

Le maître d'ouvrage peut-il se réserver une partie de la maîtrise d'œuvre ?

Si rien dans la loi Mop ou le décret de 1993 n'interdit au maître d'ouvrage d'assurer la maîtrise d'œuvre d'une opération, cela ne signifie pas pour autant que le maître d'ouvrage dispose d'une entière liberté. Ainsi, en vertu de la loi Mop, le recours à un maître d'œuvre fait l'objet d'une mission de base pour les ouvrages de bâtiment. En outre, des limites ou incompatibilités ressortent de certaines réglementations spécifiques.

La loi MOP et ses décrets d'application n'interdisent pas au maître d'ouvrage d'une opération de travaux de se réserver une partie de la maîtrise d'œuvre, bien au contraire. Ce choix d'une maîtrise d'œuvre interne doit néanmoins respecter plusieurs limites et, surtout, être assuré dans des conditions permettant la réussite de la mission.

La possibilité pour un maître d'ouvrage de choisir une maîtrise d'œuvre interne

Délégation facultative des missions de maîtrise d'œuvre

- La liberté offerte aux maîtres d'ouvrage quant au mode d'exercice de la maîtrise d'œuvre

Le Code des marchés publics n'oblige pas le maître de l'ouvrage à déléguer à un tiers les missions d'études nécessaires à la mise en œuvre de ses projets. Bien au contraire, avant 2001, la rédaction du Code des marchés publics semblait prévoir, par défaut seulement, le fait pour le maître d'ouvrage de confier à un tiers la réalisation d'études : « Lorsque l'administration [ou « la collectivité ou l'établissement »] n'est pas en mesure d'exécuter par ses propres moyens les études qui lui sont nécessaires, elle a recours à des marchés d'études »⁽¹⁾.

Auteur

Philippe Guellier et Olivier Metzger
Avocats au Barreau de Lyon, SCP SEBAN & Associés

Mots clés

Maîtrise d'œuvre interne • Mission de base • Monuments historiques

(1) Articles 106 et 313

Aucune disposition de la loi MOP^[2] et de ses textes d'application^[3] ne fait davantage obligation au maître d'un ouvrage de confier les missions de maîtrise d'œuvre à un tiers. L'article 7 de la loi MOP évoque une simple possibilité puisqu'il vise « la mission de maîtrise d'œuvre que le maître de l'ouvrage peut confier à une personne de droit privé ou à un groupement de personnes de droit privé (...) ».

À ce titre, on remarquera que la loi MOP ne définit pas le maître d'œuvre d'une opération de travaux (alors que le maître de l'ouvrage fait, quant à lui, l'objet d'une définition précise à l'article 1^{er}). La loi MOP et le décret « missions » du 29 novembre 1993 se contentent de parler de la « mission de maîtrise d'œuvre ». Cette volonté de ne pas désigner de manière exclusive le maître d'œuvre est également traduite dans la notion d'« éléments de mission de maîtrise d'œuvre confiés par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé », qui figure dans le titre du décret « missions » et de l'arrêté du 21 décembre 1993.

Le cumul des fonctions de maître d'ouvrage et de maître d'œuvre apparaît donc parfaitement possible. Au-delà de la légalité d'un tel cumul, il existe d'ailleurs une réelle culture de maîtrise d'œuvre interne chez certains maîtres d'ouvrage.

● L'existence d'une culture de la maîtrise d'œuvre interne chez certains maîtres d'ouvrage

Il convient de souligner que certains maîtres d'ouvrage exercent pleinement la maîtrise d'œuvre de leurs opérations de travaux et disposent ainsi d'une expertise pointue en la matière. Au niveau local, tel est par exemple le cas de services départementaux chargés des routes ou des autorités organisatrices du service public de la distribution d'électricité. L'État également dispose d'une expertise en matière de maîtrise d'œuvre interne, par exemple au travers de certains établissements publics chargé des opérations de travaux pour le compte de leur ministère de rattachement, qui comportent en leur sein des architectes, des programmistes...

Outre la maîtrise d'œuvre interne, il faut aussi souligner l'importance de la maîtrise d'œuvre publique en général. Jusqu'au début des années 2000, les Directions Départementales de l'Équipement (DDE) ont apporté une expertise pointue aux collectivités territoriales et à leurs groupements dans la conception de leurs projets, avant que cette expertise ne soit emportée par l'extension communautaire du champ des obligations de mise

en concurrence^[4]. En 2001, l'instruction pour l'application du Code des marchés publics^[5] distinguait deux types de mission susceptibles d'être réalisées par les services de l'État :

« - des missions d'ingénierie publique qui doivent s'exercer dans le cadre des règles de la commande publique et de la concurrence (maîtrise d'œuvre, conduite d'opérations) ;
- une mission d'assistance technique aux collectivités de taille et de ressources modestes, qui, ne disposant pas des moyens humains et techniques nécessaires à l'exercice de leurs compétences dans le domaine de la voirie, de l'aménagement et de l'habitat, doivent pouvoir faire appel aux services de l'État pour l'exercice de leurs compétences ; cette mission de service public s'exerce en dehors des règles de la concurrence ».

Le transfert du personnel des DDE aux Départements a pu constituer, dans certains cas, une véritable opportunité pour constituer des équipes de maîtrise d'œuvre interne, prenant notamment la forme d'agences techniques départementales.

Le choix d'une maîtrise d'œuvre interne appelle plusieurs recommandations.

Les conditions de réussite d'une maîtrise d'œuvre interne

● La nécessaire distinction entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre

La réussite d'une mission de maître d'œuvre interne passe par une distinction claire et précise des rôles de maître d'ouvrage et de maître d'œuvre. Pour éviter toute confusion entre ces deux rôles, il est important que le pouvoir adjudicateur s'inscrive bien dans le CCAG travaux et désigne, dans les pièces du marché, d'une part, le maître d'ouvrage et représentant et, d'autre part, le service qui assurera la maîtrise d'œuvre et son représentant.

Par ailleurs, il est important que le choix d'une maîtrise d'œuvre interne ne vienne pas amoindrir les compétences de la maîtrise d'ouvrage, comme l'a relevé la Mission Interministérielle pour la Qualité dans la Construction Publique^[6] : « la complexité grandissante des opérations d'infrastructure accroît le travail de la maîtrise d'ouvrage et ainsi, des effectifs traditionnellement affectés à des tâches de maîtrise d'œuvre interne sont de plus en plus orientés vers des tâches de maîtrise d'ouvrage ». Les équipes en charge de la maîtrise d'ouvrage et de la maîtrise d'œuvre doivent donc être équilibrées et avoir des objectifs distincts. Il n'en demeure pas moins que

[2] Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

[3] Décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993, relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé ; arrêté du 21 décembre 1993 (NOR : EQUU9301426A), précisant les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre confiés par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.

[4] CE avis 8 novembre 2000, n° 222208 ; CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98.

[5] Instruction du 28 août 2001 (NOR : ECOM0110565J), pour l'application du code des marchés publics.

[6] MIQCP, *Maîtrise d'Ouvrage et Maîtrise d'œuvre en Ouvrages d'Art*, www.archi.fr/MIQCP/IMG/pdf/g9.pdf, p. 6.

même dans l'hypothèse où la maîtrise d'œuvre interne désignée possède bien les compétences nécessaires, le maître d'ouvrage assumera, *in fine*, une responsabilité plus importante dans la mesure où il ne sera pas véritablement possible de se retourner contre le concepteur en cas de carence. Les entreprises de travaux au contraire, seront probablement tentées de jouer sur ce cumul de rôle pour se dédouaner en cas de difficultés en cours d'exécution du chantier.

● Les modalités pratiques d'exercice des missions de maîtrise d'œuvre

Le choix d'une maîtrise d'œuvre interne apparaît plus simple pour des travaux réalisés de manière répétitive par un maître d'ouvrage, en particulier lorsqu'il a en charge un type particulier d'ouvrages : routes, réseaux secs Rien n'interdit cependant au maître d'ouvrage de choisir une maîtrise d'œuvre interne pour un projet particulier s'il décide de s'assurer des compétences nécessaires à cette mission.

Il y a lieu de noter que les maîtres d'ouvrage publics peuvent également disposer de facilités pour l'exercice de leur mission : il en va ainsi de la possibilité pour le maître d'ouvrage de désigner des agents assermentés qui seront chargés de contrôler, *in situ*, les travaux réalisés par l'entrepreneur.

Plusieurs limites à la possibilité pour le maître d'ouvrage de « se réserver » une partie de la maîtrise d'œuvre, dans la législation, doivent toutefois être prises à prendre en compte.

Les limites réglementaires à l'exercice d'une maîtrise d'œuvre interne par le maître d'ouvrage

Les limites posées par la loi MOP à l'exercice d'une maîtrise d'œuvre interne

La principale limite à la possibilité pour le maître de l'ouvrage de se réserver une partie de la maîtrise d'œuvre de l'opération provient de la mission de base que le maître d'ouvrage doit obligatoirement confier lorsqu'il recourt à un maître d'œuvre privé. La loi MOP lui impose de confier *a minima* :

- pour la construction d'un bâtiment neuf, « les études d'esquisse, d'avant-projet, de projet, l'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation des contrats de travaux, la direction de l'exécution du contrat de travaux et l'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement » ;
- pour la réhabilitation d'un bâtiment, « les études d'avant-projet, de projet, l'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation des contrats de travaux, la direction de l'exécution du contrat de travaux et l'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement ».

Néanmoins, l'existence de la mission de base ne fait pas obstacle à ce que le maître d'ouvrage se réserve la tota-

lité de la maîtrise d'œuvre ou exerce une des missions qui n'est pas incluse dans cette mission de base. Par ailleurs, la mission de base ne concerne que les ouvrages de bâtiments. Pour les ouvrages d'infrastructures, le maître d'ouvrage a donc plus de liberté dans la définition des missions de maîtrise d'œuvre qu'il exerce lui-même et celles qu'il délègue à un tiers.

Enfin, on rappellera que la loi MOP prévoit un certain nombre d'incompatibilités avec la mission de maîtrise d'œuvre. En particulier, la qualité de mandataire du maître d'ouvrage est incompatible avec l'exercice de toute mission de maîtrise d'œuvre⁽⁷⁾.

Les autres limites réglementaires à l'exercice d'une maîtrise d'œuvre interne

Avant d'assurer une maîtrise d'œuvre interne, il convient de prendre en compte les réglementations relatives à certaines missions ou certains travaux spécifiques. En voici quelques exemples.

Le décret n° 2009-749 du 22 juin 2009, relatif à la maîtrise d'œuvre sur les immeubles classés au titre des monuments historiques, prévoit un régime de maîtrise d'œuvre spécifique pour les travaux de restauration des immeubles classés. Il précise notamment que « L'architecte en chef des monuments historiques territorialement compétent assure la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration des immeubles classés appartenant à l'État, remis en dotation à ses établissements publics ou mis à leur disposition ». Dans ces conditions, il n'apparaît pas possible pour un maître d'ouvrage d'exercer en interne la maîtrise d'œuvre sur des monuments historiques.

Par ailleurs, des incompatibilités fondées sur d'autres législations ou réglementations sont susceptibles d'exister. Tel est par exemple les cas des fonctions de maître d'œuvre et de contrôleur technique ainsi que cela ressort sans ambiguïté de l'article L. 111-25 du Code de la construction et de l'habitation (CCH)⁽⁸⁾. Il est par ailleurs difficilement envisageable d'internaliser la mission de contrôle technique laquelle constitue une activité soumise à agrément. En revanche, s'agissant de la mission de coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé, le Code du travail prévoit au contraire spécifiquement le cas où le coordonnateur est un salarié du maître d'ouvrage⁽⁹⁾. En revanche, dans la mesure où le même code prévoit que « la mission de coordination fait l'objet de contrats ou d'avenants spécifiques écrits » et qu'« elle est rémunérée distinctement » il n'apparaît pas

(7) Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, art. 4-1.

(8) CCH, art. L. 111-25 : « L'activité de contrôle technique est soumise à agrément. Elle est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. La décision d'agrément tient compte de la compétence technique et de la moralité professionnelle ».

(9) « Lorsque le coordonnateur est employé par le maître d'ouvrage et lié à celui-ci par un contrat de travail, la mission de coordination fait l'objet d'un document écrit permettant d'individualiser chaque opération » (Code du travail, art. R. 4532-21).

possible de réunir au sein d'un même contrat les missions de maîtrise d'œuvre et de coordonnateur^[10].

D'autres exemples peuvent être trouvés au travers de réglementations périphériques auxquelles il convient également d'être très attentif. Ainsi, s'agissant par exemple du domaine des ascenseurs – ce qui est susceptible de recouper des ouvrages de nature bien différente –, et bien que cela ne concerne pas nécessairement la loi MOP, notons que « l'installateur » d'ascenseur est normalement celui qui assure, au-delà des missions de fabrication, de pose, ou encore de mise sur le marché, la mission de conception^[11]. Or, c'est l'installateur de l'ascenseur qui est seul responsable de l'apposition de

la certification CE ou des déclarations de conformité, étapes obligatoires au fonctionnement régulier de l'ouvrage. Dès lors, un maître d'ouvrage souhaitant assurer la conception de l'ascenseur se trouvera ensuite dans une situation particulièrement complexe pour déterminer qui va pouvoir être régulièrement qualifié « d'installateur » de l'ascenseur et assumer toutes les conséquences y afférentes. En d'autres termes, le cumul des qualités de maître d'ouvrage et maître d'œuvre assurant la conception ne sera pas neutre pour la suite des opérations.

En définitive, même si les limites réglementaires à un cumul des fonctions de maître d'ouvrage et maître d'œuvre semblent pouvoir être franchies, les difficultés pratiques, la complexité grandissante des opérations et le souhait des maîtres d'ouvrage public de partager autant que possible les responsabilités sur celles-ci rendent les cas de maîtrise d'œuvre interne aujourd'hui assez rares.

[10] Code du travail, art. R. 4532-20.

[11] Décret n° 2000-810 du 24 août 2000, relatif à la mise sur le marché des ascenseurs (transposant la directive 95/16/CE).