

Mise en œuvre d'un transfert de maîtrise d'ouvrage publique : rien de nouveau sous le soleil ?

L'article L. 2422-12 du Code de la commande publique permet à plusieurs maîtres d'ouvrage intéressés par la réalisation d'une même opération de travaux d'en assurer conjointement la maîtrise d'ouvrage, et ce en confiant la maîtrise d'ouvrage de l'intégralité de l'opération à l'un des deux maîtres d'ouvrage « initiaux ». Quelles sont les conditions de recours au transfert de maîtrise d'ouvrage ainsi que les paramètres à prendre en compte pour que la convention organisant le transfert soit la plus opérationnelle et sécurisée possible ?

Il est entendu que la qualité de maître d'ouvrage public, qui ne se choisit pas mais s'impose à la personne concernée, s'accompagne d'attributions particulières – élaboration du programme, détermination de l'enveloppe financière de l'opération, conclusion des marchés nécessaires à la réalisation des études et des travaux...⁽¹⁾ – que le maître d'ouvrage est en principe le seul à devoir assumer : la maîtrise d'ouvrage publique est une « fonction d'intérêt général » dont l'article L. 2411-1 du Code de la commande publique indique qu'elle ne se délègue pas.

Les situations qui permettent à un maître d'ouvrage public de déroger à ce principe sont donc peu nombreuses. S'il est vrai qu'il en est ainsi dans le cadre de certains contrats de la commande publique (concession de travaux, marchés de partenariat), qui ne seront toutefois pas davantage abordés ici, seuls deux dispositifs permettent aux maîtres d'ouvrages publics de ne pas exercer directement eux-mêmes les attributions attachées à leur qualité de maîtres d'ouvrage : le mandat de maîtrise d'ouvrage et le transfert de maîtrise d'ouvrage. C'est ce dernier qui va retenir ici toute notre attention.

Également appelé « co-maîtrise d'ouvrage » par une partie de la doctrine, ce dispositif a été introduit au II de l'article 2 de la loi MOP par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004, pour être ensuite intégré, à l'instar des autres anciennes dispositions de la loi MOP, au Code de la commande publique. Il est aujourd'hui principalement encadré par son article L. 2422-12 du Code de la commande publique, dont les dispositions indiquent qu'il vise à permettre à plusieurs maîtres d'ouvrage intéressés par la réalisation d'une même opération de travaux d'en assurer conjointement la maîtrise d'ouvrage, et ce en confiant la maîtrise d'ouvrage de l'intégralité de l'opération à l'un des deux maîtres d'ouvrage « initiaux ».

Auteur

Gaëlle Collin
Avocate à la Cour
Seban & Associés

[1] CCP, art. L. 2421-1.

Séduisant sur le principe, le dispositif n'a pas toujours su convaincre. Sa mise en œuvre concrète a en effet pu susciter des interrogations, si bien que son opportunité par rapport à d'autres voies permettant de mutualiser des achats publics (comme le groupement de commandes) a pu être discutée^[2].

Le dispositif a toutefois connu récemment un regain d'intérêt, au détour d'une voie quelque peu inattendue. La loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (dite loi « 3DS ») a en effet introduit trois possibilités de recourir à un transfert de maîtrise d'ouvrage en matière de voirie routière : pour des opérations d'aménagement de la voirie, que ce soit entre des collectivités et des établissements publics à fiscalité propre^[3], ou entre l'État et d'autres collectivités^[4], et pour des travaux de conservation ou de sécurisation d'une voie, entre une commune et le gestionnaire de la voie concernée^[5].

Ces nouvelles dispositions viennent-elles profondément modifier le transfert de maîtrise d'ouvrage public, dont l'article L. 2422-12 du Code de la commande publique pose le cadre principal ? Nous ne le croyons pas, mais elles ont sans doute eu le mérite d'apporter un nouvel éclairage sur le sujet, en levant certains des doutes qui avaient pu subsister sur le caractère opérationnel du dispositif, et en mettant en lumière certaines de ses limites.

Pour s'en assurer, et dresser ainsi un portrait plus actuel du dispositif, à l'aune de ces nouvelles dispositions, il faut d'abord revenir sur ses conditions préalables, qui paraissent aujourd'hui bien délimitées, avant d'évoquer certains des paramètres qui nous semblent devoir être pris en compte pour que la convention organisant le transfert de maîtrise d'ouvrage soit la plus opérationnelle et sécurisée possible.

Les conditions de recours au transfert de maîtrise d'ouvrage : une délimitation de plus en plus précise

Il ressort aujourd'hui des dispositions de l'article L. 2422-12 du Code de la commande que deux conditions doivent être vérifiées pour qu'il soit possible de s'inscrire dans un transfert de maîtrise d'ouvrage publique : les acheteurs doivent être des maîtres d'ouvrage au sens de l'article L. 2411-1 du Code de la commande publique et la réalisation des ouvrages concernées doit relever simultanément de leurs compétences.

[2] M. Guillermin, « Mutualisation des achats et maîtrise d'ouvrage publique », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 208, avril 2020.

[3] Code de la voirie routière, art. L. 115-2.

[4] Code de la voirie routière, art. L. 121-5.

[5] Code de la voirie routière, art. L. 115-3.

Un dispositif réservé aux maîtres d'ouvrage publics

Initialement, les dispositions relatives au transfert de maîtrise d'ouvrage indiquaient uniquement qu'elles pouvaient être mises en œuvre « lorsque la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages [relevaient] simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage », mais sans toutefois préciser expressément la « nature » des maîtres d'ouvrage concernés.

La question se posait donc de savoir si le dispositif pouvait être mis en œuvre entre un maître d'ouvrage public et un maître d'ouvrage privé, à l'instar de ce que prévoit l'article L. 2113-6 du Code de la commande publique pour les groupements de commandes.

La doctrine présentait déjà toutefois que seule une réponse négative à cette question pouvait être envisagée^[6]. Et bien que les juridictions administratives n'aient pas expressément tranché le sujet, cet avis avait été partagé par les conclusions d'un rapporteur public^[7]. Le sujet semblait également acquis pour la doctrine administrative puisque dès 2006, la mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP) indiquait à propos l'ancien article 2-II de la loi MOP que « cette disposition ne peut être utilisée qu'entre des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices soumis à la loi MOP »^[8].

Logique, tant on imaginait difficilement qu'un maître d'ouvrage public puisse ainsi transférer ses attributions à un maître d'ouvrage privé, la confirmation n'est intervenue qu'assez récemment.

C'est en effet à la suite d'une modification introduite par l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019, que l'article L. 2422-12 du Code de la commande indique désormais expressément que le dispositif concerne « plusieurs maîtres d'ouvrage mentionnés à l'article L. 2411-1 » dont on sait qu'il liste les différentes catégories de maîtres d'ouvrage publics.

Une seule exception est prévue, par le texte lui-même : le cas d'un transfert de maîtrise d'ouvrage qui serait conclu entre un maître d'ouvrage public et SNCF Réseau, ou sa filiale gérant les gares et les voyageurs, qui sont des structures de droit privé depuis le 1^{er} janvier 2020.

De ce point de vue, il n'est donc plus d'incertitude et les nouveaux cas de figure introduits par la loi 3DS n'y font pas exception.

[6] D. Chabanol et F. Bourrachot, « La co-maîtrise d'ouvrage publique », *CP-ACCP 2009*, n° 87, p. 43 ; A. Galland A., « Fasc. 72 Maîtrise d'ouvrage publique - Champ d'application de la loi MOP et missions du maître d'ouvrage public », *Jurisclasseur Contrats et Marchés publics*, 30 juin 2014.

[7] Conclusions du Rapporteur public sur la décision de la CAA Paris 30 décembre 2016, Ville de Paris, req. n° 14PA00258.

[8] Fiche médiation n° 15 « Opérations à maîtrise d'ouvrage multiples » de la MIQCP, septembre 2006.

Une compétence « simultanée » des deux maîtres d'ouvrage publics

Le texte de l'article L. 2422-12 du Code de la commande publique évoque par ailleurs une compétence « simultanée » des deux maîtres d'ouvrages.

La formule, concise, pouvait à nouveau susciter la réflexion : une compétence « simultanée » devait-elle se comprendre comme une compétence « intégrale » des deux maîtres d'ouvrage sur le tout ?

Sauf à priver d'effet utile le dispositif, la réponse négative s'impose sans doute.

C'est déjà ce qui semblait ressortir d'une des rares décisions rendues à ce sujet par la cour administrative d'appel de Paris, qui visait bien les compétences « respectives » des maîtres d'ouvrage^[9].

Partant, il faut plutôt considérer qu'il suffit qu'une partie de l'ouvrage relève de la compétence de chaque maître d'ouvrage pour pouvoir se placer dans le dispositif, parce qu'il s'agit d'une circonstance de nature à justifier que chacun trouve un intérêt à participer à une opération unique qui porte sur des équipements communs, complémentaires ou imbriqués^[10] ; et c'est sans doute en ce sens que le dispositif était initialement appelé « co-maîtrise » d'ouvrage.

Il est vrai que, d'une certaine manière, les nouveaux cas introduits par la loi 3DS dérogent à cette condition. En effet, ils viennent précisément permettre que soit transférée la maîtrise d'ouvrage d'opérations relatives à la voirie routière à des opérateurs qui ont un intérêt clair à l'opération, mais qui ne disposaient pas initialement de la compétence nécessaire pour agir et s'inscrire dans le cadre « commun » posé par l'article L. 2422-12 du Code de la commande publique, parce que la voirie concernée ne relève pas de leur domaine public ou ne leur était pas concédée.

Ces exceptions éclairent ainsi, en creux, la règle « générale » : c'est parce qu'il faut une compétence de chacun des maîtres d'ouvrage sur – *a minima* – une partie de – l'opération que ces cas de figure précis ont dû être adoptés^[11]. Mais ce faisant, elles mettent également en lumière une certaine rigidité du dispositif initial, dont les conditions étaient donc trop « restrictives » pour permettre, sans cette intervention législative, des opérations pourtant nécessaires à l'aménagement et au bon fonctionnement de la voirie.

[9] CAA Paris 30 décembre 2016, Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal, req. n° 14PA00258.

[10] M. Guillermin, « Mutualisation des achats et maîtrise d'ouvrage publique », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 208, avril 2020 ; voir également D. Christiany, « L'affectation partielle des équipements communaux gérés par l'intercommunalité : une autre forme de libéralisation des relations contractuelles au sein du bloc local », *JCPA*, n° 38-39, 23 septembre 2019, p. 2260.

[11] En ce sens, la région est désormais compétente pour intervenir sur les opérations de maîtrise d'ouvrage relatives à la voirie nationale, en accord avec l'État [CGCT, art. L. 4211-1].

L'enjeu est donc maintenant de s'assurer que le dispositif peut être pleinement opérationnel.

La convention de maîtrise d'ouvrage : une liberté à encadrer

Pour pouvoir ensuite être mis en œuvre, le transfert de maîtrise d'ouvrage publique suppose la conclusion d'une convention, dont l'article L. 2422-12 du Code de la commande publique prévoit qu'elle doit identifier celui des deux maîtres d'ouvrage initiaux auquel est transférée, pour une durée précisée, la charge de conduire effectivement la maîtrise d'ouvrage de l'opération, et qui sera donc le « patron » ou le pilote de l'opération. La convention doit donc fixer les attributions et les responsabilités de chacun des deux maîtres d'ouvrages initiaux : celles qui seront conservées par les deux, et celles qui seront transférées au « patron ».

Et il faut immédiatement rappeler que cette convention ne saurait être assimilée à un mandat, au terme duquel un opérateur agit au nom et pour le compte d'un maître d'ouvrage public qui demeure toujours présent « en arrière-plan », parce que c'est lui qui conserve la maîtrise des principaux paramètres de l'opération^[12]. Au contraire, une fois la convention de transfert de maîtrise d'ouvrage conclue, le pilote assume pleinement seul l'intégralité de la maîtrise d'ouvrage de l'opération.

Si le contenu de la convention est essentiellement libre et laissé au libre choix des parties, on peut toutefois revenir sur deux paramètres essentiels qui doivent y figurer pour que le dispositif puisse être opérationnel : la procédure prévue pour la passation des marchés relatifs à l'opération et le défraiement éventuel de celui qui assure l'intégralité de la maîtrise d'ouvrage.

Les stipulations relatives à la procédure prévue pour la passation des marchés

Un des sujets qui doit sans doute être réglé par la convention est le formalisme que doit suivre le « patron » pour conclure les marchés nécessaires pour la construction de l'ensemble immobilier (notamment les marchés de maîtrise d'œuvre et de travaux) ; sujet qui n'a pas toujours fait l'unanimité.

Une réponse ministérielle rendue sous l'empire des anciennes dispositions de la loi MOP recommandait, dans une situation de « co-maîtrise d'ouvrage publique », de suivre le régime de passation le plus formaliste^[13] ; recommandation qui est apparemment toujours partagée par quelques auteurs^[14].

[12] CCP, art. L. 2422-5 à L. 2422-11.

[13] Rép. min. n° 1299, *JO Sénat*, 2 août 2012, p. 1762.

[14] A. Galland, « Organisation de la maîtrise d'ouvrage publique et professions périphériques », *JurisClasseur, Contrats et Marchés publics*, Fascicule 74, 5 août 2020.

Mais la position heurte quelque peu. En effet, dans la mesure où l'esprit du dispositif est de confier à l'un des deux maîtres d'ouvrage la charge d'assurer la maîtrise d'ouvrage pour le tout, et ce sans que le Code de la commande publique n'impose de contraintes relatives au choix du pilote de l'opération, il paraît logique de suivre les règles qui sont applicables à celui des deux qui aura été (librement) choisi par les parties. Et ce sentiment est apparemment partagé par d'autres^[15].

C'est vrai des règles de passation des marchés à proprement parler. Mais c'est vrai aussi – et surtout – des organes qui interviennent dans les décisions à prendre au titre de la procédure de passation des marchés : dans la mesure où le Code de la commande publique n'a pas organisé de commission d'appel d'offres commune ou autre entité spécifique qui serait chargée de choisir les titulaires des marchés au nom et pour le compte des deux maîtres d'ouvrage, il nous semble logique de considérer que le pouvoir de choisir les prestataires appartient à l'organe compétent du maître d'ouvrage unique^[16].

Sinon, il est à nouveau un risque que le dispositif ne puisse être utilement envisagé : cela reviendrait finalement à considérer que le maître d'ouvrage soumis aux formalités les plus strictes devrait nécessairement être le pilote de l'opération, puisque l'autre maître d'ouvrage ne pourrait sinon l'être que s'il devait mettre lui-même en œuvre les mêmes formalités qui sont applicables à son cocontractant.

Ce n'est toutefois pas dire que le maître d'ouvrage qui n'assure pas la maîtrise d'ouvrage n'aura nullement son mot à dire : la convention peut naturellement prévoir de l'associer d'une manière ou d'une autre au processus de décision. Un auteur suggère, par exemple, de désigner comme « personnalités compétentes »^[17], les représentants du maître d'ouvrage qui a transféré ses attributions, s'ils souhaitent tout de même assister au processus de sélection des intervenants.

Le sujet du défraiement du maître d'ouvrage unique

Un autre sujet, davantage structurant encore, est celui de l'argent. Il y a en effet tout lieu de penser que la convention ne devrait pas prévoir de rémunération au profit du maître d'ouvrage unique.

Si l'article L. 2422-12 du Code de la commande publique est silencieux sur le sujet, ce n'est toutefois pas le cas des nouveaux articles L. 115-2 et L. 115-3 du Code de la

voirie routière qui prévoient en effet clairement que « la maîtrise d'ouvrage est exercée à titre gratuit ». Et (seul) l'article L. 115-2 ajoute qu'« elle peut toutefois donner lieu à une indemnisation ».

La précision est bienvenue, parce que le sujet n'est pas abordé par l'article L. 2422-12 du Code de la commande publique.

Elle n'est toutefois guère surprenante.

En effet, il est entendu que si une convention organisant un transfert de maîtrise d'ouvrage devait renfermer une rémunération du « patron », il y aurait alors un risque qu'elle puisse être requalifiée en contrat de la commande publique, et plus précisément comme un marché de service.

Il est vrai que l'esprit même de la convention s'oppose à une telle requalification, dès lors qu'elle n'a pas d'autre objet que d'organiser les attributions et responsabilités de chacun et de mettre en œuvre un dispositif prévu par le Code de la commande publique. Et c'est du reste ce qu'a jugé la cour administrative d'appel de Paris, en considérant que « la conclusion d'une convention d'organisation de la maîtrise d'ouvrage entre deux maîtres d'ouvrage publics (...) ne constitue pas un marché de services impliquant une procédure de mise en concurrence »^[18].

Mais il n'est toutefois pas possible d'écarter avec certitude ce risque si la convention ne devait pas être conclue à titre gratuit. En effet, si la convention devait avoir (aussi) pour objet de « rémunérer » le maître d'ouvrage unique, et ce précisément en contrepartie de la charge qui lui est ainsi dévolue, il faudrait peut-être considérer que la convention comporte une part de commande publique : la convention aura (aussi) pour objet de confier au maître d'ouvrage unique la charge de satisfaire le besoin de l'autre maître d'ouvrage (prendre les mesures et les actes nécessaires à la conduite de la maîtrise d'ouvrage) et ce contre une rémunération, si bien que cet objet de la convention correspondra à un marché de service.

Bien qu'incertain, le sujet semble pouvoir être écarté sereinement si la seule « rémunération » prévue par la convention correspond au remboursement des frais engagés par le maître d'ouvrage unique (frais de personnels ou de conseils extérieurs notamment) : il ne faudra sans doute alors pas y voir un caractère onéreux au sens du droit de la commande publique, c'est-à-dire un prix, mais bien seulement un défraiement, si bien qu'il faudrait exclure toute idée de marché de service^[19].

Et c'est peut-être bien en ce sens que l'article L. 115-2 du Code de la voirie routière précité permet le versement d'une « indemnisation », qui ne remet pas en cause le principe selon lequel le transfert est réalisé à titre gratuit.

[15] G. Eckert, J. Diethoeffer, F. Linditch, J. Martin, E. Muller, P. Rees et W. Zimmer, *Code commenté de la commande publique*, Lexis Nexis, commentaire sous article L. 2422-12.

[16] Voir dans le même sens : B. Wertenschlag, « Office public de l'habitat », *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fascicule 189-40, 30 septembre 2019.

[17] N. Raïsky, « Fonctionnement des commissions d'appel d'offres des collectivités territoriales, des établissements publics locaux et des groupements de commande », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fascicule 61-12, 27 août 2021.

[18] CAA Paris 30 décembre 2016, Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal, req. n° 14PA00258.

[19] J.-V. Maublanc, « Maîtrise d'ouvrage publique et commande publique », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, mai 2020, dossier 6.

En pratique, il faut toutefois souligner que l'exercice demeure compliqué, tant il est difficile sur une opération d'identifier précisément, pour les extraire, les seuls coûts attachés à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage à proprement parler.

Partant, pour neutraliser, sinon limiter du mieux possible tout risque, il est sans doute préférable que le défraiement ne soit pas présenté sous la forme d'un pourcentage de l'opération, qui serait fixé au prorata de l'investissement assumé par chacun des maîtres d'ouvrage. Il serait plus opportun que la convention indique que le montant définitif du défraiement du maître d'ouvrage unique ne sera arrêté qu'à la fin de l'opération, et ce en considération de la réalité des charges qu'il aura effectivement supportées^[20].

Pour conclure, le transfert de maîtrise d'ouvrage est un dispositif dont les conditions générales permettent

d'imaginer des configurations multiples : office HLM qui porterait la maîtrise d'ouvrage d'un ensemble immobilier au sein duquel serait intégrée une crèche communale, rénovation d'un équipement sportif intéressant plusieurs collectivités^[21], construction d'un immeuble de logements étudiants entre plusieurs établissements publics... Et une fois ses conditions préalables vérifiées, sa mise en œuvre offre une certaine souplesse, puisque la liberté contractuelle prime. Mais une interrogation demeure : le cadre général de l'article L. 2422-12 du Code de la commande publique est-il pleinement suffisant pour les personnes publiques, qui disposent par ailleurs d'autres voies pour réaliser certaines opérations conjointes, ou faut-il attendre d'autres précisions, qu'elles soient législatives ou jurisprudentielles, pour y recourir plus sereinement ? L'avenir le dira, même si le dispositif semble en pratique déjà plus mûr et mieux encadré qu'il y a quelques années.

[20] L. Janicot, « L'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique par les personnes publiques », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, mai 2020.

[21] Y. Delaire et B. Achard, « Quelle mutualisation pour les équipements sportifs ? », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 205, janvier 2020.