

FAUT-IL SUPPRIMER LA REFERENCE A LA MAITRISE D'OUVRAGE DANS LA DEFINITION DU MARCHE PUBLIC DE TRAVAUX ?

par Etienne Fatôme et Laurent Richer

Professeurs à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Depuis 2001, la définition du marché de travaux, qui figure à l'article 1^{er} du Code des marchés publics, renvoie à la notion de maîtrise d'ouvrage public : « les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage ». Il s'ensuit que si la personne publique n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage, le contrat qu'elle passe pour la réalisation de travaux n'est **donc pas un marché de travaux au sens du** code des marchés publics.

Cette solution n'est pas une innovation du code ; elle résulte d'une interprétation libérale du Conseil d'Etat qui a admis que le code des marchés publics ne s'applique pas lorsque la collectivité publique commande un ouvrage, sans, pour autant, exercer elle-même la maîtrise d'ouvrage. Voilà qui pouvait sembler étonnant au regard de l'article 2 de la loi MOP du 12 juillet 1985, selon lequel la personne publique « pour laquelle l'ouvrage est construit » remplit une fonction d'intérêt général dont elle ne peut se démettre et a donc l'obligation d'exercer la maîtrise d'ouvrage. Mais, de façon assez constructive, le Conseil d'Etat a considéré que des ouvrages bien que construits à la demande d'une personne publique et pour son usage ne le sont pas « **pour** » cette personne **au sens de la loi MOP** et donc peuvent être réalisés sous une maîtrise d'ouvrage privée (sur tous ces points voir : CE section 25 février 1994 Société SOFAP Marignan, RFDA 1994, 510, concl. Arrighi de Casanova ; D. 1994, 536, note Lombard ; E. Fatôme et P. Terneyre « Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », CJEG 1994, 569 ; Avis Conseil d'Etat 31 janvier 1995, EDCE, n°47, p. 407 ; comm. E. Fatôme et P. Terneyre AJDA 1997, 115, GACE, p. 343).).

Il est résulté de ce qui précède que des contrats ayant pour objet de réaliser des ouvrages à la demande et selon les spécifications d'une personne publique, mais sous maîtrise d'ouvrage privée, par exemple des baux emphytéotiques assortis d'une convention de location à la personne publique de l'ouvrage réalisé par l'emphytéote, ont pu être conclus en dehors des règles de passation et d'exécution du code des marchés publics.

Mais, les membres du Conseil d'Etat et la doctrine ont progressivement pris conscience de ce que la soustraction au code des marchés publics **n'avait pas pour conséquence d'évincer** la directive 93/37 sur les marchés publics de travaux puisque cette directive, comme la directive 2004/18 aujourd'hui, prévoit que «les "marchés publics de travaux" sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs ..., soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » et donc ne fait pas intervenir la notion de maîtrise d'ouvrage.

Dans les cas évoqués ci-dessus où la personne publique charge un opérateur privé d'exercer la maîtrise d'ouvrage, cette dernière porte sur « un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » et, par conséquent, le contrat qui

échappe au code des marchés publics n'en doit pas moins respecter les procédures prévues par le droit communautaire dérivé. Les contrats de construction avec maîtrise d'ouvrage privée peuvent donc constituer des marchés publics de travaux au sens communautaire et être, de ce fait, soumis aux règles de publicité et de concurrence issues de la directive.

La prise de conscience de cette situation a été si bien opérée que les textes récents qui ont mis en place des mécanismes contractuels avec dévolution de la maîtrise d'ouvrage à la personne privée ont placé la passation du contrat sous l'empire des règles imposées par les directives. C'est le cas des lois instituant des « partenariats sectoriels » (loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ; la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ; art. L. 6148-2 et s. CSP), comme de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat. Les contrats conclus en application de ces textes permettent d'exécuter des travaux sous maîtrise d'ouvrage privée ; néanmoins la procédure de passation est globalement la même que si le code des marchés publics s'appliquait.

Le souci de simplification pourrait pousser à supprimer le décalage entre les règles nationales et les règles européennes en éliminant la référence à la maîtrise d'ouvrage par la personne publique dans la définition que le code des marchés donne du marché public de travaux. **C'est la voie qu'emprunte déjà l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, qui reprend la définition communautaire du marché de travaux : « les marchés de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ». Aucune référence n'est faite à la maîtrise d'ouvrage, et ce alors même que certaines des entités visées par l'ordonnance, notamment les EPIC, sont soumises à la loi MOP. Est-il opportun d'opérer la même suppression dans le futur code des marchés publics ?**

Cette suppression ne s'impose pas et elle aurait même des effets négatifs.

Cette suppression n'est pas obligatoire dès lors que la définition du marché public de travaux donnée par le code des marchés publics n'entraîne pas de violation du droit communautaire, puisque, comme on l'a vu, celui-ci est respecté par la transposition des directives dans des textes autres que le code des marchés publics **et devrait l'être si le législateur créait de nouveaux contrats de ce type.**

Bien plus, la suppression envisagée aurait pour résultat d'introduire des incertitudes et complications. En effet, elle aurait pour conséquence que tous les contrats de construction avec maîtrise d'ouvrage privée auraient vocation à être soumis au code des marchés publics, y compris dans ses règles relatives à l'exécution ; il faudrait alors déterminer au cas par cas ce qui dans le régime de chacun des contrats est ou non compatible avec le code, ce qui introduirait un état d'incertitude et de complexité comparable à celui qui existe aujourd'hui en matière de marché public d'assurance, par exemple. **L'article 19 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée offre un exemple de ces inconvénients : le principal objet de l'ordonnance est de définir des règles de passation, mais son article 19 comporte étend aux marchés des EPIC l'interdiction des clauses de paiement différé, dont la portée se trouve de la sorte**

considérablement étendue puisqu'elle s'applique aux marchés de travaux au sens de l'ordonnance, y compris à ceux dans lesquels l'établissement public n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage.

L'introduction de telles complications est d'autant plus inutile que rien, en l'état actuel du droit, n'impose une modification puisque le recours à la maîtrise d'ouvrage privée n'est plus, comme il l'a été jadis, un moyen d'échapper à la publicité et à la mise en concurrence