

**L'EXTERNALISATION DE LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE DANS
LE CADRE D'UNE OPERATION DE CONSTRUCTION**

Mémoire réalisé par : Abdel-Aziz CHABY

Master 2 Droit des contrats Publics

Sous la direction de : Monsieur Alexandre BONDUELLE

Monsieur Mohamed AITICHE

Année universitaire 2014/2015

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur Alexandre BONDUELLE, Directeur de ce mémoire, pour ses conseils, sa disponibilité et pour l'attention avec laquelle il a guidé mes recherches.

Je remercie également Monsieur AITICHE Mohamed pour la codirection de ce mémoire et pour les conseils apportés lors de sa rédaction.

Je tiens à remercier également le corps enseignant de la Faculté de droit, d'économie et de gestion de l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis ainsi que tous les praticiens intervenus dans le cadre de ce Master, pour la qualité de leurs enseignements.

LISTE DES ABREVIATIONS

AJDA : Actualité Juridique Droit Administratif

AMO: Assistance à maîtrise d'ouvrage

BEA : Bail Emphytéotique Administratif

CAA : Cour Administrative d'Appel

CCAG : Cahier des clauses administratives générales

CCAP : Cahier des clauses administratives particulières

CCTP : Cahier des clauses techniques particulières

CE: Conseil d'Etat

CERC: Cellules Economiques Régionales de la Construction

CJCE: Cour de Justice des communautés Européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CMP: Code des marchés des Publics

JOUE: Journal officiel de l'Union européenne

LOI MOP: 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

MIQCP: Mission Interministérielles pour la Qualité des Constructions Publiques

OPC: Ordonnancement, Pilotage et Coordination

PGC: Plan Général de Coordination

PME: Petites et Moyennes Entreprises

RFDA: Revue Française de Droit Administratif

RDI: Revue de Droit Immobilier

SPS: Sécurité et protection de la santé

TA: Tribunal administratif

VEFA: Vente en l'Etat Futur d'Achèvement

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : LES DIFFERENTES FORMES DE DELEGATION DE LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE

Chapitre 1 : Les missions ne pouvant faire l'objet de délégation

Chapitre 2 : Le recours à des tiers dans l'exercice de la maîtrise d'ouvrage

DEUXIEME PARTIE : L'EXTERNALISATION DE LA MAÎTRISE D'OUVRAGE AU PROFIT DU SECTEUR PRIVE

Chapitre 1: Les conséquences de la maîtrise d'ouvrage privée sur l'application des dispositions de la loi « MOP »

Chapitre 2 : L'avenir de la maîtrise d'ouvrage publique

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

Les constructions publiques constituent l'une des mesures auxquelles les collectivités publiques ont recours pour la mise en œuvre de leurs politiques publiques. « Les dépenses de bâtiments de l'ensemble des collectivités territoriales françaises s'élèvent à 22,176 milliards d'euros TTC. 48% des dépenses de BTP des collectivités territoriales sont consacrées à des travaux de bâtiment. Les communes représentent, à elles seules, 56% des dépenses bâtiment des collectivités territoriales. »¹. Ces opérations de constructions font appel à l'intervention de plusieurs acteurs et nécessitent à cet effet des compétences afin d'en favoriser la réussite.

Après la décentralisation de 1982 qui a transféré aux collectivités locales la maîtrise d'ouvrage de plusieurs projets et équipements publics, il s'est posé un problème de répartition des compétences et des tâches dans le cadre de la conduite de ces projets. La question de la qualité de maître d'ouvrage dans une opération de construction présente un intérêt essentiel car elle conditionne le respect des dispositions de la loi « MOP ». Ces collectivités procédaient à une délégation quasiment totale de leurs attributions au profit de différentes structures privées et étatiques, ce qui a eu pour effet de les démettre de leurs prérogatives de maître d'ouvrage. C'est donc pour mettre fin à cette situation que 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 » a été adoptée pour encadrer le statut de la maîtrise d'ouvrage publique. L'article 2 de la loi « MOP » définit le maître de l'ouvrage public comme « *le responsable principal de l'ouvrage, qui remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre* ». La loi interdit donc aux personnes publiques un dessaisissement complet de leurs missions de maître d'ouvrage.

Le maître d'ouvrage est le donneur d'ordre. Il étudie la faisabilité et l'opportunité de l'opération, détermine la localisation, définit le programme des travaux, arrête l'enveloppe financière nécessaire à la réalisation de l'opération, assure le financement, choisit le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et conclut avec

¹ Les dépenses de bâtiment et des travaux publics des collectivités territoriales, juillet 2014, CERC

le maître d'œuvre et les entrepreneurs les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux. Les collectivités locales, surtout les plus petites ne disposant pas toujours des compétences techniques et humaines pour bien assurer les missions de maître d'ouvrage, procèdent souvent à une externalisation de ces fonctions. La loi « MOP » en prévoyant que le maître d'ouvrage ne peut se démettre de sa fonction de responsable principal de l'ouvrage, autorise néanmoins une délégation de certaines de ses prérogatives. Ainsi la loi « MOP » prévoit que le maître de l'ouvrage peut confier les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe prévisionnelle à une personne publique ou privée. Il peut aussi recourir à un conducteur d'opération pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique ; Il peut encore confier à un mandataire l'exercice en son nom et pour son compte, de certaines de ses attributions. Le choix du mode de délégation de maîtrise d'ouvrage s'effectue en fonction du degré d'implication que la personne publique souhaite avoir sur le projet. Les relations liant le maître d'ouvrage et les différents délégataires auxquels il a recours font l'objet de conventions qui précisent les obligations et les responsabilités à la charge des parties.

Cependant les missions pouvant faire l'objet de cette délégation ainsi que les personnes pouvant exercer ces missions ont été strictement encadrées et limitativement énumérées par la loi « MOP ». Dans un contexte européen marqué par une ouverture du marché et une libre concurrence entre les Etats membres, ces dispositions de la loi « MOP » qui favorisent un protectionnisme au profit de structures françaises ont très vite été modifiées sous l'influence de la Commission Européenne.

Pour palier à ce problème de défaut de compétences internes, outre ces hypothèses de délégation prévue par la loi « MOP », les collectivités territoriales procèdent à une mutualisation de leurs actions pour la réalisation d'un projet commun. Cela permet donc aux petites collectivités de bénéficier de l'expertise des plus grandes. Ils établissent une convention de co-maîtrise d'ouvrage qui prévoit les règles qui vont régir leurs partenariats. Cette hypothèse de la co-maîtrise d'ouvrage constitue l'un des apports de l'ordonnance du 17 juin 2004 qui est venue modifier la loi « MOP ». L'article 2 de cette ordonnance dispose : *“lorsque la réalisation, la réutilisation 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 puis décider 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 ''

Le recours à la maîtrise d'ouvrage privée est également en plein essor surtout pour les grands projets complexes afin d'éviter l'application des règles contraignantes du Code des marchés publics et de la loi « MOP », et aussi pour bénéficier de l'expertise et du financement du secteur privé. C'est le cas notamment des contrats de partenariat qui ont été reformés avec l'ordonnance de 2015, des baux emphytéotiques administratifs, des contrats de concession ou encore des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels. On se demande donc l'utilité de la loi « MOP » dans la mesure où les collectivités locales utilisent d'autres modes contractuels qui échappent à ses dispositions pour réaliser des équipements publics.

L'objectif premier de la loi « MOP » était de mettre fin à toute forme de délégation de la maîtrise d'ouvrage publique. Mais malheureusement cette loi a pris le soin d'encadrer l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique sans pour autant mettre au profit des collectivités locales les outils pouvant leur permettre d'avoir une totale indépendance dans la réalisation des opérations de construction. Trente ans après l'adoption de la loi « MOP », on constate paradoxalement que les collectivités locales procèdent à une externalisation des fonctions de maîtrise d'ouvrage publique par manque de compétences et même ont recours à la maîtrise d'ouvrage privée pour la mise en œuvre de leurs politiques publiques. On assiste donc à un dessaisissement de la maîtrise d'ouvrage publique.

L'externalisation de la maîtrise d'ouvrage constitue-t-elle la meilleure alternative dans le cadre des opérations complexes de construction publique? Que reste-t-il donc de la loi « MOP » après toutes les formes d'externalisation de la maîtrise d'ouvrage publique? Quelles sont les limites de la responsabilité du délégataire de maîtrise d'ouvrage? Qu'en est-il de la maîtrise d'ouvrage privée pour la réalisation des constructions publiques ?

Nous étudierons donc dans le cadre de cette étude la délégation de la maîtrise

d'ouvrage publique qui reste soumis à la loi « MOP » dans une première partie puis dans une seconde partie les autres modes contractuelles d'externalisation de la maîtrise d'ouvrage publique qui impliquent une maîtrise d'ouvrage privée et qui échappent aux dispositions de la « MOP ».

**PREMIERE PARTIE : LES DIFFERENTES
FORMES DE DELEGATION DE LA MAÎTRISE
D'OUVRAGE PUBLIQUE**

Le maître d'ouvrage public dans une opération de travaux est la personne pour laquelle l'ouvrage est construit. Il est à l'initiative du projet et en détermine donc les grandes caractéristiques. En tant que tel, il a donc à sa charge des missions liées à cette fonction.

La complexité des opérations de constructions nécessite l'intervention de différents acteurs pour sa réussite. Le maître d'ouvrage a donc pour mission de coordonner l'intervention des différents intervenants et de passer les marchés.

Dans les collectivités territoriales et notamment les plus petites, le manque de compétences humaines et techniques conduit souvent le maître d'ouvrage à avoir recours à des assistants afin de se faire aider.

La Loi « MOP » a prévu que le maître d'ouvrage peut avoir recours à des assistants à maîtrise d'ouvrage afin de garantir la qualité des constructions, prévenir des risques qui pourraient naître lors de la construction, réaliser les études nécessaires à la réalisation de l'opération ou préserver la sécurité et la santé des travailleurs sur le chantier de construction. Il peut aussi avoir recours à un mandataire qui agira en son nom ou pour son compte ou encore un conducteur d'opération pour une assistance à caractère générale.

L'étude des différents intervenants dans le cadre de la maîtrise d'ouvrage d'une opération de construction s'avère nécessaire afin de permettre aux collectivités territoriales de savoir vers quels intervenants se tourner en fonction de leurs besoins. Avant d'aborder ces intervenants auxquels le maître d'ouvrage peut avoir recours pour se faire assister dans le cadre de sa mission, nous aborderons les missions du maître d'ouvrage qui ne peuvent pas faire l'objet de délégation.

Nous étudierons donc dans cette première partie les missions propres du maître d'ouvrage (chapitre 1) d'une part et d'autre part l'intervention des tiers dans l'exercice de la maîtrise d'ouvrage (chapitre 2)

CHAPITRE 1 : LES MISSIONS PROPRES DU MAÎTRE D'OUVRAGE

Dans le cadre d'un marché de travaux, l'article 2 de la loi « MOP » dispose, qu'il appartient au maître de l'ouvrage, « après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée , d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux.

La détermination des besoins dans une opération de travaux consiste donc pour le maître d'ouvrage à élaborer le programme et à déterminer le mode de financement selon lequel l'ouvrage sera réalisé. Ces deux missions ne peuvent faire l'objet de délégation car elles constituent le cadre dans lequel le délégataire va exercer son mandat. Néanmoins, le maître d'ouvrage peut se faire assister par des assistants à maître d'ouvrage pour la réalisation des études afin de mieux exprimer ses besoins.

Le programme et l'enveloppe financière prévisionnelle doivent être définis avant tout commencement d'exécution pour les opérations de constructions neuves. En ce qui concerne les opérations de réutilisation ou de réhabilitation d'un ouvrage existant et de réalisation d'ouvrages complexes, l'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit que *« lorsque le maître de l'ouvrage décide de réutiliser ou de réhabiliter un ouvrage existant, l'élaboration du programme et la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle peuvent se poursuivre pendant les études d'avant-projet ; il en est de même pour la réalisation d'ouvrages neufs complexes d'infrastructure et de bâtiment, sous réserve que le maître d'ouvrage l'ait annoncé dès le lancement des consultations. Les conséquences de l'évolution du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle sont prises en compte par voie d'avenant.*²

² Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

Section1 : L'élaboration du programme

Le programme dans une opération de travaux constitue la "boussole" du maître d'ouvrage. Il doit présenter toutes les caractéristiques nécessaires à la réalisation de l'ouvrage. C'est donc sur la base du programme que le maître d'œuvre va élaborer les études et donnera une réponse architecturale, technique et économique à l'opération. Selon l'article 2 de la loi « MOP », *le maître de l'ouvrage définit dans le programme 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.* Le programme du maître d'ouvrage doit donc obligatoirement comporter les objectifs, les besoins, les contraintes et les exigences liés à l'opération.

Paragraphe 1 : La satisfaction des besoins

Les besoins sont relatifs aux aspects qualitatifs de l'opération. Sont concernés les objectifs généraux, la définition des activités composantes, l'exposé des objectifs par activité, les besoins en fonctionnement, les besoins architecturaux, les besoins techniques. La détermination précise de l'étendue des besoins de la personne publique constitue un préalable avant le lancement de toute opération de travaux. Ce rôle important revient au maître de l'ouvrage qui doit exprimer avec précision ses attentes. Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur devra être intransigeant sur la définition préalable et précise des besoins. La satisfaction des besoins est étroitement liée à la définition des besoins. L'article 5 du Code des marchés publics dispose que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclu par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables* ». La détermination des besoins dans une opération de travaux doit être déterminée de manière homogène. Ainsi le maître d'ouvrage doit avoir une vision fonctionnelle et unitaire en intégrant les

différents besoins dans une opération d'ensemble. Cette définition des besoins permet d'éviter les avenants en cours d'exécution du marché. Lorsque le pouvoir adjudicateur a mal exprimé ses besoins et des travaux supplémentaires surviennent en cours d'exécution du marché, ils ne peuvent être considérés comme liés à des sujétions techniques imprévues.

Les sujétions techniques imprévues sont des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties³. C'est dans ce sens que le Conseil d'Etat a annulé un avenant qui augmentait de 43% le montant d'un marché de terrassement, en raison des sujétions techniques imprévues rencontrées lors de l'exécution des travaux. Elle juge donc *« qu'en se fondant sur des plans utilisés lors de la réalisation antérieure de lotissements voisins et en s'abstenant de procéder avant tout appel à la concurrence à un relevé topographique exact du terrain et aux études de sol nécessaires, la commune ne s'est pas mise en mesure de déterminer exactement la consistance des travaux objet du marché ; que les travaux supplémentaires, objet de l'avenant litigieux, dont la nécessité n'a été relevée que par un relevé topographique et par des sondages postérieurs à la conclusion du marché, ne présentant pas le caractère de sujétions techniques imprévues ne résultent pas du fait des parties⁴ »*.

Paragraphe 2 : Les contraintes

Elles sont d'ordres réglementaires et liés à des contraintes d'ordre urbanistique, d'ordre technique, de sécurité, d'accessibilité, et des contraintes sismiques

Les données urbanistiques concernent les différentes obligations liées au site choisi. Ce sont donc les règles d'urbanisme découlant d'un Plan d'occupation des sols ou autres documents d'urbanisme. Seront aussi pris en compte les servitudes publiques ou privées, les problèmes de mitoyenneté, les zones de protection archéologique et les monuments historiques.

³ CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, n°223445

⁴ CE 08 mars 1996, Commune de Petit Bourg, n° 165075

Les données techniques concernent le contexte physique de l'opération qui permet de s'assurer de la bonne insertion physique et sociale de l'opération. Sont également concernés les caractéristiques du site qui sont liées à la topographie, à la superficie, à la nature du terrain, les conditions climatiques, le sol et le sous-sol, les différents risques d'inondation ou sismiques. La description de la desserte du site doit être également précisée. Elle concerne les accès existants prévus ou à réaliser, les réseaux existants prévus, le calcul des besoins en matière de chauffage, sécurité, assainissement, électricité, gaz, eau, les télécommunications, la voirie, les stationnements, les transports en commun.

Le maître d'ouvrage devra également effectuer les démarches administratives liées au projet de construction. Il s'agit du certificat d'urbanisme, du permis de démolir, le permis de construire, les permissions de voirie, les autorisations administratives particulières, les taxes locales diverses, le certificat de conformité.

Paragraphe 3 : Les exigences

Ce sont les conditions que le maître d'ouvrage impose aux maîtres d'œuvre. Elles concernent la qualité, le confort ou l'esthétique, le prix plafond de l'ouvrage.

Outre l'application des règlements et normes spécifiques à la construction, ces exigences sont généralement :

- « Le respect du calendrier général de l'opération, et certains phasages particuliers ; les mesures conservatoires éventuelles à prendre pour tenir compte d'une situation d'avenir connue (interférences avec d'autres projets et description de ces projets, facilité d'extension de l'ouvrage, flexibilité)
- Le respect de la politique d'image du maître d'ouvrage
- Le respect des critères ergonomiques (valeurs d'éclairage, de confort climatique, de confort acoustique optimal en fonction de la destination des locaux)
- La prise en compte de l'exploitation de l'entretien et de la maintenance du

bâtiment à réaliser. »⁵

Paragraphe 4 : Les données relatives aux sites

Elles concernent la situation urbaine, la qualité architecturale, la topographie, la nature du sol, le plan des réseaux desservant le site.

Les études relatives à la nature du sol permettent de reconnaître la stratigraphie du sous-sol, de déceler la présence éventuelle d'une nappe phréatique, de déterminer un mode de fondation et un taux de travail du sol. Le maître d'ouvrage a l'obligation de renseigner les entreprises sur la nature du sol. Ainsi, dans son rôle de directeur de l'opération, le maître d'ouvrage doit faire procéder à des études de reconnaissances du sol avant la passation du marché de maîtrise d'œuvre. Cela servira de base aux maîtres d'œuvre pour proposer éventuellement des reconnaissances de sols supplémentaires. C'est dans cette optique que l'annexe III de l'arrêté du 21 décembre 1993, précisant les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de la maîtrise d'œuvre confiés par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé prévoit que les études préliminaires ont pour objet de : *« vérifier la faisabilité de l'opération, au regard des différentes contraintes du programme et du site, et proposer éventuellement la nature et l'importance des études et reconnaissances complémentaires nécessaires »*.

En ce qui concerne les réseaux, l'article 4 du décret relatif à l'exécution de travaux à proximité de certains ouvrages souterrains, aériens ou subaquatiques de transport ou de distribution prévoit que toute personne physique ou morale de droit public ou de droit privé, qui envisage la réalisation sur le territoire d'une commune de travaux énumérés visés par le décret, doit, au stade de l'élaboration du projet, se renseigner auprès de la mairie de cette Commune sur l'existence et les zones d'implantation éventuelles des ouvrages concernés⁶. Cette obligation incombe au maître d'ouvrage.

⁵ Guide pratique de la loi MOP, page 34 Bertrand Couette, 2ème édition, Eyrolles

⁶ Décret n°97-1147 du 14 octobre 1991 relatif à l'exécution de travaux à proximité de certains ouvrages souterrains, aériens ou subaquatiques de transport ou de distribution

Section 2 : La détermination de l'enveloppe financière

L'estimation de l'enveloppe financière est établie au même moment que l'élaboration du programme, avant le choix du maître d'œuvre. Elle permet de fixer les coûts totaux de l'opération à réaliser. L'enjeu lié à la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle est d'éviter de sous-estimer ou de surestimer son montant.

Une enveloppe financière sous-estimée est de nature à entraîner l'échec de la future opération de construction tandis que lorsque cette enveloppe est surestimée, les ressources mobilisées peuvent être utilisées pour la satisfaction d'autres besoins.

Paragraphe 1 : L'influence de l'enveloppe financière prévisionnelle sur la détermination de la rémunération du maître d'œuvre

L'enveloppe financière prévisionnelle présente une grande importance dans la rémunération du maître d'œuvre car elle sert de base pour fixer le montant provisoire de sa rémunération. Le montant définitif est donc fixé en fonction du coût prévisionnel des travaux, déterminé à partir des études d'avant-projet définitif. Ainsi, le Conseil d'Etat a condamné un maître d'ouvrage qui a refusé de faire droit au paiement de situations d'honoraires correspondant au forfait de rémunération dont les parties au contrat de maîtrise d'œuvre étaient convenues. Il juge donc qu' « *un forfait provisoire de rémunération du maître d'œuvre était fixé en fonction du coût prévisionnel provisoire des travaux dans l'attente de la fixation du coût prévisionnel définitif, que les parties avaient décidé de retenir comme élément de calcul du montant du forfait définitif de rémunération le coût prévisionnel des travaux évalué dans l'avant-projet définitif* »⁷. Si le coût de la rémunération du maître d'œuvre ne peut être fixé à la date de la conclusion du contrat de maîtrise d'œuvre, cette rémunération est fixée à titre provisoire, compte tenu de la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître d'ouvrage. Le montant du forfait définitif de la rémunération du maître d'œuvre est fixé par la suite en fonction du coût prévisionnel des travaux arrêté à partir des études d'avant-projet définitif, avant le lancement de la consultation des entreprises pour la passation des marchés de travaux.

⁷ CE, 10 février 2014, n°367821, Communauté d'agglomération Tours Plus

Paragraphe 2 : Le contenu de l'enveloppe financière prévisionnelle

En ce qui concerne le contenu de cette enveloppe financière, l'étude⁸ réalisée par la mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques sur l'évaluation de l'enveloppe financière précise que « L'enveloppe financière prévisionnelle comprend l'évaluation des coûts passés ou futurs suivants :

- le coût du foncier et ses frais annexes ;
- le futur coût des travaux ;
- le futur coût des mobiliers et équipements ;
- les prestations intellectuelles et les frais divers ;
- les provisions pour aléas, les provisions pour actualisation et révision ;
- les frais financiers »

Le coût foncier comprend l'ensemble des frais liés à l'acquisition du terrain. Il s'agit du coût du terrain, des frais d'évictions et de relogements, les démolitions éventuelles, des honoraires pour le notaire, l'huissier ou l'avocat.

Le futur coût des travaux concernent d'abord, les travaux d'adaptation et de mise en condition du terrain ; ensuite, les travaux liés à l'ouvrage proprement dit et enfin les travaux de desserte, d'aménagement et de voirie.

Le futur coût des mobiliers et équipements concerne le mobilier, les matériels et fournitures nécessaires au fonctionnement de l'opération.

Les prestations intellectuelles sont relatives aux frais d'études, aux frais liés à l'organisation d'un débat public ou d'une enquête publique, aux frais de conseils et d'assistance au maître d'ouvrage pour l'élaboration du programme et pour le suivi du chantier, à la rémunération du mandataire s'il est prévu et à la rémunération du maître d'œuvre. Elles comprennent aussi les frais de consultation des différents intervenants dans l'opération de construction.

Les provisions pour aléas, les provisions pour actualisation et révision : Compte tenu du délai relativement long lié à la réalisation des opérations de construction, le

⁸ Evaluer l'enveloppe financière prévisionnelle d'un ouvrage de bâtiment, MIQCP, juin 2008

maître d'ouvrage n'est pas à l'abri d'une éventuelle évolution des prix pendant la durée de l'opération. Ainsi, il doit prévoir dans l'enveloppe financière prévisionnelle une évolution éventuelle du coût des matières premières ou du coût des honoraires des prestataires ou encore une évolution de la réglementation qui conduira à une modification de l'opération. Une possible modification du programme doit aussi être envisagée après la réalisation des études d'avant-projet définitif par le maître d'œuvre. Une évolution de la réglementation ou la survenance d'une catastrophe naturelle peut amener le maître d'ouvrage à prendre des mesures. Le maître d'ouvrage doit donc prévoir une marge dans la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle afin de couvrir les imprévus et les aléas éventuels.

Les frais financiers sont à prévoir uniquement lorsque le maître d'ouvrage recourt à un emprunt pour le financement de l'opération.

CHAPITRE 2 : LE RECOURS A DES TIERS DANS L'EXERCICE DE LA MAÎTRISE D'OUVRAGE

La complexité des opérations de constructions nécessite l'intervention de plusieurs acteurs afin d'apporter une aide au maître d'ouvrage dans l'exercice de sa mission. Même si les personnes publiques ont recours à des tiers dans l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, les opérations objet des constructions restent néanmoins soumises aux règles du CMP et de la loi « MOP ». Ces tiers intervenant dans le cadre de la maîtrise d'ouvrage publique peuvent être regroupés en trois grandes catégories. D'abord le mandataire de maîtrise d'ouvrage (section 1), ensuite le conducteur d'opération (section 2) et enfin les assistants à maîtrise d'ouvrage (section 3).

Section 1 : Le mandat de maîtrise d'ouvrage

Le mandat de maîtrise d'ouvrage est un mode conventionnel de délégation de la maîtrise d'ouvrage. Le contrat liant le maître d'ouvrage et son mandataire fait l'objet de convention qui précise le périmètre de la délégation. Il agit donc au nom et pour le compte du maître d'ouvrage et devient donc son interlocuteur unique vis-à-vis des tiers et des autres intervenants à l'acte de construire.

Son rôle est donc primordial et c'est la convention de mandat de maîtrise d'ouvrage qui détermine les limites de sa responsabilité.

La mandataire est non seulement liée au maître d'ouvrage par une convention de mandat (Paragraphe 1) mais il entretient également des relations contractuelles avec les autres intervenants de l'opération de construction (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les relations entre le mandataire et le maître d'ouvrage

A- La nécessité d'un contrat écrit

Le mandataire est nécessairement lié au maître d'ouvrage par un contrat écrit de convention de mandat. En l'absence d'une convention écrite entre le maître d'ouvrage et le maître d'ouvrage délégué, les marchés passés par celui-ci sont nuls.

Ce jugement trouve sa source dans une affaire où la Commune de Saint-Lupicin a confié au syndicat mixte du parc naturel régional du Haut-Jura la maîtrise d'ouvrage de la construction de la maison de l'environnement et de la formation par une convention tacite. Des désordres ayant été constatés lors de l'installation du chauffage de la maison de l'environnement et de la formation, la Commune de Saint-Lupicin recherche la responsabilité contractuelle du syndicat mixte du parc naturel régional du Haut-Jura et des constructeurs. Elle a donc formé un recours devant le Tribunal Administratif de Besançon. Par le jugement n° 92.0920 du 26 octobre 1995, le Tribunal Administratif de Besançon a rejeté sa demande tendant à la condamnation solidaire du syndicat mixte du parc naturel régional du Haut-Jura, des messieurs Jacquier et Chavanon, sociétés CEP, Phénol engineering, Picard et Samovar à lui verser la somme de 250 000 F hors taxes en réparation des désordres constatés dans l'installation de chauffage d'un bâtiment.

La Commune de Saint-Lupicin fait donc appel de cette décision devant la Cour Administrative d'Appel de Nancy qui annule le jugement du Tribunal Administratif de Besançon au motif qu'elle a soulevé d'office le moyen tiré de la nullité de la convention tacite de la délégation de maîtrise d'ouvrage passée entre la Commune de Saint-Lupicin et le syndicat mixte du parc naturel du Haut-Jura, sans avoir satisfait à l'obligation qui lui était faite par l'article R.153-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel d'informer les parties, avant la séance de jugement, de ce que sa décision était susceptible d'être fondée sur un tel moyen et de préciser le délai dans lequel elles pourraient présenter leurs observations. La Cour Administrative d'Appel de Nancy juge que la Commune de Saint-Lupicin ne pouvait régulièrement déléguer la maîtrise d'ouvrage de la construction de la maison de l'environnement et de la formation qu'en vertu d'une convention conclue dans les conditions prévues à l'article 5 de la loi « MOP ». *« Qu'en l'absence de toute convention écrite, d'une part, aucune obligation contractuelle n'a pu naître entre la Commune de Saint-Lupicin et le syndicat mixte du parc naturel régional du Haut-Jura, que d'autre part, en raison de l'incompétence de leur signature, les marchés passés par ce dernier pour le compte de la Commune avec les différents concepteurs*

et les entreprises chargés de la réalisation de l'ouvrage en cause, sont entachés de nullité »⁹.

Cependant en dehors du caractère écrit de la convention de mandat de maîtrise d'ouvrage, conformément à l'article 5 de la loi MOP, le contrat écrit doit prévoir à peine de nullité que :

- a) l'ouvrage qui fait l'objet du contrat, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, les modalités de rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié ;
- b) le mode de financement du contrat ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'accomplissement du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte ou préalablement définies ;
- c) les modalités de contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître de l'ouvrage aux différentes phases de l'opération ;
- d) les conditions dans lesquelles l'approbation des avant-projets et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître de l'ouvrage ;
- e) les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître de l'ouvrage.

B- Les personnes pouvant exercer les missions de mandataire.

Selon les stipulations de l'article 4 de la loi « MOP » dans sa version initiale, les missions de mandataire peuvent être exercées par :

- a) les personnes morales mentionnées aux 1° et 2° de l'article premier de la loi MOP, à l'exception des établissements publics sanitaires et sociaux qui ne pourront être mandataires que pour d'autres établissements publics sanitaires et sociaux
- b) les personnes morales dont la moitié au moins du capital est, directement ou par personne interposée, détenue par les personnes morales mentionnées aux 1° et 2° de l'article premier et qui ont pour vocation d'apporter leur concours aux maîtres

⁹ Cour Administrative d'Appel de Nancy 04 mai 2000 commune de Saint-Lupicin

d'ouvrage, à condition qu'elles n'aient pas une activité de maître d'œuvre ou d'entrepreneur pour le compte de tiers ;

c) les organismes privés d'habitations à loyer modéré mentionnées à l'article L411-2 du code de la construction et de l'habitation, mais seulement au profit d'autres organismes d'habitations à loyer modéré ainsi que pour les ouvrages liés à une opération de logements aidés ;

d) les sociétés d'économie mixte locales régies par la loi n°83-597 du 07 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales ;

e) les établissements publics créés en application de l'article L321-1 du code de l'urbanisme

f) les sociétés créées en application de l'article 9 de la loi n° 51-592 du 24 mai 1951 relative aux comptes spéciaux du trésor pour l'année 1951, modifié par l'article 28 de la loi n°62-933 du 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole ;

g) toute personne publique ou privée à laquelle est confiée la réalisation d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement au sens du titre premier du livre III du code de l'urbanisme pour ce qui concerne les ouvrages inclus dans ces opérations.

Ces personnes pouvant se voir confier les missions de mandataire étaient des personnes publiques ou encore certaines privées rattachées au secteur public. Cette énumération était de nature à restreindre le nombre de personnes pouvant exercer les missions de mandataire. La Commission européenne a donc jugé les dispositions de l'article 4 de la loi « MOP » non conformes à la directive 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et à l'article 49 du traité des communautés européennes. La Commission européenne a donc mis en demeure l'Etat Français de présenter ses observations par une lettre de 25 juillet 2001. En réponse à cette lettre, la France a contesté les griefs soulevés par la commission relative aux personnes pouvant se voir confier les missions de mandataire, dans une lettre du 08 mars 2002. La commission a ensuite adressé un avis motivé à la République française dans lequel elle l'invitait à prendre des mesures requises pour se conformer à cet avis dans un délai de 2 mois. Dans une lettre du 14 octobre 2002, la République française a indiqué qu'elle maintenait ses points de vue émis dans sa lettre du 08 mars 2002. Face au récidivisme de l'Etat Français, la

commission a donc décidé d'introduire un recours en manquement devant la Cour. Néanmoins, depuis l'introduction du recours devant la Cour, la République française a pris une ordonnance qui modifie les dispositions de l'article 4 de la loi « MOP » en permettant désormais à toute personne publique ou privée d'exercer les missions de mandataire de maîtrise d'ouvrage.

La Cour ne pouvant apprécier le manquement que sur les situations de droit existant au moment de l'introduction du recours, la modification de la loi « MOP » n'aura donc aucune incidence sur l'appréciation et la décision de la Cour.

Selon la commission, le mandat de maîtrise d'ouvrage constitue un marché public de services au sens de la directive 92/50. En ce qui concerne la violation de la directive 92/50, le gouvernement français soutenait devant la cour que les missions exercées par le mandataire ne pouvaient être considérées comme des prestations de services mais plutôt comme une mission d'intérêt général, que le mandataire assurait une fonction de représentant du maître d'ouvrage et serait donc soumis à cet effet aux directives communautaires relatives aux marchés publics. Par analogie, l'Etat français s'est inspiré d'un arrêt de la Cour Européenne relatif à l'application de la directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux dans lequel la Cour jugeait « *Qu'un contrat à titre onéreux, dès lors qu'il est constitutif d'un mandat, pourrait échapper aux directives communautaires relatives aux marchés publics... il suffirait que le mandataire soit lui-même soumis aux obligations découlant desdites directives* »¹⁰.

Après avoir appliqué au contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage, les critères de marchés public de services au sens de l'article 1 de la directive 92/50, la commission a conclu que les différents critères étaient remplis et que le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage est un marché public de service au sens du droit communautaire. Par conséquent la directive s'applique au contrat de mandat et le fait de réserver l'exercice des missions de mandat de maîtrise d'ouvrage à des personnes morales françaises constitue une discrimination en raison de la nationalité.

Pour ce qui est de la violation de l'article 49, la Cour a jugé que le fait de réserver la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée à une liste exhaustive de

¹⁰ CJCE 12 juillet 2001 Ordine degli Architetti e.a C-399/98

personnes morales de droit français constituait une entrave à la libre prestation de service qui n'est pas justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

« En réservant à l'article 4 de 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, la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée à une liste exhaustive de personnes morales de droit français, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, telle que modifiée par la directive 97/52/CE du parlement européen et du conseil du 13 octobre 1997, ainsi que de l'article 49 CE »¹¹.

C- La responsabilité du mandataire envers le maître d'ouvrage

Le mandat de maîtrise d'ouvrage ayant été conclu de manière conventionnelle, les limites de la responsabilité du mandataire sont définies conformément aux obligations qui lui ont été confiées par la convention.

Selon l'article 3 de la loi « MOP », *« le mandataire n'est tenu envers le maître de l'ouvrage que de la bonne exécution des attributions dont il a personnellement été chargé par celui-ci »*. La responsabilité du maître d'ouvrage déléguée envers le maître d'ouvrage est donc une responsabilité contractuelle.

Sa responsabilité ne peut être engagée en cas de fautes commises par les entreprises qui interviennent dans l'exécution des travaux. En revanche, sa responsabilité peut être recherchée si les fautes commises par ces entreprises sont dues à un manquement des obligations liées à sa mission de mandataire.

Il doit accomplir sa mission avec loyauté. Le mandataire jouant un rôle de conseiller du maître d'ouvrage doit tenir informé ce dernier de toutes irrégularités qu'il aurait pu constater dans la réalisation de l'opération. La responsabilité du mandataire n'a donc pas été retenue dans le cadre de l'approbation d'un décompte dès lors que le maître d'ouvrage ne fait état d'aucune erreur ou omission dans le cadre de l'accomplissement de la mission qui a été confiée au mandataire. *« qu'un maître d'ouvrage délégué doit, dans l'exercice de sa mission définie par la convention de*

¹¹ CJCE 20 octobre 2005 Commission c/ République française C-264/03

mandat qui le lie au maître d'ouvrage, accomplir les diligences que son mandant est en droit d'attendre d'un professionnel ayant accepté cette mission; que si, en application de ce principe, il appartient à un maître d'ouvrage délégué auquel est confiée une mission d'approbation du décompte, de s'assurer que ce document n'est pas entaché d'erreurs ou d'omissions qui ne devraient pas échapper à un professionnel »¹². De même la responsabilité du mandataire ne peut être recherchée, si le constructeur n'a pas réalisé les travaux conformément au procédé de construction que le mandataire a fait accepter par le maître d'ouvrage, et en cas d'insuffisance de surveillance du chantier, dès lors que cette surveillance n'incombait pas au maître d'ouvrage délégué¹³.

La responsabilité décennale du maître d'ouvrage délégué ne peut être engagée car cette responsabilité est applicable aux constructeurs. Les personnes liées au maître d'ouvrage par un contrat de mandat n'ont pas la qualité de constructeur. Le maître d'ouvrage exerce une mission de représentation en agissant au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, ce qui fait qu'il n'est lié au maître d'ouvrage que par une responsabilité contractuelle conformément au contrat de mandat. Les constructeurs quant à eux sont liés au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage qui leur confie des missions bien spécifiques qu'ils exercent en leur nom et pour leur propre compte. Le conseil d'Etat écarte ainsi la responsabilité du maître d'ouvrage délégué dans la mesure où la mission de ce dernier s'est achevée avant la phase d'exécution des travaux¹⁴. Ce jugement a été confirmé par le Conseil d'Etat qui juge que *« considérant qu'il résulte de l'instruction que si la société Foncier Conseil avait été chargée par la commune de Bois-Guillaume d'une mission de maîtrise d'ouvrage déléguée pour l'aménagement de la ZAC les portes de la forêt, elle n'est pas intervenue dans l'opération de construction du groupe scolaire ; que les plans qu'elle a fournis dans le cadre de l'aménagement de la ZAC faisaient mention de l'existence de la canalisation d'eau potable ; qu'il n'est dès lors pas établi qu'elle aurait commis une faute qui aurait été à l'origine des dommages dont la commune et la société Quille demandent réparation ; que par suite, les conclusions de M.A tendant à être garanti par la société Foncier Conseil des condamnations prononcées à son encontre*

¹² CE 23 mars 2015, syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains n° 356790

¹³ CE, 18 octobre 1991, n°70359, Commune de Royan

¹⁴ CE, 30 juin 1999, n° 163435, Commune de Voreppe

doivent être rejetées »¹⁵. Le maître d'ouvrage délégué, n'intervenant pas dans l'opération de construction en qualité de constructeur, il échappe aux responsabilités spécifiques qui pèsent sur les constructeurs et notamment à la garantie décennale en cas de désordres significatifs de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination¹⁶

La responsabilité est partagée par moitié avec le maître d'ouvrage qui, d'une part, a imposé une date d'inauguration ayant entraîné une précipitation dans la conception du projet et une imprécision plus grande encore en ce qui concerne le financement de l'opération, et, d'autre part, qui n'a pas informé l'Assemblée délibérante de l'évolution catastrophique et non maîtrisée du projet, dont il avait connaissance¹⁷.

D- Le quitus

Le quitus met fin aux relations contractuelles entre le mandataire et le maître d'ouvrage. Généralement, c'est le procès-verbal de remise des ouvrages au maître d'ouvrage qui vaut quitus. La convention de mandat peut prévoir que la réception des travaux vaudra quitus. En ce sens, le Conseil d'Etat rappelle que la réception de l'ouvrage vaut quitus dans la mesure où la réception définitive de l'ouvrage avait été prononcée sans réserve et où aucune réserve n'avait été formulée lors de la signature du procès-verbal de remise provisoire de l'ouvrage¹⁸.

*« Une fois le quitus donné au maître d'ouvrage délégué, la responsabilité de ce dernier à l'égard du maître d'ouvrage ne peut être recherchée que dans l'hypothèse où il est établi que ledit quitus aurait été obtenu par des manœuvres dolosives ou que le maître d'ouvrage délégué aurait eu un comportement fautif qui, par sa nature et sa gravité, serait assimilable à une fraude ou à un dol »*¹⁹. Cependant, si des réserves ont été émises par le maître d'ouvrage lors de la réception, le mandataire demeure lié par ces réserves. Le tribunal administratif de Saint-Denis a condamné le maître d'ouvrage sur le fondement de la responsabilité contractuelle dans la mesure où les réserves

¹⁵ CE, 27 septembre 2006, n° 259012 Claude A.

¹⁶ Sur la responsabilité du maître d'ouvrage délégué, Franck Moderne, RDI 2007, Page 287

¹⁷ La loi MOP Editions le moniteur, Claude Grange, 2ème édition

¹⁸ CE 21 décembre 2007, Communauté des Communes de l'Ouest de la Plaine de France, n° 254235

¹⁹ CE 21 décembre 2007, Communauté des Communes de l'Ouest de la Plaine de France, n° 254235

énoncées lors de la réception des ouvrages n'ont jamais été levées et que le maître d'ouvrage délégué n'a jamais demandé ni obtenu le quitus relatif à l'accomplissement de sa mission technique²⁰.

Si la réception de l'ouvrage vaut quitus pour le maître d'ouvrage délégué en ce qui concerne ses attributions se rattachant à la réalisation de l'ouvrage, elle demeure en revanche sans effet en ce qui concerne ses attributions relatives aux droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché²¹. Lorsque la convention de mandat prévoit que la réception des ouvrages vaudra quitus de la mission du maître d'ouvrage délégué, pour les travaux reçus, et que l'acceptation par le maître d'ouvrage du décompte général et définitif vaudrait quitus financier ; il en résulte que la mission, au plan financier, du maître d'ouvrage délégué se poursuit tant que ce décompte n'est pas approuvé²². C'est donc l'approbation du décompte par le maître d'ouvrage qui vaut quitus pour le mandataire et par conséquent le libère de ses obligations.

E- L'action en justice du mandataire

Selon l'article 3 de la loi «MOP», le mandataire peut agir en justice. Cependant, le dernier alinéa de l'article 5 précise que c'est la convention qui prévoit les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître de l'ouvrage. Bénéficiant de cette prérogative, il peut introduire une action contentieuse au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.

Cependant le mandataire ne saurait avoir la qualité de partie à l'instance en cas de contentieux car en représentant le maître de l'ouvrage, il n'a pas la qualité de parties dans le marché. C'est ce que confirme la Cour d'Appel de Lyon en affirmant que « *seule la collectivité soumise au contrôle de légalité et son ou ses cocontractants ont la qualité de parties à l'instance ; qu'une personne signataire d'un marché pour le compte d'une collectivité publique maître d'ouvrage, en vertu d'une convention de mandat conclue dans le cadre des dispositions de la loi «MOP», n'a ni la qualité de partie à ce marché ni, par suite, et alors même qu'elle serait par ailleurs elle-même soumise à un contrôle de légalité, la qualité de partie à l'instance*

²⁰ TA Saint-Denis, 6 mars 2015, n°1201101, Région Réunion c/SODEGIS

²¹ CE 08 février 2010 Région Île-de-France n°304812

²² CAA Marseille 05 juillet 2004, SEMER n° 02MA04781

introduite par le préfet pour demander l'annulation du marché au titre du contrôle de légalité s'exerçant sur la collectivité maître d'ouvrage »²³

Le mandataire n'est pas compétent pour répondre au préfet dans le cadre de son contrôle de légalité. « *Le maître d'ouvrage délégué n'as pas qualité pour se prononcer sur le recours gracieux du préfet lui demandant de rapporter un marché qu'il a passé avec une entreprise au nom et pour le compte du maître d'ouvrage »²⁴*. Il appartient donc au mandataire quand il saisit de transmettre la demande du préfet à la collectivité, maître d'ouvrage.

Paragraphe 2: Les relations entre le mandataire et les autres intervenants de l'opération de construction

Selon l'article 3 de la loi « MOP », le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire, dans les conditions définies par la convention, l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes de la maîtrise d'ouvrage :

- définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;
- préparation du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;
- approbation des avant-projets et accord sur le projet ;
- préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux ;
- versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux;
- réception de l'ouvrage

²³ CAA Lyon, 22 novembre 2001, SEM d'aménagement des territoires de l'Isère, n° 97LY02017

²⁴ CAA Lyon, 27 juin 2002, Ville de Romans-sur-Isère, n°02LY00046

Avant la réception des travaux, le mandataire est le seul compétent pour mettre en cause la responsabilité contractuelle des constructeurs²⁵.

A- Les règles de passation des marchés par le mandataire

Le mandataire applique les mêmes règles de passation que le maître d'ouvrage dans le cadre des contrats qu'il conclut dans l'exercice de sa mission. Il doit donc non seulement appliquer la loi «MOP» mais aussi les dispositions du Code des marchés publics. La nature des contrats passés par le mandataire est administrative à cause de la qualité de personne publique du maître d'ouvrage. Les missions relatives à la préparation du choix du maître d'œuvre et du titulaire ainsi que la signature des marchés sont subordonnées à l'approbation du maître d'ouvrage. Le mandataire ne dispose donc pas d'une autonomie totale dans l'exercice de ses missions. En tant que tel, les contrats sont signés juridiquement par le maître de l'ouvrage. La commission compétente pour l'attribution des marchés reste la Commission d'appel d'offres du maître de l'ouvrage. Ainsi le maître d'ouvrage délégué doit s'assurer de l'effectivité des délibérations de l'organe délibérant de la collectivité avant la signature des marchés, si cette exigence est prévue.

B- Responsabilité financière du mandataire à l'égard des constructeurs

Le maître d'ouvrage délégué agit au nom et pour le compte du maître d'ouvrage. Ainsi, le mandataire n'est pas contractuellement lié aux entreprises avec qui il signe les contrats nécessaires à la réalisation de l'opération. Ces entreprises ne peuvent donc rechercher la responsabilité du maître d'ouvrage délégué au titre des frais supplémentaires que leur auraient occasionnées l'exécution du marché, ni davantage sa condamnation solidaire avec le maître de l'ouvrage²⁶. Ce jugement est conforme au principe général du droit selon lequel le débiteur d'une obligation est tenu personnellement de son exécution, y compris lorsqu'il introduit volontairement un tiers dans l'exécution de cette obligation. Même si le mandataire est signataire des contrats, sa responsabilité ne peut donc être recherchée par les entreprises dans l'exécution du marché. Les entreprises ne peuvent diriger leur action que contre le maître d'ouvrage.

²⁵ CE 05 mars 1982, Ministre de l'Education c/ Ringuez, n° 6255

²⁶ CAA Nancy, 11 avril 2011, SAS Constructions Georgi, n°09NC00377

La Cour d'Appel de Paris a reconnu une solution contraire. Elle considère que le mandataire doit régler aux entreprises l'intégralité des sommes qui leur sont dues, y compris celles visant à réparer des préjudices imputables au maître d'ouvrage lui-même. Elle estime que « *la SNCF ne saurait s'exonérer vis-à-vis des entreprises en se prévalant de la faute de son mandant et qu'il lui appartient uniquement, si elle s'y croit fondée, d'engager contre la SEMEA XV, maître d'ouvrage une action récursoire en vue d'obtenir le remboursement des sommes qu'elle aurait été condamnée à verser à raison de faits ou fautes imputables au seul maître d'ouvrage* »²⁷. Avec cette nouvelle décision de la Cour d'appel de Paris et qui est différente des dispositions de la loi « MOP », on se demande donc les garanties que pourrait avoir le mandataire en cas de refus du maître d'ouvrage de procéder au remboursement des sommes qu'il aurait versées aux entreprises en raison de fautes imputables au maître d'ouvrage.

C- Responsabilité contractuelle du mandataire à l'égard des constructeurs

Les constructeurs sont engagés juridiquement à l'égard du maître d'ouvrage et non du mandataire. Le conseil d'Etat le rappelle en jugeant que « *considérant qu'il est constant et qu'il résulte d'ailleurs explicitement de la convention de mandat signée le 19 septembre 1985 entre la Région Auvergne et la société d'équipement de l'Auvergne, que l'établissement public régional, pour le compte duquel la construction était entreprise, avait la qualité de maître d'ouvrage; qu'en application de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, le choix du maître d'œuvre et des entrepreneurs est réservé au maître d'ouvrage ; qu'ainsi la société d'équipement de l'Auvergne, comme elle l'a fait elle-même valoir en première instance, s'est bornée par la lettre précitée à notifier une décision dont l'auteur n'était et ne pouvait légalement être que la Région Auvergne* »²⁸.

²⁷ CAA Paris 18 octobre 2011, SNCF, n°69PA04249

²⁸ CE 17 février 1993, Société d'équipement de l'Auvergne

Section 2 : La conduite d'opération

Initialement prévu à l'article 1 de l'arrêté du 29 juin 1973 pris pour l'application du décret n°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 privés, c'est dans le chapitre 'C' de la circulaire d'application de ces textes du 08 septembre 1973, qu'est définie la notion de conduite d'opération. Ce texte définissait le conducteur d'opération comme la personne chargée de mettre en œuvre les moyens permettant de réaliser le programme. Il s'agit d'en faire un élément de la maîtrise d'ouvrage aux cotés de la direction d'investissement.

La loi « MOP » a modifié le cadre juridique de la conduite d'opération en la distinguant de la maîtrise d'ouvrage et en prévoyant désormais en son article 6 qu'il s'agit d'une assistance générale à caractère administratif, financier et technique. L'ordonnance du 17 juin 2004 est venue imposer une obligation de conclure un contrat écrit. Le maître d'ouvrage peut donc recourir au conducteur d'opération pour une assistance lors des études préalables et aussi tout au long du processus de réalisation de l'opération. Le conducteur d'opération peut notamment apporter son assistance dans l'élaboration du programme et la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle.

Compte tenu du caractère général de sa mission, le conducteur d'opération peut parfois être confondu avec le mandataire. La différence fondamentale entre le mandat et la conduite d'opération réside dans le fait que le conducteur d'opération agit en qualité d'assistant et de conseil du maître d'ouvrage dans la prise de décisions. Il n'agit donc pas au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.

Paragraphe 1 : Le contenu de la mission du conducteur d'opération

Le guide réalisé par la mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques précise que le contenu de la mission du conducteur d'opération comprend, une assistance dans la définition des ouvrages, l'assistance en phase d'élaboration du projet, l'assistance en phase de réalisation des travaux et de réception des travaux,

l'assistance pendant la période de garantie de parfait achèvement²⁹. Il apporte une assistance générale au maître d'ouvrage dans toutes les phases de l'opération sous forme de propositions et de conseils dans le domaine administratif, financier et technique. Toutes ces missions supposent que le conducteur d'opération soit pluridisciplinaire.

A- Les missions à caractère administratif

Il s'agit pour le conducteur d'opération d'aider le maître d'ouvrage dans les tâches administratives qui conduiront à l'élaboration du programme. Il identifiera donc les différentes autorisations, se chargera de leurs instructions et obtentions, identifiera les études préalables du sol à réaliser. Il aidera le maître d'ouvrage dans l'établissement et le suivi du planning d'exécution de l'opération et coordonnera l'intervention des différents acteurs.

Il sera aussi chargé en fonction de la nature et de l'importance de l'opération d'assister le maître de l'ouvrage dans la détermination de toutes les études et les prestations intellectuelles à réaliser dans le cadre du projet. Cette assistance peut porter sur :

- l'identification précise des missions à exécuter et le recours éventuel à des missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage,
- la rédaction des dossiers de consultations ;
- les choix des titulaires.
- la détermination des missions du maître d'œuvre,
- la procédure de mise en concurrence et au choix du maître d'œuvre et du titulaire du marché, à la notification des ordres de services, à la vérification du décompte général et définitif

B- Missions à caractère financier

L'assistance financière du mandataire concerne d'abord la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération. Il peut, ensuite, aider le maître de l'ouvrage pour la recherche de financement et la constitution des dossiers de prêts. Son assistance s'étend également au stade de l'exécution du marché pour le paiement

²⁹ Guide des maîtres d'ouvrages Publics pour le choix d'un conducteur d'opération ou d'un mandataire, MIQCP

des prestations des intervenants, pour la détermination du montant de l'avance, le paiement des acomptes, et aussi en cas de cession ou de nantissement du marché.

C- Missions à caractère technique

Elles consistent pour le conducteur d'opération à donner son avis sur les différentes solutions techniques proposées par le maître d'œuvre et les entrepreneurs. Il aide le maître d'ouvrage dans le suivi de l'exécution des contrats, au suivi du chantier et à la vérification du respect des obligations contractuelles par chaque intervenant. Il assiste aussi le maître d'ouvrage pour les opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

Paragraphe 2 : Responsabilité du conducteur d'opération

La question de la responsabilité du conducteur d'opération pose souvent problème surtout lorsque ces missions de conduite d'opération sont assurées par des services de l'Etat à travers des contrats de louage d'ouvrage. En ce sens, deux courants jurisprudentiels s'opposent.

L'une qui avait quasiment pour objet de faire supporter la responsabilité au maître de l'ouvrage dans la mesure où le conducteur d'opération agissait sous l'autorité du maître de l'ouvrage. Dans cette hypothèse, en ce qui concerne les contrats de louage d'ouvrage, le CE avait estimé que la responsabilité des services techniques ne pouvait être recherchée que si l'un de ses agents refusait ou négligeait d'exécuter un ordre du maître de l'ouvrage³⁰.

Le second courant jurisprudentiel estime plutôt que la responsabilité des services techniques conducteur d'opération devrait être recherchée en fonction des manquements aux obligations nées du contrat conclu avec le maître de l'ouvrage. En ce sens, le Conseil d'Etat estime que « *lorsqu'une Commune et l'Etat conviennent de confier au service des Ponts et Chaussées des travaux d'études, de direction et de surveillance de projets communaux pour lesquels l'intervention de ce service n'est pas obligatoire, la convention ainsi conclue est un contrat de louage d'ouvrage dont l'inexécution ou la mauvaise exécution engage, à moins de stipulations expresses*

³⁰ CE 28 mai 1971, Ville de Saint-Jean-de-Maurienne

contraires, la responsabilité de l'Etat »³¹. La Cour administrative d'appel de Bordeaux confirme ce jugement du Conseil d'Etat et donne des précisions sur le premier courant jurisprudentiel qui considère que la responsabilité du maître d'ouvrage devrait être engagée dans la mesure où les missions s'effectuaient sous l'autorité du maître d'ouvrage. Elle juge donc que le fait que les dispositions de l'arrêté interministériel du 23 juin 1976 prévoient que la mission s'effectue sous l'autorité du maître d'ouvrage « *n'ont pas eu pour objet et n'ont pu avoir pour effet de limiter la responsabilité du conducteur d'opération au seul cas où il aurait refusé ou négligé d'exécuter un ordre du maître d'ouvrage* »³². Ce jugement a été confirmé par le conseil d'Etat qui a condamné une direction départementale de l'équipement, chargée d'une mission de conduite d'opération pour la construction de la cuisine centrale d'un hôpital pour n'être pas intervenue utilement pour conseiller le maître d'ouvrage lors des réserves émises par le constructeur à propos de la réalisation des travaux. Elle engage donc la responsabilité du conducteur d'opération à l'égard du maître d'ouvrage à raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations contractuelles³³.

Le conseil d'Etat est revenu sur sa jurisprudence qui considérait que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée qu'en cas de faute d'un agent du conducteur d'opération qui refuse ou néglige d'exécuter un ordre du maître d'ouvrage. Elle juge désormais que « *lorsqu'une Commune et l'Etat conviennent de confier aux services de la direction départementale de l'équipement des travaux d'études, de direction et de surveillance de projets communaux, pour lesquels l'intervention de ce service n'est pas obligatoire, la convention ainsi conclue est un contrat de louage d'ouvrage dont l'inexécution ou la mauvaise exécution est sous réserve de l'application, le cas échéant, de stipulations particulières, susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat dans les conditions du droit commun, alors même que selon les dispositions précitées cette mission s'exécute sous l'autorité du Maire* »³⁴

³¹ CE 21 octobre 1968, Ministre de l'Équipement et du Logement C/ Commune de la Chapelle-Vieille-Forêt

³² CAA Bordeaux 27 février 1992, Commune de Tonneins et SARL Masini et Fils

³³ CE 14 mars 1997, Hôpital départemental des Petits Prés, n° 132560 132960

³⁴ CE 12 mai 2004, Commune de la Ferté-Milon, n°192595

« Sont susceptibles de voir engager leur responsabilité sur le fondement de la garantie décennale toutes personnes appelées à participer à la construction d'un ouvrage, sous quelque forme que ce soit, et liées au maître d'ouvrage par un contrat exclusif de toute représentation de ce dernier »³⁵. C'est dans cette optique que la responsabilité décennale du conducteur d'opération a été engagée lors de la survenance des désordres après la réception alors que le conducteur d'opération s'était engagé au titre de la mission de conseil et d'assistance technique et administrative, à examiner le dossier présenté par le maître d'œuvre à la fin de chaque élément de mission confiée à ce dernier au stade des études préalables à la réalisation des ouvrages et à assurer le suivi technique du chantier au cours de la phase des travaux.

De même, le conducteur d'opération peut également voir sa responsabilité décennale engagée au même titre que le constructeur même s'il a conclu avec le maître de l'ouvrage un contrat de louage d'ouvrage. Le Conseil d'Etat a condamné un conducteur d'opération au titre de la garantie décennale en jugeant qu'« est susceptible de voir sa responsabilité engagée de plein droit, avant l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la réception des travaux, à raison des dommages qui compromettent la solidité d'un ouvrage ou le rendent impropre à sa destination, toute personne appelée à participer à la construction de l'ouvrage, liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage »³⁶.

Section 3 : Les assistants à maîtrise d'ouvrage

En dehors des missions du conducteur d'opération qui porte sur une assistance générale à caractère administrative, financière et technique, le maître d'ouvrage peut avoir recours à des assistants à maîtrise d'ouvrage pour des missions partielles ou ponctuelles qui portent sur l'un des éléments de l'assistance générale. La modification constante de la réglementation liée aux opérations de construction amène donc le maître d'ouvrage à avoir recours à des assistants afin de garantir la réussite de l'opération. Ces missions peuvent commencer dès le stade de l'élaboration du programme et de la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle et

³⁵ CAA Nancy 22 mars 2007, Ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du Territoire et de la Mer, n°05NCO0234

³⁶ CE 21 février 2011, Société ICADE G3A, n° 330515

s'achever à la réception définitive de l'ouvrage. Le recours à certains assistants est obligatoire pour la réalisation de certains ouvrages tandis qu'elle demeure facultative pour certaines missions.

Paragraphe 1 : Le contrôleur technique

La mission de contrôle technique est une mission très règlementée. Créée par la loi n° 78-12 du 04 janvier 1978, relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de construction et régit par les articles L 111-23 à L 111-26 et R 111-38 à R 111-42 du code de la construction et de l'habitation, le contrôleur technique a pour mission de contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages. Il transmet donc dans le cadre de sa mission des avis au maître d'ouvrage. Son intervention est obligatoire pour les opérations de construction présentant des risques pour la sécurité des personnes.

A- Missions du contrôleur technique

Le contrôle technique porte sur la solidité des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos et de couvert et des éléments d'équipement qui font indissociablement corps avec ces ouvrages, ainsi que sur les conditions de sécurité des personnes dans les constructions³⁷. Le contrôleur technique exerce essentiellement deux missions de base. L'une "L" qui porte sur la solidité de l'ouvrage et l'autre "S" sur la sécurité des personnes dans les constructions.

La mission "L" qui porte sur la solidité de l'ouvrage concerne la fondation, l'ossature, l'étanchéité du clos et du couvert, et les éléments d'équipement qui leur sont indissociablement liés.

La mission "S" est relative au contrôle du respect des dispositions réglementaires de sécurité des personnes dans les constructions. Sont concernés les dispositions relatives à la protection contre les risques d'incendie, les installations électriques, de chauffage et de gaz, les ascenseurs.

En dehors de ses deux missions de base, le maître de l'ouvrage peut lui confier des missions complémentaires telles que la mission "Hand" relative à l'accessibilité

³⁷ Article R111-39 du code de la construction et de l'habitat

des constructions pour les personnes handicapés ou encore la mission "Th" relative à l'isolation thermique et aux économies d'énergie.

B- Conditions d'exercice de la mission de contrôleur technique

L'exercice de l'activité de contrôle technique est soumis à un agrément délivré par le ministre chargé de la construction pour une durée maximale de cinq ans après l'avis motivé de la commission d'agrément. Le contrôle technique est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage³⁸. Pour garantir cette exigence, l'article R 111-31 du code de la construction et de l'habitat dispose que *« les personnes et organismes agréés, les administrateurs ou gérants et le personnel de direction de ces organismes, ainsi que le personnel auquel il est fait appel pour les contrôles, doivent agir avec impartialité et n'avoir aucun lien de nature à porter atteinte à leur indépendance avec les personnes, organismes, sociétés ou entreprises qui exercent une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction »*. Cependant, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux entreprises de contrôle technique et non aux entreprises exerçant d'autres activités dans le domaine de la construction. Le conseil d'Etat a pu condamner l'Ecole Nationale Supérieure de la Sécurité Sociale (ENSS) qui avait éliminé l'offre de la société Qualiconsult Sécurité pour la passation d'un marché public de services portant sur le diagnostic de structure d'un ensemble immobilier au motif qu'elle était membre d'un groupe qui comprend une société bénéficiant de l'agrément de contrôleur technique et ne pouvait donc prétendre à l'exercice des missions objet du marché qui sont incompatibles avec les activités de contrôle technique. Le Conseil d'Etat dans cette affaire juge donc que les dispositions des articles L 111-25 et R 111-31 du code de la construction de le l'Habitat *« visent à garantir, dans l'intérêt des maîtres d'ouvrage, l'indépendance des contrôleurs techniques à l'égard des personnes et organismes exerçant une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction ; que toutefois, ces dispositions et la règle qu'elles imposent ne s'appliquent qu'aux sociétés de contrôle technique et non aux sociétés exerçant d'autres activités dans le domaine de la construction ; que, par suite elles ne pouvaient être opposées à la société Qualiconsult Sécurité, dont il ressort des termes de l'ordonnance attaquée et*

³⁸ article L 111-25 du code de la construction et de l'habitation

de l'ensemble des pièces soumises au juge des référés qu'elle n'était pas agréée en vue d'exercer une activité exclusive de contrôle technique et qui, précisément, s'était portée candidate à l'attribution d'un marché d'expertise dans le domaine de la construction et non d'un marché de prestations de contrôle technique ». Ainsi, si une société n'est pas titulaire de l'agrément, sa candidature ne saurait être acceptée même si elle fait partie d'un groupe comprenant une société agréée pour le contrôle technique.

C- Responsabilité du contrôleur technique

Selon l'article L111-24 du code de construction et de l'habitat, le contrôleur technique est soumis, dans les limites de la mission qui lui est confiée par le maître de l'ouvrage, à la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792,1792-1 et 1792-2 du code civil et n'est tenu vis-à-vis des constructeurs à supporter la réparation de dommages qu'à concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage. C'est dans ce sens que la Cour administrative d'appel de Versailles estime que *« Le contrôleur technique n'étant chargé ni de la surveillance ni du contrôle des travaux, sa responsabilité ne peut être recherchée à raison de dommages subis par des tiers que s'il existe un lien direct entre l'exécution de la mission qui lui a été confiée et le dommage subi »*³⁹

La Cour administrative d'appel de Marseille apporte plus de précision sur les dispositions de l'article L111-24 en affirmant que ces dispositions ne limitent la responsabilité des contrôleurs techniques qu'à l'égard des autres constructeurs et que par conséquent la responsabilité du contrôleur technique peut être retenue pour un dommage de travaux publics causé à un tiers. Elle juge donc *« qu'un contrôleur technique, alors même qu'il n'est chargé ni de la surveillance ni du contrôle des travaux doit être regardé, pour la mise en œuvre du régime de responsabilité applicable aux victimes ayant la qualité de tiers à une opération de travaux publics, comme participant à l'exécution de ces travaux ; que dès lors qu'il existe un lien direct et certain entre ces travaux et le dommage, l'existence d'un lien direct entre*

³⁹ CAA de Versailles 23 février 2012, n° 08VE01556 Société Bureau Veritas

l'exécution de la mission confiée au contrôleur technique et le dommage subi ne conditionne pas la possibilité pour la victime de mettre en jeu sa responsabilité »⁴⁰.

Paragraphe 2 : Le coordonnateur en matière de sécurité et protection de la santé

La loi n°93-1418 du 31 décembre 1993, portant transposition de la directive n°92-57/CE du 24 juin 1992 et modifiant les dispositions du code du travail applicables aux opérations de bâtiment et de génie civil en vue d'assurer la sécurité et de protéger la santé des travailleurs prévoit qu'une coordination en matière de sécurité et de santé est nécessaire pour tout chantier de bâtiment ou de génie civil sur lequel intervient au moins 2 entreprises avec un risque fort de co-activité. L'article L 4532-2 du code du travail dispose : *« une coordination en matière de sécurité et de santé des travailleurs est organisée pour tout chantier de bâtiment ou de génie civil où sont appelés à intervenir plusieurs travailleurs indépendants ou entreprises, entreprises sous-traitantes incluses, afin de prévenir les risques résultant de leurs interventions simultanées ou successives et de prévoir, lorsqu'elle s'impose, l'utilisation des moyens communs tels que les infrastructures, les moyens logistiques et les protections collectives »*. Selon les dispositions de l'article L235-4 du code du travail, la coordination en matière de sécurité et de santé doit être organisée tant au cours de la conception, de l'étude et de l'élaboration du projet qu'au cours de la réalisation de l'ouvrage. Il est désigné par le maître de l'ouvrage pour chacune de ces deux phases ou pour l'ensemble de celles-ci. Quelles sont les missions assurées par le coordonnateur en matière de sécurité et protection de la santé et qu'en est-il de sa responsabilité ?

A- Les missions du coordonnateur en matière de sécurité et protection de la santé

L'étendue de la mission du coordonnateur SPS varie en fonction de la catégorie de l'opération. Selon l'article R 4532-1 du code du travail, les opérations de bâtiment et de génie civil sont classées en trois catégories. La première catégorie concerne les chantiers dont le volume est supérieur à 10 000 hommes-jour et dont le nombre d'entreprises est supérieur à 10. La seconde catégorie concerne les chantiers pour lesquels le volume des travaux doit être supérieur à 500 hommes-jour et dont la durée

⁴⁰ CAA de Marseille, 9 avril 2015, n°13MA00252, GIE Ceten Apave

excède 30 jours ouvrés. La troisième catégorie concerne les opérations ne relevant pas des première et deuxième catégories.

Le coordonnateur SPS agit sous l'autorité du maître d'ouvrage et sous sa responsabilité. Il constitue un démembrement de la maîtrise d'ouvrage. Dans le cadre de sa mission, le coordonnateur disposera des moyens suivants :

- 1- Le registre journal de la coordination : il établit dès la phase de conception de l'ouvrage et constitue le livre de bord de la coordination. Le coordonnateur SPS doit y faire figurer tous les actes et faits marquants liés à la santé et à la sécurité sur le chantier. Sont donc consignés au registre journal :
 - les comptes rendus des inspections ;
 - les observations ou notifications au maître d'ouvrage, au maître d'œuvre et aux autres intervenants de l'opération de construction ;
 - les noms et adresses des entreprises intervenantes sur le chantier, la date et leur durée d'intervention ainsi que leurs effectifs.

- 2- Le plan général de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé (PGCSPS): Etabli pendant la phase de conception, l'article R 238-21 du code du travail définit le PGC en matière de sécurité et de protection de la santé comme un document écrit qui définit l'ensemble des mesures propres à prévenir les risques découlant de l'interférence des activités des différents intervenants sur le chantier, ou de la succession de leurs activités lorsqu'une intervention laisse subsister après son achèvement des risques pour les autres entreprises. Le PGCSPS est mis à la disposition des entrepreneurs afin qu'il puissent en tenir compte pour leur proposition d'offre. Sur la base du PGC, chaque intervenant établit son Plan particulier de sécurité et de protection de la santé qui précise les mesures prises par chaque intervenant pour prévenir les risques découlant de la succession des interventions des entreprises.

- 3- Le Collège interentreprises de sécurité, santé et conditions de travail (CISSCT)

La constitution d'un CISSCT est nécessaire pour tout chantier de catégorie 1. Elle doit se faire au plus tard 21 jours avant le début des travaux. Le CISSCT

est composé des représentants de tous les intervenants sur le chantier. Ce collège est présidé par le coordonnateur SPS et a pour mission de contribuer à la coordination des mesures pour le respect des règles de sécurité et de santé et de vérifier le respect de l'ensemble des règles prescrites.

4- Le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO)

Le DIUO comprend l'ensemble des documents tels que les plans et notes techniques afin de faciliter la prévention des risques professionnels lors d'interventions ultérieures sur l'ouvrage. Il a pour objectif de faciliter les travaux d'entretien, de modifications ou de maintenance ultérieure sur l'ouvrage.

B- Responsabilité du coordonnateur en matière de sécurité et protection de la santé

Chaque intervenant dans l'opération de construction est responsable de la sécurité de son personnel et de son matériel. La responsabilité du coordonnateur SPS ne peut donc être recherchée en cas de non respect de cette obligation par les entreprises. En ce qui concerne la garantie décennale du coordonnateur SPS, le CE a précisé que le coordonnateur, bien qu'il soit titulaire d'un contrat de louage d'ouvrage, est uniquement chargé d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui travaillent sur le chantier. Il ne peut donc être considéré comme un constructeur dès lors qu'il n'est pas chargé de la conception ou de la réalisation de l'ouvrage⁴¹.

Paragraphe 3 : L'ordonnancement, pilotage et coordination (OPC)

La mission d'OPC a pour objectif l'optimisation des délais de l'opération, le contrôle et le suivi de l'avancement et la coordination entre les différents intervenants. Cependant, il peut arriver que des confrontations existent entre l'OPC et le coordonnateur en matière de sécurité, protection et santé qui désirent préserver la sécurité des travailleurs. Ainsi, l'OPC en voulant faire respecter les délais d'exécution du marché peut faire intervenir plusieurs entreprises simultanément sans tenir compte

⁴¹ CE 16 juin 1998, avis n° 362051

des risques que cette co-activité peut créer. Pour mieux organiser les relations entre le coordonnateur SPS et l'OPC, une proposition a donc été faite par Jacques Armand et Pierre Haxaire dans leur ouvrage en proposant « de confier les deux missions à la même personne, par deux contrats différents »⁴²

Paragraphe 4 : Le programmeur

Le programmeur intervient en qualité d'assistant à maîtrise d'ouvrage pour l'élaboration du programme. Il aide le maître d'ouvrage dans la définition précise des besoins afin d'éviter des travaux supplémentaires en cours d'exécution. Prévu à l'article 2 de la loi MOP, « le maître d'ouvrage peut confier les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle à une personne publique ou privée ». Le programmeur peut se voir confier un ensemble de missions allant de la réalisation des études pré-opérationnelles au suivi de la conception de l'ouvrage. Il apporte son assistance générale au maître d'ouvrage afin que les éléments essentiels de l'opération envisagée puissent être pris en compte dès le stade de l'élaboration du programme. Après la réalisation des études pré-opérationnelles et du pré-programme, l'assistance du programmeur s'étend à la procédure de consultation du maître d'œuvre et des entrepreneurs et au cours de la réalisation des ouvrages afin de s'assurer que l'ensemble des objectifs définis dans le programme a bien été respecté. Cependant, les études de programmations réalisées par le programmeur demeurent sous la responsabilité du maître d'ouvrage qui doit être associé à toutes les étapes.

⁴² Coordonner une opération de travaux, Editions le moniteur, 3^{ème} édition, 1999

**DEUXIEME PARTIE : L'EXTERNALISATION DE
LA MAÎTRISE D'OUVRAGE AU PROFIT DU
SECTEUR PRIVE**

Dans le cadre de la mise en œuvre de leurs politiques publiques, les collectivités territoriales ont recours à plusieurs modes contractuels. Dans un contexte économique marqué par la baisse des dotations des collectivités locales, elles ont de plus en plus recours à des financements privés pour mettre en œuvre leurs projets. Le recours au secteur privé a également eu pour objet de palier aux problèmes de manque de compétence et de personnels qualifiés au sein des collectivités territoriales. C'est ainsi que s'est développée la maîtrise d'ouvrage privé dans les constructions publiques. Cependant, le maître d'ouvrage privé assume le risque financier de l'opération et n'est pas soumis aux dispositions de la loi « MOP » et du Code des marchés publics pour la réalisation de l'opération. Le recours à la maîtrise d'ouvrage privée pourrait donc être perçu comme un contournement par les personnes publiques des règles issues de la loi « MOP ». M. Jean-Guy Branger a adressé en ce sens une question écrite⁴³ au premier ministre dans laquelle il attirait son attention sur les inquiétudes des architectes suscitées par la multiplication de constructions de bâtiments à l'usage exclusif de services de l'Etat par des promoteurs privés avec de l'argent privé. En effet, dans sa lettre, il demande au premier ministre de lui faire savoir si le Gouvernement envisage d'appliquer la loi « MOP » sans dérogation à la maîtrise d'ouvrage privée agissant pour le compte de l'Etat. Son inquiétude est due au fait que la maîtrise d'ouvrage privée dépossède les services de l'Etat de leur rôle de maître d'ouvrage et entraîne par conséquent la non application de la loi « MOP » et du Code des marchés publics. Cette situation ne favorise donc pas la concurrence car le promoteur privé choisit librement ses intervenants. Dans la réponse du ministère de l'équipement, il est précisé que lorsque le maître d'ouvrage construit un équipement public pour ses besoins propres, il doit respecter le Code des marchés publics et la loi « MOP » et doit exercer ses responsabilités

On remarque un réel paradoxe entre la loi « MOP » qui oblige les personnes publiques à exercer leur rôle de maître d'ouvrage et ces dernières qui recourent à des montages contractuels complexes réalisés sous maîtrise d'ouvrage privée pour la réalisation des ouvrages publics dont elles ont l'initiative. Quelles sont donc les conséquences de la maîtrise d'ouvrage privée sur l'application des dispositions de la loi « MOP »? (Chapitre 1) Et quel avenir pour la loi « MOP » avec les nouvelles

⁴³ Question écrite n° 33869 de M. Jean-Guy Branger (Charente-Maritime – UMP) publiée dans le JO Sénat du 21/06/2001- page 2042

réformes intervenues dans les marchés publics notamment sous l'influence des directives européennes (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES CONSEQUENCES DE LA MAITRISE D'OUVRAGE PRIVEE SUR L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DE LA LOI « MOP »

La qualité de maître d'ouvrage d'une personne dans une opération de travaux est déterminée en fonction du rôle joué dans la direction technique de l'opération ou de la qualité de propriétaire qu'il acquiert à la fin des travaux.

Dans le cadre des montages contractuels complexes, le financement de l'opération ainsi que la maîtrise d'ouvrage sont transférés au partenaire privé pour la réalisation des travaux. Cette qualité de maître d'ouvrage transférée au partenaire privé lui laisse une très grande marge de manœuvre dans la réalisation des travaux. Il peut donc conclure librement les contrats nécessaires à l'ouvrage sans être obligé de respecter les règles du Code des marchés publics et de la loi « MOP ». Le pouvoir de contrôle de l'administration est donc limité. Cela a été confirmé par un jugement de la Cour administrative d'appel de Marseille qui juge que : *« Considérant qu'il était stipulé que la commune de Draguignan n'assurerait pas la direction technique des actions de construction, ne deviendrait propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne jouerait ainsi, ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage ; que si la collectivité locale bailleuse dispose d'un pouvoir de contrôle et de direction sur l'emphytéote, et de la faculté de vérifier à tout moment que ce dernier se comporte conformément aux dispositions contractuelles, ce pouvoir doit respecter les prérogatives reconnues à l'emphytéote dans la direction des travaux à réaliser, eu égard à sa qualité de maître d'ouvrage »*⁴⁴

Le principe de liberté contractuelle laisse un libre choix aux personnes publiques dans la détermination des contrats nécessaires à la passation de leurs marchés. Ainsi, même si la loi « MOP » impose aux personnes publiques d'exercer leur rôle de maître d'ouvrage pour la réalisation des travaux publics, la réalisation d'équipements publics peut se faire sous maîtrise d'ouvrage privée en ayant recours à des montages contractuels complexes (section 1). Cependant, le recours à ces modes contractuels ne doit pas être perçu comme un détournement des procédures du Code

⁴⁴ CAA Marseille 09 juillet 2007, Commune de Draguignan, n° 04MA02009

des marchés publics et des dispositions de la « MOP » (section 2).

Section 1 : La réalisation d'équipements publics sous maîtrise d'ouvrage privée

L'article 2 de la loi « MOP » définit le maître d'ouvrage comme « *la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre* ». Cependant, lorsque le financement des constructions est assuré par une personne privée, la question de la maîtrise d'ouvrage est souvent source de contentieux entraînant de ce fait des risques de requalification. Le conseil d'Etat a donc identifié dans l'arrêt SA Sofap-Marignan Immobilier relatives à la passation d'un bail emphytéotique administratif (BEA), les critères d'identification du maître d'ouvrage. Le bail emphytéotique administratif est un mode contractuel auquel peuvent avoir recours les personnes publiques en vue de la réalisation d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Prévu à l'article 1311-2 du code général des collectivités territoriales, « *un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L.451-1 du Code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice de culte ouvert au public ou en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ou, à l'exception des opérations réalisées en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice de culte ouvert au public, de leur restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur de ce bien ou, jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou, jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif* ».

Cependant, c'est l'emphytéote qui assure la direction des travaux et prend en charge le financement de l'opération. L'ensemble des contrats nécessaires à la réalisation de l'opération est donc conclu par lui.

Dans cette affaire, le Conseil municipal de la Ville de Lille a autorisé le Maire à signer avec la SCI Desrousseaux un bail emphytéotique d'une durée de 65 ans ; cette dernière était chargée de réaliser sur le terrain communal un bâtiment destiné pour partie à l'extension de l'Hôtel de ville, pour partie à abriter des bureaux privés. La société devait louer à la ville les surfaces répondant à ses besoins contre versement d'un loyer et l'ensemble du bâtiment revenant à la ville à la fin du bail. Le tribunal administratif a annulé la délibération autorisant la passation du bail parce que l'opération constituait un marché de travaux de publics entraînant donc de ce fait l'application de la loi « MOP ». Le Conseil d'Etat a annulé ce jugement et a rappelé les critères d'identification du maître d'ouvrage dans une opération de travaux. Elle juge donc que « *dans l'opération ainsi entreprise, la ville de Lille n'assurera pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne jouera ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages, ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage ; que par suite l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne présente pas, même si une partie des ouvrages répond aux besoins de la ville de Lille, le caractère d'une opération de travaux publics* »⁴⁵. Ainsi, dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif, seul le titulaire du contrat assure la maîtrise d'ouvrage des travaux car la collectivité n'assure pas la direction technique des travaux et ne devient propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail. Dans un avis du 31 janvier 1995, le conseil d'Etat est venu confirmer sa position exprimé dans l'arrêt SA Sofap-Marignan Immobilier. Elle identifie deux critères essentiels de la qualité de maître d'ouvrage d'une personne publique « d'une part elle doit assurer la direction technique des actions de constructions, d'autre part, elle doit devenir propriétaire de l'ouvrage à la date de son achèvement »

Cependant, dans un montage contractuel complexe, même si la personne publique n'assure pas la direction technique des opérations de construction, il peut, néanmoins, définir dans le programme une partie de ses besoins que le cocontractant privé doit prendre en compte dans la réalisation des travaux. Le contrat peut donc prévoir un contrôle de la personne publique afin de s'assurer du respect des différentes exigences du programme par son cocontractant. Cette faculté a été admise par la Cour administrative d'appel de Marseille qui juge que « *dans l'opération ainsi*

⁴⁵ CE, section, 25 février 1994, n° 144641 et 145406, Société Sofap-Marignan Immobilier

*entreprise, la commune de Hyères ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'aux termes du bail ; que si les cahiers des charges annexés aux baux emphytéotiques prévoient que la commune exerce un contrôle technique des travaux, ce pouvoir de contrôle ne peut être regardé comme un pouvoir de direction technique de l'opération de construction ; que, dans ces conditions, la commune ne peut être regardée comme assumant les droits et les obligations du maître d'ouvrage, ni pendant la réalisation des travaux, ni avant le terme fixé par le bail ».*⁴⁶

Vu que l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique entraîne la qualification de marché public de travaux et par conséquent l'application des règles du Code des marchés publics, les personnes publiques ont tendance à avoir recours à la maîtrise d'ouvrage privée pour contourner l'application de ces règles. Néanmoins, le fait de recourir à une maîtrise d'ouvrage privé dans le seul but d'éviter l'application des règles du Code des marchés publics caractérise un détournement de procédure et est fortement sanctionné par la jurisprudence.

Section 2 : Le risque de détournement de procédure

La liberté contractuelle permet aux collectivités locales d'avoir recours aux différents modes contractuels et également aux secteurs privés pour la réalisation des constructions publiques. Le recours au secteur privé à travers des contrats de partenariat public privé permet donc une fluidité et une accélération des procédures liées à la réalisation des ouvrages. Ces derniers n'étant pas soumis aux contraintes administratives, réglementaires et législatives de l'administration publique. Cette liberté trouve, cependant, une limite liée au fait que le recours au secteur privé pour la réalisation des équipements publics ne doit pas être utilisé par les personnes publiques pour contourner les dispositions du Code des marchés publics. Le Conseil d'Etat a rappelé dans le cadre d'un contentieux lié au recours à la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) pour la construction de l'Hôtel de la région Midi-Pyrénées, les conditions permettant d'éviter le risque d'un détournement de procédures. La VEFA prévue à l'article 1601-3 du Code civil est « un contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol, ainsi que la propriété des

⁴⁶ CAA Marseille, 17 mai 1999, n° 96MA02271, Commune de Hyères

constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de l'avancement des travaux.»

Dans cette affaire, la région Midi-Pyrénées avait conclu avec un promoteur privé un contrat par lequel le promoteur vendait à la région un immeuble en état futur d'achèvement destiné à l'hôtel de la région. Ce montage contractuel a été sanctionné par le conseil d'Etat qui a jugé que *« si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement prévu à l'article 1601-3 du code civil, elles ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même, pour le compte de la collectivité, d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres »*⁴⁷.

A travers le jugement du Conseil d'Etat, le détournement de procédure était caractérisé dans cette opération dès lors que l'immeuble est destiné à devenir entièrement la propriété de la personne publique et a été conçu en fonction de ses besoins propres.

Ces critères ont été plus explicités dans un avis du conseil d'Etat rendu en 1995 et dans lequel il précise en guise de réponse à la question n° 8 posée par le ministre de l'intérieur et de l'Aménagement du territoire que : *« En principe, une personne publique peut utiliser pour la construction d'un ouvrage sur un terrain dont elle n'a pas la propriété, la vente en l'état futur d'achèvement. Le recours à ce type de contrat cesse toutefois d'être licite, car il constituerait alors un détournement de procédure au regard des dispositions du Code des marchés publics et de celles de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique, lorsque tout à la fois, l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble pour le compte de la personne publique en cause, l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et qu'il a enfin été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique. Ces diverses conditions jouent de façon cumulative. Il s'ensuit que le recours à la vente en*

⁴⁷ CE, Section 08 février 1991, n° 57679, Région Midi-Pyrénées

l'état futur d'achèvement est licite pour la réalisation d'un commissariat de police dès lors que sa réalisation ne constitue qu'une partie d'un immeuble destiné pour sa grande part à d'autres propriétaires. Il en va ainsi alors même que l'Etat demanderait que soient prises en compte au stade de la conception du bâtiment des spécifications techniques particulières correspondant aux besoins de ses services de police »⁴⁸.

On peut déduire donc de cet avis du conseil d'Etat que le recours à la VEFA est licite si essentiellement 3 conditions cumulatives sont réunies :

- l'objet de l'opération n'est pas la construction même d'un immeuble pour le compte de la personne publique
- l'immeuble ne doit pas être destiné à devenir la propriété de la seule personne publique
- l'immeuble ne doit pas avoir été conçu en fonction des ses besoins propres.

Ces critères dégagés par le conseil d'Etat dans le cadre du recours à la VEFA par les personnes publiques valent pour tous les autres montages contractuels complexes qui transfèrent la maîtrise d'ouvrage à la personne privée.

⁴⁸ Conseil d'Etat, 31 janvier 1995, n° 356960

CHAPITRE 2 : L'AVENIR DE LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE

La maîtrise d'ouvrage, critère essentiel dans la réalisation des marchés publics de travaux, tend à disparaître. L'adoption de la nouvelle ordonnance 2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics supprime le critère de la maîtrise d'ouvrage dans la définition des marchés de travaux. Cette révolution est issue notamment de la transposition des directives européennes qui n'ont d'ailleurs jamais reconnu le critère de la maîtrise d'ouvrage dans les marchés publics de travaux. Que reste-t-il donc du critère de la maîtrise d'ouvrage publique trente ans après l'adoption d'une loi très célèbre qu'est la loi «MOP» qui impose aux personnes publiques d'exercer la maîtrise d'ouvrage publique dans la réalisation des constructions publiques. L'étude de ce chapitre sera consacré d'une part à la vision des directives européennes sur le critère de la maîtrise d'ouvrage (section 1) et d'autre part aux modifications apportées par l'ordonnance de 2015 et qui impacte sur la maîtrise d'ouvrage publique (section 2).

Section 1 : La notion de maîtrise d'ouvrage perçu par les directives européennes

Contrairement au droit français, le droit communautaire ne considère pas l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique comme critère essentiel de la définition des marchés publics de travaux. La directive 2004/18 définit les marchés publics de travaux « comme des marchés publics ayant l'un des objets suivants :

- a) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe II ;
- b) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage ;
- c) la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil permettant de remplir par lui-même une fonction économique et technique ».

Cette définition communautaire qui retient une conception large des marchés publics de travaux a donc pour conséquence de soumettre aux règles communautaires des contrats qui en étaient exclus en droit français. Que renferme donc le critère de la maîtrise d'ouvrage ?

Paragraphe 1 : L'absence du critère de la maîtrise d'ouvrage publique

L'absence du critère de la maîtrise d'ouvrage dans l'identification des marchés publics de travaux a été confirmée par la Cour de justice des communautés européennes. Elle estime que « *le fait que les ouvrages d'équipement sont réalisés par le titulaire du permis en son nom propre, avant qu'il ne les cède à la commune, n'est pas de nature à enlever à cette dernière la qualité de pouvoir adjudicateur par rapport à la réalisation d'un tel ouvrage* »⁴⁹. Ainsi, même si la maîtrise d'ouvrage est assurée par une personne privée, le fait que les ouvrages sont destinés à une personne publique est de nature à entraîner l'application des règles communautaires relatives aux marchés publics. Toutes les conventions réalisées par un entrepreneur ou un promoteur, et qui ont pour objet la réalisation d'un ouvrage public pour le compte d'un pouvoir adjudicateur sont donc considérées comme des marchés publics de travaux au sens du droit communautaire et doivent donc être soumises aux mesures de publicité et de mise en concurrence. Sont donc ainsi considérées comme des marchés publics de travaux au sens du droit communautaire, les VEFA, les contrats de crédit-bail immobilier, les BEA, les contrats comportant occupation privative du domaine public avec constitutions de droits réels et réalisation d'ouvrages publics.

Néanmoins, même si le critère de la maîtrise d'ouvrage est indifférent dans la définition des marchés de travaux, il est nécessaire que les ouvrages soient construits à l'initiative du pouvoir adjudicateur et que ce dernier est déterminé les caractéristiques essentielles.

⁴⁹ CJCE, 12 juillet 2001, n° C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi

Paragraphe 2 : la nécessité d'une initiative publique

L'indifférence du critère de la maîtrise d'ouvrage dans la qualification de marché public de travaux n'entraîne pas pour autant le rejet du critère de l'initiative de l'opération. Ainsi, l'application des règles communautaires relatives au marché public n'est effective qu'après s'être assuré que l'opération envisagée est à l'initiative d'une personne publique ou a été réalisé pour son compte. Ce critère de l'initiative publique a été reconnu aussi bien par la jurisprudence française que communautaire. Le conseil d'Etat a donc retenu la qualification de marché public pour « *un contrat conclu à titre onéreux par une personne publique en vue d'acquérir des biens, travaux ou services dont elle a besoin, qui stipule une rémunération ou un prix ayant un lien direct avec la fourniture d'une prestation individualisée à la collectivité contractante ou avec l'entrée de biens dans son patrimoine* »⁵⁰.

La Cour de Justice des communautés européennes a en ce sens condamné l'Allemagne pour la non application des procédures de passation des marchés publics de travaux conformément à la directive 93/37/CEE du conseil, alors même que l'ouvrage objet du contrat a été réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Elle en déduit que le critère essentiel est que l'ouvrage soit réalisée conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, peu importe les moyens utilisés en vue de cette réalisation.

Dans cette affaire, la Ville de Cologne avait conclu avec une société d'investissement privée un contrat portant sur la location, pour la première, de halls d'exposition à construire par la seconde, et dans laquelle ces halls seront sous-loués par la ville à une société de droit privé dont l'objet est d'organiser des foires et des expositions. La cour juge « *qu'il convient de relever que le contrat principal, conclu le 6 août 2004 entre la Ville de Cologne et GKM-GbR, est formellement qualifié de « contrat de location » et qu'il contient effectivement des éléments relevant d'un contrat de location. Toutefois, force est de constater que, à cette date, la construction des ouvrages en question n'avait même pas été entamée. Par conséquent, ce contrat ne pouvait pas avoir comme objectif immédiat la location d'immeubles dont la construction n'avait pas encore commencé. Ainsi l'objectif prioritaire de ce contrat ne pouvait logiquement être que la construction desdits ouvrages, qui devraient par la*

⁵⁰ CE, Avis n° 370169 du 18 mai 2004

suite être mis à la disposition de la ville de Cologne par le biais d'une relation contractuelle qualifiée de « contrat de location »..... Il convient de constater que les ouvrages concernés ont été réalisés conformément aux spécifications très détaillées explicitées par la Ville de Cologne dans le contrat principal. Il ressort de ce contrat et de ses annexes que lesdites spécifications, qui se rapportent à un descriptif précis des bâtiments à construire, de leur qualité et de leurs équipements, vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure »⁵¹.

Dans les conclusions présentées le 17 novembre 2009 dans l'affaire C-451/08, Helmut Müller GmbH contre Bundsanstalt für Immobilienaufgaben, l'avocat général Paolo Mengozzi revient de façon très explicite sur les critères d'identification des marchés publics de travaux. Il affirme qu'« *un marché public de travaux ou une concession de travaux publics au sens de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 suppose l'existence d'un lien direct entre le pouvoir adjudicateur et les travaux ou les ouvrages à réaliser. Ce lien direct peut consister, notamment, dans le fait que l'ouvrage a vocation à être acquis par l'administration publique, ou qu'il fournit à celle-ci un avantage économique direct, ou bien encore dans le fait que le pouvoir adjudicateur a pris l'initiative de la réalisation ou supporte au moins en partie les coûts y afférents* »

Section 2 : La notion de maîtrise d'ouvrage perçu par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Au nombre des réformes apportées par la nouvelle ordonnance, celles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique concernent essentiellement l'abandon du critère de la maîtrise d'ouvrage dans les marchés publics de travaux (paragraphe 1), le regroupement des contrats de "type partenariat public privé" en une catégorie unique que forme les marchés de partenariat (paragraphe 2) et l'assouplissement des conditions de recours aux contrats globaux (paragraphe 3).

⁵¹ CJCE 29 octobre 2009, Commission/ République Fédérale d'Allemagne

Paragraphe 1 : L'abandon du critère de la maîtrise d'ouvrage dans la définition des marchés publics de travaux par l'ordonnance du 23 juillet 2015

La directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 relatives aux marchés publics a été transposée en droit français par l'ordonnance 2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Le principal objectif de cette ordonnance est de rassembler en un seul texte unique, les règles applicables aux contrats considérés comme des marchés publics au sens des directives européennes. Ainsi, on compte au nombre des nouveautés apportées par cette nouvelle ordonnance l'abandon du critère de la maîtrise d'ouvrage dans la définition des marchés publics de travaux. L'article 4 de l'ordonnance de 2015 relative aux marchés publics définit les marchés publics de travaux comme ayant pour objet «soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ; soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ».

Le critère de la maîtrise d'ouvrage n'existe plus dans la nouvelle définition des marchés publics de travaux, le critère essentiel de distinction des marchés publics de travaux est lié au fait que les ouvrages soient construits pour répondre aux besoins et exigences du pouvoir adjudicateur peu importe le moyen de réalisation. Ce qui aura donc pour conséquence de faire rentrer dans la catégorie des marchés publics de travaux plusieurs contrats qui en étaient exclus. Ainsi, les contrats de partenariat public-privé, les baux emphytéotiques administratifs, les ventes en l'état futur d'achèvement, les autorisations d'occupation domaniale constitutifs de droits réels, soumis au régime de la maîtrise d'ouvrage privée et dans lesquelles le rôle de maître d'ouvrage incombait au partenaire privé seront désormais soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence pour leur passation. Tous ces contrats ont été regroupés dans une nouvelle catégorie qui constitue les marchés de partenariat. Les marchés de partenariat même s'ils respectent les procédures de publicité et de mise en concurrence, demeurent soumis au régime de la maîtrise d'ouvrage privée. Les pouvoirs adjudicateurs ne seront donc plus obligés d'exercer le rôle de maître d'ouvrage pour la passation de leurs marchés de travaux.

Paragraphe 2 : Les marchés de partenariat

L'unification par l'ordonnance de 23 juillet 2015 des différents contrats exercés sous maître d'ouvrage privé a pour objet de créer une sécurité juridique autour de leurs passations. Pour mettre fin au risque de requalification lié à la passation de ses contrats, ils ont donc été regroupés en une catégorie unique qui constitue les marchés de partenariat.

Prévu à l'article 67, un marché de partenariat a pour objet « la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général » ainsi que « tout ou partie de son financement »⁵².

On remarque que l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, qui faisaient partie des missions obligatoires à confier au partenaire privé et prévu par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat relève désormais des missions facultatives dans l'ordonnance de 2015. L'ordonnance prévoit aussi désormais la possibilité de ne confier au partenaire privé qu'une partie du financement de l'ouvrage afin de réduire considérablement les frais financiers qu'elle pourrait générer.

Les conditions de recours au marché de partenariat ont été allégées. Désormais, à la place des trois conditions de recours au contrat de partenariat que sont l'urgence, la complexité et le bilan coût-avantage, l'ordonnance prévoit que « *la procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage.* »⁵³

⁵² Article 67 ordonnance du 23 juillet 2015.

⁵³ Article 75 ordonnance du 23 juillet 2015

Afin de renforcer l'implication des personnes publiques dans les marchés de partenariat, la loi du 1^{er} juillet 2014 permet la création de sociétés d'économie mixte à opération unique. Ces sociétés traduisent en droit français les critères du partenariat public privé institutionnalisé dégagé par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt du 15 octobre 2009 Acoset SpA. Les personnes publiques pourront donc participer au financement des investissements par un apport au capital de la société projet créée en vue de la réalisation d'une opération.

L'ensemble des marchés de partenariat est désormais soumis à des mesures de publicité et de mise en concurrence. Le seul critère qui les distingue des marchés publics de travaux est le préfinancement des ouvrages par le partenaire privé.

Les personnes publiques ne peuvent plus avoir recours aux baux emphytéotiques administratifs (BEA) ou aux autorisations d'occupations temporaires du domaine public constitutives de droits réels pour réaliser des travaux répondant à leurs besoins. Elles doivent désormais recourir au marché de partenariat en respectant les exigences de publicité et de mise en concurrence.

Paragraphe 3 : Les contrats globaux

Une autre nouveauté apportée par l'ordonnance de 2015 concerne les contrats globaux. Cette ordonnance a assoupli les conditions de recours aux contrats globaux afin de permettre aux personnes publiques de les privilégier par rapport aux contrats de partenariat qui sont exécutés sous maîtrise d'ouvrage privée. Dans le cadre des contrats globaux le pouvoir adjudicateur conserve son rôle de maître d'ouvrage public dans l'opération et la rémunération du cocontractant ne fait pas l'objet d'un paiement différé. L'ordonnance prévoit désormais trois types de contrat globaux : les marchés publics globaux de conception-réalisation, les marchés publics globaux de performance et les marchés publics globaux sectoriels.

En ce qui concerne les conditions de recours au marché de conception-réalisation, l'article 33 de l'ordonnance de 2015 prévoit que « *les acheteurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 ne peuvent recourir à un marché public de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité*

énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. ». Cependant, l'ordonnance ne précise pas ce que sont les motifs d'ordre technique de recours au marché de conception-réalisation contrairement à l'article 37 du Code des marchés publics, ce qui laisse donc une large liberté aux personnes publiques d'en déterminer le contenu.

Aussi, l'article 34 de l'ordonnance prévoit que *« les acheteurs publics peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en terme de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performances mesurables. »* Désormais, la seule condition de recours aux marchés publics de performance est relative aux engagements de performance mesurables. Or, précédemment à l'ordonnance, les marchés de réalisation et exploitation ou de maintenance (REM) et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (CREM) prévues aux articles 73. I et 73. II du Code des marchés publics, lorsqu'ils comprenaient la réalisation de travaux, l'entrepreneur ne pouvait être associé à la conception de l'ouvrage que pour *« la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37 »*.

Toutes ces mesures de libéralisation des marchés publics globaux pourront donc permettre aux personnes publiques d'y avoir plus facilement recours et ainsi exercer le rôle de maître d'ouvrage au lieu de l'externaliser au profit du secteur privé.

Cependant, ces contrats globaux constituent toujours un frein aux principes fondamentaux de la commande publique et à l'accès des PME à la commande publique car au nombre des exceptions à la règle de l'allotissement érigée en principe général par l'ordonnance de 2015 figurent les contrats globaux. L'article 32 de l'ordonnance de 2015 prévoit donc que : *« sous réserve des marchés publics globaux mentionnées à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes »*.

CONCLUSION

Plusieurs outils contractuels issus du droit public ou emprunter au droit privé sont à la disposition des personnes publiques pour la réalisation des constructions publiques. Malgré l'obligation faite aux personnes publiques d'assurer la maîtrise d'ouvrage dans la réalisation de leurs constructions, ces dernières procèdent à une externalisation de ces missions pour diverses raisons aussi bien technique que financière. Le problème lié à cette externalisation est que les personnes publiques s'éloignent de plus en plus de la maîtrise d'ouvrage publique. D'abord, en ayant recours à des mandataires pour agir en leurs noms et pour leurs comptes ou en se faisant aider par des assistants à maîtrise d'ouvrage. Ensuite, ils ont recours à la maîtrise d'ouvrage privée pour la réalisation de leurs projets à travers les contrats de partenariat, les concessions etc.

Le recours à un mandataire, à un contrôleur technique ou à des assistants à maîtrise d'ouvrage reste encadré par les dispositions de la loi MOP, ce qui n'est pas le cas lorsque les personnes publiques ont recours à une maîtrise d'ouvrage privée. Ces contrats de partenariat exercé sous maîtrise d'ouvrage privé ont subi de nombreuses critiques et même qualifiés de "bombe à retardement" compte tenu de nombreux frais financiers qu'ils génèrent et aussi de la non soumission de ses contrats aux mesures de publicité et de mise en concurrence du Code des marchés publics. L'avantage du recours à la maîtrise d'ouvrage privé est sans doute lié à la responsabilisation du partenaire privé, au développement des nouvelles techniques d'innovation, au respect des délais et à la garantie de maintenance sur les ouvrages réalisés.

Cependant, l'ordonnance de 2015 dans le cadre de la transposition des directives européennes est venue opérer une refonte générale des contrats exercés sous maîtrise d'ouvrage privée en créant une catégorie unique de marché de partenariat. L'ordonnance de 2015 en venant supprimer le critère de la maîtrise d'ouvrage dans la définition des marchés publics de travaux et en regroupant tous ces montages contractuels complexes utilisés par les personnes publiques pour la réalisation des équipements publics, vient imposer désormais le respect du Code des marchés publics. On assistera moins au risque de détournement de procédure.

Néanmoins, toutes ces modifications apportées par l'ordonnance de 2015 qui concernent, d'une part, l'encadrement des contrats passés sous maîtrise d'ouvrage privé et, d'autre part, l'assouplissement des conditions pour y recourir aura pour conséquence d'en favoriser leurs utilisations par les personnes publiques. Ce qui entraînera donc malheureusement l'éloignement des personnes publiques de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique pour la réalisation des constructions publiques. La loi « MOP » n'aura donc plus toute son utilité puisque les personnes publiques préféreront avoir recours à la maîtrise d'ouvrage privée.

Même si le critère de la maîtrise d'ouvrage n'est plus déterminant dans la définition des marchés publics de travaux, l'ordonnance de 2015 n'as pas pour autant écarté les dispositions de la loi MOP car on y retrouve l'assouplissement des conditions de recours à des contrats globaux, l'affirmation de l'interdiction de cumuler les missions de conception et de réalisation au sein d'un même contrat. Les marchés publics globaux qui permettent aux personnes publiques de conserver leur rôle de maîtrise d'ouvrage publique dans la réalisation des constructions et d'avoir plus de contrôle sur l'opération restent un espoir pour la survie de la loi « MOP » et la préservation du principe selon lequel les personnes publiques doivent exercés leurs rôles de maitre d'ouvrage dans la réalisation de leurs constructions.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages

- SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, 3ème édition, Le Moniteur
- FOULQUIER Norbert, *Droit Administratif des biens*, LexisNexis
- COUETTE Bertrand, *Guide pratique de la loi MOP*, 2ème édition, Eyrolles
- TAILLAN Jean-Baptiste, *Dictionnaire de la maîtrise d'ouvrage d'ouvrage publique et privée*, Editions du Moniteur, 2015
- GRANGE Claude, *La loi MOP*, 2ème édition, Editions Le Moniteur
- WYCKOFF Grelier, *Pratique du droit de la construction – Marchés publics et privés*, Patricia EYROLLES, 5ème édition 2007
- MIQCP, *Programmation des constructions publiques*, 2ème édition, Editions Le Moniteur
- CLEMENT Jacques et COUFFLIGNAL Daniel, *Coordination de sécurité et de protection de la santé*, 2ème édition, Editions Le Moniteur

II- Articles et chroniques

- « La loi MOP Bilans et perspectives », *contrats publics* n°87, avril 2009
- LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre « Que reste-t-il de la loi MOP ? A propos de la délégation de la maîtrise d'ouvrage », *Contrats et marchés publics* Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur, octobre 2009
- CHARBONNEAU Cyrille, « La responsabilité des maîtres d'ouvrage

délégués », RDI 2011, Page 20

- JOUGUELET Jean-Pierre « Maîtrise d'ouvrage publique : généralités », Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud ,2013
- BRACONNIER Stéphane – Jean-David Dreyfus – Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud Dossier 412 – « Marchés publics de travaux : parties au marché » ,2013 Dalloz Action Droit de la construction
- TIRARD Michel, « Le domaine de la maîtrise d'ouvrage déléguée », RDI 1996, p.451
- BRACONNIER Stéphane, « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat » AJDA 2015. 1795
- LLORENS François, Typologie des contrats de la commande publique Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2005,
- TERNEYRE Philippe « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs » AJDA 1996. 84

III- Conclusions

M. PAOLO Mengozzi Conclusions de l'Avocat général présentées le 17 novembre 2009, Affaire C- 451/08 Helmut Müller GmbH contre Bundesanstalt für Immobilienaufgaben

IV- Sites Internet

- <http://curia.europa.eu>
- <http://www.legifrance.gouv.fr>
- <http://www.lemoniteur.fr>
- <http://www.marche-public.fr>
- www.archi.fr/MIQCP
- www.dalloz.fr

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	2
LISTE DES ABREVIATIONS	3
SOMMAIRE.....	5
INTRODUCTION.....	6
PREMIERE PARTIE : LES DIFFERENTES FORMES DE DELEGATION DE LA MAÎTRISE D’OUVRAGE PUBLIQUE	10
CHAPITRE 1 : LES MISSIONS PROPRES DU MAÎTRE D’OUVRAGE	12
Section1 : L’élaboration du programme	13
Section 2 : La détermination de l’enveloppe financière	17
CHAPITRE 2 : LE RECOURS A DES TIERS DANS L’EXERCICE DE LA MAÎTRISE D’OUVRAGE.....	20
Section 1 : Le mandat de maîtrise d’ouvrage.....	20
Section 2 : La conduite d’opération	32
Section 3 : Les assistants à maîtrise d’ouvrage.....	36
DEUXIEME PARTIE : L’EXTERNALISATION DE LA MAÎTRISE D’OUVRAGE AU PROFIT DU SECTEUR PRIVE.....	44
CHAPITRE 1 : LES CONSEQUENCES DE LA MAITRISE D’OUVRAGE PRIVEE SUR L’APPLICATION DES DISPOSITIONS DE LA LOI « MOP »	47
Section 1 : La réalisation d’équipements publics sous maîtrise d’ouvrage privée	48
Section 2 : Le risque de détournement de procédure.....	50
CHAPITRE 2 : L’AVENIR DE LA MAÎTRISE D’OUVRAGE PUBLIQUE	53
Section 1 : La notion de maîtrise d’ouvrage perçu par les directives européennes	53
Section 2 : La notion de maîtrise d’ouvrage perçu par l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.....	56
CONCLUSION	61

BIBLIOGRAPHIE.....63

TABLE DES MATIERES.....65