



LE RECOURS AU MARCHÉ DE CONCEPTION-RÉALISATION APRÈS LA LOI ELAN

Par Christophe Farineau, avocat au cabinet Seban & Associés

■ Comment définir le marché de conception-réalisation ?

Désormais prévu à l'article L. 2171-2 du Code de la commande publique (CCP) – lequel est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019 –, le marché de conception-réalisation est un marché de travaux permettant à l'acheteur de confier une mission portant à la fois sur l'établissement des études (la conception) et l'exécution des travaux (la réalisation) à un groupement d'opérateurs économiques ou à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures. Une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation doit néanmoins être identifiée (article L. 2171-7 du CCP alinéa 1). Pour les acheteurs soumis aux dispositions du livre IV de la deuxième partie du Code de la commande publique (qui codifie la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP »), sauf dérogations sectorielles spécifiques, et dès lors que l'opération envisagée relève de ce livre IV (v. article L. 2412-2 du CCP), le recours au marché de conception-réalisation est conditionné.

■ S'agit-il d'un marché global ?

Oui, avec le marché global de performance (article L. 2171-3 du Code de la commande publique) et les marchés globaux sectoriels (article L. 2171-4 du Code de la commande publique), le marché de conception-réalisation appartient à la catégorie des marchés globaux. Ces contrats dérogent de plein droit au principe de l'allotissement posé par l'article L. 2113-10 du CCP (article L. 2171-1 du CCP) et offrent aux acheteurs qui sont soumis aux dispositions du livre IV de la deuxième partie du CCP la possibilité de s'affranchir de l'obligation prévue en son article

L. 2431-1 alinéa 2, à savoir dissocier la mission de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur. Sur le plan financier, ces marchés ne dérogent pas aux dispositions de l'article L. 2191-5 du CCP sur l'interdiction du paiement différé pour les marchés passés par l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

■ Quelles étaient les deux hypothèses de recours déjà existantes avant la loi Elan ?

Pour les acheteurs soumis à la loi MOP (désormais visés à l'article 2411-1 du Code de la commande publique), le recours au marché de conception-réalisation – quel que soit son montant – n'était possible que par l'existence de l'une des deux circonstances suivantes, devant rendre nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage :

- des motifs d'ordre technique ;
- un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique.

Ces deux cas de recours demeurent (article L. 2171-2 alinéa 2 du Code de la commande publique).

■ Quels sont les motifs d'ordre technique justifiant le recours au marché de conception-réalisation ?

Les motifs d'ordre technique justifiant le recours au marché de conception-réalisation sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont ainsi visés « des ouvrages dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des ouvrages dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques » (article R. 2171-1

du Code de la commande publique). En substance, le choix de ce marché doit être dicté par les caractéristiques de l'ouvrage à construire qui imposent l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

■ Quid de l'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ?

Cette seconde condition de recours a été introduite par l'article 74 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « loi Grenelle II ». D'abord, il est acquis que le recours au marché de conception-réalisation sur ce fondement n'est possible qu'en cas de travaux consistant en la réhabilitation d'un ouvrage existant – et non dans l'hypothèse de la construction d'un ouvrage neuf. En effet, l'article L. 2171-2 du Code de la commande publique prévoit que le recours au marché de conception-réalisation n'est possible qu'en cas d'engagement contractuel portant sur « l'amélioration » de l'efficacité énergétique, ce qui suppose que l'ouvrage soit déjà existant.

Ensuite, cet engagement contractuel chiffré doit, comme pour les motifs d'ordre technique, rendre « nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ».

■ Comment ces deux cas de recours sont-ils interprétés par la jurisprudence ?

De manière générale, le juge administratif se livre à une interprétation stricte de ces conditions, que ce soit pour les motifs d'ordre technique (v. CAA Nancy, 5 août 2004, n° 01NC00110 ; CAA Nantes, 7 décembre 2016, n° 14NT02302) ou pour l'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité

énergétique (v. dernièrement : CAA de Nantes, 9 novembre 2018, n° 17NT01606), en recherchant si le motif invoqué rendait effectivement, au cas particulier, nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études.

Ce qui ne signifie pas pour autant que ce véhicule juridique doive être d'emblée écarté par les acheteurs (v. CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546 ; TA Lyon, 14 juin 1996, n° 9602420) mais plutôt qu'une appréciation fine de l'opération envisagée au regard de ces conditions doive être préalablement menée.

■ Quel est le nouveau cas de recours ouvert par la loi Elan ?

La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (Elan) ajoute une troisième hypothèse de recours au marché de conception-réalisation : « la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur » – actuellement RT 2012 (article 69-II de la loi Elan ; article L. 2171-2 alinéa 2 du Code de la commande publique).

À ce jour, le niveau d'exigence que pourrait avoir le juge quant à ce nouveau cas de recours n'est pas connu. Mais, au regard de la jurisprudence relative aux deux premiers cas de recours, et sauf interprétation nouvelle à la suite de l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, il est permis de penser qu'elle sera également appréciée strictement – la démonstration de la nécessité

d'associer l'entrepreneur aux études étant a priori toujours requise.

■ Des dérogations sectorielles sont-elles également prévues par la loi Elan ?

Oui. D'une part, la loi Elan entérine le recours sans condition au marché de conception-réalisation pour les organismes HLM (article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation) et les sociétés d'économie mixte (Sem) en vue de la réalisation de logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques mentionnées à l'article L. 301-2-1^o du Code de la construction et de l'habitation – qui devait prendre fin le 31 décembre 2018 (article 69-I de la loi Elan ; article L. 2171-2 alinéa 3 du Code de la commande publique). D'autre part, elle autorise également le recours sans condition au marché de conception-réalisation pour :

- les CROUS (centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires) jusqu'au 31 décembre 2021 (article 69-I de la loi Elan) ;
- les opérations de construction ou de réhabilitation portant sur les ouvrages nécessaires à l'organisation des jeux olympiques et paralympiques de 2024 (article 19 de la loi Elan) ;
- l'établissement des infrastructures et des réseaux de communications électroniques en application de l'article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales jusqu'au 31 décembre 2022 (article 230 alinéa 1 de la loi Elan). ●

Les acheteurs non visés par l'article L. 2411-1 du CCP

Qu'en est-il pour les acheteurs qui ne sont pas soumis au livre IV de la deuxième partie du Code de la commande publique ? Pour les acheteurs qui ne sont pas visés à l'article L. 2411-1 du Code de la commande publique, le recours au marché de conception-réalisation n'est pas conditionné. Ils peuvent donc recourir librement à ce contrat.