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, étude 7, F. Llorens.

Note 37 CE, 7 août 2008, n° 289329, SA *Gestion des eaux de Paris* : *JurisData* n° 2008-074035 . – CE, 17 juin 2009, n° 297509, SA *d'économie mixte nationale Bibracte* : *JurisData* n° 2009-075623 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 284 , note G. Eckert. – CE, 9 déc. 2011, n° 342283, Cne Alès : *JurisData* n° 2011-028330 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 45 , note P. Devillers.

Note 38 B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., p. 653.

Note 39 B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc., p. 654.

Note 40 J.-P. Jouquelet et A. Galland, in Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, préc., p. 1065.

Note 41 L. n° 72-1147, 23 déc. 1972, art. 16 .

Note 42 Ce que le juge admettait auparavant, V. CE, 14 mars 1969, n° 70601, Cne Voutezac . – CE, 12 juin 1987, n° 42831, Min. *Éducation nationale*.

Note 43 N. Flouquier, *Droit administratif des biens*, préc., p. 696.

Note 44 En effet, « en matière de marchés privés, le contrat [de maîtrise d'ouvrage déléguée] obéit aux règles du mandat des articles 1984 et s. du Code civil . L'étendue des obligations du maître de l'ouvrage délégué dépend du contenu du mandat qui lui a été confié et des pouvoirs qui lui ont été délégués par le maître de l'ouvrage ». – V. N. Renard, *La notion de maître de l'ouvrage*, préc. et Cass. 3e civ., 15 sept. 2010, n° 09-13.442 : *JurisData* n° 2010-016051 . L'ordre public est donc plus restreint en droit civil , où le « pragmatisme l'emporte », V. M. Huet, *Rôle du maître d'ouvrage dans la définition du programme*, préc.

Note 45 A. Ross, *La définition en droit*, in E. Matzner (dir.), *Droit et langues étrangères, t. 1* : Presses universitaires de Perpignan, 2000, p. 82.

Note 46 L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 2 .

Note 47 CE, 14 mai 2008, n° 280370, *Communauté de communes Millau-Grands Causses* : *JurisData* n° 2008-073548 ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 182 , note G. Eckert. – CE, 11 août 2009, n° 317516, Cne Les Vans, *SCI Serart.com c/ Sté Ets Pierre Fabre* : *JurisData* n° 2009-007566 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 304 , note G. Eckert.

Note 48 J.-P. Jouquelet et A. Galland, in Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, préc., p. 1057.

Note 49 J.-P. Jouquelet et A. Galland, in Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, préc., p. 1070.

Note 50 *Rapp. Sénat* n° 273, p. 2, R. Laucournet.

Note 51 CE, 29 sept. 2003, n° 233360, *Féd. nationale des géomètres experts* : *JurisData* n° 2003-065247 .

Note 52 CCAG-Travaux, art. 2 ; art. 3.8.1.

Note 53 CE, 12 oct. 1988, n° 56690, Entr . Olin.

Note 54 G. Eckert, *Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs* : *Contrats-Marchés publ.* 2010, étude 9 . – H. Hoepffner, *Le pouvoir de direction et de contrôle*, in V. Boulier et D. Riccardo, *L'exécution des contrats administratifs* : *Le Moniteur*, 2018, p. 65 .

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2020, dossier 8

Les alternatives à la maîtrise d'ouvrage publique

Etude par Étienne MULLER professeur à l'université de Strasbourg (faculté de droit – IRCM/UR 3399)

[Accès au sommaire](#)

Si les contrats dans le cadre desquels le cocontractant d'une personne publique joue le rôle de maître d'ouvrage se sont multipliés dans les dernières décennies, c'est au prix d'une ambiguïté quant au principe même de leur utilisation. Cette ambiguïté, que la récente réforme du droit de la commande publique n'a pas levée, semble traduire un dilemme des pouvoirs publics entre le souci de ne pas priver les personnes publiques des opportunités de tels contrats et la prévention des risques dont ils sont porteurs.

1. - En droit de la construction immobilière, on appelle maître de l'ouvrage la personne qui conclut des contrats de louage d'ouvrage et de maîtrise d'œuvre et qui se trouve, à ce titre, investie de certains droits et prérogatives vis-à-vis des constructeurs. S'il ne peut donc y avoir de construction sans maîtrise d'ouvrage, il importe de savoir quel acteur de l'opération joue ce rôle. Dans la configuration la plus simple, il s'agit de la personne qui est propriétaire du terrain et acquiert la propriété des ouvrages par le jeu de l'accession. Toutefois, dans le contexte contemporain, il n'est pas rare que cette situation se trouve compliquée par une dissociation entre propriété du terrain et droit de construire [Note 1](#).
2. - Il est ainsi devenu banal que « l'accession à la propriété » des particuliers se fasse par l'intermédiaire d'un promoteur, qui joue le rôle de maître de l'ouvrage, en passant, pour son propre compte – et non en qualité de mandataire de l'acquéreur futur de l'ouvrage – les contrats de louage d'ouvrage et de maîtrise d'œuvre.
3. - Des situations comparables existent aussi s'agissant d'opérations de travaux qui sont décidées par des personnes publiques. Si celles-ci sont fréquemment amenées à faire réaliser, sur un terrain leur appartenant, un ouvrage dont elles acquièrent immédiatement la propriété, en concluant des marchés de travaux similaires à des louages d'ouvrage [Note 2](#), elles procèdent parfois différemment.
4. - Ainsi, selon une jurisprudence bien établie, les travaux réalisés par les concessionnaires le sont sous leur propre maîtrise d'ouvrage, y compris lorsqu'ils concernent des biens de retour [Note 3](#). Pour classique qu'elle soit, la solution n'en présente pas moins une forte singularité, dans la mesure où la jurisprudence tant civile qu'administrative semble lier par principe la qualité de maître de l'ouvrage à celle de propriétaire des constructions au moins à titre initial [Note 4](#). Elle se justifie néanmoins par l'idée que le risque économique assumé par le concessionnaire implique une autonomie de gestion, y compris dans la direction des opérations de construction.
5. - Mais l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le titulaire du contrat concerne aussi certains contrats qualifiables de marchés publics.
6. - Dans le cadre des concessions d'aménagement – qui sont alternativement qualifiables de marchés publics ou de contrats de concession selon que le titulaire se voie ou non transférer un risque d'exploitation – l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le titulaire, expressément prévu par la loi du 20 juillet 2005, se justifie par sa qualité de propriétaire initial des immeubles qu'il est chargé de vendre, de louer ou de concéder (*C. urb., art. L. 300-4*). C'est également en vertu de la loi que la maîtrise d'ouvrage incombe aux titulaires des contrats de partenariat [Note 5](#), comme des marchés de partenariat (*CCP, art. L. 1112-1*) qui les supplantent désormais – solution qui, dans la plupart des cas, eût d'ailleurs été probablement admise même sans texte en raison des droits réels consentis au titulaire (*CCP, art. L. 2213-10*).
7. - À ces premiers exemples s'ajoutent divers contrats, que la doctrine a identifiés dans les années 1990 comme des « montages contractuels complexes » [Note 6](#), mettant ainsi l'accent sur l'ingénierie contractuelle dont ils sont les produits, et qui ont consisté essentiellement dans la reprise, moyennant de plus ou moins amples adaptations, de contrats spéciaux du droit privé.
8. - Il en va notamment ainsi du recours par les personnes publiques à la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA). Jugé légal dans son principe [Note 7](#), le recours à la VEFA par les personnes publiques a connu un essor remarquable depuis les années 1990. La VEFA s'est notamment révélée, même si la tendance semble aujourd'hui s'atténuer [Note 8](#), être un moyen particulièrement efficace d'intervenir dans des programmes de promotion immobilière privée pour y inclure des logements sociaux ou des équipements publics [Note 9](#).
9. - À peu près à la même époque, s'est également répandue l'utilisation du bail emphytéotique administratif (BEA), que la loi du 5 janvier 1988 a introduit (*CGCT, art. L. 1311-2 et s.*) pour remédier aux incompatibilités, mises en relief par l'arrêt Eurolat de 1985, du bail emphytéotique du Code rural avec la domanialité publique et le principe de continuité du service public [Note 10](#). Le bail emphytéotique, à l'instar des autres baux dits « superficiaires » comme le bail à construction, comporte la particularité de suspendre temporairement le jeu de l'accession : le caractère réel du droit d'occupation fait du preneur le propriétaire des constructions qu'il édifie pour la durée du bail [Note 11](#) ; il s'ensuit qu'il en est aussi le maître d'ouvrage. On sait que le Conseil d'État a admis la légalité d'une telle situation, y compris dans le cas où une

convention accessoire prévoit que les ouvrages réalisés répondent aux besoins de la personne publique bailleuse et lui sont loués, avant qu'elle en acquière la propriété au terme du bail ou par le levé d'une option d'achat [Note 12](#) . Ce montage dit « aller-retour » – qui peut aussi être réalisé à partir de conventions d'occupation du domaine public constitutives de droits réels [Note 13](#) – a lui aussi connu un certain succès, avant que l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics n'y mette un coup d'arrêt sur lequel on reviendra plus bas.

10. - Pourraient être encore évoqués divers autres contrats, d'utilisation moins fréquente, comme la cession de terrains assortie de l'obligation faite à l'acquéreur de réaliser un ouvrage conçu selon les besoins de la personne publique et rétrocédé à celle-ci en dation comme paiement [Note 14](#) .

11. - Au total, on voit qu'il existe un ensemble de contrats assez divers par lesquels la personne publique commande la réalisation de travaux sans en exercer la maîtrise d'ouvrage. Mais doit-on y voir des alternatives à la maîtrise d'ouvrage publique ? Ce terme suggère que s'offrirait aux personnes publiques ayant la volonté de faire réaliser un ouvrage répondant à leurs besoins une alternative entre deux options possibles, l'une étant d'assumer la fonction de maître de l'ouvrage (le cas échéant, en l'exerçant en tout ou partie par le truchement d'un mandataire), et l'autre de recourir à un contrat dans lequel cette fonction incombe à un tiers.

12. - Or, si une telle liberté semble aller de soi en droit privé, il n'en va pas nécessairement de même en droit public. En effet, l'une des raisons d'être, couramment soulignée, de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique du 12 juillet 1985 est précisément d'interdire aux personnes publiques de se démettre de cette « fonction d'intérêt général ». Toutefois, on constate que cette interdiction n'a nullement empêché les « alternatives » à la maîtrise d'ouvrage publique de connaître un fort développement, qui commence peu après l'adoption de la loi MOP .

13. - Ce paradoxe semble manifester une déficience de la loi MOP , qui tient à ce que ses rédacteurs, cherchant à remédier aux insuffisances constatées dans la réalisation des « constructions publiques », sont partis du postulat implicite que ces dernières ne pouvaient être réalisées – le cas de la concession mis à part – que dans le cadre d'un marché de travaux assimilable à un louage d'ouvrage, dans lequel la maîtrise d'ouvrage incombe en principe à la personne publique qui « commande » les travaux. Préoccupation centrale des rédacteurs, le problème de la « délégation » de la maîtrise d'ouvrage, qu'il s'est agi d'encadrer ou, plus précisément, de ramener à un mandat impliquant un lien de représentation, ne se pose par définition que dans les situations où cette fonction incombe par principe à la personne publique. Il laisse dans l'ombre les problèmes posés par les contrats dans lesquels la personne publique ne joue pas ce rôle.

14. - Sans doute le développement de ces derniers n'avait-il pu être anticipé par les rédacteurs de la loi MOP . Il est plus surprenant de voir cette insuffisance persister aujourd'hui. C'est pourtant ce que montrent les ambiguïtés qui marquent le principe même du recours aux « alternatives » à la maîtrise d'ouvrage publique **(1)** et les interrogations que suscite leur régime juridique **(2)**.

1. Les ambiguïtés relatives au principe du recours aux alternatives à la maîtrise d'ouvrage publique

15. - La réponse à la question de savoir si les personnes publiques sont libres ou non de recourir aux alternatives à la maîtrise d'ouvrage publique dépend du sens que l'on donne à l'article L. 2410-1 du Code de la commande publique selon lequel la personne qui, « *projetant la construction d'un ouvrage* », passe des marchés publics agit « *en sa qualité* » de maître d'ouvrage. Cette disposition reprend, en en modifiant la formulation, la première phrase de l'article 2 de la loi MOP , qui disposait qu'est maître de l'ouvrage la personne « *pour laquelle l'ouvrage est construit* ».

16. - Loin d'apporter une réponse claire à cette question, le Code de la commande publique accentue les ambiguïtés dont étaient déjà empreints les éléments de réponse auparavant apportés par la jurisprudence.

A. - Avant le Code de la commande publique

17. - Érigeant la maîtrise d'ouvrage publique en « fonction d'intérêt général » dont les personnes publiques « ne [peuvent] se démettre », l'article 2 de la loi MOP pouvait être compris comme faisant obligation à la personne publique « pour laquelle l'ouvrage est construit » (entendu comme celle qui en deviendra de manière certaine le propriétaire [Note 15](#) de conclure elle-même – exception faite de l'hypothèse particulière des biens de retour des concessions – les contrats d'entreprise et de maîtrise d'œuvre nécessaires, le cas échéant en se faisant représenter par un mandataire dans les conditions et limites prévues par la loi.

18. - Dans son arrêt Région Midi-Pyrénées relatif à la VEFA, le Conseil d'État a pu se montrer sensible à cette façon de voir les choses : d'une part, il prend soin de préciser que l'utilisation de la VEFA dont il estime qu'elle ne se heurte à « aucune disposition législative » consiste à « procéder à l'acquisition de biens immobiliers », ce qui sous-entend que les travaux ne sont que l'accessoire de cet objet principal ; d'autre part et surtout, il ajoute qu'un tel contrat « dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage » est illégal lorsque le contrat porte sur « la construction même, pour le compte d'une personne publique, d'un ouvrage entièrement destiné à devenir sa propriété et

conçu selon ses besoins propres ». Mais d'un autre côté, cette jurisprudence n'interdit pas complètement aux personnes publiques de recourir à la VEFA pour faire réaliser un ouvrage conçu selon leurs besoins et destiné à devenir leur propriété ; au contraire, elle ouvre cette possibilité lorsque l'ouvrage s'intègre dans un immeuble dont les autres parties sont destinées à d'autres propriétaires [Note 16](#) .

19. - L'arrêt Sofap-Marignan Immobilier de 1994 relatif au BEA, quant à lui, rompt clairement avec une telle interprétation de l' article 2 de la loi MOP . Le Conseil d'État y écarte le moyen tiré d'une violation de cette disposition au motif que la personne publique « ne peut [...] être regardée comme maître d'ouvrage » dès lors qu'elle « n'assurera pas la direction technique des opérations de construction [et] ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail ». Le raisonnement revient ainsi à considérer que la maîtrise d'ouvrage publique n'est pas une obligation posée par la loi MOP mais une condition de son application.

20. - Il n'en demeure pas moins une sorte d'incompatibilité logique entre ces deux jurisprudences : comment admettre à la fois que l'absence de maîtrise d'ouvrage publique soit soumise à des conditions particulières lorsqu'elle découle de l' article 2060 du Code civil relatif à la VEFA et que ces mêmes conditions ne s'appliquent pas lorsque cette absence découle de l'emphytéose qui fait du cocontractant de la personne publique le propriétaire initial des ouvrages ?

21. - C'est vainement qu'on cherchera une explication dans les conclusions des commissaires du gouvernement, qui se situent presque exclusivement dans un registre pragmatique. S'agissant de la VEFA, l'argumentation de Marcel Pochard a essentiellement consisté à proposer une sorte de voie moyenne qui permette de ne pas priver les personnes publiques des opportunités de la VEFA, tout en évitant le « risque de voir se créer une « voie d'eau » dans le dispositif du code des marchés publics et de la maîtrise d'ouvrage public (sic) » ; quant aux « problèmes » que peut poser la formule, ils lui « paraissent devoir être réglés par le législateur et non par un oukase du juge » [Note 17](#) . C'est d'ailleurs « la nécessité, pour le juge, de s'incliner devant la volonté du législateur » que met en avant Jacques Arrighi de Casanova pour proposer que les conditions posées à l'utilisation de la VEFA ne soient pas étendues au cas où une personne publique recourt au BEA pour faire réaliser un ouvrage répondant à ses besoins ; à cet égard, la *ratio legis* de l'arrêt Sofap-Marignan doit sans doute beaucoup au fait qu'en instituant le BEA par l' article 13 de la loi du 5 janvier 1988 « le législateur a [...] entendu – ce sont des choses qui arrivent – contrer [la] jurisprudence Association Eurolat » [Note 18](#) .

22. - Quelles que soient leurs ambiguïtés, ces jurisprudences ont objectivement permis de donner une réelle portée pratique à la liberté contractuelle qui allait bientôt être explicitement reconnue aux personnes publiques [Note 19](#) : celles-ci peuvent recourir aux contrats de leur choix, y compris des contrats spéciaux issus du droit privé, sous le contrôle du juge administratif qui use de son pouvoir de requalification lorsqu'il constate un « détournement de procédure ».

23. - Or, cet équilibre pragmatique pourrait bien être aujourd'hui remis en cause.

B. - Depuis le Code de la commande publique

24. - Le Code de la commande publique a intégré les dispositions de la loi MOP au livre IV de sa deuxième partie relative aux marchés publics. S'il est ainsi officiellement confirmé que ces dernières ne sont pas applicables – ce dont nul ne doutait – aux travaux réalisés dans le cadre des contrats de concessions, de nouvelles interrogations sont en revanche posées en ce qui concerne les contrats qui se trouvent dorénavant qualifiables de marchés publics de travaux au sens du droit interne. En effet, comment faut-il désormais comprendre l'article L. 2410-1 selon lequel les acheteurs définis au chapitre 1er « projetant la construction d'un ouvrage » ont la « qualité » de maître de l'ouvrage ?

25. - Pour les marchés de partenariat, la question est réglée par l'article L. 1112-1 qui déroge expressément à cette règle générale en prévoyant l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le titulaire. Il en va de même pour les concessions d'aménagement en vertu de l' article L. 300-4 du Code de l'urbanisme . Mais qu'en est-il, en l'absence de telles dispositions, des autres contrats qualifiables de marchés publics dans le cadre desquels la maîtrise d'ouvrage est assurée par le titulaire ?

26. - En première analyse, on est tenté de déduire du caractère à droit constant de la codification que celle-ci ne change rien à la jurisprudence en vigueur. Ainsi, les conditions de recours à la VEFA et au BEA, notamment, demeureraient inchangées.

27. - Cependant, il est difficile d'ignorer que les données du problème auquel cette jurisprudence répond ont été modifiées au moins partiellement par l' ordonnance du 23 juillet 2015 , en ce que celle-ci a supprimé toute référence à la maîtrise d'ouvrage publique dans la définition des marchés publics de travaux qui, reprenant les termes de la directive 2014/24/UE , vise désormais la réalisation d'un ouvrage « *par quelque moyen que ce soit* » (*CCP, art. L. 1111-2, 2°*).

28. - Il s'ensuit que le fait que la personne publique ne soit pas maître d'ouvrage ne fait nullement obstacle à la qualification de marché public de travaux et à l'application des dispositions du Code les régissant. Il devient donc difficile de soutenir, comme le Conseil d'État semble le faire à propos du BEA dans l'arrêt Sofap-Marignan, qu'un contrat dans lequel la maîtrise d'ouvrage est assurée par le cocontractant de la personne

publique n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 2410-1.

29. - En outre, d'autres aspects des contrats concernés se trouvent contrevenir à certaines dispositions du code.

30. - Ainsi, les montages dits « aller-retour » dans le cadre desquels le titulaire d'un BEA ou d'une convention d'occupation du domaine public se voit chargé de réaliser puis de mettre à disposition de la personne publique un ouvrage répondant à ses besoins, à supposer qu'ils ne soient pas prohibés en soi [Note 20](#) , se heurtent à l'interdiction des paiements différés.

31. - S'agissant de la VEFA, il a été démontré [Note 21](#) qu'elle ne peut continuer d'être utilisée dans sa forme actuelle que si elle est qualifiable de marché d'acquisition immobilière, ce qui suppose que la construction de l'ouvrage ait déjà commencé au moment de la conclusion du contrat [Note 22](#) et, plus généralement, que les travaux demandés par l'acheteur n'apparaissent que comme l'accessoire de l'objectif principal d'acquisition d'une partie d'immeuble proposé à la vente. Dans le cas contraire, la VEFA, qualifiable de marché de travaux, est soumise à des règles qui semblent remettre en cause certaines de ses caractéristiques essentielles (interdiction des paiements partiels définitifs) voire le principe même de son utilisation (règles de publicité et de mise en concurrence) ; par ailleurs, elle perd sa qualité de contrat de droit privé pour devenir un contrat administratif (*CCP, art. L. 6*). Sans doute est-ce d'ailleurs dans le souci de proposer une solution de substitution qu'a été prévue la possibilité, lors de l'acquisition d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble, de confier, dans certaines conditions, des travaux d'adaptation à l'opérateur chargé de la partie principale sans publicité ni mise en concurrence préalable (*CCP, art. R. 2122-3*) [Note 23](#) .

32. - Au vu de ces changements et des contraintes nouvelles qui en découlent, une autre interprétation paraît possible : l'article L. 2410-1 n'aurait-il pas, sinon pour objet, du moins pour effet de restaurer le principe posé par l' article 2 de la loi MOP dans sa rigueur initiale, en faisant obligation aux personnes publiques d'assurer la maîtrise d'ouvrage dans le cadre des marchés de travaux, à moins que la loi n'en dispose autrement ?

33. - Si telle n'a peut-être pas été la volonté des rédacteurs du code, certains indices suggèrent qu'ils en ont eu le présupposé.

34. - Ce présupposé est particulièrement sensible à la lecture de l'article L. 2411-1, en ce qu'il précise que l'interdiction faite à la personne publique de se démettre de sa fonction de maître de l'ouvrage vaut sous réserve des dispositions relatives aux mandats de maîtrise d'ouvrage et de celles « relatives au marché de partenariat ». Le fait qu'il soit ici rappelé que le marché de partenariat confère la maîtrise d'ouvrage à son titulaire (*CCP, art. L. 1112-1*) dénote bien la conviction des rédacteurs que les personnes publiques ont en principe l'obligation de jouer ce rôle dans tout marché public de travaux. Aucune autre exception à cette « règle » (réelle ou supposée) n'est mentionnée.

35. - De la même manière, les rédacteurs du code ont pris la peine de prévoir une disposition écartant l'application des dispositions codifiées de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance s'agissant des contrats conclus par les titulaires de marchés de partenariat (*CCP, art. L. 2200-1*). Ceci est parfaitement logique, dès lors qu'un contrat conclu par un maître d'ouvrage n'est pas un contrat de sous-traitance au sens de la loi de 1975. Or, parallèlement, l'article L. 2193-2, pour tenir compte de ce que le régime de la sous-traitance concerne également les marchés de services et certains marchés de fourniture, délaisse les termes d'entrepreneur et de maître de l'ouvrage pour définir la sous-traitance comme un contrat par lequel l'« opérateur économique » confie à un tiers l'exécution d'une partie du marché conclu avec « l'acheteur ». Il est donc vraisemblable – sauf à faire l'hypothèse absurde que les rédacteurs aient voulu modifier la définition de la sous-traitance pour la rendre applicable aux louages d'ouvrages conclus par le titulaire d'un marché de travaux exerçant la maîtrise d'ouvrage (à l'exception de ceux conclus par le titulaire d'un marché de partenariat) – qu'ils n'ont tout simplement pas envisagé qu'une telle situation puisse légalement se produire en dehors des cas prévus par la loi [Note 24](#) .

2. Les interrogations relatives au régime juridique

36. - Les interrogations que l'on peut avoir quant aux conséquences du recours par une personne publique à un contrat de travaux dans lequel elle n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage tiennent aux risques d'une banalisation du régime applicable, qui résulte non seulement de la soumission de l'opération de construction au droit privé, mais encore de la dépossession de la personne publique de certaines de ses prérogatives.

A. - Privatisation du régime juridique

37. - Si le contrat par lequel une personne publique confie à son cocontractant la réalisation de travaux sous sa propre maîtrise d'ouvrage revêt, selon les cas, une nature administrative [Note 25](#) ou de droit privé [Note 26](#) , l'opération de construction relève quant à elle – si l'on admet l'hypothèse que le cocontractant maître de l'ouvrage est une personne privée – entièrement du droit privé et de la compétence du juge judiciaire.

38. - Il ne fait guère de doute que les contrats conclus par le maître d'ouvrage privé avec d'autres personnes privées constituent des contrats de droit privé. Non seulement le maître d'ouvrage privé n'est pas le mandataire de la personne publique au sens civiliste du terme, mais sa

situation ne paraît pas davantage pouvoir relever de la théorie dite du « mandat administratif ». Il est certes possible de trouver de rares jugements ou arrêts retenant, par exemple, qu'un contrat entre personnes privées ayant pour objet la remise en état d'un ouvrage public doit être regardé comme ayant été conclu « pour le compte » de la personne publique propriétaire [Note 27](#) . Mais la jurisprudence récente montre plutôt que le fait que le cocontractant d'une personne publique jouisse d'une autonomie de décision telle que celle qu'implique le rôle de maître d'ouvrage interdit de regarder les contrats qu'il conclut avec d'autres personnes privées comme l'ayant été pour le compte de la personne publique, à défaut de stipulation précise en ce sens [Note 28](#) . Il en va ainsi, en particulier, des contrats de travaux conclus par le titulaire d'un contrat portant sur l'exploitation d'un ouvrage public, au motif que celui-ci « [accomplit] librement les actes d'exploitation et d'administration nécessaires à la mission qui lui [a] été confiée » [Note 29](#) .

39. - L'on peut être plus hésitant quant à la nature des travaux [Note 30](#) . L'indépendance des notions de travail public et de maîtrise d'ouvrage publique permettrait d'envisager que des travaux commandés par un maître d'ouvrage privé puissent être regardés comme réalisés « pour le compte » d'une personne publique, au sens particulier que revêt cette expression dans le cadre de la définition traditionnelle des travaux publics [Note 31](#) . Néanmoins, le fait que le maître d'ouvrage privé soit le propriétaire initial de l'ouvrage paraît faire obstacle à la qualification de travaux publics ; il en va ainsi, de façon certaine, lorsque la personne publique n'en acquiert la propriété qu'après l'écoulement d'une certaine durée [Note 32](#) , mais aussi, très vraisemblablement, lorsque la cession intervient immédiatement à l'achèvement comme dans le cadre de la VEFA [Note 33](#) .

40. - Mais l'application du droit privé n'est pas la seule conséquence du recours par les personnes publiques à des contrats dans lesquels elles n'exercent pas la maîtrise d'ouvrage. Il en est une autre, plus préoccupante, qui est de les déposséder de certaines de leurs prérogatives.

B. - Dépossession des personnes publiques de leurs prérogatives

41. - La première dépossession à laquelle on songe est, naturellement, celle de l'ensemble des prérogatives que comporte le rôle de maître de l'ouvrage.

42. - Ainsi, la direction des opérations de construction incombe entièrement au cocontractant de la personne publique qui, seul, conclut les contrats d'entreprise ; le pouvoir de contrôle de la personne publique, à supposer qu'il existe en dehors du contrat [Note 34](#) , ne saurait, en l'absence de stipulation en ce sens, lui permettre de se substituer à son cocontractant pour émettre à sa place des ordres de service.

43. - Il en va de même du pouvoir de prononcer la réception, qui a toujours été conçu comme une prérogative exclusive du maître d'ouvrage (ou de son mandataire), par application de l'article 1792-6 du Code civil aussi bien que dans la jurisprudence administrative [Note 35](#) . Prérogative cruciale, la réception a pour objet de constater la bonne exécution et pour effet d'éteindre les obligations contractuelles des constructeurs, ce pourquoi il importe de formuler des réserves sur les vices et malfaçons constatées. Or, à cet égard, le cocontractant maître d'ouvrage de la personne publique est susceptible d'un conflit d'intérêts ; il en va tout particulièrement ainsi lorsque, comme c'est fréquemment le cas dans le cadre des marchés de partenariat, le titulaire du contrat n'est qu'une société de projet contrôlée totalement ou partiellement par l'entrepreneur chargé des travaux. En pratique, il est certes possible de stipuler des modalités d'association de la personne publique aux opérations de réception. Encore faut-il qu'elle soit à même de les mettre en œuvre efficacement ; or elle ne pourra pas compter sur l'obligation d'assistance et de conseil des maîtres d'œuvre, puisqu'ils ne sont pas liés contractuellement avec elle.

44. - Une deuxième dépossession concerne les garanties post-contractuelles, en particulier la garantie décennale. Toutefois, la personne publique peut en recouvrer le bénéfice si, comme cela est systématiquement le cas dans le cadre d'une VEFA mais peut également se produire dans le cadre d'un marché de partenariat, elle acquiert la propriété avant l'échéance du délai de 10 ans, ce qui a pour effet de la subroger dans les droits du maître d'ouvrage. La personne publique pourra alors diriger son action contre les entreprises aussi bien que contre le maître d'ouvrage vendeur, celui-ci ayant alors aussi la qualité de constructeur (*C. civ., art. 1792-2*). Dans l'un et l'autre cas, l'action relève, selon toute vraisemblance, du juge judiciaire [Note 36](#) .

45. - En troisième lieu, la personne publique se trouve également privée du pouvoir de contrôler le choix des prestataires auxquels son cocontractant fait appel pour l'exécution des travaux. Malgré l'ambiguïté, précédemment soulignée, des termes de l'article L. 2193-2 du Code de la commande publique, il paraît certain que les dispositions issues de la loi du 31 décembre 1975 ne trouvent pas à s'appliquer à cette situation. En effet, les contrats de construction conclus par le cocontractant de la personne publique ne portent pas sur l'exécution d'« une partie » de la prestation qui lui est confiée par celle-ci (*CCP, art. L. 2193-2*) [Note 37](#) ; le fait qu'il exerce la maîtrise d'ouvrage interdit de voir un « rapport d'homothétie » entre le contrat dont il est titulaire et ceux qu'il conclut lui-même [Note 38](#) . Pour la même raison, ces derniers n'ont pas, au-delà de la sous-traitance au sens strict, la qualité de sous-contracts ; il s'ensuit que la personne publique ne peut prétendre à un pouvoir d'agrément à aucun titre [Note 39](#) .

46. - Au total, le recours par les personnes publiques aux « alternatives » à la maîtrise d'ouvrage publique comporte des risques non négligeables, qui peuvent expliquer la persistance d'une hésitation sur le principe même de leur utilisation. Cette situation invite à relativiser l'idée de liberté contractuelle des personnes publiques. Elle atteste, en tout cas, de ce qu'un droit des contrats administratifs spéciaux reste encore très largement à construire.■

.. **Egalement dans ce dossier :** articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9

.. **Encyclopédies :** Contrats et marchés publics, fasc. 72

Note 1 Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain, O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière* : Paris, Dalloz, 9e éd., 2015, p. 57.

Note 2 Sur la comparaison de ces deux contrats, V. la thèse du professeur Llorens : F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux* : Paris, LGDJ, 1981.

Note 3 CE, 7 août 2008, n° 289329, SA de gestion des eaux de Paris : *JurisData* n° 2008-074035 ; *BJCP* 2008, p. 40, concl. E. Glaser.

Note 4 Cass. 3e civ., 1er juill. 2009, n° 08-14.714, Sté J. Mottard c/ Sté Sania e. a. : *JurisData* n° 2009-048937 ; *Bull. civ. III*, n° 162 ; *RDI* 2009, p. 547, note Ph. Malinvaud. – CE, 4 oct. 1967, Trani : *Lebon*, p. 352. – CE, 12 oct. 1988, n° 82053, Min. Affaires sociales et Emploi c/ SERGIC : *Lebon*, p. 338 ; *CJEG* 1990, p. 119, note É. Fatôme ; *LPA* 19 janv. 1989, p. 10, note F. Llorens.

Note 5 Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, art. 1er.

Note 6 Ph. Terneyre, *Les montages contractuels complexes* : *AJDA* 1994, p. 43, numéro spécial.

Note 7 CE, sect., 8 févr. 1991, Région Midi-Pyrénées : *Lebon*, p. 41 ; *RFDA* 1992, p. 48, concl. M. Pochard ; *CJEG* 1991, p. 251, étude F. Llorens.

Note 8 B. Kiraly, *Pourquoi les bailleurs sociaux vont boudier la VEFA* : *Le Moniteur des Travaux publics et du Bâtiment* n° 5820, 2015, p. 20.

Note 9 La part de la VEFA dans la réalisation de logements sociaux est aujourd'hui peu ou prou équivalente à celle de contrats sous maîtrise d'ouvrage des bailleurs sociaux (V. Ph. Dallier, *Rapport d'information sur les sources de financement du logement social*, 18 sept. 2019, p. 23).

Note 10 CE, 6 mai 1985, Assoc. Eurolat Crédit foncier de France : *Lebon*, p. 141 ; *RFDA* 1986, p. 26, concl. B. Genevois ; *AJDA* 1985, p. 620, note E. Fatôme et J. Moreau ; *LPA* 20 oct. 1985, n° 127, p. 4, note F. Llorens.

Note 11 Il est à remarquer que la jurisprudence administrative a longtemps reconnu le même effet aux conventions d'occupation du domaine public, même dénuées de « droits réels » (CE, 4 mars 1991, n° 79528, Palanque : *Lebon*, p. 976. – CE, 27 févr. 1995, n° 139718, Secr. d'État à la mer c/ Torre : *Lebon*, p. 109 ; *JCP G* 1995, IV, 1513, note M.-C. Rouault ; *RFDA* 1996, p. 1227, concl. G. Bachelier), avant d'y faire exception pour les ouvrages répondant aux besoins du service public (CE, 21 avr. 1997, n° 147602, Min. Budget c/ Sté SAGIFA : *Dr. adm.* 1997, p. 768 ; *RFDA* 1997, p. 935, note Ph. Terneyre et E. Fatôme. – CE, 7 juin 2010, n° 320188, Montravers, liquidateur judiciaire de la Sté Neuville Foster Delaunay Belleville : *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 350, obs. G. Eckert ; *Dr. adm.* 2010, comm. 140, obs. F. Brenet).

Note 12 CE, sect., 25 févr. 1994, n° 144641, SOFAP-Marignan Immobilier : *Lebon*, p. 94 ; *RFDA* 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova ; *CJEG* 1994, p. 569, chron. E. Fatôme et Ph. Terneyre.

Note 13 CE, avis, 31 janv. 1995, n° 356960 : *EDCE* 1996, p. 407, n° 47 ; *AJDA* 1997, p. 126, comm. É. Fatôme et Ph. Terneyre.

Note 14 TA Montpellier, 21 sept. 2017, n° 1600753, Assoc. Les amis de la maison de Jean Moulin : *JurisData* n° 2017-019314 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 262, note G. Eckert ; *AJDA* 2017, p. 2546, note A. de Dieuleveult ; *JCP A* 2017, 2253, note C. Chamard-Heim.

Note 15 CE, 4 oct. 1967, Trani : *Lebon*, p. 352. – CE, 12 oct. 1988, Min. Affaires sociales et Emploi c/ SERGIC, préc.

Note 16 CE, avis, 31 janv. 1995, n° 356960, préc.

Note 17 M. Pochard, concl. sur CE, sect., 8 févr. 1991, Région Midi-Pyrénées, préc. : *RFDA* 1992, p. 50.

Note 18 J. Arrighi de Casanova, concl. sur CE, sect., 25 févr. 1994, n° 144641, SOFAP-Marignan Immobilier : *Lebon*, p. 94 ; *RFDA* 1994, p. 512.

Note 19 CE, sect., 28 janv. 1998, n° 138650, Sté Borg Warner : *Lebon*, p. 20 ; *AJDA* 1998, p. 287 ; *CJEG* 1998, p. 269, note F. Moderne.

- Note 20** L'alinéa 4 de l'article L. 1311-2 du CGCT laissant envisager qu'ils puissent être utilisés comme l'accessoire d'un contrat de la commande publique.
- Note 21** *É. Fatôme, L. Richer, VEFA et marchés publics de travaux. Le nouvel état du droit : Contrats-Marchés publ. 2016, étude 6.*
- Note 22** *CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA c/ Cne Bari : Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 55, note W. Zimmer, pt 49 à 51. – V. É. Fatôme et L. Richer, Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second : AJDA 2015, p. 1577.*
- Note 23** *V. É. Fatôme, M. Raunet, L. Richer, Le marché pour la réalisation et l'acquisition ou la location d'un ouvrage dans une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire : Contrats-Marchés publ. 2017, étude 7.*
- Note 24** V. aussi, pour les concessions d'aménagement : *C. urb., art. R. 300-11-2* (encore peut-on se demander si cette disposition, censée, en vertu de l'article L. 300-4, préciser les conditions de « passation » des concessions d'aménagement, peut déroger à une disposition législative qui concerne leur exécution !).
- Note 25** C'est le cas, par détermination de la loi : du BEA (*CGCT, art. L. 1311-3, 4°*) et du marché de partenariat (*CCP, art. L. 6*).
- Note 26** Cas de la VEFA (*CAA Bordeaux, 19 mars 2002, n° 97BX01384, Communauté urbaine de Bordeaux : JurisData n° 2002-177448 ; Dr. adm. 2002, comm. 124, note A. Ménéménis*).
- Note 27** *CAA Bordeaux, 30 oct. 2008, n° 06BX02102, CCI Bayonne : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 279, obs. F. Llorens.*
- Note 28** V. à propos d'une convention de délégation de service public : *CE, 17 juin 2009, n° 297509, Sté d'économie mixte nationale Bibracte : JurisData n° 2009-075623 ; Lebon T., p. 825 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 284, note G. Eckert ; BJCP 2009, p. 379, concl. N. Boulouis, obs. R. S. ; et, à propos d'une convention d'aménagement : *T. confl., 11 déc. 2017, n° 4103, Cne Capbreton : JurisData n° 2017-025565 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 30, note M. Ubaid-Bergeron ; BJCP 2018, p. 124, concl. V. Daumas.**
- Note 29** *T. confl., 16 juin 2014, Sté d'exploitation de la Tour Eiffel : JurisData n° 2014-013528 ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 220, note P. Devillers ; BJCP 2014, p. 426, concl. N. Escaut.*
- Note 30** *V. Moderne, B. Delaunay, Responsabilités spécifiques post-contractuelles – Action en responsabilité décennale : Dalloz Action Construction, 2018-2019, § 480.94.*
- Note 31** *É. Fatôme, Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître d'ouvrage : CJEG 1990, p. 121.*
- Note 32** *CE, sect., 25 févr. 1994, n° 144641, SOFAP-Marignan Immobilier, préc.*
- Note 33** *CAA Bordeaux, 19 mars 2002, n° 97BX01384, Communauté urbaine de Bordeaux, préc.*
- Note 34** Ce que la jurisprudence n'a jamais reconnu (*V. H. Hoepffner, Le pouvoir de direction et de contrôle, in V. Bouhier, D. Riccardi (dir.), L'exécution des contrats administratifs : Paris, Le Moniteur, 2018, p. 67*).
- Note 35** *CE, ass., 20 juill. 1968, Cottages de Clayes : Lebon T., p. 690.*
- Note 36** *CAA Bordeaux, 19 mars 2002, n° 97BX01384, Communauté urbaine de Bordeaux, préc.*
- Note 37** *L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, art. 1er.*
- Note 38** *L. Richer, Sous-traitance : questions de vocabulaire : CP-ACCP 2005, p. 28, n° 46.*
- Note 39** À la différence, par exemple, ce celui que la jurisprudence reconnaît à l'autorité concédante en cas de « sous-concession » : *CAA Marseille, 14 mars 2016, n° 14MA01872, Cne Grasse : JurisData n° 2016-007421 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 138, note J.-P. Pietri ; AJDA 2016, p. 1505.*

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Le rôle des tiers dans l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique

Etude par François CAFARELLI maître de conférences en droit public - CRJ EA14 - faculté de droit et d'économie – université de La Réunion

[Accès au sommaire](#)

Les maîtres d'ouvrage publics font fréquemment appel à des tiers pour les accompagner dans l'exercice complexe de leurs prérogatives. La qualité de la maîtrise d'ouvrage publique en est indéniablement améliorée, mais cette situation révèle aussi les difficultés des maîtres d'ouvrage publics à exercer ces missions en toute indépendance.

1. - La loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (MOP) [Note 1](#) a souvent été présentée à travers le prisme de la nécessaire distinction entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre afin de favoriser des contrôles réciproques. Mais cette loi avait également pour objet de traiter les nombreux dysfonctionnements propres à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage. L'histoire de la loi MOP est ainsi celle d'une faillite des maîtres d'ouvrage publics qui, durant les trente glorieuses, en matière de construction, n'ont pas été à la hauteur des attentes du pays.

2. - Les pouvoirs publics, au début des années 1970, se sont inquiétés de la faible implication des maîtres d'ouvrage publics dans la définition des programmes des constructions qui détermine la qualité de celles-ci et ont entrepris plusieurs réformes et réflexions afin d'y remédier [Note 2](#). D'abord, la réforme des marchés publics d'ingénierie et d'architecture de 1973 [Note 3](#) a permis d'affirmer, parfois avec vigueur [Note 4](#), l'intérêt de l'élaboration d'un programme précis pour chaque opération. D'autres textes sont venus renforcer l'édifice et insister sur l'importance du programme : le décret du 30 janvier 1975 relatif aux prestataires auxquels peuvent faire appel les collectivités locales et leurs établissements publics pour la réalisation de leurs travaux d'ingénierie et d'architecture [Note 5](#) ; la circulaire du 22 avril 1976 relative à la réforme des rémunérations d'ingénierie et d'architecture [Note 6](#) ; le décret du 10 janvier 1980 modifiant le Code des marchés publics [Note 7](#) ; la directive du 10 janvier 1980 relative à l'amélioration des conditions de passation des marchés d'études pour les constructions publiques [Note 8](#). On peut également relever, sur le plan organique, la création en 1977 de la mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques [Note 9](#).

3. - Pour l'ensemble des artisans de ces réformes, la qualité des ouvrages devait reposer sur deux éléments essentiels : la définition rigoureuse d'un programme par le maître d'ouvrage et une pleine implication de celui dans le processus de construction. Ces constats et conclusions ont été exprimés de manière encore plus radicale au sein du rapport Millier de 1982 [Note 10](#) proposant d'obliger les personnes publiques à se réapproprier la fonction de maître d'ouvrage et à faire preuve de la plus grande responsabilité dans le cadre de son exercice, notamment en excluant toute délégation afin de favoriser l'exercice le plus direct de ladite fonction.

4. - Ces analyses successives et convergentes se retrouveront en 1985 au cœur des réflexions parlementaires préalables au vote de la loi MOP dont elles auront façonné les contours. Mais il faut également tenir compte du processus de décentralisation, qui placera au centre des débats la question de la compétence des collectivités territoriales pour exercer efficacement les fonctions de maîtrise d'ouvrage. Le contexte de l'élaboration de la loi MOP a ainsi été marqué par des attentes contradictoires : d'un côté, rendre les maîtres d'ouvrage pleinement responsables en écartant le principe de la délégation de l'exercice de cette fonction, de l'autre, leur permettre d'être accompagnés dans la mise en œuvre délicate d'une fonction éminemment technique, en faisant intervenir des tiers (conducteurs d'opération ou assistants). La loi MOP peut ainsi apparaître comme une loi paradoxale en ce qu'elle a affirmé avec beaucoup de solennité, voire d'emphase, la responsabilité essentielle du maître d'ouvrage public, tout en organisant une forme d'éclatement de l'exercice de cette fonction [Note 11](#) : elle a offert aux maîtres d'ouvrage publics la possibilité de confier des études à des tiers [Note 12](#) ou de recourir au mandat [Note 13](#) dans le cadre préalablement défini des délégations de maîtrise d'ouvrage (si le principe de telles délégations n'était pas nouveau [Note 14](#), leur reconnaissance au sein de la loi en a conforté l'usage ; elle a autorisé le maître de l'ouvrage à recourir à l'intervention d'un conducteur d'opération [Note 15](#) pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique.

5. - Trente-cinq ans plus tard, le Code de la commande publique, bien que codifiant la loi MOP « à droit constant », cède au réalisme et rend compte de l'exercice pluriel et partagé de la maîtrise d'ouvrage publique. Les attributions du maître d'ouvrage ne sont plus définies au regard de l'exigence impérieuse d'intérêt général et sont plus froidement énumérées (*CCP, art. L. 2421-1*). Mais surtout, le rôle des tiers dans l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique est explicitement reconnu par l'article L. 2422-1 du Code de la commande publique qui identifie quatre formes d'intervention : l'assistance à maîtrise d'ouvrage ; la conduite d'opération ; le mandat de maîtrise d'ouvrage ; le transfert de maîtrise d'ouvrage, qui ne relève cependant pas la même logique en ce qu'il consiste en un abandon total de celle-ci.

6. - Cette évolution du cadre juridique de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage public conduit autant qu'elle répond à une implication toujours plus forte des tiers au point que l'on peut s'interroger sur la place réelle du maître d'ouvrage public et sur son aptitude à prendre ses propres décisions dans le cadre du processus constructif. Il apparaît que la participation des tiers à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage public a indéniablement permis dans un premier temps de la renforcer en contribuant à améliorer la qualité des projets réalisés (1). Néanmoins, cette implication des tiers reste ambivalente et peut aussi avoir pour conséquence un affaiblissement de la maîtrise d'ouvrage public dont l'autonomie ou l'indépendance décisionnelle peuvent être interrogées (2).

1. La participation des tiers au renforcement de la maîtrise d'ouvrage public

7. - La participation des tiers à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage peut être comprise comme une forme d'externalisation de certaines composantes de la maîtrise d'ouvrage. On retrouve en la matière les mêmes bénéfices que ceux traditionnellement rattachés aux processus d'externalisation, et notamment une plus grande expertise en raison de l'appel à des entités économiques plus spécialisées (A). Les maîtres d'ouvrage publics peuvent également rechercher, à travers la participation de tiers spécialisés, une plus grande sécurité juridique dans le cadre de la gestion de leurs projets complexes, la responsabilité de ces tiers pouvant jouer le rôle de paravent en cas de contentieux (B).

A. - L'amélioration de la qualité des décisions de la maîtrise d'ouvrage public

8. - Le processus de décentralisation a obligé les collectivités locales à de prendre en charge la réalisation d'ouvrages d'une ampleur toute nouvelle. Parfois, le transfert de ces compétences s'est accompagné des transferts de personnels permettant de renforcer la compétence technique de la collectivité [Note 16](#). En revanche, pour d'autres compétences, les collectivités ont dû renforcer leur vivier d'experts. Tel est le cas lorsque des collectivités ou des EPCI se lancent dans des projets de grande envergure tels que la réalisation de tramways, de stations d'épuration, d'incinérateurs, de palais des sports, de stades ou de téléphériques urbains [Note 17](#). Le foisonnement de nouveaux de projets publics se traduit par un exercice plus fréquent et complexe de la maîtrise d'ouvrage public. En outre, la diversité et l'ampleur des projets leur confèrent souvent un caractère singulier. Alors que pendant longtemps ont été construits partout les mêmes écoles, les mêmes collèges, les mêmes piscines municipales [Note 18](#), les collectivités prennent aujourd'hui en charge des ouvrages importants, parfois uniques en leur genre, faisant appel à des procédés techniques innovants peu familiers. Ajoutons à cela la complexification continue des normes juridiques (commande publique notamment), et des procédés techniques [Note 19](#) qui exige des acteurs une véritable spécialisation.

9. - Ces éléments expliquent que le recours à des tiers s'impose aujourd'hui sans doute plus qu'hier, si bien que la loi MOP a été pensée puis modifiée pour accompagner le besoin croissant de compétences extérieures [Note 20](#).

10. - La formulation initiale de la loi MOP pouvait révéler une véritable méfiance à l'égard du secteur privé en refusant à la plupart des personnes privées la possibilité d'assister les maîtres d'ouvrage publics dans le cadre d'un mandat. Les tiers autorisés à apporter leur concours aux maîtres d'ouvrage publics devaient ainsi appartenir pour la plupart d'entre eux au « secteur public ou para public » [Note 21](#). Une telle exclusion de certaines catégories d'opérateurs économiques n'a pas manqué d'interpeller la Commission européenne. L'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi MOP a permis de répondre aux objections de Bruxelles en ouvrant le mandat de la loi MOP aux personnes privées. Par ailleurs, au-delà du mandat, la loi MURCEF a soumis les prestations d'ingénierie publique au droit de la commande publique. Ce contexte a favorisé la multiplication des opérateurs privés, si bien que l'évolution sémantique apportée par le Code de la commande publique, plus qu'une incitation, est avant tout la traduction du constat de la place de plus en plus importante prise par les tiers dans l'exercice de la maîtrise d'ouvrage public, la diversité des profils (public ou privé) contribuant à une meilleure qualité d'accompagnement des maîtres d'ouvrage publics.

B. - Le renforcement de la sécurité juridique de la maîtrise d'ouvrage public

11. - Aux termes de la loi MOP, le maître d'ouvrage public est responsable du projet, de sa conception à sa concrétisation. Aussi, par principe, les attributions de celui-ci ne peuvent être intégralement déléguées à des tiers. Le mandataire ne peut alors se voir confier qu'une partie des attributions du maître d'ouvrage, ce que rappelle la lettre de l'article L. 2422-6 du Code de la commande publique, et lorsque certains tiers l'assistent dans ses prises de décision, il en reste en tout état de cause entièrement responsable [Note 22](#). Le maître d'ouvrage public peut donc voir sa responsabilité engagée par les participants aux opérations de construction ou les tiers dans la mesure où ses décisions seraient à l'origine de dysfonctionnement du chantier ou de préjudices liés au déroulement du chantier.

12. - L'association des tiers à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage public peut conduire à tempérer cette affirmation, car elle permet de mieux protéger le maître d'ouvrage public des actions en responsabilité en lien avec la concrétisation d'un projet.

13. - Alors que cela fût longtemps impossible [Note 23](#), le maître d'ouvrage peut désormais engager la responsabilité contractuelle d'un tiers

agissant sous la responsabilité. Est ainsi admise la responsabilité du conducteur d'opérations qui aurait manqué à ses obligations contractuelles [Note 24](#) . De la même manière est acquise la responsabilité de l'assistant à maîtrise d'ouvrage au titre des irrégularités ayant entaché la procédure de passation d'un marché public [Note 25](#) . Enfin, le maître d'ouvrage peut appeler le maître d'ouvrage délégué en garantie à l'occasion d'une action principale engagée contre lui par un constructeur, ce dernier jouant le rôle de tampon entre le constructeur et le maître d'ouvrage [Note 26](#) .

14. - Le maître d'ouvrage peut encore tirer avantage de la disparition de son statut de « guichet unique » [Note 27](#) . Un participant aux opérations de construction subissant un préjudice imputable aux agissements d'un autre participant peut désormais engager directement la responsabilité quasi délictuelle de ce dernier, même s'il s'agit d'un assistant à maîtrise d'ouvrage, d'un mandataire ou d'un conducteur d'opérations, sans qu'il soit nécessaire de rechercher d'abord la responsabilité du maître de l'ouvrage [Note 28](#) .

15. - Le terrain de la responsabilité décennale pouvait lui aussi ne pas sembler propice à l'engagement de responsabilité des tiers associés à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, leurs rôles et missions les plaçant le plus souvent dans une situation ne relevant pas du champ d'application de ce régime déterminé par l'identification d'un contrat de louage d'ouvrage (*V. C. civ., art. 1717 et 1792-1*). Toutefois, après avoir reconnu à un conducteur d'opérations la qualité de locateur d'ouvrage [Note 29](#) , le Conseil d'État a admis la possibilité d'en faire le débiteur de la garantie décennale [Note 30](#) . Depuis la décision Rennes-les-Bains de 2018 [Note 31](#) , une telle possibilité a été reconnue pour l'ensemble des tiers associés à la maîtrise d'ouvrage, à condition que la qualification de contrat de louage d'ouvrage puisse être tirée de l'analyse minutieuse des clauses de la convention.

2. La participation des tiers à la fragilisation de la maîtrise d'ouvrage publique

16. - Si la participation des tiers à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique peut largement contribuer à la renforcer, elle pose également la question de la véritable autonomie dont peut faire preuve le maître d'ouvrage public qui s'appuie sur des ressources extérieures. Le repli de l'autonomie décisionnelle du maître d'ouvrage peut être apprécié à travers l'observation des difficultés suscitées par la participation des tiers à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, leur intensification suggérant une place de plus en plus importante occupée par les tiers dans un processus décisionnel (**A**). Il peut également être identifié à travers la volonté croissante des maîtres d'ouvrage publics de favoriser l'émergence d'une ingénierie publique, qui révèle une crainte d'abandonner une trop grande part de la décision, qui plus est à des opérateurs privés (**B**).

A. - La remise en cause de l'autonomie décisionnelle des maîtres d'ouvrage publics

17. - À s'en tenir aux artifices, il est aisé d'affirmer que le maître d'ouvrage ayant recours aux services d'un tiers reste toujours maître de ses décisions qui ne se confondent pas avec les conseils que celui-ci peut délivrer. Il existe en effet un pouvoir de direction et de contrôle [Note 32](#) de l'administration contractante, seule garantie de l'exercice effectif de ses attributions. En outre, même en associant des tiers, le maître d'ouvrage conserve nécessairement certaines prérogatives. Néanmoins, il serait hasardeux d'écarter les questionnements tenant à la réelle capacité des maîtres d'ouvrage publics de discuter voire de s'affranchir des conseils et analyses fournis par les tiers.

18. - Ainsi, afin de protéger l'autonomie décisionnelle des maîtres d'ouvrage, le juge administratif a pu sanctionner une collectivité qui avait associé trop étroitement un assistant à maîtrise d'ouvrage à sa prise de décision. La cour administrative d'appel de Douai [Note 33](#) a par exemple jugé que, dans le cadre d'une procédure d'attribution de délégation de service public, l'assistant à maîtrise d'ouvrage ne pouvait participer à la réunion de la commission d'appel d'offres pour présenter l'étude comparative des offres qu'il avait rédigée dès lors qu'il ne pouvait être assimilé à un membre de l'assemblée délibérante élu au sens de l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales .

19. - Dans d'autres hypothèses, la remise en cause de l'autonomie décisionnelle du maître d'ouvrage peut résulter d'une volonté délibérée du tiers de peser sur les décisions du maître d'ouvrage. Tel est le cas lorsqu'un assistant à maîtrise d'ouvrage tentera de convaincre un maître d'ouvrage du choix d'un montage contractuel auquel il aurait intérêt. Le terreau des partenariats publics privés est sur ce point des plus fertiles. C'est ainsi que l'action de la MAPP [Note 34](#) , chargée de l'évaluation de la pertinence du recours aux contrats puis aux marchés de partenariats a été ébréché par les sénateurs et la Cour des comptes qui ont pointé un manque criant d'impartialité [Note 35](#) . Les premiers [Note 36](#) rappellent qu'en plus des fonctions de conseil et d'évaluation, la MAPP poursuit également une mission de promotion, destinée à valoriser le recours aux contrats de partenariat auprès des personnes publiques potentiellement intéressées, ce qui établit une situation de conflit d'intérêts. La Cour des comptes [Note 37](#) formule des observations à peine plus nuancées en évoquant « le rôle ambigu de la mission d'appui aux partenariats publics-privé » dont la compétence couvre à la fois des fonctions de conseil et d'évaluation, et des missions de promotion des contrats de partenariat et en mettant en exergue le fait que les avis rendus sont presque systématiquement favorables à l'option du contrat de partenariat. Le parti pris est donc patent et l'influence sur la décision des maîtres d'ouvrage évidente [Note 38](#) .

20. - Enfin, relevons que dans le cadre de l'examen des manquements au principe d'impartialité soulevés à l'appui de la contestation des procédures de passation des contrats de la commande publique, le rôle des assistants à maîtrise d'ouvrage fait l'objet d'une attention particulière. Si le Conseil d'État s'est d'abord montré très exigeant et particulièrement soucieux des apparences [Note 39](#), il mène désormais une analyse plus réaliste permettant d'identifier un réel conflit d'intérêts établi sur la base d'éléments objectifs et probants [Note 40](#). Ces décisions, au-delà de la question de l'impartialité, établissent que l'on peut raisonnablement s'interroger sur l'existence d'une véritable autonomie décisionnelle des maîtres d'ouvrage publics dès lors que leurs choix peuvent être réputés viciés par la participation d'un tiers au processus décisionnel.

B. - L'attachement des maîtres d'ouvrage publics à l'ingénierie publique

21. - L'attachement des maîtres d'ouvrage publics à l'ingénierie publique témoigne d'une véritable dépendance vis-à-vis des tiers et de la volonté d'avoir en ces tiers la plus grande confiance. Elle est, en définitive, la conséquence et le révélateur directs de leur incapacité à exercer seuls et/ou en toute autonomie les fonctions relevant de la maîtrise d'ouvrage. En France, l'histoire des activités d'ingénierie est marquée par une tradition colbertiste organisant la formation des ingénieurs au sein de grandes écoles publiques [Note 41](#) afin que leurs talents puissent être mis au profit de l'aménagement du territoire national. Cette expertise publique a longtemps été proposée par le ministère de l'Équipement et ses déclinaisons déconcentrées, les célèbres DDE [Note 42](#). Toutefois, l'organisation de l'ingénierie publique a été profondément modifiée [Note 43](#), notamment sous la pression de l'ingénierie privée, par la loi MURCEF conduisant à soumettre ces conventions au droit de la commande publique ainsi que par les évolutions juridiques accroissant la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence [Note 44](#). La loi MURCEF a néanmoins préservé un espace isolé des lois du marché en créant l'assistance technique pour raisons de solidarité et d'aménagement du territoire (ATESAT) [Note 45](#) à destination des collectivités les plus fragiles. Malgré tout, cette large ouverture à la concurrence du marché de l'ingénierie a conduit l'État, dès 2007, et notamment pour des raisons budgétaires, à renoncer à l'exercice de missions de prestation de service au profit des collectivités dans le champ concurrentiel pour se concentrer sur l'expertise et les prestations de relevant de l'ATESAT, hors concurrence [Note 46](#). Ce dispositif a néanmoins été supprimé au 1er janvier 2014. Ces réformes ont suscité l'inquiétude des élus locaux [Note 47](#) qui se sont organisés pour maintenir une ingénierie publique locale de qualité. En dépit de la volonté de l'État de freiner ces ambitions [Note 48](#), l'ingénierie territoriale s'est considérablement développée dans le cadre de structures diverses. Ce comportement, économiquement agressif, n'a pas manqué de susciter l'inquiétude de l'ingénierie privée [Note 49](#) et a poussé les acteurs publics locaux à tenter d'apaiser les rapports entre ingénieries publique et privée [Note 50](#). Certes, concomitamment, on observe une volonté des acteurs locaux de renforcer leurs compétences internes en matière d'ingénierie afin de gagner en autonomie [Note 51](#). Une étude réalisée en 2015 [Note 52](#) conclut ainsi que les effectifs techniques des collectivités locales ont augmenté de 36 % en 10 ans quand les effectifs globaux des collectivités augmentaient de 24 %. On compterait plus de 28 000 ingénieurs (+154 % en 10 ans) et 45 000 techniciens et contrôleurs de travaux (+68 % en 10 ans). La création du contrat de projet [Note 53](#) permettant l'embauche d'un agent sur des missions ponctuelles spécifiques pour une durée d'un an minimum et dans la limite de 6 ans devrait encore accentuer cette tendance. Néanmoins, il est peu probable que ces politiques de gestion de ressources humaines puissent conduire, à terme, les maîtres d'ouvrage publics à se passer totalement de la participation des tiers dans le cadre de l'exercice de leurs missions. ■

.. **Egalement dans ce dossier :** articles 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9

.. **Encyclopédies :** Contrats et marchés publics, fasc. 72

[Note 1](#) L. n° 85-704, 12 juill. 1985.

[Note 2](#) G. Quigna, *La mission d'assistance : programmation, assistance à la maîtrise d'ouvrage AMO, conduite d'opération (1)* : RDI 1996, p. 483.

[Note 3](#) D. n° 73-207, 28 févr. 1973 relatif aux conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques par des prestataires de droit privé ; A. 29 juin 1973 définissant les modalités d'application, aux opérations d'investissement, du décret 73-207 du 28 février 1973 relatif aux conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques par des prestataires de droit privé.

[Note 4](#) Directive du 8 octobre 1973 citée par G. Quigna, *art. cit.* : « Il est essentiel que les maîtres d'ouvrages consacrent le plus grand soin à l'élaboration en temps voulu du programme [...]. Des programmes imprécis, voire inexistantes ou modifiés au cours de la réalisation des ouvrages, sont générateurs de désordre, d'improvisation et de dépassement de crédits, c'est-à-dire en définitive d'ouvrages ratés et hors de prix [...]. L'un des tout premiers devoirs du maître d'ouvrage est de remettre au maître d'œuvre un bon programme [...] et de ne le modifier par la suite que pour des motifs sérieux ». La directive évoque encore les « maîtres

d'ouvrage que l'on peut qualifier de capricieux » qui « coûtent trop cher à la Nation ». – V. également Rép. min. n° 17307 du Sénateur G. Petit, 11 juill. 1975 : JO Sénat, n° 54 S., 24 juill. 1975, p. 2429.

Note 5 *D. n° 75-60, 30 janv. 1975 : JO 2 févr. 1975, p. 1467.*

Note 6 *JO 29 mai 1976, p. 3173.*

Note 7 *JO 20 janv. 1980, p. 211.*

Note 8 *JO 20 janv. 1980, p. 212.*

Note 9 *D. n° 77-1167, 20 oct. 1977 portant création d'une mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques.*

Note 10 *Rapport Millier remis en décembre 1982 à Pierre Maurois, Premier ministre, évoqué au sein du rapport n° 273 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (1984-1985) réalisé par M. R. Laucournet, au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, déposé le 9 mai 1985, p. 8.*

Note 11 *L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 2.*

Note 12 *Ibid.*

Note 13 *L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 3 à 5.*

Note 14 *F. Llorens, La mission du maître d'ouvrage délégué : RDI 1996, p. 463.*

Note 15 *L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 6.*

Note 16 *V. not. les articles 104 et s. de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales qui organisent le transfert de près de 35 000 agents de la DDE et plus de 90 000 TOS (agents des collèges et lycées).*

Note 17 *À Brest, Toulouse ou Saint-Denis de La Réunion.*

Note 18 *J.-B. Grosborne, L'opération 1000 piscines : Rev. adm. 1972, p. 78, n° 145.*

Note 19 *P. Malinvaud, Nouvelles fonctions dans les marchés de construction : RDI 1996, p. 447.*

Note 20 *V. AMF – IDRIM, Guide « L'Assistance à Maîtrise d'Ouvrage (AMO) – Comment réussir vos projets d'infrastructures ? », 2015 : www.idrri.com/ressources/documents/7/3985,Guide-AMO-VF2.pdf.*

Note 21 *L. Richer, Les personnes susceptibles d'être maîtres d'ouvrage délégués : RDI 1996, p. 457. – V. l'art. 4 de la loi MOP n° 85-704 dans sa rédaction initiale.*

Note 22 *CE, 26 sept. 2016, n° 390515, Sté Dumez Île-de-France : JurisData n° 2016-020363. – P. Devillers, Maîtrise d'ouvrage déléguée : transparence du mandataire : Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 258. – F. Moderne, La responsabilité du maître de l'ouvrage : RDI 2002, p. 500.*

Note 23 *CE, sect., 28 mai 1971, n° 72369, Ville Saint-Jean-de-Maurienne. Le Conseil d'État estimait alors que le tiers, conducteur d'opérations, agissait sous la pleine responsabilité du maître d'ouvrage, rendant impossible l'identification d'une responsabilité propre.*

Note 24 *La jurisprudence admet depuis 1997 l'engagement de la responsabilité contractuelle du tiers par le maître d'ouvrage. En ce sens, V. CE, 14 mars 1997, n° 132560, Hôpital départemental des Petits Prés : Lebon, p. 85 ; RFDA 1998, p. 1, note F. Moderne.*

Note 25 *J. Diethoefffer, Responsabilité de l'assistant à maîtrise d'ouvrage au titre des irrégularités ayant entaché la procédure de passation d'un marché : Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 228.*

Note 26 *CE, 26 sept. 2016, n° 390515, Sté Dumez Île-de-France, préc. – A. Galland, Le principe de représentation, cape d'invisibilité du maître d'ouvrage délégué, comm. ss CE, 26 sept. 2016, n° 390515, Sté Dumez Île-de-France, préc. : RDI 2017, p. 534.*

Note 27 *CE, 5 juin 2013, n° 352917, Région Haute-Normandie : JurisData n° 2013-011332 ; Lebon T., p. 695 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 216, note G. Eckert. – CE, 12 nov. 2015, n° 384716, Sté Tonin : JurisData n° 2015-025067 ; mentionné aux tables du Recueil Lebon ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 3, note M. Ubaud-Bergeron.*

- [Note 28](#) CE, 5 juill. 2017, n° 396430, *Sté Eurovia Champagne-Ardenne* : *JurisData* n° 2017-013416 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, *comm.* 230, *note P. Devillers*. – Pour la mise en cause d'un assistant à maîtrise d'ouvrage, V. CAA Nancy, 20 mars 2018, n° 16NC01822 : *JurisData* n° 2018-006129 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, *comm.* 113, *obs.* H. Hoepffner.
- [Note 29](#) CE, 2 oct. 1968, n° 69231, *Min. Équipement et Logement c/ Cne Chapelle-Vieille-Forêt et Sté auxiliaire du génie civil*.
- [Note 30](#) CE, 21 févr. 2011, n° 330515, *ICADE* : *JurisData* n° 2011-002206 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, *comm.* 109, *note P. Devillers*.
- [Note 31](#) CE, 9 mars 2018, n° 406205 : *JurisData* n° 2018-003166 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, *comm.* 105, *note P. Devillers* ; *AJCT* 2018, p. 387.
- [Note 32](#) A. Roblot-Troizier, *Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant* : *RFDA* 2007, p. 990.
- [Note 33](#) L'assistant à maîtrise d'ouvrage ne peut pas assister à la commission de délégation de service public – CAA Douai, 6 août 2010, n° 09DA00551 : *JurisData* n° 2010-021887 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, *comm.* 424, *obs.* F. Llorens ; *AJDA* 2010, p. 2174 .
- [Note 34](#) Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat public-privé ; désormais Fin Infra.
- [Note 35](#) Y. Goutal, S. Dyens, D. Enjolras, P. Villeneuve, *Rapport 2015 de la Cour des comptes et collectivités territoriales : morceaux choisis* : *AJCT* 2015, p. 199.
- [Note 36](#) Sénat, *Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?*, *Rapport d'information de MM. J.-P. Sueur et H. Portelli, fait au nom de la commission des lois*, 2014.
- [Note 37](#) *Cour des comptes, Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, 2015.
- [Note 38](#) Il serait faux de penser que ces difficultés spécifiquement françaises. Le manuel de bonnes pratiques de l'European PPP Expertise Centre invite à choisir un assistant à maîtrise d'ouvrage différent pour chaque phase de réalisation du projet, avec des modalités de rémunération indépendantes de l'issue de la procédure, afin que ses analyses ne soient pas dictées par l'intérêt de voir le projet se réaliser.
- [Note 39](#) CE, 14 oct. 2015, n° 390968, *Sté Applicam* : *JurisData* n° 2015-022864 ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 279, *note G. Eckert*.
- [Note 40](#) CE, 12 sept. 2018, n° 420454, *SIOM de la Vallée de Chevreuse* : *JurisData* n° 2018-015727 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, *comm.* 241, *note M. Ubaud-Bergeron*.
- [Note 41](#) École des Ponts et Chaussées, École polytechnique...
- [Note 42](#) Directions départementales de l'équipement.
- [Note 43](#) Sénat, *Les collectivités territoriales : moteurs de l'ingénierie publique*, *Rapport d'information de M. Y. Daudigny, fait au nom de la Délégation aux collectivités territoriales, déposé le 15 juin 2010*.
- [Note 44](#) CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208, *Jean-Louis Bernard Consultants* : *JurisData* n° 2000-061174 ; *Contrats-Marchés publ.* 2001, *comm.* 8, *obs.* P. Soler-Couteaux. – CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : *Juris-Data* n° 2006-070219 ; *Contrats-Marchés publ.* 2006, *comm.* 202, *note G. Eckert*.
- [Note 45](#) La loi MURCEF a inséré un nouvel article 7-1, au sein de la loi du 6 février 1992, *préc.*
- [Note 46](#) *Circ. n° 2007-24, 29 mars 2007 relative à l'ingénierie d'appui territorial, NOR : EQUU0790721C*. – *Circ. 10 avr. 2008 sur les mesures du conseil de modernisation des politiques publiques relatives à l'ingénierie publique concurrentielle, NOR : DEVK0809162C...*
- [Note 47](#) Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD), *Mission d'évaluation des réformes de l'assistance technique pour raisons de solidarité et d'aménagement du territoire (ATESAT) et de l'application du droit des sols (ADS)*, *Rapp. n° 010538-01, nov. 2016* : www.eauxglacees.com/IMG/pdf/2-1-Atesat_et_droit_des_sols_03-01-17.pdf.
- [Note 48](#) *Rép. min. n° 36729* : *JO* 23 sept. 2014, p. 8064 .
- [Note 49](#) O. Baumann, *Comment l'ingénierie publique cannibalise le privé*, 2015 : www.lemoniteur.fr/article/comment-l-ingenierie-publique-cannibalise-le-prive.610189.
- [Note 50](#) www.adcf.org/files/ouvrages/ADCF-ADF-EtudeTerritoireIngenieux-150107-web.pdf, p. 46.

[Note 51](#) E. Dimicoli, *Comment les maires font-ils face à la fin de l'ATESAT ?*, *Maires de France*, 2014 : http://medias.amf.asso.fr/docs/DOCUMENTS/AMF_12602_FIN_ATESAT.pdf.

[Note 52](#) O. Baumann, *art. préc.*

[Note 53](#) L. n° 2019-828, 6 août 2019, de transformation de la fonction publique, art. 17.

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2020, dossier 4

L'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique par les personnes publiques

Etude par Laetitia JANICOT professeur à l'université de Cergy-Pontoise

[Accès au sommaire](#)

Les conditions de passation et d'exécution des conventions de transfert de la maîtrise d'ouvrage soulèvent de nombreuses interrogations et montrent combien le droit français a du mal à appréhender l'action commune des personnes publiques.

1. - Si le contrat s'est imposé dans les relations entre l'Administration et les administrés, depuis longtemps, il est devenu également aujourd'hui le mode privilégié des relations qui se nouent entre les personnes publiques.
2. - Au-delà des contrats publics d'affaires, la loi autorise en effet les personnes publiques à déléguer ou transférer, par la voie de conventions, leurs compétences [Note 2](#) . Les personnes publiques ont également à leur disposition un nombre de plus en plus important d'instruments conventionnels leur permettant de mutualiser leurs moyens et d'exercer leur action en commun [Note 3](#) .
3. - Ce souci d'agir ensemble est également présent lorsque des personnes publiques décident de faire construire ou de réhabiliter, ensemble, un ou plusieurs ouvrages, dont elles sont ou deviendront copropriétaires. Ces hypothèses sont fréquentes, malgré la spécialisation croissante des compétences des personnes publiques. Tel est le cas, par exemple, des travaux de construction d'une gare d'échange intermodale regroupant une gare ferroviaire, une gare routière et un parking municipal, d'un immeuble comprenant un équipement scolaire mais aussi d'une bibliothèque à vocation communale et départementale ou encore de l'intersection entre une route nationale et une route départementale.
4. - Dans tous ces cas, la coopération entre personnes publiques apparaît nécessaire tant dans un souci d'économies que de cohérence et d'efficacité. Elle répond aussi au besoin d'optimiser la destination des immeubles, selon une logique de densification, qui s'avère nécessaire dans les grandes villes du fait d'un manque d'assiette foncière.
5. - Pendant longtemps, le droit n'a pas apporté de réponse certaine, ni satisfaisante à ce besoin né de la pratique, qui consiste à mener ensemble une opération de construction, de la conception du projet jusqu'à l'achèvement de l'ouvrage.
6. - La coopération institutionnelle, c'est-à-dire la création d'une structure de coopération, à laquelle est confié l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, par la voie d'un mandat, ne constituait pas et ne constitue toujours pas, d'ailleurs, un instrument adéquat. Cette coopération concerne le plus souvent des collectivités de même rang, ce qui réduit d'autant l'intérêt de ce dispositif. En outre, jusqu'à l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004, la plupart de ces structures de coopération ne pouvaient se voir confier la maîtrise d'ouvrage publique, dans la mesure où elles ne relevaient pas de la liste limitative des personnes pouvant être mandataires (ancien article 4 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi « MOP »). Pendant longtemps, l'une des seules manières d'agir en co-maîtrise d'ouvrage consistait donc à créer un groupement de commandes doublé d'un mandat de maîtrise d'ouvrage publique. Mais, là encore, ce système, toujours utilisé, présente un certain nombre d'inconvénients. Le groupement de commandes permet, en effet, de coordonner des achats, mais il n'opère aucun transfert de la maîtrise d'ouvrage (*CCP, art. L. 2113-6 et s.*). S'il est assorti d'un mandat, il doit en revanche respecter l'ensemble des règles contraignantes qui s'imposent à ce type de contrat. Surtout, la logique du mandat ne correspond pas à celle de la co-maîtrise d'ouvrage. Dans la mesure où la collectivité mandante est seule engagée par les actes de son mandataire, il est difficile de voir dans

le mandat « une organisation idéale pour la co-maîtrise d'ouvrage » [Note 4](#) .

7. - Pour répondre à ce besoin, un certain nombre de dispositions législatives particulières ont autorisé, en dehors du champ de la loi MOP , certaines personnes publiques à confier leurs attributions de maître d'ouvrage à d'autres, marquant ainsi, selon certains auteurs, « la fin d'une époque » [Note 5](#) . Depuis longtemps, l'État peut, par exemple, confier la maîtrise d'ouvrage de constructions universitaires aux collectivités territoriales [Note 6](#) . Plus récemment, ces transferts se sont multipliés, par exemple, au profit de la Société du Grand Paris [Note 7](#) , de l'EPIC « Société de livraison des ouvrages olympiques » [Note 8](#) , du nouvel établissement public chargé de la conservation et de la restauration de la cathédrale Notre-Dame de Paris [Note 9](#) ou encore de l'Agence nationale de la cohésion des territoires (CGCT, art. L. 1231-2, IV).

8. - Il faut attendre l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 , prise en application de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, et ratifiée par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 , pour que soient introduites, dans la loi de 1985, elle-même, des dérogations au principe d'unicité de la maîtrise d'ouvrage, en vertu duquel il est interdit de se démettre de la fonction de maître d'ouvrage.

9. - Elle autorise, entre autres, les maîtres d'ouvrage à conclure une convention, qu'elle qualifie de « transfert de maîtrise d'ouvrage », appelée également par la doctrine « maîtrise d'ouvrage unique » ou encore « co-maîtrise d'ouvrage ».

10. - Le nouvel article 2-II de la loi de 1985, aujourd'hui codifié à l'article L. 2422-12 du Code de la commande publique dispose que « lorsque la réalisation 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 ».

11. - Cette convention de transfert permet ainsi à des maîtres d'ouvrages publics mais aussi privés (notamment les SEM de construction et les SA d'HLM lorsque l'opération comporte des logements locatifs aidés) de transférer et donc de renoncer temporairement, pendant la durée des travaux, à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage au profit d'un maître d'ouvrage unique (MOU).

12. - À ce titre, le dispositif institué par la loi est paradoxal. La construction d'un ou de plusieurs ouvrages ne se concrétise pas en effet par une coopération ou une action commune, mais par un transfert, c'est-à-dire un dessaisissement temporaire de la maîtrise d'ouvrage publique au profit d'une seule personne, alors même que l'ouvrage revient à la fin de la convention en pleine propriété à tous les maîtres d'ouvrage concernés.

13. - Mais, ce contrat présente de nombreux avantages. Il permet, par exemple, à une personne publique de saisir l'opportunité de faire construire un équipement dans un immeuble présentant une autre affectation principale, sans avoir besoin de mobiliser ses services opérationnels. De son côté, le maître d'ouvrage unique peut avoir un intérêt à conserver la maîtrise de l'ensemble du processus de construction, puisqu'il est principalement concerné. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une commune transfère à un bailleur social la maîtrise d'ouvrage d'une crèche, dans un immeuble principalement affecté à des logements sociaux. C'est le cas aussi lorsqu'une commune est obligée de réorganiser un jardin, du fait de l'installation, par l'État, d'un monument commémoratif. Mais il peut aussi arriver qu'une personne publique ne dispose pas des moyens suffisants pour faire réaliser ou réhabiliter un ouvrage, elle a, dans ce cas, tout intérêt à transférer la maîtrise d'ouvrage à une autre, impliquée dans le projet, qui, elle, aura les capacités de l'exercer. En outre, ce mécanisme de transfert a l'avantage de la simplicité puisqu'il écarte toutes les difficultés liées à l'intervention de plusieurs maîtres d'ouvrage. Ce sont toutes ces raisons qui ont justifié, par exemple, le recours au transfert, au moins en partie, pour les travaux de réhabilitation des Halles à Paris.

14. - Très utile dans la pratique, cette convention ne peut être toutefois signée que si l'opération entre bien dans le champ de la loi MOP . La réalisation ou la réhabilitation d'un ouvrage commun rentre sans trop de difficultés dans le champ de la loi. L'analyse est en revanche plus délicate lorsque l'opération débouche sur la réalisation de plusieurs ouvrages implantés sur un même site. Que penser, par exemple, d'un projet qui prévoit l'installation d'un jardin public entouré d'un ensemble immobilier intéressant d'autres maîtres d'ouvrage public ? Certes, ces ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, mais ils ne forment pas nécessairement un ensemble. Le transfert suppose en effet une certaine unité du projet et ne saurait s'appliquer en cas de juxtaposition d'ouvrages [Note 10](#) .

15. - L'ordonnance de 2004 ne donne, en revanche, que très peu d'indications sur le contenu et le régime de cette convention de transfert. En laissant ainsi les parties définir seules l'économie générale de cette convention, l'ordonnance fait la part belle à la liberté contractuelle. À ce titre, l'ordonnance a été saluée par l'ensemble de la doctrine [Note 11](#) . Pourtant, la liberté ne permet pas tout et ne résout pas toutes les difficultés. Indépendamment des limites que les parties peuvent s'imposer contractuellement, et au-delà des non-dits de la loi, la convention doit respecter un certain nombre de règles et de principes qui sont attachés à la personnalité publique. L'absence de formalisme est peut-être source de la liberté [Note 12](#) , mais il est aussi source d'insécurité et donc de risque. Le régime juridique de cette convention de transfert, n'étant pas défini par la loi, soulève de nombreuses questions portant à la fois sur la conclusion (1) et sur l'exécution de la convention (2).

1. La conclusion de la convention de transfert de maîtrise d'ouvrage publique

16. - Si le législateur qualifie la convention de « transfert » de maîtrise d'ouvrage, il ne donne aucune indication précise ni sur le contenu (A) ni sur les conditions de passation de cette convention (B).

A. - Le contenu indéterminé de la convention

17. - La détermination du contenu de la convention de transfert de maîtrise d'ouvrage publique soulève un certain nombre d'interrogations.

18. - La loi ne donne, tout d'abord, aucune indication sur les missions qui sont susceptibles d'être exercées par le maître d'ouvrage unique. Peut-il se voir attribuer toutes les attributions exercées par un maître d'ouvrage ou seulement certaines d'entre elles, comme cela est le cas dans le cadre du mandat ?

19. - Cette incertitude n'est pas levée par les réponses ministérielles, dans la mesure où celles-ci proposent des interprétations différentes voire contradictoires [Note 13](#) . La pratique révèle, elle aussi, une diversité des situations. En effet, un maître d'ouvrage peut transférer la maîtrise d'ouvrage correspondant soit à la seule phase d'études, soit à la phase de réalisation des travaux, soit, encore, à toutes les phases. Le choix des attributions susceptibles d'être transférées est donc avant tout stratégique, puisqu'il est lié à des considérations financières, politiques et techniques. Le choix des attributions transférées, qui relève d'une véritable ingénierie, peut donc aboutir à des situations très variées.

20. - Ce constat appelle quelques observations.

21. - À première vue, la convention de transfert n'est pas un mandat. Le législateur a en effet bien pris soin de distinguer le transfert du mandat mais aussi des autres modalités d'organisation de la maîtrise d'ouvrage publique, que sont l'assistance et la conduite d'opération (*CCP, art. L. 2422-1*). Chacune de ces modalités fait l'objet d'une section différente dans la loi, et aujourd'hui dans le Code de la commande publique. Si le transfert est distinct du mandat, il devrait donc consister en un transfert temporaire de toutes les attributions liées à la maîtrise d'ouvrage publique, le maître d'ouvrage unique, agissant alors en son nom et pour son compte.

22. - Or, cette qualification législative soulève des interrogations au regard de la situation de chacune des parties. Les co-maîtres sont en effet tout autant intéressés que le maître d'ouvrage unique à la construction de l'ouvrage dont ils sont ou vont devenir propriétaires. Ils ne peuvent dans ces conditions transférer pleinement la maîtrise d'ouvrage publique.

23. - En outre, le transfert total pourrait se heurter à des obstacles d'ordre constitutionnel, tout au moins pour les collectivités territoriales.

24. - Le principe de non-tutelle entre collectivités territoriales, inscrit à l'article 72, alinéa 5 de la Constitution, habilite, en effet, « *la loi à désigner une collectivité territoriale pour organiser et non pour déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités* ». C'est ce qu'a précisé le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008 , à propos d'un dispositif législatif proche de celui du transfert de maîtrise d'ouvrage publique, qui avait été introduit dans le cadre des contrats de partenariat. Le Conseil a censuré dans cette décision les dispositions législatives prévoyant que la collectivité territoriale désignée pouvait signer un contrat de partenariat à la place des autres et que la convention signée entre les collectivités territoriales devait préciser « les conditions de ce transfert de compétences et en fixer le terme » [Note 14](#) .

25. - Dès lors, sous peine de méconnaître ce principe, les conventions de transfert, conclues entre collectivités territoriales, ne devraient pas avoir pour objet le transfert temporaire de pouvoirs de décision, mais seulement de pouvoirs d'organisation. Or, un très grand nombre des attributions du maître d'ouvrage, énumérées dans la loi MOP , semblent procéder d'un tel pouvoir de décision (*CCP, art. L. 2421-1*). Tel est le cas, par exemple, de l'élaboration du programme, du financement de l'opération, de la conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération. La plupart de ces pouvoirs ne devraient donc pas pouvoir être transférés d'une collectivité territoriale à une autre, en application du principe de non-tutelle. Mais alors, dans ce cas, le transfert de maîtrise d'ouvrage ne se distinguerait pas réellement du mandat, tout au moins en ce qui concerne l'étendue des attributions confiées.

26. - N'étant pas un mandat, mais ne pouvant pas non plus consister en un plein transfert d'attributions, les conventions de transfert, tout au moins celles signées entre collectivités territoriales, ont donc un objet qui reste en partie indéterminé.

27. - D'autres interrogations portent sur les clauses financières.

28. - Un principe général du droit, qui trouve sa source dans le CGCT et qui a été rappelé par Conseil d'État dans un avis du 13 février 2007 [Note 15](#) , interdit en effet aux collectivités territoriales et leurs établissements publics d'engager des dépenses et d'encaisser des recettes pour le compte d'autres collectivités ou d'autres établissements. Seule une loi, autorisant, de manière suffisamment précise, la conclusion d'un mandat

financier peut permettre, selon le Conseil d'État, de déroger à ce principe.

29. - Or, la loi ne prévoit rien pour le transfert de maîtrise d'ouvrage publique. Certes, la convention de transfert ne devrait pas, en raison de son objet, impliquer la conclusion d'un mandat financier. Le maître d'ouvrage unique agit, en effet, en son nom et non pour le compte des autres co-maîtres. Il n'en reste pas moins que les co-maîtres financent le coût de la construction ou de la réhabilitation de la partie de l'ouvrage qui leur appartient ou leur appartiendra et qui relève de leur compétence. Il revient ensuite au maître d'ouvrage unique de payer les travaux effectués auprès des entrepreneurs et des maîtres d'œuvre. Par ailleurs, le maître d'ouvrage unique se voit rembourser les dépenses qu'il a pu engager au titre de la partie de l'ouvrage qui intéresse les co-maîtres d'ouvrage. Il y a donc bien, malgré ce transfert, le paiement de dépenses publiques, par le maître d'ouvrage unique, pour le compte, ou tout au moins, dans l'intérêt des autres maîtres d'ouvrage. Il est possible, dans ces conditions, de douter que le simple renvoi de la loi à la convention pour fixer les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage puisse constituer une habilitation en bonne et due forme, de conclure un mandat financier, répondant aux exigences posées par le Conseil d'État, dans son avis de 2007. La convention de transfert pourrait à ce titre être dépourvue de fondement légal, la loi n'autorisant pas précisément le mandat financier.

30. - La question se pose également de savoir si les règles du Code général des collectivités territoriales (notamment celles prévues à l'article L. 1111-10), qui encadrent les financements croisés ou encore les fonds de concours entre collectivités territoriales, s'imposent aux conventions de transfert. Cela n'est pas certain, dans la mesure où ces règles s'appliquent aux hypothèses dans lesquelles une collectivité finance un ouvrage qui n'est pas destiné à devenir sa propriété, ce qui n'est pas le cas du transfert de maîtrise d'ouvrage.

31. - La fixation de la durée du transfert, qui doit être prévue dans la convention, soulève, elle aussi certaines interrogations. Si la loi « signifie clairement que le transfert [...] ne peut être que temporaire », elle ne dit pas si ce transfert est possible sur « une certaine durée [...] pour un même type d'opérations déterminées (par exemple, les travaux de rénovation d'une école relevant de plusieurs collectivités locales ou d'une gare intermodale) » [Note 16](#) .

32. - Ainsi, la détermination, par les parties, des éléments essentiels de la convention, que sont l'objet, les modalités de financement mais aussi la durée, est loin d'être simple.

B. - Les conditions imprécises de passation de la convention

33. - Les conditions dans lesquelles la convention de transfert est conclue ne sont pas non plus clairement établies.

34. - Dans le cadre du mandat de maîtrise d'ouvrage publique, le principe de représentation implique que les règles de passation des contrats conclus par le mandataire soient celles qui sont applicables au maître d'ouvrage (*CCP, art. L. 2422-9*). Le maître d'ouvrage unique, bénéficiaire du transfert, devrait au contraire appliquer les seules règles qui s'imposent à lui pour la passation des contrats conclus avec le maître d'œuvre ou les entrepreneurs. C'est en ce sens que se prononcent certaines réponses ministérielles [Note 17](#) . Ainsi, si le maître d'ouvrage unique est une collectivité territoriale, les marchés ne devraient pas pouvoir être conclus sans l'autorisation préalable de l'organe délibérant de cette collectivité et sans l'intervention d'une commission d'appel d'offres. On peut toutefois rester perplexe sur la situation dans laquelle un ouvrage construit pour le compte d'un bailleur social et d'une collectivité territoriale, puisse l'être sur la base de marchés conclus en dehors des règles applicables aux collectivités territoriales en cas de transfert de la maîtrise d'ouvrage au bailleur social. D'ailleurs, certaines réponses ministérielles recommandent d'avoir recours à la procédure la plus formaliste [Note 18](#) . La question reste toutefois entière, n'ayant pas été réglée, à la différence du mandat, par la loi.

35. - La question se pose également de savoir si la conclusion d'une convention de transfert de la maîtrise d'ouvrage publique doit respecter des règles de publicité et de mise en concurrence préalables.

36. - Le transfert de la maîtrise d'ouvrage publique relève, à première vue, de la coopération contractuelle entre personnes publiques, échappant ainsi à l'application des règles de la commande publique. Imposer une mise en concurrence préalable n'a pas de sens. Compte tenu de l'appartenance des ouvrages concernés à des personnes publiques et de leur localisation, compte tenu du fait que ces ouvrages sont affectés à des activités relevant de la compétence de ces mêmes personnes publiques, le transfert ne peut être conclu qu'entre les personnes publiques concernées par l'opération de construction. Un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 30 décembre 2016 [Note 19](#) , Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal, a d'ailleurs jugé que la convention de transfert ne constituait pas un marché de services. La chose semble également acquise, dans la pratique, les personnes publiques concluant ces conventions de gré à gré.

37. - Mais, aussi justifiée soit-elle, cette convention de coopération conclue entre personnes publiques ne semble pas satisfaire nécessairement l'ensemble des conditions posées, d'abord par la Cour de justice de l'Union européenne en 2009 [Note 20](#) , et énoncées aujourd'hui à l'article L. 2511-6 du Code de la commande publique , pour déroger aux règles de publicité et de mise en concurrence.

38. - Plus précisément, en cas de transfert de maîtrise d'ouvrage, la condition tenant à l'existence d'un service public commun ne sera pas remplie lorsque différents services publics sont concernés ou lorsque les ouvrages à construire ne sont pas affectés à une mission de service public, ce qui devrait être le plus souvent le cas.

39. - En toute hypothèse, le transfert doit, pour échapper aux règles de la commande publique, être opéré à titre gratuit et ne donner lieu qu'au remboursement des dépenses engagées par le maître d'ouvrage unique. Précaution qui peut s'avérer délicate si ce défraiement est calculé au prorata de l'investissement de chacun des maîtres d'ouvrage.

40. - Il n'est pas non plus certain que le transfert de maîtrise d'ouvrage puisse être regardé comme un transfert de compétence, échappant aux règles de la commande publique, depuis l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 21 décembre 2016, Remondis & Co. KG Région Nord c/ Région Hannover [Note 21](#) . Le maître d'ouvrage unique pourrait en effet ne pas être regardé comme pleinement autonome dans l'accomplissement de la mission qui lui a été « transférée ». Certes, les co-maîtres d'ouvrage n'ont qu'un droit d'information sur l'exercice de la maîtrise d'ouvrage. Mais ils définissent préalablement leur besoin, consignent l'ensemble des spécifications devant être respectées, par le maître d'ouvrage unique, dans un cahier des charges. Pour en assurer le respect, la convention définit, par ailleurs, les conditions de suivi et de validation de l'opération ainsi que les conséquences du non-respect de ces exigences. Le maître d'ouvrage unique est en outre dépendant du financement complémentaire des autres personnes publiques.

41. - La question de la soumission de cette convention aux règles de la commande publique n'est donc pas pleinement résolue, puisque s'il est évident, d'un point de vue pratique, que ces conventions devraient pouvoir y déroger, elles ne remplissent pas nécessairement l'ensemble des conditions, qui permettent d'y échapper, ce qui n'est pas sans risque contentieux. Les élus locaux d'opposition tout comme le préfet, à qui peut être transmise la délibération autorisant la signature de la convention [Note 22](#) , pourraient facilement engager un recours de plein contentieux depuis l'arrêt Département du Tarn-et-Garonne.

2. L'exécution de la convention de transfert de maîtrise d'ouvrage publique

42. - La loi ne donne pas davantage d'indications sur les conditions d'exécution de la convention de transfert de maîtrise d'ouvrage publique. Il est dès lors très difficile d'identifier les implications exactes de ce transfert sur les relations entre les maîtres d'ouvrage publics (A) et sur celles opposant les maîtres d'ouvrage publics et les tiers concernés (B).

A. - Les incertitudes portant sur les relations entre les maîtres d'ouvrage publics

43. - Les relations entre les maîtres d'ouvrage publics sont soumises à un régime juridique incertain, pour au moins deux raisons. D'une part, les conventions de transfert de maîtrise d'ouvrage n'échappent pas au régime spécifique des contrats conclus entre personnes publiques, qui reste encore aujourd'hui très incomplet [Note 23](#) . D'autre part, l'implication respective des parties à la convention n'est pas clairement identifiée, dans la mesure où la construction de l'ouvrage, bien que relevant de la seule responsabilité du maître d'ouvrage unique, intéresse tout autant les co-maîtres d'ouvrage, en tant qu'actuels ou futurs propriétaires de l'ouvrage.

44. - Ces incertitudes concernent, tout d'abord, les modalités de contrôle de l'exécution de la convention. Dans la mesure où l'objet de ce contrat consiste en un transfert de la maîtrise d'ouvrage publique, le contrôle exercé par les co-maîtres devrait rester limité, le maître d'ouvrage unique agissant pour son compte. Il n'en reste pas moins que le maître d'ouvrage unique doit respecter les spécifications techniques (surtout, quand l'ouvrage est destiné à accueillir du public, comme un gymnase ou une crèche, par exemple), les délais de réalisation et de livraison de l'ouvrage ou encore les enveloppes financières, avant prévus dans la convention.

45. - S'il y a transfert de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, il ne peut donc pas ne pas y avoir de contrôle des co-maîtres d'ouvrage. Mais, ce contrôle n'est pas pour autant équivalent à celui exercé par le mandant sur son mandataire sous peine de transformer ce contrat en un mandat.

46. - En outre, ce contrôle s'accompagne en principe de sanctions. Or, là aussi, il n'est pas certain que l'ensemble des pouvoirs de sanction, habituellement reconnus aux personnes publiques à l'égard de leur cocontractant privé, puissent être exercés par les parties à la convention de transfert, soit en cas de défaillance du maître d'ouvrage unique, soit à l'inverse, en cas de non-paiement par les co-maîtres. Par exemple, le maître d'ouvrage unique ne nous paraît pas en mesure d'émettre un titre de recettes rendu exécutoire à l'encontre des co-maîtres d'ouvrage débiteurs [Note 24](#) .

47. - Les seuls moyens d'action, à la disposition des parties à la convention, en cas de faute de l'une d'entre elles, sont, en définitive, la résiliation-sanction ou encore l'action en responsabilité contractuelle. Mais, ces moyens d'action s'avèrent, dans les faits, peu opportuns. Il faut en effet rappeler qu'à la différence d'un contrat public d'affaires, la convention de transfert de la maîtrise d'ouvrage publique a pour particularité de réunir des signataires qui ne sont pas interchangeables. Les personnes publiques, parties à la convention, sont donc contraintes de s'entendre.

48. - Les incertitudes qui portent sur le pouvoir de sanction de l'une ou l'autre des parties s'avèrent d'autant plus problématiques que les engagements réciproques que fait naître la convention de transfert ne peuvent être remis en cause que très difficilement. Le Conseil d'État a en effet jugé dans l'arrêt du 27 février 2015, Commune de Béziers III [Note 25](#) , que si un motif d'intérêt général est de nature à justifier une telle résiliation unilatérale, il était apprécié strictement par le juge. À supposer même qu'une telle résiliation soit possible, ses conséquences indemnitaires n'ont pas encore été clarifiées par le juge et font l'objet, d'ailleurs, d'appréciations différentes [Note 26](#) .

49. - Si les relations entre les personnes publiques, maîtres d'ouvrage, ne sont pas soumises à des règles clairement identifiées, celles les opposant aux tiers intéressés ne le sont pas davantage.

B. - Les incertitudes portant sur les relations entre les maîtres d'ouvrage publics et les tiers intéressés par l'opération de construction

50. - Deux questions au moins pourraient se poser si des difficultés apparaissaient lors de l'exécution des travaux.

51. - La première porte sur les effets de la convention de transfert à l'égard des tiers, maîtres d'œuvre et entrepreneurs ou encore victimes de dommages.

52. - En principe, le transfert des attributions de la maîtrise d'ouvrage devrait impliquer le transfert de la responsabilité. Le maître d'ouvrage unique devrait donc être seul responsable envers les titulaires des marchés conclus pour mener à bien l'opération de construction ou envers les tiers, victimes des travaux. Toutefois, la convention de transfert, dotée d'un effet relatif, ne devrait pas pouvoir être opposable aux tiers. La question se pose alors de savoir si le co-maître d'ouvrage et le maître d'ouvrage unique pourraient voir leur responsabilité *in solidum* engagée. L'obligation *in solidum* n'est pas admise en principe en droit de la responsabilité administrative mais connaît quelques exceptions, notamment lorsque la collaboration entre personnes publiques est à l'origine du dommage [Note 27](#) . En outre, en matière de dommages de travaux publics, la victime peut engager, de manière dérogatoire, la responsabilité solidaire du maître d'ouvrage, de l'entrepreneur ou du maître d'œuvre, sans qu'aucun d'entre eux ne puisse opposer à la victime le fait du tiers. Mais, la solidarité ne joue dans ce dernier cas que pour les seules personnes impliquées dans l'opération de travaux publics. Or, sur ce point, la question de savoir si le co-maître d'ouvrage peut être regardé comme impliqué demeure incertaine. Certes, il participe au financement des travaux, il exerce un contrôle, même s'il est limité, sur l'exécution des travaux, et surtout, il définit à l'origine ses besoins, puisque l'ouvrage est ou est destiné à devenir sa propriété. Mais, à l'inverse, son pouvoir de décision est fortement diminué, puisqu'il est en principe transféré au maître d'ouvrage unique, ce qui pourrait justifier qu'il ne puisse être regardé comme responsable, tout au moins à l'égard des tiers.

53. - La seconde interrogation porte sur les actions possibles du co-maître d'ouvrage à l'encontre des tiers, en l'absence de précision dans la convention de transfert et dans les marchés de travaux subséquents [Note 28](#) . En cas de défaillance du maître d'ouvrage unique, le co-maître d'ouvrage peut-il engager la responsabilité contractuelle des entrepreneurs, du maître d'œuvre ? Ou doit-on considérer que seul le maître d'ouvrage unique dispose d'une telle action ?

54. - La même question se pose à la fin de la convention de transfert. Le maître d'ouvrage unique peut-il engager seul les responsabilités post-contractuelles ou la fin de la convention de transfert permet-elle à l'ensemble des maîtres d'ouvrage publics, en tant que propriétaires, d'agir ? Jusqu'où va en définitive le transfert de la maîtrise d'ouvrage ? Jusqu'à la levée des réserves ou au-delà ? Les conditions de réception du ou des ouvrage(s) devront donc être particulièrement détaillées sur ce point dans la convention. À défaut, la question du partage de responsabilité envers les différents maîtres d'ouvrage pourrait être source de contentieux.

55. - La convention de transfert de la maîtrise d'ouvrage soulève de nombreuses interrogations, aussi bien en ce qui concerne sa conclusion que son exécution, alors que l'ambition initiale du législateur était d'instituer un nouveau dispositif plus simple et plus adapté que celui du mandat. Plus adapté, parce que moins formaliste, la loi renvoyant à la convention le soin de tout fixer. Plus simple, également, parce que cette convention a pour objet de transférer à une seule personne publique les fonctions de maître d'ouvrage. Or, cette convention n'apporte, en définitive, ni la sécurité juridique, ni la clarté, nécessaires aux opérations en cause. Son étude révèle, s'il en était besoin, que le droit français a encore du mal à penser et à appréhender l'action commune des personnes publiques. ■

.. **Egalement dans ce dossier :** articles 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9

.. **Encyclopédies :** Contrats et marchés publics, fasc. 72

[Note 1](#) Je tiens à remercier tout particulièrement M. Raunet, ainsi que I. Alavoine et C. Soumy pour leur aide précieuse.

[Note 2](#) *CGCT, art. L. 1111-8 et L. 1111-8-1*. – V. not. *L. Janicot, Les délégations de compétences entre personnes publiques : Dr. adm. 2019, étude 3*.

- Note 3** Tels que les conventions de mise à disposition de services, les ententes, les groupements de commandes, les centrales d'achat, les groupements d'intérêt public ou les GIE. V. sur cette question, *V. de Briant, L'action commune en droit des collectivités territoriales. Contributions à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009.*
- Note 4** *F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Pour une reconnaissance de la co-maîtrise d'ouvrage : Contrats-Marchés publ. 2003, repère 9.*
- Note 5** *F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Maîtrise d'ouvrage publique : la fin d'une époque ? : Contrats-Marchés publ. 2004, repère 8.*
- Note 6** *C. éduc., art. L. 211-7 issu de la loi n° 90-587 du 4 juillet 1990.*
- Note 7** *L. n° 2010-597, 3 juin 2010, relative au Grand Paris, art. 16 et 18.*
- Note 8** *L. n° 2017-257, 28 févr. 2017, relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain, art. 53.*
- Note 9** *L. n° 2019-803, 29 juill. 2019, pour la conservation et la restauration de la cathédrale Notre-Dame de Paris et instituant une souscription nationale à cet effet, art. 9.*
- Note 10** V. sur ces conditions, *Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, fiche n° 15.*
- Note 11** *J.-M. Peyricol, La maîtrise d'ouvrage unique : un assouplissement bienvenu : CP-ACCP 2004, n° 38. – D. Chabanol et F. Bourrachot, La co-maîtrise d'ouvrage publique : CP-ACCP 2009, n° 87. – Ph. Terneyre, Modification de la loi « Maîtrise d'ouvrage publique » : adaptation et mise en conformité avec le droit communautaire : BJCP 2004, p. 424, n° 37. – R. Rouquette, Le cas particulier de la co-maîtrise d'ouvrage : CP-ACCP 2014, n° 149. – T. Rouveyran et H. Echard, Les projets relevant de la compétence de plusieurs personnes publiques : CP-ACCP 2008, n° 81.*
- Note 12** Charles Eisenmann écrivait que « la liberté juridique, c'est l'absence de réglementation impérative », in *Les actes juridiques du droit administratif, Cours de droit administratif [1957-1958], t. 2 : LGDJ, 1983, n° 6, p. 658.*
- Note 13** V. dans un sens, question *Rép. min. n° 17255 : JO Sénat 21 avr. 2005, p. 1110* ou *Rép. min. n° 17255 : JO Sénat 14 juill. 2005, p. 1899* et en sens inverse, *Rép. min. n° 41109 : JO 20 sept. 2016, p. 8415.*
- Note 14** *Cons. 33.*
- Note 15** *CE, 13 févr. 2007, n° 373788 : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 70, obs. G. Eckert ; AJDA 2008, p. 787, note J.-D. Dreyfus. – Cet avis a été confirmé dans des arrêts postérieurs du Conseil d'État : par ex., CE, 6 nov. 2009, n° 297877, Sté Prest'action : JurisData n° 2009-013485.*
- Note 16** *Ph. Terneyre, J.-M. Auby, P. Bon, et J.-B. Auby, Droit administratif des biens : Dalloz, coll. Précis, 2016, n° 356, p. 264.*
- Note 17** *Rép. min. n° 17255 : JO Sénat 14 juill. 2005, p. 1899.*
- Note 18** *Rép. min. n° 1299 : JO Sénat 2 août 2012, p. 1762.*
- Note 19** *CAA Paris, 30 déc. 2016, n° 14PA00258.*
- Note 20** *CJUE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, Commission européenne c/ Rép. Fédérale d'Allemagne.*
- Note 21** *CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-51/15 : JurisData n° 2016-029324 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 36, note G. Eckert.*
- Note 22** Sur la nécessité d'une délibération et l'absence de délégation possible à l'exécutif, *Rép. min. n° 7794 : JO 10 juill. 2018, p. 6015.*
- Note 23** V. sur ce régime, not. *J.-D. Dreyfus, Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997 ; Dossier AJDA 2013, n° 15.*
- Note 24** V. en matière de responsabilité délictuelle, sur l'absence de pouvoir de contrainte sur un débiteur, personne publique, *CE, 31 mai 2010, n° 329483, Cité d'agglomération de Vichy Val d'Allier : JurisData n° 2010-007895 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 297, note P. Devillers.*
- Note 25** *CE, 27 févr. 2015, n° 357028 : JurisData n° 2015-003689 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 101, note G. Eckert.*
- Note 26** V. sur cette question, notamment *P. Bourdon, La résiliation unilatérale d'une convention de coopération entre personnes publiques : AJDA 2015, p. 1482.*
- Note 27** Sur ce point, *H. Belrhali, Les coauteurs en droit administratif, t. 231 : LGDJ, coll. BDP, 2003, p. 300 et s.*

[Note 28](#) Avant l'adoption de l'ordonnance de 2004, V. *CE, 21 mai 1976, n° 94146 et 94223, Sieurs Durand et Frick*, dans lequel le Conseil d'État a jugé, dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage multiple au sujet de la construction d'une « cité technique » réalisée sous le contrôle de l'État et d'une ville que l'État avait, en tant que maître de l'ouvrage et sans avoir besoin d'un mandat de la ville, qualité non seulement pour mettre en jeu la responsabilité contractuelle des constructeurs mais aussi pour exercer l'action en garantie décennale pour les ouvrages qui avaient fait l'objet d'une réception définitive.

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2020, dossier 2

Maîtrise d'ouvrage publique : histoire d'une loi

Etude par François PRIET professeur à l'École de droit d'Orléans

[Accès au sommaire](#)

Techniques mais constructifs, les débats parlementaires relatifs au projet de loi MOP ont cherché d'une part à affermir le rôle fondamental attaché à la maîtrise d'ouvrage publique, et d'autre part à clarifier les missions dévolues à la maîtrise d'œuvre.

1. - La volonté de réforme de l'ingénierie publique telle qu'elle résulte du projet de loi relatif à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée s'inscrit dans un contexte dont le rappel est un préalable.

2. - L'ensemble des rapports parlementaires ont souligné l'importance économique de ce qu'ils appelaient déjà la commande publique, au regard en particulier du bâtiment et des travaux publics. Il est apparu indispensable de fixer des règles claires applicables à l'ensemble des acteurs de la commande publique, depuis les donneurs d'ordre eux-mêmes, jusqu'à la maîtrise d'œuvre et les entreprises, en fixant les responsabilités de chacun. À cette dimension économique s'est ajoutée la question de la qualité architecturale des constructions publiques, dont le rapporteur du projet de loi au nom de la commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale a pu déplorer la baisse de la qualité.

3. - Cette réforme entend s'inscrire dans un mouvement de réforme de l'ingénierie publique engagé dès le début des années 70. Les textes antérieurs à 1973 présentaient un certain nombre d'inconvénients que le décret n° 73-207 du 28 février 1973, un arrêté du 29 juin 1973, et diverses directives et circulaires, s'étaient efforcés de résoudre. C'est ainsi que ce dernier texte voulait déjà sortir d'une certaine confusion des responsabilités en définissant mieux les rôles respectivement du maître de l'ouvrage et du maître d'œuvre. Il cherchait par ailleurs à déterminer de manière plus rationnelle les modalités de rémunération de la maîtrise d'œuvre privée, en modulant la rémunération en fonction du degré de complexité de la mission.

4. - Nombreuses sont apparues les limites de ces textes. La définition des barèmes de rémunération, fondée sur la complexité des ouvrages, leur coût prévisionnel et l'étendue des missions confiées a débouché sur un système devenu illisible. L'effort de clarification des responsabilités a en partie échoué, tant en ce qui concerne la maîtrise d'ouvrage que la maîtrise d'œuvre : sur le premier point, la notion était éclatée entre deux fonctions différentes, celle de directeur d'investissement, responsable du programme, et celle de conducteur de travaux, responsable des moyens, tandis que la maîtrise d'ouvrage cédait trop souvent à des pratiques de délégation déresponsabilisant les donneurs d'ordre, en particulier les collectivités territoriales. Sur le plan de la maîtrise d'œuvre, il est apparu que les textes de 1973 fixaient une quasi-uniformisation des règles applicables aux trois domaines du bâtiment, de l'infrastructure et de l'industrie, sans prendre en compte les différences des rôles de la maîtrise d'œuvre au regard des caractéristiques propres aux travaux concernés.

5. - Au vu de ce constat, le Gouvernement a souhaité disposer d'une analyse d'ensemble et des propositions correspondantes. Une mission d'étude a été confiée à l'ingénieur général des Ponts-et-Chaussées Jean Millier, par ailleurs président de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, ce qui témoignait du souci des pouvoirs publics de faire de la future réforme un outil en faveur du renforcement de la qualité architecturale. Le projet de loi, et *a fortiori* le texte définitif, se sont toutefois sur certains points éloignés des préconisations du rapport Millier.

6. - Le fait que la version définitive du texte ait été adoptée par l'Assemblée nationale seule, après échec de la commission mixte paritaire, ne signifie pas que les deux chambres aient exprimé des positions fortement antagonistes. Les débats ont au contraire été marqués dans l'ensemble

par une volonté assez constructive. Seule une initiative du Gouvernement en cours de débat a contribué à mettre un terme au dialogue entre les assemblées. En effet, l'exposé des motifs du projet de loi annonçait que ce dernier serait complété par trois autres réformes, dont celle de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture. L'échec des discussions avec le milieu professionnel a conduit le ministre à annoncer lors de la discussion du texte en première lecture devant le Sénat que le projet de loi de réforme de l'architecture ne serait pas déposé : à la place le Gouvernement a déposé un amendement visant à introduire trois articles concernant divers aspects de la profession d'architecte. Le Sénat a estimé que ces dispositions étaient sans rapport avec l'objet d'un texte consacré à la maîtrise d'ouvrage publique et s'est refusé à voter la loi lestée de ces trois articles. Face à la volonté de l'Assemblée nationale de maintenir ces articles additionnels, la commission mixte paritaire a terminé ses travaux sur un constat d'échec.

7. - Cette péripétie parlementaire ne doit pas conduire à mésestimer la richesse des débats sur le fond des questions abordées par le projet de loi. Ceux-ci ont constamment cherché d'une part à affermir le rôle fondamental attaché à la maîtrise d'ouvrage publique, et d'autre part à clarifier les missions dévolues à la maîtrise d'œuvre.

1. L'affermissement du rôle de la maîtrise d'ouvrage publique

8. - Le projet de loi vise à amplifier la volonté de renforcer la maîtrise d'ouvrage publique à l'œuvre depuis les textes de 1973. À cette fin, il s'est avéré que la détermination du champ d'application de la notion de maîtrise d'ouvrage publique (A) a moins soulevé de difficultés entre les deux assemblées que la question relative à la délégation de maîtrise d'ouvrage, le principe même d'une telle délégation ayant suscité un certain nombre de réserves (B).

A. - Le champ d'application de la maîtrise d'ouvrage publique

9. - Afin que les collectivités puissent exercer la totalité des prérogatives découlant de la maîtrise d'ouvrage, il était nécessaire pour le législateur de dégager une définition claire de cette notion. Au regard de l'état incertain du droit antérieur, les auteurs du projet de loi ont cherché à fixer une définition générale consistant à croiser deux critères : l'un porte sur l'objet des travaux concernés – toute référence à des catégories de contrats disparaissant – l'autre s'appuie sur une typologie des maîtres d'ouvrage. Certaines divergences sont apparues entre l'Assemblée nationale et le Sénat, mais celles-ci ont été surmontées sans trop de difficultés.

10. - Le texte originaire visait la réalisation de « tous ouvrages de bâtiments ou d'infrastructure ». La formule était sans doute un peu courte au regard des préconisations du rapport Millier qui entendait distinguer, s'agissant des missions d'ingénierie afférentes au domaine de l'industrie – lequel n'était pas en tant que tel visé par le texte – entre les ouvrages dits « industriels », comportant une part notable de bâtiment et d'infrastructure et qui appelaient une réglementation d'ensemble des contrats de maîtrise d'œuvre, et ceux qui mettent en œuvre un procédé, dont la diversité et la spécificité excluaient l'application de la réglementation concernant la maîtrise d'œuvre. Un amendement présenté par le Gouvernement devant le Sénat a permis de rappeler la filiation du texte avec le rapport Millier, le ministre indiquant que « les bâtiments et les infrastructures très directement liés à une activité ou à un procédé industriel n'entrent pas dans le champ d'application » du texte, et qu'à l'inverse y entraient les équipements industriels destinés à l'exploitation des ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure. In fine l'Assemblée nationale retiendra une formulation plus simple, en indiquant que les dispositions de la loi s'appliquent à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure, « ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation », mais non « aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation », la détermination des catégories d'ouvrages concernés étant renvoyée à un décret en Conseil d'État.

11. - En outre le projet de loi a entendu inclure dans son champ d'application le cas des opérations de réutilisation et de réhabilitation des ouvrages existants, dont l'importance n'a cessé de croître en volume et en complexité. Seules les opérations de restauration des édifices protégés au titre des monuments historiques ont été exclues compte tenu du caractère particulier des conditions d'exécution de ces travaux, dans l'hypothèse où de telles missions seraient confiées à la maîtrise d'œuvre privée.

12. - La nature des maîtres d'ouvrage visés par le projet de loi a été envisagée de manière volontairement large, au nom de l'idée défendue par le rapport Millier, de l'unité de la commande publique. Aussi la version initiale du texte envisageait-elle, outre les catégories habituelles de personnes publiques (l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics, ainsi que, compte tenu de l'état du droit de l'époque, les établissements publics régionaux), un certain nombre d'organismes privés gérant des missions de service public et fonctionnant en tout ou partie avec des fonds publics (caisses d'assurance sociale, organismes d'HLM, sociétés d'économie mixte). L'Assemblée nationale a ajouté les établissements publics d'aménagement des villes nouvelles, tandis qu'un amendement sénatorial a inclus le cas des groupements de collectivités territoriales avec des établissements publics. Cet ajout innomé des syndicats mixtes a été généralisé par l'Assemblée nationale en seconde lecture, le texte faisant référence aux « syndicats mixtes visés à l'article L. 166-1 du code des communes », disposition qui mentionne toutes les combinaisons permises par la formule de cette variété d'établissement public.

13. - Si les collectivités territoriales et leurs groupements apparaissent un peu noyés au sein des différentes catégories, ce sont elles qui sont

les principales concernées par la définition de la maîtrise d'ouvrage publique et des conditions de son exercice.

B. - Le contenu et l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique

14. - Le projet de loi MOP a entendu mettre fin à un paradoxe. La notion de maîtrise d'ouvrage n'était pas une inconnue du droit positif, mais n'était guère définie. L'enjeu essentiel d'une telle définition est de fixer précisément les missions qui découlent de la qualité de maître d'ouvrage lorsque cette qualité est dévolue à des collectivités publiques ou à des personnes prenant en charge des missions de service public. Toute la logique de la loi est de consacrer la dimension fonctionnelle de la maîtrise d'ouvrage publique, laquelle doit permettre de répondre aux grands objectifs d'intérêt général de la commande publique : contribuer à structurer le cadre de vie par des ouvrages publics architecturalement de qualité ; soutenir l'activité du BTP à la fois au service de l'emploi dans les entreprises, et des différentes professions intervenant dans la maîtrise d'œuvre (architectes, ingénieurs, techniciens).

15. - Un tel effort de définition intéresse au premier chef les collectivités territoriales et leurs groupements. Non seulement certaines d'entre elles avaient pu être dépossédées de leurs prérogatives par le recours à des délégations de maîtrise d'ouvrage mal encadrées, mais la décennie quatre-vingts est celle de la montée en puissance de la décentralisation. Une dimension idéologique sous-tend le texte, du même ordre que celle qui caractérise la loi sur les principes d'aménagement, discutée au Parlement parallèlement : ce sont les collectivités territoriales qui ont pour mission de dessiner la ville lato sensu, et elles doivent être dotées des outils à cette fin. La maîtrise d'ouvrage publique est l'un d'eux.

16. - Cela étant, deux difficultés surgissent. La première concerne l'étendue des missions qu'il convient d'attribuer à la maîtrise d'ouvrage. La seconde, beaucoup plus délicate, consiste à se demander si l'objectif de responsabilisation des maîtres d'ouvrages publics et assimilés peut s'accommoder d'une possibilité de délégation.

17. - La fixation de l'étendue des missions découlant de la notion de maîtrise d'ouvrage publique n'a pas donné lieu à des oppositions frontales entre les deux chambres, qui se sont accordées sur l'apport de base du texte gouvernemental : le maître d'ouvrage définit le programme de l'opération et en arrête l'enveloppe financière prévisionnelle. La loi revient ainsi sur la réforme de 1973 qui avait scindé en deux le rôle de la maîtrise d'ouvrage, entre un directeur d'investissement, et un conducteur d'opération. Le projet de loi, à peine amendé sur ce point par les débats parlementaires, détaille la nature des missions du maître d'ouvrage, depuis les études de faisabilité et d'opportunité de l'opération jusqu'à la passation des contrats d'études et de réalisation des travaux. Les débats n'en ont pas moins enrichi la notion et les éléments constitutifs de la maîtrise d'ouvrage publique.

18. - Le premier apport est essentiel. L'Assemblée nationale a souhaité que la loi mentionne la raison fondamentale pour laquelle le maître d'ouvrage exerce un ensemble de missions légales. Il est certes « *la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit* », selon les premiers mots de l'article 2, mais il n'est pas qu'un simple bénéficiaire de l'ouvrage. Suivant la forte formule arrêtée par l'Assemblée nationale en première lecture, il est le « responsable principal de l'ouvrage », et « il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre ». La loi consacre ainsi une sorte d'irréductibilité de la puissance publique dans le domaine de la construction des ouvrages publics. Dans le droit fil de cette conception, l'Assemblée nationale a tenu à préciser le contenu du programme que devait définir le maître d'ouvrage, non seulement lors de sa réalisation mais également de son utilisation. On notera à cet égard l'insertion dans le paysage et la protection de l'environnement, préoccupations qui n'étaient certes pas inédites mais encore assez timides à cette époque [Note 1](#) .

19. - Un second apport plus technique est destiné à tenir compte des spécificités propres à certaines opérations. Le projet de loi admettait que, par exception au principe de l'antériorité de la définition du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle avant tout commencement des études d'avant-projets, cette définition puisse se poursuivre pendant les études d'avant-projets dans deux hypothèses : les opérations de réutilisation et de réhabilitation des ouvrages existants, les ouvrages d'infrastructure de transport qualifiés de complexes. Le Sénat a élargi cette faculté à l'ensemble des infrastructures, sous réserve d'être précisées par décret en Conseil d'État.

20. - Le projet de loi n'en était pas resté là puisqu'il avait prévu une faculté de délégation de maîtrise d'ouvrage. C'est sur ce point que les deux chambres vont s'affronter.

21. - Selon le rapport Millier, la responsabilisation des maîtres d'ouvrages publics faisait obstacle à toute délégation de maîtrise d'ouvrage ; en cas de nécessité technique, liée à l'insuffisance des moyens dont disposait la collectivité, seul le recours à la conduite d'opération était envisageable. Le projet de loi avait rejeté cette conception selon lui trop tranchée.

22. - Deux positions ont alors été défendues. La première, défendue par l'Assemblée nationale, a consisté à admettre le principe d'une délégation de maîtrise d'ouvrage, envisagée comme une simple faculté ouverte au libre choix du maître d'ouvrage, tout en l'encadrant. Le Sénat quant à lui refusait toute délégation, mais les commissions saisies au fond étaient plus nuancées. Une position médiane l'a en définitive emporté. Comme le faisait remarquer le rapporteur de la commission sénatoriale des affaires économiques et du plan, une solution de refus pur et simple de la délégation a « l'inconvénient de nier la réalité présente, notamment pour les petites communes dépourvues de services

techniques qui ne peuvent pas, matériellement, se passer complètement de mandataire » [Note 2](#) .

23. - Ce dernier terme ne figurait pas dans le projet de loi, qui ne parlait que de contractant. En substituant le terme de mandataire, l'Assemblée nationale a souhaité préciser que le maître d'ouvrage délégué ne pouvait agir qu'au nom et pour le compte du mandant.

24. - Mais le cœur du problème résidait à la fois dans l'étendue des missions susceptibles d'être déléguées, et dans l'identité des délégataires potentiels.

25. - Sur le premier point, l'Assemblée nationale et le Sénat œuvreront au fil des débats parlementaires au service d'un objectif commun : restreindre la portée des conventions de délégation afin de garantir la responsabilité du maître d'ouvrage. Ainsi l'Assemblée nationale a voulu cantonner la délégation aux seuls actes techniques et administratifs nécessaires à la préparation des choix fondamentaux, dévolus au seul maître d'ouvrage, que sont le choix du maître d'œuvre, celui de l'entrepreneur, la réception de l'ouvrage et l'approbation des avant-projets. Elle a de même prévu que seul le versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux, mais non sa détermination comme le prévoyait le projet de loi, pouvait être assuré par le maître d'ouvrage délégué.

26. - Sur le second point, l'Assemblée nationale et le Sénat se sont dans l'ensemble accordés sur l'idée, exprimée dans le projet de loi, que l'identité des délégataires devait être fixée limitativement. Sont seules habilitées des personnes morales de droit public ou de droit privé présentant les garanties nécessaires à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage déléguée. Au sein des différentes catégories visées, les seules restrictions ont touché les établissements publics sanitaires et sociaux, qui ne peuvent être mandataires que pour d'autres établissements de même spécialité, et les sociétés anonymes d'HLM, qui ne peuvent intervenir que pour d'autres organismes d'HLM, afin d'éviter une dispersion de leur activité selon les explications peu convaincantes fournies par le rapporteur de la commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale. On remarquera qu'à aucun moment des débats n'a été questionnée la compatibilité de cette liste fermée de délégataires par rapport au droit communautaire. Il est vrai que c'était avant les premières directives marchés, même si la compatibilité de la loi MOP sur ce point avec le droit primaire du Traité (s'agissant en particulier avec les principes de libre établissement et de liberté de prestation de services) pouvait être raisonnablement interrogée [Note 3](#) .

27. - L'encadrement de la délégation de maîtrise d'ouvrage n'est pas la seule contribution à la responsabilisation des maîtres d'ouvrage. Reprenant un mécanisme déjà mis en place par l'arrêté du 29 juin 1973 , le projet de loi donne la faculté au maître d'ouvrage de recourir à un conducteur d'opération, « pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique ». Cette formule a été analysée par le rapporteur de la commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale comme signifiant qu'elle excluait « toute substitution du conducteur d'opération dans les attributions et les responsabilités du maître d'ouvrage et de son délégué » [Note 4](#) . La conduite d'opération est étroitement liée aux responsabilités du maître d'ouvrage lui-même : elle « participe à l'autorité publique dont est investi le maître d'ouvrage et ne peut donc être confiée qu'à un organisme public » écrivait le rapport Millier. C'est la raison pour laquelle les conducteurs d'opération ne peuvent être, sauf exception, que les mêmes personnes susceptibles d'être délégataires. Le Gouvernement s'était d'ailleurs fermement opposé en séance à un amendement qui ouvrait la faculté de faire appel à des personnes physiques.

28. - La volonté du législateur de favoriser une construction publique de qualité repose sur un second pilier, la réorganisation des rapports entre la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'œuvre privée.

2. La recherche de nouveaux rapports entre maîtrise d'ouvrage publique et maîtrise d'œuvre privée

29. - Tout en se situant dans le prolongement de la réforme de 1973, la loi MOP entend préciser le contenu des missions dévolues à la maîtrise d'œuvre (A), et ainsi garantir son autonomie, autrement dit sa spécificité, au regard des autres intervenants (B).

A. - Le contenu des missions dévolues à la maîtrise d'œuvre

30. - Les missions susceptibles d'être assurées par le maître d'œuvre, qui peut être une personne de droit privé ou un groupement de personnes de droit privé, ne sont pas fondamentalement différentes de celles qui étaient prévues par l'arrêté précité du 29 juin 1973 . L'approche est toutefois assez sensiblement différente.

31. - À l'instar de ce qu'elle avait fait à propos de la maîtrise d'ouvrage, l'Assemblée nationale a entendu donner une définition téléologique du rôle de la maîtrise d'œuvre. Celui-ci consiste à apporter au programme – lequel relève de la responsabilité fondamentale du maître d'ouvrage – « une réponse architecturale, technique et économique », selon la formulation qui sera arrêtée en deuxième lecture. Les débats parlementaires ont contribué à affiner le contenu des missions de maîtrise d'œuvre, et surtout à préciser le contenu spécifique du contrat de maîtrise d'œuvre lorsque celui-ci porte sur un ouvrage.

32. - Le projet de loi entendait mieux distinguer les différentes étapes possibles de la maîtrise d'œuvre. C'est la raison pour laquelle il avait

intégré un nouvel élément par rapport au texte de 1973, les études d'esquisse, considéré comme la première étape de la réponse apportée par la maîtrise d'œuvre au programme. Les débats parlementaires poursuivent cette volonté d'affinement. Alors que le projet de loi envisageait globalement les études d'avant-projets et de projet, l'Assemblée nationale a distingué ces deux missions. Elle a de même séparé la direction de l'exécution des travaux, et l'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier.

33. - Mais lorsque ce contrat concerne la réalisation d'un ouvrage, le maître d'ouvrage perd la faculté de scinder les différentes missions de maîtrise d'œuvre puisqu'il doit passer un contrat unique de maîtrise d'œuvre fixant une « mission de base ». L'idée est de garantir la continuité des études de conception jusqu'à la dévolution des marchés de travaux, et donc la qualité architecturale des constructions. Le contenu de la mission de base est évidemment appelé à varier en fonction de la nature des ouvrages concernés.

34. - Qu'il s'agisse de la définition des missions de maîtrise d'œuvre, ou du contenu de la mission de base, le texte gouvernemental entend seulement fixer un cadre général, et choisit de renvoyer la définition du contenu détaillé des missions à une négociation avec les représentants des parties intéressées à l'acte de bâtir : les maîtres d'ouvrage, les maîtres d'œuvre et les entreprises de BTP. Assemblée nationale et Sénat ne sont pas opposés au principe d'une telle négociation, mais les commissions saisies au fond ont cherché à fixer certains garde-fous au champ de cette négociation lorsqu'elle concerne le contenu de la mission de base faisant l'objet d'un contrat unique. C'est la commission des affaires culturelles du Sénat qui a le plus clairement exprimé les dangers potentiels d'une absence d'encadrement : les parties pourraient s'accorder sur une mission minimale de conception, peu propre à garantir la qualité des constructions publiques. Cette commission a estimé que les objectifs que l'Assemblée nationale avait voulu assigner à cette mission de base s'apparentaient trop à une déclaration de principe, et a cherché à encadrer plus étroitement l'étendue de cette mission en la rattachant expressément aux dispositions de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture. La commission n'a pas été suivie par le Sénat en séance plénière, lequel s'est contenté d'une formule assez sommaire. C'est en définitive l'Assemblée nationale qui, en dernière lecture, a déterminé les objectifs que devait poursuivre la mission de base dans l'intérêt respectivement du maître d'œuvre et du maître d'ouvrage.

B. - L'autonomie de la maîtrise d'œuvre

35. - La définition des missions relevant de la maîtrise d'œuvre a fait apparaître des oppositions entre les deux assemblées au regard de l'autonomie qu'il convenait de ménager au maître d'œuvre par rapport aux autres intervenants, en particulier les entreprises. Le caractère fondamental du débat tient au statut qu'il convient d'attribuer à la maîtrise d'œuvre, et donc à l'étendue des attributions qui doivent être les siennes.

36. - ° C'est l'Assemblée nationale qui a voulu fermement consacrer la distinction entre la mission de maîtrise d'œuvre et celle qui relève de l'entrepreneur lorsqu'il s'agit de réaliser un ouvrage. Toutefois les dissensions entre les deux chambres ont révélé la difficulté de mise en œuvre de ce principe fondamental, à la fois au regard de la définition générale des missions de maîtrise d'œuvre, et en ce qui concerne les modalités de négociation des accords destinés à déterminer précisément le contenu de ces missions et leur rémunération.

37. - L'Assemblée nationale s'est efforcée de faire disparaître du texte ce qui pouvait être de nature à obscurcir le rôle du maître d'œuvre vis-à-vis de celui de l'entrepreneur. Alors que le projet de loi confiait au maître d'œuvre la faculté de diriger les travaux, un amendement a proposé que le maître d'œuvre assure la direction de l'exécution du contrat de travaux, dès lors que l'exécution des travaux proprement dite relève de la responsabilité de l'entrepreneur. L'Assemblée nationale a également préféré prévoir que le maître d'œuvre peut être chargé non pas de la vérification des études d'exécution faites par l'entrepreneur, mais de l'examen de leur conformité au projet de conception. Si le projet de loi avait repris ici une des préconisations du rapport Millier, l'Assemblée a craint qu'une telle rédaction opère un transfert de responsabilité de l'entrepreneur vers le maître d'œuvre.

38. - Ces précisions se sont retrouvées dans le texte définitif adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture, mais les divergences entre les deux chambres ont porté plus fondamentalement sur le contenu même de la maîtrise d'œuvre.

39. - Le Sénat a en effet en première lecture drastiquement restreint la liste minimale des missions qui devaient nécessairement être réservées au maître d'œuvre, et qui ne pouvaient donc être assurées par l'entrepreneur : assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des contrats avec les entreprises, direction de l'exécution de ces contrats, assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de parfait achèvement. Mais dès lors que par leur nature de telles missions ne pouvaient pas de toute façon être confiées à l'entrepreneur, le contenu des missions de maîtrise d'œuvre risquait assez largement d'être vidé de sa substance. Pour le rapporteur de la commission sénatoriale des affaires économiques et du plan, l'attribution à l'entrepreneur d'un nombre élevé de missions normalement dévolues au maître d'œuvre se retournait contre les objectifs du projet de loi, à savoir garantir une certaine qualité architecturale des constructions publiques.

40. - Le projet de loi ayant souhaité renvoyer à des accords négociés la détermination et la rémunération des missions des maîtres d'œuvre privés, une fois celles-ci fixées dans leurs lignes essentielles, la question s'est posée de savoir quelle importance attribuer au secteur des entreprises de BTP dans ces négociations. Le texte du Gouvernement renvoyait ces questions à des accords nationaux négociés au sein de

groupes constitués en fonction de la nature des ouvrages, ces groupes devant eux-mêmes être organisés en collèges représentant respectivement les maîtres d'ouvrages, les maîtres d'œuvre et les entreprises de BTP. Il établissait par ailleurs une distinction entre ce qui relevait des négociations proprement dites, et de la ratification des accords ainsi négociés. Les enjeux n'étaient pas les mêmes, mais leur portée a donné lieu à des interprétations différentes entre le Gouvernement, l'Assemblée nationale et certaines des commissions du Sénat.

41. - S'agissant de l'objet même des négociations, le projet de loi avait fait le choix de faire participer l'ensemble des représentants des partenaires à l'acte de bâtir, mais selon des degrés variables compte tenu de l'intérêt qui est le leur dans les négociations en cause. Il s'agissait ainsi de trouver un équilibre entre ce qui devait rester déterminé par les représentants des maîtres d'ouvrage et des maîtres d'œuvre, et ce qui par ailleurs pouvait être ouvert à la discussion avec les représentants des entreprises de BTP. Il est donc logique que le projet de loi ait exclu ces derniers des négociations portant sur la fixation du mode de calcul des rémunérations des éléments de mission de la maîtrise d'œuvre ainsi que sur la détermination des modalités d'indemnisation des concurrents ayant participé à un concours d'architecture et d'ingénierie.

42. - À l'inverse, parce qu'il paraissait souhaitable d'assurer une certaine coordination entre maîtrise d'œuvre et exécution des travaux, le projet de loi prévoyait que les représentants des entreprises de BTP soient associés aux négociations intéressant tant le contenu détaillé des éléments de mission de maîtrise d'œuvre que celui de la mission de base pour les ouvrages de bâtiment. Ce choix originaire a été avalisé par les deux chambres, mais l'Assemblée nationale a amendé le texte pour que les représentants des entreprises participent aussi aux négociations intéressant des éléments de mission de maîtrise d'œuvre spécifiques.

43. - Si les représentants du secteur du BTP peuvent être associés aux négociations touchant le contenu des éléments de mission de maîtrise d'œuvre et de la mission de base pour les ouvrages de bâtiment, peuvent-ils l'être aussi s'agissant de la ratification des accords issus de ces négociations ?

44. - Ainsi que le rappelait le rapporteur de la commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale, admettre la ratification par le collège représentant les entreprises, par une majorité qualifiée, des accords portant sur le contenu des missions de maîtrise d'œuvre, ce serait remettre en cause « la nécessaire indépendance de décision dans laquelle doivent se trouver, tout au long du processus de construction, le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre par rapport aux entreprises » [Note 5](#) . Le compromis adopté par l'Assemblée nationale, excluant les entreprises du vote sur le contenu de la mission de base prévue en cas de construction d'un ouvrage n'avait pas trouvé grâce aux yeux du rapporteur de la commission sénatoriale des affaires culturelles. Il entendait prendre en compte la réalité du collège des entreprises de BTP, composé majoritairement de grosses entreprises de bâtiment, pourvues de bureaux d'étude intégrés, favorables à des formules restreignant l'intervention des maîtres d'œuvre indépendants. Manifestement désireux de ne pas s'engager dans cette voie politiquement sensible, le ministre s'est opposé devant chaque chambre aux amendements proposés par les rapporteurs des commissions concernées.

45. - Telle qu'elle a été conçue et amendée par les débats parlementaires, la loi MOP est-elle bien parvenue à bâtir les colonnes du temple de l'ingénierie publique ? Certains aspects non négligeables du texte ont connu un destin pour le moins contrarié. Très peu de temps après la promulgation de la loi, le principe de la négociation contractuelle du contenu des missions de maîtrise d'œuvre apparaît comme un échec patent. La complexité du dispositif mis en place avait conduit à l'enlisement des négociations. La loi n° 88-1090 du 1er décembre 1988 a dû se résoudre à substituer des décrets en Conseil d'État aux accords négociés. En outre et surtout, l'apparition en 2004 des contrats, devenus marchés, de partenariat a altéré les conditions de recours à la délégation de maîtrise d'ouvrage.

46. - Subsistent néanmoins l'essentiel : l'affirmation de l'irréductibilité du rôle du maître d'ouvrage, la préservation de l'autonomie de la maîtrise d'œuvre, le caractère obligatoire de la mission de base pour les maîtres d'œuvre, que le juge rappelle parfois à des maîtres d'ouvrage négligents à la suite de recours exercés par l'ordre des architectes. •

.. **Egalement dans ce dossier** : articles 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 72

[Note 1](#) Après avoir affirmé qu'« il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit », l'article 1er de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature précisait déjà : « *Les activités publiques ou privées d'aménagement, d'équipement et de production doivent se conformer aux mêmes exigences* ».

[Note 2](#) *Doc. Sénat n° 386, 19 juin 1985, p. 8.*

[Note 3](#) V. 15 ans après l'adoption du texte, les interrogations exprimées par *Y. Gaudemet, La maîtrise d'ouvrage publique : délégations et transferts : LPA 2 févr. 2000, p. 17.*

[Note 4](#) *Doc. AN n° 2481, préc., p. 49.*

[Note 5](#) *Préc., p. 62.*

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2020, dossier 7

Maîtrise d'ouvrage publique et responsabilité

Etude par Alice MINET-LELEU maître de conférences à l'université Panthéon-Assas

[Accès au sommaire](#)

Dans le champ de la maîtrise d'ouvrage publique, la responsabilité des acteurs est susceptible d'être engagée selon les règles habituelles de la responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle. Seuls les régimes de responsabilité post-contractuelle interrogent sur l'existence d'une responsabilité spécifique.

1. - La loi MOP du 12 juillet 1985 [Note 1](#) n'est pas à proprement parler une source directe et immédiate de la responsabilité dans le champ de la maîtrise d'ouvrage publique [Note 2](#). En effet, quand bien même elle est, de par son objet, susceptible d'orienter certaines solutions, elle n'est pas fondatrice du droit de la responsabilité en cas de maîtrise d'ouvrage publique. La source première de ce droit est, à l'instar du reste de la responsabilité administrative, la jurisprudence du Conseil d'État, qui dès le XIXe siècle, a forgé des règles essentielles relatives à la responsabilité des acteurs intervenant pour l'édification de constructions publiques.

2. - La compétence du juge administratif en ce domaine est d'ailleurs particulièrement large. Bien qu'il n'y ait pas une identité parfaite entre les notions [Note 3](#), les opérations de constructions d'un ouvrage pour le compte d'une personne publique, qui est la définition même de la maîtrise d'ouvrage publique en vertu de la loi MOP, revêtent dans la plupart des cas la qualification de travaux publics. Or, sur le fondement de la loi du 28 Pluviôse An VIII, le juge administratif a attiré à lui tous les litiges liés à des travaux publics, ce qui laisse peu de place pour le juge judiciaire. À ce premier élément s'ajoute le fait que les contrats conclus par le maître d'ouvrage public avec le maître d'œuvre et les entrepreneurs sont des marchés publics, et donc des contrats administratifs, ce qui confère un fondement supplémentaire à la compétence de l'ordre juridictionnel administratif.

3. - Ainsi, le juge administratif apparaît compétent pour toute action en responsabilité intentée entre l'Administration et les constructeurs cocontractants mais aussi pour celles intentées entre les constructeurs, quand bien même ils auraient tous une personnalité juridique de droit privé. Le seul îlot de compétence que conserve le juge judiciaire porte sur les litiges entre les constructeurs et leurs sous-traitants lorsqu'ils sont liés par un contrat de droit privé, lequel prime sur la nature publique des travaux auxquels ils ont pris part [Note 4](#).

4. - Cette précision révèle déjà le caractère pluriel de la responsabilité dans le champ de la maîtrise d'ouvrage publique qui est susceptible de peser tant sur le maître d'ouvrage public que sur les intervenants à l'opération de construction. Bien que certains travaux doctrinaux soient consacrés à la responsabilité des constructeurs [Note 5](#), il ne s'agit là que d'un pan de la question. D'ailleurs, déjà en 1976, dans un article relatif à « La détermination des responsables dans le contentieux de la construction entre le maître de l'ouvrage, personne publique, et les constructeurs », Pierre Delvolvé montre la diversité des hypothèses d'engagement de la responsabilité en cas de maîtrise d'ouvrage publique : « tantôt c'est le maître de l'ouvrage qui, insatisfait des prestations des constructeurs, veut obtenir d'eux réparation des dommages qu'il a subis. Tantôt ce sont les constructeurs qui reprochent au maître de l'ouvrage d'avoir violé ses obligations à leur égard. Tantôt ce sont les constructeurs entre eux qui se reprochent les comportements dommageables. Tantôt leurs actions viennent de leur propre initiative, tantôt elles sont la suite d'une réclamation qui leur a été adressée par les tiers et pour laquelle ils se retournent contre les autres parties à la construction » [Note 6](#).

5. - Cette présentation des actions possibles qui ne couvre plus aujourd'hui la totalité des actions en responsabilité engagées doit être complétée. Outre qu'elle impose la distinction entre l'opérateur chargé de la maîtrise d'œuvre et les entrepreneurs chargés de la réalisation des travaux (*CCP, art. L. 2431-1*), et qu'elle définisse les obligations des différents acteurs, la loi MOP de 1985 dont les dispositions sont

désormais codifiées dans le Code de la commande publique, a en effet fait apparaître des acteurs nouveaux. Le maître d'ouvrage public est par exemple autorisé à recourir à des tiers dans le cadre de l'assistance à maîtrise d'ouvrage, de la conduite d'opération, du mandat de maîtrise d'ouvrage ou encore du transfert de maîtrise d'ouvrage (*CCP, art. L. 2422-1*) afin de leur confier certaines de ses missions [Note 7](#) . Inévitablement, la présence de ces intermédiaires dans l'opération de construction est susceptible de générer des hypothèses de responsabilité supplémentaires. À l'autre bout de la chaîne, c'est le recours aux sous-traitants par les entrepreneurs qui étend le champ de la responsabilité.

6. - En somme, les actions en responsabilité en matière de maîtrise d'ouvrage publique sont foisonnantes. Elles opposent le maître d'ouvrage public, en tant qu'auteur ou victime, à un assistant, à un maître d'ouvrage délégué, à un maître d'œuvre, à des entrepreneurs, à des sous-traitants, ou encore à des tiers en vue d'obtenir la réparation de dommages divers : désordres affectant l'ouvrage, perte financière, dommage corporel, ou encore dommage matériel causé à des immeubles voisins.

7. - Cette extrême diversité, qui résulte directement de la multitude des acteurs intervenant dans le processus de construction [Note 8](#) , empêche de trouver une unité en matière de responsabilité. Le juge administratif n'a donc pas cherché à forger un régime de responsabilité propre au domaine de la maîtrise d'ouvrage publique applicable à l'ensemble des hypothèses. Au contraire, il s'est contenté, pour l'essentiel, d'appliquer, au domaine de la maîtrise d'ouvrage publique, les règles de droit commun de la responsabilité administrative (**1**). Cependant, il existe, par exception, des régimes de responsabilité, dans le champ de la maîtrise d'ouvrage publique, telles la garantie de parfait achèvement ou la garantie décennale, qui n'ont pas d'équivalent dans le reste de la responsabilité administrative. Il n'est pas pour autant certain que l'on puisse y voir une responsabilité spécifique (**2**).

1. Une responsabilité essentiellement de droit commun

8. - La résolution des litiges indemnitaires suscités par la construction d'un ouvrage pour le compte d'une personne publique conduit le juge à mobiliser tant la responsabilité administrative contractuelle que la responsabilité administrative extracontractuelle (**A**). On ne peut nier toutefois qu'il est parfois confronté à des questions inhabituelles qui l'ont amené à adapter certaines solutions classiques du droit de la responsabilité administrative (**B**).

A. - L'application du droit commun de la responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle

9. - Compte tenu des nombreuses relations contractuelles qui se nouent entre le maître d'ouvrage public et les divers acteurs de la construction et du principe selon lequel seule la responsabilité contractuelle peut être recherchée en présence d'un dommage se rattachant à l'exécution d'un contrat, c'est ce terrain de responsabilité qui occupe la plus grande place en cas de différends indemnitaires en matière de maîtrise d'ouvrage publique.

10. - En vertu de la loi MOP , le maître d'ouvrage public conclut d'abord des marchés publics avec un maître d'œuvre et avec un ou plusieurs entrepreneurs, en vue de l'étude et de l'exécution des travaux de construction. Dès lors, et conformément au droit commun des contrats administratifs, tout manquement par l'une des parties à ses obligations contractuelles engage sa responsabilité contractuelle pour faute vis-à-vis de l'autre. En s'appuyant sur les missions du maître d'ouvrage public et du maître d'œuvre définies par la loi MOP [Note 9](#) , et sur les règles de l'art professionnel des différents intervenants, le juge administratif identifie les comportements fautifs des cocontractants.

11. - Par exemple, le maître d'ouvrage public est responsable lorsqu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour permettre la communication aux entrepreneurs d'informations utiles pour l'exécution des travaux, ce qui traduit une faute dans l'exercice de son pouvoir de contrôle et de direction du marché [Note 10](#) . Le maître d'œuvre commet, quant à lui, une faute engageant sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du maître d'ouvrage public lorsqu'il manque à son obligation de surveillance dans l'exécution des travaux par les entrepreneurs [Note 11](#) ou encore lorsqu'il manque à son obligation de conseil vis-à-vis du maître d'ouvrage, notamment en s'abstenant d'appeler l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage avant la réception et dont ils pouvaient avoir connaissance [Note 12](#) . Enfin, les entrepreneurs sont responsables contractuellement des dommages qui résultent de la mauvaise exécution des travaux, laquelle peut consister en un dépassement des délais.

12. - À côté de cette traditionnelle responsabilité contractuelle pour faute, une responsabilité contractuelle sans faute est susceptible d'apparaître lorsque l'Administration fait usage de ses pouvoirs habituels de modification unilatérale du contrat ou de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général. Il s'agit là encore d'appliquer au champ de la maîtrise d'ouvrage publique les solutions classiques de la jurisprudence relative aux contrats administratifs.

13. - Au-delà de ce cadre simple dans lequel le maître d'ouvrage a conclu directement ses contrats avec un maître d'œuvre et des entrepreneurs, le juge administratif a été amené à préciser les règles de responsabilité applicables lorsque le maître d'ouvrage public fait appel à un intermédiaire tel qu'un mandataire (*V. CCP, art. L. 2422-5*). Il a ainsi été jugé qu'un maître d'ouvrage délégué doit, dans l'exercice de sa mission définie par la convention de mandat qui le lie au maître d'ouvrage public, accomplir les diligences que son mandat est en droit

d'attendre d'un professionnel ayant accepté cette mission [Note 13](#) et qu'à défaut, il engage sa responsabilité contractuelle pour faute vis-à-vis du maître d'ouvrage public [Note 14](#). En revanche, le Conseil d'État a exclu toute idée de responsabilité contractuelle entre le mandataire et le maître d'œuvre et/ou les entrepreneurs quand bien même le mandataire est chargé de conclure, avec ces derniers, les marchés pour la réalisation des travaux. D'une part, la Haute Juridiction administrative a estimé que la responsabilité contractuelle des constructeurs n'est engagée qu'à l'égard du maître d'ouvrage public et non à l'égard du mandataire, étant toutefois précisé que les fautes du mandataire sont opposables au maître de l'ouvrage et sont donc susceptibles d'exonérer les constructeurs [Note 15](#). D'autre part, elle a énoncé qu'« il appartient aux constructeurs, s'ils entendent obtenir la réparation de préjudices consécutifs à des fautes du mandataire du maître d'ouvrage dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées, de rechercher la responsabilité [contractuelle] du maître d'ouvrage, seule engagée à leur égard » [Note 16](#).

14. - Cependant, une action en responsabilité des constructeurs à l'encontre du mandataire du maître d'ouvrage apparaît possible « sur le terrain quasi-délictuel [...] dans l'hypothèse [rare] où les fautes alléguées auraient été commises en-dehors du champ du contrat de mandat liant le maître d'ouvrage et son mandataire » [Note 17](#).

15. - Cette solution montre que la responsabilité extracontractuelle est donc susceptible d'être engagée malgré la présence d'un contrat dans des circonstances particulières. Le second exemple qui met en œuvre cette idée correspond à l'hypothèse d'un contrat non valide. Ainsi, la responsabilité extracontractuelle pour faute du maître d'ouvrage peut être recherchée par le constructeur lorsque le contrat qu'il a conclu avec le maître d'ouvrage a été annulé au motif qu'il était entaché d'une illégalité [Note 18](#). La responsabilité extracontractuelle des constructeurs vis-à-vis de l'Administration est également envisageable lorsque cette dernière subit un dommage lié à la réalisation des travaux et qu'à l'occasion de ce litige, la nullité du contrat est prononcée [Note 19](#). D'un point de vue procédural, le Conseil d'État accepte d'ailleurs, dans ce cas de figure, que le requérant, qui avait initialement fondé son action sur le terrain de la responsabilité contractuelle, modifie le fondement de son action alors même que le moyen tiré de la responsabilité extracontractuelle pour faute n'est pas d'ordre public et qu'il constitue une cause juridique nouvelle [Note 20](#).

16. - Plus classiquement, la responsabilité extracontractuelle apparaît toutes les fois où le maître d'ouvrage public n'est pas contractuellement lié à l'opérateur. C'est donc sur ce terrain que doit se placer celui qui se plaint d'avoir été illégalement évincé par le maître d'ouvrage public d'une procédure de passation d'un marché public [Note 21](#). Relèvent également, à ce titre, du terrain de la responsabilité extracontractuelle, les actions entre maître d'ouvrage public et sous-traitants. Ces derniers, qui ont conclu un contrat avec les entrepreneurs chargés des travaux après avoir été approuvés par le maître d'ouvrage, n'entretiennent avec ce dernier aucun rapport contractuel. C'est pourquoi, refusant d'appliquer la théorie des chaînes de contrat, le Conseil d'État juge que le maître d'ouvrage ne peut mettre en cause la responsabilité d'un tel participant que sur le terrain extracontractuel [Note 22](#). Mais il a ensermé cette action dans un cadre strict afin de limiter la possibilité pour le maître d'ouvrage de se retourner contre les sous-traitants. D'une part, l'action apparaît subsidiaire dans la mesure où le maître d'ouvrage ne peut l'envisager que si la responsabilité du maître d'œuvre et des entrepreneurs avec lesquels il est lié contractuellement, ne peut pas être utilement recherchée. D'autre part, les fautes qui peuvent être reprochées au sous-traitant ne peuvent consister qu'en la violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires et ne peuvent résulter de la seule inexécution, par les sous-traitants, de leurs propres obligations contractuelles vis-à-vis des entrepreneurs.

17. - En définitive, l'hypothèse de responsabilité extracontractuelle la plus répandue en matière de maîtrise d'ouvrage publique reste celle relative à la réparation des dommages causés aux tiers du fait de la réalisation des travaux ou de l'ouvrage lui-même. D'origine ancienne, cette responsabilité administrative extracontractuelle, qui constitue un chapitre majeur de la responsabilité administrative sans faute, n'en présente pas moins un certain particularisme.

B. - Le particularisme du droit commun dans le champ de la maîtrise d'ouvrage publique

18. - La première spécificité de la responsabilité en matière de maîtrise d'ouvrage publique tient au fait que ce domaine constitue le terrain d'élection des obligations *in solidum* [Note 23](#). Il en résulte une responsabilité solidaire de tous les acteurs de la construction, qu'ils soient privés ou publics.

19. - Cette obligation *in solidum* joue d'abord en cas de dommages subis par l'un des acteurs de la construction. Si le dommage a été causé par la faute de plusieurs autres acteurs, la victime peut rechercher la responsabilité de l'un d'eux ou leur condamnation solidaire sans que la diversité des fondements de leur responsabilité respective y fasse obstacle. Ainsi, le Conseil d'État admet que, « lorsque l'une des parties à un marché de travaux a subi un préjudice imputable à la fois à l'autre partie, en raison d'un manquement à ses obligations contractuelles, et à d'autres intervenants à l'acte de construire, au titre de fautes quasi-délictuelles, elle peut demander au juge de prononcer la condamnation solidaire de l'autre partie avec les coauteurs des dommages » [Note 24](#).

20. - S'agissant des victimes tierces aux travaux de construction, elles peuvent intenter leur action indemnitaire tant à l'encontre du maître

d'ouvrage que des constructeurs, qu'il s'agisse du maître d'œuvre [Note 25](#) , des entrepreneurs [Note 26](#) ou même des sous-traitants [Note 27](#) , y compris après la réception de l'ouvrage [Note 28](#) , par dérogation au principe selon lequel la responsabilité extracontractuelle ne connaît pas l'obligation *in solidum* [Note 29](#) . En revanche, en présence d'un dommage lié à l'existence même d'un ouvrage public, la victime ne peut rechercher que la responsabilité du maître d'ouvrage, à l'exclusion de celle des entrepreneurs [Note 30](#) .

21. - Si l'obligation *in solidum* facilite l'indemnisation de la victime, elle suscite appels en garantie et actions récursoires de la part des coauteurs en vue de la répartition définitive de la dette. À cet égard, la jurisprudence administrative considère que le coauteur ne se trouve pas subrogé dans les droits de la victime mais exerce une action propre dont le fondement dépend de la relation qui l'unit à l'autre coauteur. Ainsi, les appels en garantie et les actions récursoires entre le maître d'ouvrage et les constructeurs se résolvent essentiellement sur un terrain contractuel, sauf si les rapports contractuels ont pris fin, ce qui suppose de délimiter le champ temporel de la responsabilité contractuelle en matière de maîtrise d'ouvrage publique, ce qui correspond au second particularisme.

22. - Dès lors que la fin du contrat fait en principe disparaître la responsabilité contractuelle, le Conseil d'État affirme qu'en matière de construction publique, la réception sans réserve de l'ouvrage par le maître d'ouvrage met fin à la relation contractuelle, et donc à la responsabilité contractuelle [Note 31](#) . Pourtant, le Conseil d'État a posé de nombreuses exceptions à cette règle permettant ainsi à la responsabilité contractuelle entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs de survivre au-delà de la réception de l'ouvrage.

23. - Outre le cas où son extension est prévue par une clause du contrat lui-même [Note 32](#) , la responsabilité contractuelle persiste lorsque des réserves ont été émises par le maître d'ouvrage au moment de la réception de l'ouvrage et se poursuit jusqu'à ce que les réserves soient levées [Note 33](#) . En outre, même prononcé sans réserve, la réception des travaux ne met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs qu'en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage, ce qui laisse subsister une responsabilité contractuelle en cas de manquement aux obligations contractuelles qui ne sont pas directement liées à cet objet. L'un des exemples les plus symptomatiques est celui de la faute commise par un maître d'œuvre dans l'exécution de son devoir de conseil au profit du maître d'ouvrage lors de la réception de l'ouvrage [Note 34](#) . De même, la réception est sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché vis-à-vis desquels seule l'intervention du décompte général et définitif du marché met fin aux relations contractuelles [Note 35](#) .

24. - Ces solutions particulières ne remettent toutefois pas en cause l'application du droit commun de la responsabilité administrative au domaine de la construction publique. Il convient de se demander s'il en va autant des régimes de garantie spécifiques qui ont vocation à être mis en œuvre après la réception de l'ouvrage.

2. Une responsabilité partiellement spécifique

25. - Une fois l'ouvrage construit, la responsabilité des constructeurs peut être recherchée par le maître d'ouvrage public dans le cadre de différents régimes spécifiques plus connus sous l'expression de garanties des constructeurs : garantie de parfait achèvement, garantie de bon fonctionnement, garantie décennale et garantie pour dol ou fraude. Pour beaucoup d'auteurs, ces régimes font naître une responsabilité post-contractuelle, qui pèse sur les constructeurs à l'issue de l'exécution du contrat, et qui, de ce fait, ne serait ni extracontractuelle, ni contractuelle. Or, il nous paraît difficile d'y voir une tierce catégorie de responsabilité dans le domaine de la construction publique. Si ces régimes de responsabilité des constructeurs à l'égard d'un maître d'ouvrage public apparaissent spécifiques, c'est davantage par rapport au droit privé dans lequel ils puisent pourtant leur origine **(A)** que par rapport au reste de la responsabilité administrative **(B)**.

A. - Une responsabilité post-contractuelle autonome par rapport au droit privé

26. - Les régimes de responsabilité post-contractuelle des constructeurs à l'égard des maîtres d'ouvrage publics sont issus du Code civil qui, dès 1804, a institué des mécanismes particuliers visant à protéger les maîtres d'ouvrage en cas de malfaçons affectant l'ouvrage qu'ils ont fait construire [Note 36](#) . Dès le milieu du XIX^e siècle, le Conseil d'État a décidé d'appliquer les dispositions du droit privé au profit des maîtres d'ouvrage publics. Si ce choix a pu être contesté en doctrine [Note 37](#) , il ne nous paraît pas incompatible avec le principe énoncé par l'arrêt Blanco selon lequel les règles du Code civil en matière de responsabilité ne sont pas applicables à l'Administration. En effet, bien que la responsabilité des constructeurs vis-à-vis des maîtres d'ouvrage publics relève de la compétence du juge administratif, elle n'en reste pas moins une responsabilité incombant à des personnes privées. Toutefois, le Conseil d'État a fini par se détacher du Code civil puisqu'il a, après avoir un temps expliqué qu'il ne faisait qu'appliquer « les principes dont s'inspire » [Note 38](#) ce code, abandonné dans la période récente toute référence au Code civil [Note 39](#) . Outre que cette évolution a substitué au fondement légal de la responsabilité des constructeurs à l'égard du maître d'ouvrage public un fondement jurisprudentiel, elle a surtout permis au Conseil d'État d'affirmer son « rôle de bâtisseur d'un droit spécifique » [Note 40](#) en matière de responsabilité des constructeurs par rapport à celui du droit privé.

27. - Ainsi, bien qu'il existe en la matière des éléments fondamentaux communs aux deux branches du droit [Note 41](#) , le Conseil d'État et la Cour de cassation adoptent des solutions différentes sur certains aspects.

28. - La première divergence majeure concerne la garantie de bon fonctionnement et la garantie décennale. Alors que ces deux garanties sont d'ordre public en droit privé en vertu même du Code civil qui interdit les clauses contractuelles excluant ou limitant ces responsabilités, elles sont en droit public dépourvu d'un tel caractère. Il en résulte que les personnes publiques sont libres d'aménager le contenu de ces garanties, soit en leur faveur, soit en leur défaveur. Il est vrai que les jurisprudences du Conseil d'État en la matière sont anciennes si bien que la doctrine s'interroge sur le maintien de cet état du droit.

29. - S'agissant ensuite des délais de garantie, il existe plusieurs divergences notables. Par exemple, pour la garantie de parfait achèvement, le délai légal d'un an prévu par le Code civil ne s'applique pas en droit public. Certes, le cahier des clauses administratives générales retient ce délai, mais les cocontractants ont la possibilité de le modifier, en particulier pour en allonger la durée.

30. - Enfin le Conseil d'État pourrait être amené à consacrer, tôt ou tard, un délai propre au droit public s'agissant de la garantie pour fraude ou dol. Depuis qu'il a consacré l'existence de ce régime en droit public à l'égard des constructeurs, il soumet l'action à une prescription trentenaire « qui résulte des principes dont s'inspire l'article 2262 du Code civil » [Note 42](#) . Or, cette disposition du Code civil a été modifiée par une réforme de 2008 qui réduit le délai de prescription à 5 ans. Les juges du fond sont partagés entre application de ce nouveau délai et application du délai trentenaire. En toute orthodoxie, le principe du délai trentenaire dont s'inspirait jusqu'à peu le Code civil ne devrait pas varier sous l'effet de l'évolution législative car ce sont les dispositions du texte qui s'inspiraient du principe et non l'inverse. De surcroît, l'intérêt pour le Conseil d'État d'avoir supprimé la référence directe au Code civil consiste précisément à pouvoir maintenir ses solutions jurisprudentielles en dépit des évolutions de la législation en droit privé. Il n'est donc pas exclu que la Haute Juridiction administrative fasse persister le délai trentenaire en droit public.

31. - Il est donc incontestable qu'au fil du temps s'est forgé un droit public de la responsabilité des constructeurs vis-à-vis des maîtres d'ouvrage publics. Dès lors, la question de l'insertion de ces régimes de droit public dans le paysage de la responsabilité administrative se pose inévitablement. La réponse est fournie par la dernière différence notable entre droit privé et droit public, qui est relative à la nature des régimes de responsabilité en cause. En droit privé, trois des quatre garanties ont un fondement légal si bien que la doctrine privatiste les place en dehors du droit commun de la responsabilité privée, qu'elle soit contractuelle ou extracontractuelle. En droit public, il paraît plus difficile de dissocier ces régimes du reste de la responsabilité administrative de sorte qu'on peut se demander si les garanties des constructeurs constituent réellement une branche particulière du droit de la responsabilité.

B. - Une responsabilité post-contractuelle réellement distincte du droit commun de la responsabilité administrative ?

32. - Les différents régimes de responsabilité pesant sur les constructeurs après la réception de l'ouvrage ne s'insèrent pas tous de la même façon dans le paysage de la responsabilité en droit public [Note 43](#) .

33. - Pour deux de ces garanties, toute idée de régime spécifique est exclue puisque la jurisprudence administrative les a qualifiées de responsabilité contractuelle. S'agissant d'abord de la responsabilité pour fraude ou dol, le Conseil d'État y a vu une responsabilité administrative contractuelle pour faute dès 1974 [Note 44](#) . S'agissant ensuite de la garantie de parfait achèvement, il a reconnu expressément en 1986 [Note 45](#) que cette garantie prolonge les rapports contractuels entre le maître d'ouvrage public et les entrepreneurs et a affirmé en 2010 qu'elle « repose sur le même fondement juridique que la responsabilité contractuelle » [Note 46](#) . Il en résulte que les règles relatives à cette garantie, notamment celles portant sur le délai ou le champ des désordres couverts, sont modifiables par les parties au contrat. Sur le terrain contentieux, le maître d'ouvrage public qui a introduit une requête tendant à engager la responsabilité contractuelle pour faute des entrepreneurs peut, à tout moment, invoquer cette garantie qui relève de la même cause juridique. Cela signifie-t-il pour autant que la garantie de parfait achèvement constitue une responsabilité pour faute ? Il est possible d'en douter dès lors que la preuve par l'entrepreneur de son absence de faute ne lui permet pas de s'exonérer de sa responsabilité.

34. - Les deux autres garanties, la garantie de bon fonctionnement et la garantie décennale, sont également des responsabilités sans faute. Leur particularité tient au fait qu'elles sont souvent considérées comme des responsabilités légales distinctes de la responsabilité contractuelle [Note 47](#) . Cependant, quelques voix dissidentes soutiennent depuis longtemps que ces garanties constituent en réalité des régimes de responsabilités contractuelles [Note 48](#) , faisant disparaître l'idée de régimes spécifiques.

35. - La jurisprudence du Conseil d'État qui refuse qu'un requérant puisse invoquer pour la première fois en appel la responsabilité décennale du constructeur alors que la requête en première instance était fondée sur la responsabilité contractuelle incite à adhérer à la conception doctrinale dominante. Pourtant, la position consistant à appréhender ces régimes de garanties comme des régimes de responsabilité contractuelle nous paraît plus convaincante pour plusieurs raisons.

36. - S'agissant de la responsabilité décennale, celle-ci ne peut être engagée qu'en présence d'un contrat valide liant le maître d'ouvrage public au constructeur [Note 49](#) . Cette exigence révèle qu'il existe nécessairement un lien entre les désordres couverts par la garantie décennale et l'exécution du contrat. Or, la responsabilité contractuelle a vocation à s'appliquer en présence d'un dommage qui survient à l'occasion de l'exécution d'un contrat [Note 50](#) . C'est d'ailleurs sur la base de cette idée que la responsabilité de parfait achèvement, qui couvre les dommages imputables au constructeur et survenant pendant l'année qui suit la réception de l'ouvrage, a pu être qualifiée de responsabilité contractuelle. Le même raisonnement est transposable à la garantie décennale qui est parfois présentée comme prenant le relais de la garantie de parfait achèvement. En outre, les parties peuvent modifier contractuellement les modalités de la garantie décennale, ce qui fait obstacle à considérer que la responsabilité est hors du champ contractuel. En définitive, il nous semble que la jurisprudence administrative gagnerait à conférer à la responsabilité décennale un caractère contractuel.■

.. **Egalement dans ce dossier** : articles 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 72

[Note 1](#) L. n° 85-704, 12 juill. 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

[Note 2](#) V. en ce sens : B. Delaunay et H. Gaudemar, Dossier 480, « Responsabilité des constructeurs (droit public) : données de base et sources », in *Droit de la construction*, (dir.) P. Malinvaud : Dalloz, coll. Dalloz Action, 7e éd., 2018-2019, spéc. p. 1704.

[Note 3](#) Il peut en effet y avoir travaux publics en dehors d'une maîtrise d'ouvrage publique (V. N. Foulquier, *Droit administratif des biens* : LexisNexis, coll. Manuel, 5e éd., 2019, spéc. p. 647) ou inversement, travaux privés en présence d'une maîtrise d'ouvrage publique (*Cass. 1re civ.*, 28 mai 2002, n° 99-20.400, CPAM de la Vendée, c/ M. G : *JurisData* n° 2002-014483).

[Note 4](#) T. confl., 24 nov. 1997, n° 03060, SA de Castro c/ Bourcy et a.

[Note 5](#) V. par ex. : H. Hoepffner, *Les garanties des constructeurs en droit public* : LGDJ, coll. Systèmes pratique, 2018. – M. Zavaro, *La responsabilité des constructeurs* : LexisNexis, coll. Droit et professionnels, 3e éd., 2013.

[Note 6](#) P. Delvolvé, *La détermination des responsables dans le contentieux de la construction entre le maître de l'ouvrage, personne publique, et les constructeurs* : Dr. et ville 1977, n° 3, p. 139 .

[Note 7](#) Selon l'article L. 2421-1 du Code de commande publique, les missions du maître d'ouvrage public « qui, pour chaque opération envisagée, s'assure préalablement de sa faisabilité et de son opportunité, sont les suivantes :

1° La détermination de sa localisation ;

2° L'élaboration du programme défini à l'article L. 2421-2 ;

3° La fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle ;

4° Le financement de l'opération ;

5° Le choix du processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé ;

6° La conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération ».

[Note 8](#) V. en ce sens : P. Delvolvé, *La détermination des responsables dans le contentieux de la construction entre le maître de l'ouvrage, personne publique, et les constructeurs*, préc., p. 138.

[Note 9](#) S'agissant des missions du maître d'ouvrage public, V. *supra* note 7 ; s'agissant des missions du maître d'œuvre, les articles L. 2431-1 et L. 2431-2 du Code de la commande publique précisent que « la mission de maîtrise d'œuvre est une mission globale qui doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître d'ouvrage pour la réalisation d'une opération » et qu'elle « comprend tout ou partie des éléments de conception, d'assistance, de direction et de contrôle définis par voie réglementaire ».

[Note 10](#) CE, 12 oct. 1988, n° 56690, SA Entreprise Olin , inédit ; la faute contractuelle du maître d'ouvrage peut aussi être invoquée par les constructeurs comme faute de la victime quand l'Administration recherche l'engagement de leur responsabilité (CE, 13 oct. 1989, n° 64158 , Sté d'exploitation EGA, inédit).

[Note 11](#) CE, 19 juin 1992, n° 63575 , De Bergevin et a., inédit.

- [Note 12](#) CE, 21 oct. 2015, n° 385779, *Cne Tracy-sur-Loire* : *JurisData* n° 2015-023450 ; *Lebon T.*, p. 754 ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 280 , *note P. Devillers.*
- [Note 13](#) CE, 7 juin 2010, n° 313638, *Cne Mantes-la-Jolie* : *JurisData* n° 2010-008855 ; *Lebon T.*, p. 853 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, *comm.* 275 , *note G. Eckert.*
- [Note 14](#) CE, 23 mars 2015, n° 356790, *Synd. mixte pour le traitement des résidus urbains, inédit* : *JurisData* n° 2015-006509 ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 125 *et comm.* 149, *obs.* H. Hoepffner.
- [Note 15](#) CE, 30 juin 1999, n° 163435, *Cne Voreppe* : *Lebon*, p. 225.
- [Note 16](#) CE, 26 sept. 2016, n° 390515, *Sté Dumez Île-de-France* : *JurisData* n° 2016-020363 ; *Lebon T.*, p. 829 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, *comm.* 258 , *note P. Devillers.*
- [Note 17](#) *Ibid.*
- [Note 18](#) V. en matière de marché de travaux : CE, 8 déc. 1995, n° 144029, *Cne Saint-Tropez* : *Lebon*, p. 431.
- [Note 19](#) CE, 22 févr. 2008, n° 286174, *Schmeltz et Orselli* : *JurisData* n° 2008-073151 ; *Lebon*, p. 58 ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, *comm.* 142 .
- [Note 20](#) CE, *sect.*, 20 oct. 2000, n° 196553, *Sté Citécâble Est* : *JurisData* n° 2000-061173 ; *Lebon*, p. 457. – CE, 18 sept. 2015, n° 376973, *Cne Bora Bora* : *JurisData* n° 2015-021682 ; *Lebon T.*, p. 755 ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 274 , *note J.-P. Pietri.*
- [Note 21](#) CE, *ass.*, 4 avr. 2014, n° 358994, *Dpt Tarn-et-Garonne* : *JurisData* n° 2014-006635 ; *Lebon*, p. 70 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, *étude 5* , *Ph. Rees.*
- [Note 22](#) CE, 7 déc. 2015, n° 380419, *Cne Bihorel* : *JurisData* n° 2015-027483 ; *Lebon*, p. 425 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, *comm.* 34 , *note P. Devillers.*
- [Note 23](#) V. en ce sens, L. Richer et F. Lichere, *Droit des contrats administratifs* : LGDJ, *coll. Manuel*, 11e éd., 2019, p. 283, n° 598. – V. aussi F. Moderne, *Recherche sur l'obligation in solidum dans la jurisprudence administrative* : EDCE 1973, p. 15 .
- [Note 24](#) CE, 27 juin 2018, n° 409608, *Sté Valode et Pistre et a.* : *JurisData* n° 2018-011199 ; *Lebon T.*, p. 776 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, *comm.* 220 , *note P. Devillers.*
- [Note 25](#) CE, *sect.*, 11 oct. 1968, n° 69877, *Allard* : *Lebon*, p. 486.
- [Note 26](#) CE, 13 juill. 1967, *Min. Intérieur c/ Entreprise Varnier* : *Lebon T.*, p. 950.
- [Note 27](#) CE, *sect.*, 18 oct. 1935, n° 21718 , *Cie des chemins de fer du Nord* : *Lebon*, p. 953.
- [Note 28](#) CE, *sect.*, 14 févr. 1958, n° 36364, *Sté Thorrand et Cie* : *Lebon*, p. 104.
- [Note 29](#) V. H. Belrhali, *Responsabilité administrative* : LGDJ, *coll. Manuel*, 2017, p. 343, n° 515.
- [Note 30](#) CE, 19 avr. 1989, n° 58906, *Épx Lapeyre* , *inédit.*
- [Note 31](#) CE, 31 mars 1989, n° 83583, *Cne Chesnay c/ Entreprise Chagraud et a.* : *JurisData* n° 1989-640924 ; *Lebon T.*, p. 788.
- [Note 32](#) CE, 28 avr. 1997, n° 148477 , *Entreprise Quillery et Cie* : *Lebon*, p. 170.
- [Note 33](#) CE, 26 janv. 2007, n° 264306, *Sté MAS Entreprise générale* : *JurisData* n° 2007-071345 ; *Lebon T.*, p. 948 ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, *comm.* 70 , *note J.-P. Pietri.*
- [Note 34](#) CE, 5 mars 1993, n° 110580, *Ventura et Patriarche* : *Lebon T.*, p. 884.
- [Note 35](#) CE, *sect.*, 6 avr. 2007, n° 264490 et n° 26449 , *Centre hospitalier général de Boulogne-sur-Mer* : *JurisData* n° 2007-071731 ; *Lebon*, p. 163 ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, *comm.* 173 , *note J.-P. Pietri.*
- [Note 36](#) Articles 1792 et 2270 du Code civil avant le changement de numérotation du Code civil.
- [Note 37](#) V. B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif* : Éd. Panthéon-Assas, 2003, *spéc.* p. 652 *et s.*

[Note 38](#) V. par ex. : *CE, 14 mai 1990, n° 80614 et 80840, Sté CGEE Alstom* : *Lebon, p. 124.*

[Note 39](#) *CE, 5 avr. 2015, n° 376229, Cne Saint-Michel-sur-Orge* : *JurisData n° 2015-008421* ; *Lebon, p. 151* ; *Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 142* , note P. Devillers.

[Note 40](#) *A. Lallet, concl. ss CE, sect. 1er juill. 2019, n° 412243, Assoc. pour le musée des Iles Saint-Pierre et Miquelon* : *JurisData n° 2019-011826* ; *Lebon, p. 271.*

[Note 41](#) Il est par exemple admis, tant en droit public qu'en droit privé, que la garantie de parfait achèvement ne pèse que sur les entrepreneurs, et non sur les constructeurs qui ne réalisent pas matériellement l'ouvrage.

Dans le cadre de la responsabilité pour fraude ou dol, les deux ordres de juridictions exigent une faute intentionnelle d'une particulière gravité de la part du constructeur dont la définition est extrêmement proche (V. en ce sens *M. Zavaro, La responsabilité des constructeurs, préc., p. 117*). Enfin, la garantie de bon fonctionnement et la garantie décennale sont, tant devant le juge administratif que le juge judiciaire, des responsabilités objectives qui sont engagées indépendamment de tout manquement par le constructeur à ses obligations contractuelles et qui ne sont par ailleurs susceptibles d'être actionnées qu'à l'égard des constructeurs liés par contrat au maître d'ouvrage.

[Note 42](#) *CE, 26 nov. 2007, n° 266423, Sté Les Travaux du Midi* : *JurisData n° 2007-072737* ; *Lebon, p. 450.*

[Note 43](#) V. pour un article récent sur la question : *G. Kalfleche, Fonder une responsabilité à l'issue du contrat : des questions encore en suspens* : *AJDA 2019, p. 2558* .

[Note 44](#) *CE, sect., 24 mai 1974, n° 85939 et n° 86007, Sté Paul Millet et Cie* : *Lebon, p. 310.*

[Note 45](#) *CE, sect., 28 févr. 1986, n° 40381* , *Entreprise Blondet et a.* : *Lebon, p. 55.*

[Note 46](#) *CE, 9 juill. 2010, n° 310032, Cne Lorry-lès-Metz* : *JurisData n° 2010-011150* ; *Lebon T., p. 854* ; *Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 322* , note J.-P. Pietri.

[Note 47](#) *L. Richer et F. Lichere, Droit des contrats administratifs, préc., p. 288 et s.* – *J.-F. Oum Oum, La responsabilité contractuelle en droit administratif, t. 270* : *LGDJ, coll. BDP, 2014, p. 271.*

[Note 48](#) *F. Moderne, Note ss CE, 11 oct. 1968, n° 69877, Allard* : *AJDA 1969, p. 212* . – V. plus récemment, *J. Bousquet, Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif, t. 310* : *LGDJ, coll. BDP, 2019, 642 p.*

[Note 49](#) *CE, 9 mars 2018, n° 406205, Cne Rennes-les-Bains* : *JurisData n° 2018-003166* ; *Lebon T., p. 765* ; *Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 105* , note P. Devillers.

[Note 50](#) *J.-F. Brisson, Responsabilité en matière contractuelle et quasi-contractuelle* : *LexisNexis, JCl. Administratif, fasc. 854, 2016, n° 10.*

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2020, dossier 1

AFDA : journée d'études « la maîtrise d'ouvrage publique »

[Accès au sommaire](#)

La maîtrise d'ouvrage publique est, en droit français, une notion légale et une pratique administrative au cœur de l'activité publique de construction. Issue de la loi du 12 juillet 1985 , elle demeure une institution du droit positif, en dépit des nombreuses réformes du droit des contrats publics, comme en témoigne son maintien dans le récent Code de la commande publique (*CCP, art. L. 2410-1 et s.*). Pourtant, la notion demeure une mal-aimée de la recherche juridique en matière de droit public des biens et des contrats. La doctrine universitaire, notamment, ne s'est jusqu'à présent que très peu interrogée sur le concept lui-même et ses implications théoriques et pratiques dans divers

champs disciplinaires du droit administratif (le droit des compétences des personnes publiques, le droit de la responsabilité, etc.). C'est pourquoi l'Association française pour la recherche en droit administratif a choisi de consacrer sa traditionnelle journée d'études de fin d'année, qui a lieu pour cette nouvelle édition à l'université d'Orléans, à cette institution délaissée par la recherche en droit administratif, en se proposant de mieux délimiter les frontières de la notion juridique, d'envisager ses implications dans certains domaines du droit public, et de s'interroger sur son passé et son avenir.

Benoît Plessix, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II), président de l'AFDA

La revue *Contrats et Marchés publics* reproduit les actes de cette journée d'études organisée mardi 3 décembre 2019 par l'AFDA, en partenariat avec les éditions *LexisNexis*.

Dans ce dossier :

- Maîtrise d'ouvrage publique : histoire d'une loi par François PRIET – article 2
- Maîtrise d'ouvrage publique : essai de délimitation par Jean-François LAFAIX – article 3
- L'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique par les personnes publiques par Laetitia JANICOT – article 4
- Le rôle des tiers dans l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique par François CAFARELLI – article 5
- Maîtrise d'ouvrage publique et commande publique par Jean-Victor MAUBLANC – article 6
- Maîtrise d'ouvrage publique et responsabilité par Alice MINET-LELEU – article 7
- Les alternatives à la maîtrise d'ouvrage publique par Étienne MULLER – article 8
- La loi MOP, quel avenir ? par Christophe ROUX – article 9

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.