Les dispositions issues de la loi MOP doivent-elles évoluer ?

Quarante ans après son adoption, la loi MOP voit ses dispositions questionnées quant à leur adaptation aux défis actuels de la commande publique. Une révision semble nécessaire pour clarifier son champ d'application et assouplir le recours au mandat et au transfert de maîtrise d'ouvrage, des outils devenus essentiels pour la réalisation de certaines opérations.

Après les lois de décentralisation qui ont conduit à transférer aux collectivités territoriales de nombreuses compétences et la maîtrise des ouvrages nécessaires à l'exercice de ces dernières, le législateur a entendu, par la loi MOP⁽¹⁾ renforcer les responsabilités des maîtres d'ouvrage publics. Cet encadrement était nécessaire afin d'éviter toute dépossession de leurs prérogatives par le recours à des délégations de maîtrise d'ouvrage mal contrôlées, et de préciser, au regard de la baisse constatée de la qualité architecturale des constructions publiques, leurs rapports avec la maîtrise d'œuvre, en définissant notamment une mission de base garantissant la continuité des études de conception jusqu'à la dévolution des marchés de travaux.

En raison de la montée en puissance de la commande publique, la fonction d'intérêt général du maître d'ouvrage public issue des dispositions de la loi MOP doit plus que jamais être préservée au regard du risque qu'emporte une approche trop consumériste – résultant de son rôle d'acheteur public⁽²⁾ – qui peut s'avérer préjudiciable pour la qualité architecturale du bâti et la préservation de l'intérêt public attaché aux constructions. Ceci est d'autant plus vrai au regard de la difficulté pour les maîtres d'ouvrage publics de mobiliser les capacités techniques et humaines qui leur permettent de concevoir et de réaliser leurs travaux dans un environnement à la complexité accrue et, en conséquence, du

Auteur

Yann-Gaël Nicolas
Avocat à la Cour
Seban et Associés

(1) Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985.

(2) Sans préjudice des règles de la commande publique qui concourent à des objectifs communs à ceux de la maîtrise d'ouvrage publique, telles que l'obligation pour l'acheteur de définir son besoin (CCP, art. L. 2111-1 et L. 3111-1), à la seule différence qu'une telle obligation est d'abord formulée afin de garantir l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure, et non la qualité des constructions.

risque d'une multiplication des pratiques de délégation déresponsabilisant ces derniers – dont le recours croissant à la vente en état futur d'achèvement (VEFA) est un symptôme.

De même, si la notion de maîtrise d'œuvre privée paraît aujourd'hui anachronique dès lors que la maîtrise d'œuvre publique a été drastiquement réduite avec l'assimilation des contrats de maîtrise d'œuvre conclus entre personnes publiques à des contrats d'entreprises⁽³⁾ dont la passation est soumise au Code de la commande publique⁽⁴⁾, puis du désengagement de l'État en la matière⁽⁵⁾, les dispositions issues de la loi MOP n'en demeurent pas moins pertinentes afin de garantir l'indépendance et l'étendue des attributions du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur, ainsi que la responsabilisation de la maîtrise d'œuvre.

Ceci rappelé, la mise en œuvre opérationnelle des dispositions issues de la loi MOP, aujourd'hui codifiées au Livre IV de la Deuxième Partie du Code de la commande publique, présente une complexité en lien avec leur manque de clarté mais aussi avec l'apparition de nouveaux besoins des maîtres d'ouvrage, telle que la mutualisation de leurs achats.

L'objet de la présente étude est ainsi de présenter les principales évolutions souhaitables des dispositions de la loi MOP d'une part, au regard de son champ d'application et, d'autre part, au regard des deux modes d'organisation de la maîtrise d'ouvrage les plus fréquents, à savoir le mandat de maîtrise d'ouvrage et le transfert de maîtrise d'ouvrage, ces deux modalités d'intervention s'avérant particulièrement utiles pour réaliser certaines opérations.

La nécessaire clarification du champ d'application de la loi MOP

Un champ d'application à préciser

Pour rappel, le champ d'application de la loi MOP – aujourd'hui codifiée au Livre IV de la Deuxième Partie du Code de la commande publique – s'étend aux maîtres d'ouvrage listés à l'article L. 2411-1 du Code de la commande publique entendus comme les « responsables principaux de l'ouvrage » et à leurs « opérations de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage défini à l'article L. 1111-2 et faisant l'objet d'un

marché public ainsi que sur les équipements industriels destinés à l'exploitation de ces ouvrages ».

Par suite, l'article L. 2411-2 du Code de la commande publique définit les ouvrages qui ne sont pas soumis, par dérogation, à ces dispositions, en faisant référence aux « ouvrages de bâtiment » et/ou aux « ouvrages d'infrastructure » destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation⁽⁶⁾, ou réalisés dans le cadre de certaines opérations (ZAC, lotissement, opération d'intérêt national, grande opération d'urbanisme, restauration effectuées sur des immeubles classés). Il en va de même des ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation⁽⁷⁾ et les sociétés d'économie mixte par un contrat de vente d'immeuble (vente à terme ou en l'état futur d'achèvement).

Au regard de ce champ d'application, deux clarifications semblent nécessaires.

D'une part, en retenant que le maître d'ouvrage est le responsable principal de l'ouvrage, ces dispositions définissent la catégorie juridique de maître d'ouvrage au regard des conséquences juridiques attachées à ce statut, ce qui rend complexe l'identification du maître d'ouvrage dans certaines situations. À l'inverse, la jurisprudence a dégagé deux critères de définition de la maîtrise d'ouvrage publique, à savoir la direction technique des travaux et la propriété de l'ouvrage à l'achèvement de l'ouvrage, qui semblent alternatifs⁽⁸⁾.

L'énonciation d'une définition de cette notion de maître d'ouvrage public pourrait être bienvenue afin de clarifier des situations dans lesquelles le maître d'ouvrage n'est pas l'utilisateur final ou le propriétaire, par exemple lorsqu'une collectivité ou un groupement de collectivités souhaite réaliser des travaux relevant de l'exercice de ses compétences au droit d'un ouvrage appartenant pourtant à une société privée.

D'autre part, les autres notions relatives au champ d'application demeurent également insuffisamment définies.

(6) À ce titre, l'article R. 2412-1 du CCP vise précisément ces activités.

(7) Autrement dit, les offices publics de l'habitat, les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré, les sociétés anonymes coopératives de production, les sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré, les fondations d'habitations à loyer modéré, les sociétés de coordination mentionnées à l'article L. 423-1-2 du CCH et les sociétés de vente d'habitations à loyer modéré.

(8) Dès lors, le maître d'ouvrage peut ne pas être propriétaire de la construction dès lors qu'il exerce la direction technique des travaux : ceci arrive tout particulièrement dans le cas des travaux réalisés par l'État sur des immeubles classés appartenant à des personnes privées ou publiques autres que l'État, auquel cas ce dernier est maître de l'ouvrage sans pour autant en être propriétaire (CAA Douai 15 juillet 2021, req. n° 20DA01543 ; CAA Marseille 26 juin 2006, req. n° 03MA01683 ; CAA Lyon 21 décembre 2017, req. n° 15LY02182 ; CAA Bordeaux 9 mai 2018, req. n° 16BX00321 ; TA Limoges 3 mars 2011, req. n° 1100060).

(3) CE 2 octobre 1968, req. n° 69231 et 69400 ; CE 14 mars 1997, req. n° 132560 ; CE Sect. 12 mai 2004, req. n° 192595 ; CE 13 février 2012, n° 330122.

(4) Article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les personnes publiques.

(5) Circulaire du 16 avril 2008 (NOR : DEVK0809162C) sur les mesures du conseil de modernisation des politiques publiques relatives à l'ingénierie publique concurrentielle, conjointe du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, et du ministère de l'agriculture et de la pêche.

Par exemple, la notion de réhabilitation n'est pas précisée sinon par la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP)^[9]. De même, s'agissant de la notion d'ouvrage, il est renvoyé à l'article L. 1111-2 du Code de la commande publique qui énonce seulement qu'un ouvrage « est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ». Enfin, les notions d'« ouvrages de bâtiment » et d'« ouvrages d'infrastructure », n'ont pas été fixées par voie réglementaire^[10], de sorte qu'il est seulement possible que de se référer, soit à la jurisprudence^[11], soit aux guides de la MIQCP.

À titre d'exemple encore, si on se réfère au « Guide pour l'aménagement et l'entretien des espaces verts », rédigé par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie – bien que daté –, les dispositions de la loi MOP s'appliquent en totalité pour la réalisation d'espaces verts qui sont classés dans la catégorie des ouvrages d'« infrastructure »^[12].

Or, une définition précise de ces notions permettra non seulement de sécuriser les maîtres d'ouvrage mais également d'éviter un contournement des dispositions de la loi MOP.

Enfin, alors que le recours au mandat et au transfert de maîtrise d'ouvrage peuvent présenter pour les maîtres d'ouvrage des avantages opérationnels, il pourrait être opportun de clairement énoncer qu'une soumission volontaire aux dispositions de la loi MOP est possible, y compris si les ouvrages n'en relèvent pas, ce qui a d'ores et déjà reconnu une partie de la doctrine et la jurisprudence (en matière de mandat mais non de transfert)^[13], mais qui peut encore être contesté^[14].

Une nouvelle dérogation en lien avec le régime de la quasi-régie

En l'état, par application de l'article L. 2500-2 du Code de la commande publique, les marchés publics mentionnés au livre V dudit code – notamment relatifs aux situations de quasi-régie dans lesquelles le pouvoir adjudicateur, maître d'ouvrage, exerce sur une personne morale (par exemple une SPL ou un EPCI) un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services – conclus par un acheteur relevant des dispositions issues de la

loi MOP et ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage relevant de ces dernières, y sont soumis.

S'il convient de veiller à empêcher les maîtres d'ouvrage de s'affranchir davantage des dispositions issues de la loi MOP afin de garantir la qualité des constructions publiques, il est également nécessaire de prendre en compte la complexité de ces règles dans un contexte de restrictions budgétaires obérant leurs capacités techniques et humaines. Aussi, les maîtres d'ouvrage pourraient être autorisés à déroger à ces dispositions, notamment à l'article L. 2431-1 du Code de la commande publique – qui imposent que la mission de maîtrise d'œuvre soit distincte de celle confiée aux opérateurs économiques chargés des travaux – afin qu'ils puissent conclure des marchés globaux avec l'entité contrôlée dans le cadre d'une relation de quasi-régie, pour autant que cette dernière, si elle n'exécute pas ces marchés en propre, soit à son tour soumise auxdites dispositions^[15].

Les nécessaires assouplissements du recours au mandat de maîtrise d'ouvrage

Une mutualisation des achats à faciliter

Les maîtres d'ouvrage publics, soumis depuis de nombreuses années à des contraintes budgétaires fortes qui ne leur permettent pas de faire face aux investissements à avancer et de mobiliser l'ingénierie pour concevoir et de réaliser des opérations de construction neuve ou de réhabilitation, notamment de rénovation énergétique, font de part de leur souhait de mutualiser leurs opérations au niveau des structures de coopération intercommunale – tels que les EPCI et les syndicats mixtes fermés et ouverts.

À ce titre, une structure de coopération intercommunale peut être, à travers un groupement de commande dont elle est coordonnateur ou en se constituant en centrale d'achat, le mandataire de ses membres – par exception, sans procédure préalable de publicité et de mise en concurrence en raison de leur situation de quasi-régie^[16] – afin de réaliser au nom et pour le compte de chacun d'entre eux des missions de maîtrise d'ouvrage publique relatives à des opérations de réhabilitation sur leurs bâtiments publics.

Néanmoins, il est en l'état difficile d'assurer la compatibilité de ce montage avec les règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique dès lors qu'un acheteur

[9] « Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations des maîtres d'œuvre privés », juin 1994 actualisé en octobre 2019, p. 42.

[10] À l'exception du 1° de l'article L. 2412-2 du CCP.

[11] Par exemple : CAA Douai 15 avril 2014, req. n° 13DA00726.

[12] DAJ, « Guide pour l'aménagement et l'entretien des espaces verts », 2000, p. 3.

[13] CE 8 avril 1998, req. n° 167372 ; R. Rouquette, « Le cas particulier de la co-maîtrise d'ouvrage », *Contrats Publics* n° 149, décembre 2014 ; C. Grange, « Les personnes soumises à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique », *Contrats Publics* n° 87, avril 2019.

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

[15] D'autant que ne sont pas énumérées au titre II du livre II de la deuxième partie du CCP parmi les règles applicables à ces marchés publics passés dans une situation de quasi-régie, celles relatives à l'allotissement (CCP, art. L. 2113-10).

[16] CE 5 mars 2003, UNSPIC, req. n° 233372 ; DGCL, « Guide de coopération à l'usage des collectivités locales et de leurs groupements », juillet 2019, p. 15 ; CJCE 13 novembre 2008, Coditel-Brabant, aff. C-324/07, comm 32.

public soumis aux dispositions du Code de la commande publique relatives à la maîtrise d'ouvrage publique doit exercer les attributions listées à l'article L. 2421-1 du Code dont il ne peut pas se démettre – et dont il n'a notamment pas le droit de se départir en les « déléguant » au coordonnateur d'un groupement de commande ou à une centrale d'achat.

À ce titre, parmi les différentes attributions confiées aux maîtres d'ouvrage publics, le Code de la commande publique impose notamment à ces derniers de définir eux-mêmes le programme de l'opération à réaliser.

De même, « la conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération » relève du maître d'ouvrage public. Autrement dit, le Code de la commande publique implique – comme la loi MOP auparavant – que le maître d'ouvrage public désigne ou à tout le moins approuve le choix des titulaires des marchés publics⁽¹⁷⁾.

Ainsi, selon la Direction des affaires juridiques, les obligations de chaque maître d'ouvrage, même coordonnées, restent séparées⁽¹⁸⁾, de sorte que plusieurs réponses ministérielles ont précisé que le recours au groupement de commandes (ou à la centrale d'achat) peut donc s'avérer complexe et inadapté à la réalisation d'une opération unique⁽¹⁹⁾.

Dans la mesure où il est nécessaire de rendre compatible la convention de groupement de commandes ou de centrale d'achat avec les dispositions sur la maîtrise d'ouvrage publique en y incluant⁽²⁰⁾ un mandat de maîtrise d'ouvrage, un cadre législatif et réglementaire pourrait permettre de sécuriser – tant en passation qu'en exécution des marchés – ces mutualisations techniques, notamment face à l'enjeu de la rénovation énergétique des bâtiments publics.

De nouveau, il conviendrait de circonscrire ce régime de délégation de la maîtrise d'ouvrage publique à un coordonnateur de groupement de commandes ou à une centrale d'achat dans l'hypothèse susmentionnée relative à la situation de quasi-régie existante entre des collectivités et leurs structures de coopération intercommunale.

Dans le cadre d'un tel régime, il pourrait être également envisager qu'une mutualisation financière double la mutualisation technique, ce qui permettrait à la structure de coopération intercommunale mandataire de contracter un emprunt pour le compte de ses mandants

qui rembourseraient par la suite cette avance⁽²¹⁾ (par exemple, en application du modèle de l'intracring mutualisé), étant rappelé qu'il serait alors nécessaire de tempérer l'article L. 2422-7 du Code de la commande publique que la doctrine interprète comme interdisant qu'un mandat charge le mandataire de rechercher des financements⁽²²⁾.

L'objet du mandat à élargir

S'il résulte des dispositions de l'article L. 2422-6 du Code de la commande publique que les prestations pouvant être confiées au titre du mandat ne sont pas indissociables par nature, ce que souligne le recours à l'expression « tout ou partie », il convient de rappeler qu'en l'état, le mandat ne peut intervenir qu'après l'élaboration du programme.

Or, au regard des difficultés des maîtres d'ouvrage publics à mobiliser leurs services pour préparer et suivre les procédures de publicité et de mise en concurrence, il pourrait être envisagé d'étendre, dans le cadre de situations de quasi-régie susmentionnées, les missions du mandataire à la « préparation, la passation, la signature, après approbation du choix de l'attributaire, des marchés publics » relatifs aux études de programmation – à l'instar du périmètre des conducteurs d'opération.

Les nécessaires précisions relatives au transfert de maîtrise d'ouvrage

Sur l'assouplissement de l'identité des co-maîtres d'ouvrage

L'article L. 2422-12 du CCP pose deux conditions afin qu'un transfert de maîtrise d'ouvrage puisse être mis en œuvre : les acheteurs doivent disposer de la qualité de maître d'ouvrage au sens de l'article L. 2411-1 du CCP et la réalisation des ouvrages concernées doit relever simultanément de leurs compétences.

Et il faut souligner que c'est une ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 qui est venue modifier l'article L. 2422-12 précité en ajoutant que la co-maîtrise d'ouvrage concerne les maîtres d'ouvrage « mentionnés à l'article L. 2411-1 du Code de la commande publique ».

(17) CE 17 février 1993, req. n° 80515 ; CAA Lyon 27 juin 2002, req. n° 02LY00046.

(18) DAJ, Fiche « La mutualisation des achats », 1^{er} avril 2019, p. 7 ; Réponse de la DAJ du 29 mars 2013 : https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/questions-reponses/preparation-procedure/qr-2-5-gpt-commande.pdf

(19) Rép. min. à QE n° 91141, JOAN 29 mars 2011, p. 3116 ; Rép. min. à QE n° 17255, JO Sénat 14 juillet 2005, p. 1899.

(20) En respectant alors les règles relatives au contenu du contrat de mandat, aux obligations et à la responsabilité du mandataire énoncées aux articles L. 2422-7 à L. 2422-11 du CCP.

(21) En dehors des intérêts afin de ne pas méconnaître le monopole bancaire (Circulaire du 2 avril 2002, NOR : INT/B/02/00089/C relative aux prêts et avances entre collectivités locales ; CE 30 novembre 1994, Préfet de la Meuse, req. n° 145198).

(22) Rép. min. à QE n° 1959, JOAN 14 décembre 2004, p. 10037 ; similairement : « Conditions de validité et de résiliation d'une convention de délégation de maîtrise d'ouvrage publique », *Contrats et Marchés publics* n° 6, juin 2005, comm. 154 ; F. Llorens, sur l'arrêt : CAA Nancy 27 janvier 2005, commune d'Amnéville, req. n° 98NC02300.

Ce faisant, l'ordonnance est venue confirmer le sentiment qui se dégagait de la doctrine à ce sujet^[23], à savoir que le dispositif ne peut être envisagé qu'entre les personnes soumises aux dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique.

Pareillement, en droit privé, aucune technique juridique n'autorise un transfert de la maîtrise d'ouvrage, de sorte qu'il convient d'exclure le transfert par une personne privée de sa maîtrise d'ouvrage à un maître d'ouvrage public relevant des dispositions des articles L. 2422-1 et suivants du Code de la commande publique.

Cette limitation du champ des personnes autorisées à recourir à un transfert de maîtrise d'ouvrage peut toutefois freiner des opérations de construction ou de réhabilitation d'un ouvrage, notamment en matière de logement social^[24].

S'il ne s'agit naturellement pas d'autoriser des transferts de maîtrise d'ouvrage d'un maître d'ouvrage public vers toute personne morale de droit privé (par exemple, vers un promoteur), il pourrait être opportun d'ouvrir la possibilité du transfert de cette maîtrise d'ouvrage vers un office public de l'habitat ou un organisme de logement social – dont des maîtres d'ouvrage publics devraient détenir directement plus de 50 % du capital^[25] – et qui n'aurait pas la qualité de maître d'ouvrage public dès lors que les logements ne seraient pas à usage locatif aidés par l'État.

Sur le périmètre des attributions transférables au maître d'ouvrage unique

Pour rappel, l'article L. 2422-6 du Code de la commande publique précise les attributions que le maître d'ouvrage peut déléguer parmi les attributions mentionnées à l'article L. 2421-1 du Code.

À l'inverse du mandat, aucune règle ne vient clairement encadrer la liberté contractuelle des parties de la convention de co-maîtrise d'ouvrage en ce qui concerne la définition du périmètre des attributions transférées au maître d'ouvrage unique.

En effet, la doctrine administrative a réaffirmé à de nombreuses reprises qu'un transfert de maîtrise d'ouvrage emportait le transfert de la compétence de maîtrise

d'ouvrage et que les attributions sont définies librement par les parties, dans une convention qui les lie^[26].

C'est de manière parfaitement logique que la DAJ a également pu distinguer le mandat du transfert de maîtrise d'ouvrage en ce que le second permet, à la différence du premier, au maître d'ouvrage unique d'exercer les compétences relevant du maître d'ouvrage initial^[27].

Toutefois, une réponse ministérielle a pu remettre en question cette interprétation en retenant que « les missions conférées par les maîtres d'ouvrage restent dans les limites définies par l'article 3 de la loi MOP [devenu l'article L.2422-6 du CCP] pour organiser le transfert de maîtrise d'ouvrage, et donc de ne pas confier au maître d'ouvrage chargé de l'opération des pouvoirs plus étendus que ceux attribués d'ordinaire au titulaire d'un mandat de maîtrise d'ouvrage déléguée »^[28].

Si cette interprétation demeure isolée et, selon notre expérience, non suivie par le contrôle de légalité, elle est problématique dès lors qu'elle revient à considérer que les pouvoirs du maître d'ouvrage bénéficiant du transfert seraient en réalité les mêmes que ceux susceptibles d'être confiés à un mandataire de maîtrise d'ouvrage, ce qui est peu conforme avec l'esprit de l'ordonnance du 17 juin 2004 qui a consacré le transfert de maîtrise d'ouvrage en s'abstenant de préciser les attributions du maître d'ouvrage unique dans le cadre d'un transfert – à l'inverse d'un mandat.

De même, au principe de liberté contractuelle dans la définition des attributions transférables au maître d'ouvrage unique, la doctrine relève néanmoins qu'il pourrait exister une exception s'agissant des études de pré-programmation^[29] qui conduisent le maître d'ouvrage à décider de réaliser l'opération^[30].

Au regard des incertitudes relatives à la nature des attributions transférables à un maître d'ouvrage unique, il conviendrait de les définir précisément, à l'instar des dispositions de l'article L. 2422-6 du Code de la commande publique, soit en établissant une liste et en précisant que le transfert peut porter sur tout ou partie des attributions énumérées, soit – et cela serait préférable – en rappelant la liberté contractuelle des co-maîtres d'ouvrage tout en excluant les études de pré-programmation.

[23] D. Chabanol et F. Bourrachot, « La co-maîtrise d'ouvrage publique », *Contrats Publics* n° 87, avril 2009, p. 43 ; A. Galland, « Maîtrise d'ouvrage publique – Champ d'application de la loi MOP et missions du maître d'ouvrage public », *Jurisclasseur Contrats et Marchés publics*, Fasc. 72, 30 juin 2014 ; R. Rouquette, « Principes fondamentaux de la maîtrise d'ouvrage publique », *Droit des marchés publics*, fasc. IV.320, janvier 2020 ; MIQCP, Fiche médiation n° 15 « Opérations à maîtrise d'ouvrage multiples », septembre 2006.

[24] Par exemple, la réalisation d'un immeuble de logements en accession – relevant de la maîtrise d'ouvrage d'un organisme d'Hlm – et d'un équipement sportif – relevant de la maîtrise d'ouvrage d'une ville – reliés par un parking souterrain commun aux deux ouvrages.

[25] Par exemple, une SA HLM ou une SEM de logement social.

[26] Rép. min. sur QE n° 17255, *JO Sénat* 14 juillet 2005, p. 1899 ; Rép. min. à QE n° 95922, *JOAN* 22 mars 2011, p. 2827 ; similairement dans la doctrine : D. Chabanol, « La co-maîtrise d'ouvrage publique », *Contrats Publics*, n° 87, avril 2009.

[27] Réponse de la DAJ du 29 mars 2013 : https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/questions-reponses/preparation-procedure/qr-2-5-gpt-commande.pdf

[28] Rép. min à QE n° 41109, *JOAN* 20 septembre 2016, p. 8415.

[29] Décrites au sein du guide « Maîtrise d'ouvrage et maître d'œuvre en ouvrages d'arts » de la MIQCP, janvier 2005.

[30] A. Galland et J. Bernard, « Maîtrise d'ouvrage publique – Champ d'application de la maîtrise d'ouvrage publique et missions du maître d'ouvrage public », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 72 ; R. Rouquette, « Le cas particulier de la co-maîtrise d'ouvrage », *Contrats Publics*, n° 149, décembre 2014.

Sur l'absence de soumission à une procédure de mise en concurrence

En préambule, il convient de rappeler que la jurisprudence opère une distinction entre le mandat de maîtrise d'ouvrage qui est qualifié de marché de services^[31], dont la conclusion doit être précédée d'une procédure de publicité et mise en concurrence, et les conventions de transfert de maîtrise d'ouvrage qui ne sont pas soumises à une telle procédure^[32].

Toutefois, si une convention organisant un transfert de maîtrise d'ouvrage renferme une rémunération du maître d'ouvrage unique, il y aurait alors un risque qu'elle puisse être requalifiée en contrat de la commande publique, et plus précisément comme un marché^[33].

En l'état, il est ainsi préférable que le maître d'ouvrage unique engage les sommes nécessaires à la réalisation de l'opération puis se fasse ensuite exclusivement rembourser les frais ainsi engagés au titre de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage^[34], ce qui peut s'avérer difficile dès lors qu'il est délicat de calculer le prorata de l'investissement de chacun des maîtres d'ouvrage ainsi que d'isoler les coûts attachés au seul exercice de la maîtrise d'ouvrage.

Par conséquent, à défaut d'énoncer que les conventions de transfert de maîtrise d'ouvrage peuvent être conclues de gré à gré (y compris si elles incluent une rémunération), ce qui pourrait à terme être censuré par la Cour de justice de l'Union européenne, il conviendrait d'élaborer un cadre réglementaire qui pourrait indiquer aux maîtres d'ouvrage les modalités de remboursement du maître d'ouvrage unique dans le respect de la gratuité de son intervention.

Enfin, si le maître d'ouvrage unique doit, pour conclure les marchés nécessaires à l'opération, suivre le régime de passation le plus formaliste entre les deux maîtres d'ouvrage^[35], il conviendrait de le préciser dans le Code de la commande publique afin d'organiser un cadre minimal de passation (procédure applicable, commission d'appel d'offres compétente et sa composition) que la convention pourra ensuite enrichir.

[31] CJCE 20 octobre 2005, Commission c/ France, aff. C-264/03 ; CE 5 mars 2003, req. n° 233372.

[32] CAA Paris 30 décembre 2016, req. n° 14PA00258 ; CAA Nantes 25 avril 2014, req. n° 12NT02768.

[33] G. Collin, « Mise en œuvre d'un transfert de maîtrise d'ouvrage publique : rien de nouveau sous le soleil ? », *Contrats Publics* n° 242, mai 2023.

[34] G. Collin, « Mise en œuvre d'un transfert de maîtrise d'ouvrage publique : rien de nouveau sous le soleil ? », *Contrats Publics* n° 242, mai 2023.

[35] Rép. min. à QE n° 1299, *JO Sénat*, 2 août 2012, p. 1762 ; G. Collin, « Mise en œuvre d'un transfert de maîtrise d'ouvrage publique : rien de nouveau sous le soleil ? », *Contrats Publics* n° 242, mai 2023.

Sur la clarification des responsabilités

En l'absence de tout cadre d'exécution des conventions de transfert de maîtrise d'ouvrage, de nombreuses incertitudes pèsent sur les maîtres d'ouvrage.

En premier lieu, il conviendrait de préciser les règles permettant un contrôle de la bonne exécution de la convention et des sanctions associées (autre que la résiliation) – par exemple dans l'hypothèse d'une défaillance du maître d'ouvrage unique ou de l'absence de remboursement de ce dernier – étant précisé que le suivi et la sanction des inexécutions contractuelles du maître d'ouvrage unique peuvent apparaître contradictoires avec le transfert de maîtrise d'ouvrage qui s'apparente à un transfert temporaire de leur propre « compétence » de maître d'ouvrage.

En tout état de cause, la possibilité d'une exécution aux frais et risques du maître d'ouvrage unique semble devoir être exclue. En effet, la substitution du maître d'ouvrage unique par un tiers qui ne serait pas maître d'ouvrage contreviendrait aux dispositions issues de la loi MOP puisque le tiers serait chargé d'assurer la maîtrise d'ouvrage en lieu et place du maître d'ouvrage compétent sans en avoir la qualité. De même, le tiers auquel serait confiée la régularisation de la situation serait vraisemblablement une personne morale de droit privé qui ne disposerait naturellement pas de la qualité de maître d'ouvrage public au sens de l'article L. 2411-1 du Code de la commande publique.

En second lieu, le régime de responsabilité applicable en matière de transfert de maîtrise d'ouvrage n'est pas explicité au sein du Code de la commande publique.

À ce titre, la doctrine souligne l'incertitude sur la capacité du maître d'ouvrage initial d'engager la responsabilité des entreprises de maîtrise d'œuvre et de travaux en l'absence de précision dans la convention de transfert et dans les marchés de travaux subséquents^[36].

En effet, dès lors qu'il a transféré sa maîtrise d'ouvrage et compte tenu de l'effet relatif des contrats, il pourrait être soutenu que seul le maître d'ouvrage unique serait alors en capacité d'engager la responsabilité contractuelle des entreprises de maîtrise d'œuvre et de travaux^[37].

Cette responsabilité du maître d'ouvrage unique envers les tiers a d'ailleurs été retenue par le juge administratif^[38].

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

[37] R. Rouquette, « Le cas particulier de la co-maîtrise d'ouvrage », *Contrats Publics*, n° 149, décembre 2014 ; L. Janicot, « L'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique par les personnes publiques », *Contrats marchés publics* n° 5, mai 2020.

[38] CAA Lyon 23 juin 2016, req. n° 14LY01572 ; CAA Bordeaux 24 novembre 2015, req. n° 13BX01876.

À l'inverse, le juge semble également écarter la responsabilité du maître d'ouvrage initial à la suite de la signature d'une convention de co-maîtrise d'ouvrage⁽³⁹⁾.

Toutefois, dès lors que l'état du droit n'est pas clairement stabilisé sur cette question de répartition des responsabilités, la définition d'un régime semble un

impératif afin de garantir l'entière sécurité juridique des maîtres d'ouvrage.

En définitive, alors que les dispositions issues de la loi MOP sont appliquées depuis quarante ans, leur évolution est souhaitable afin de supprimer les incertitudes subsistantes et, par voie de conséquence, de mieux sécuriser les opérations des maîtres d'ouvrage publics.

[39] TA Strasbourg 28 février 2023, req. n° 2007966.