

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA EN PASSANT PAR LES CESSIONS AVEC CHARGES

COMMENT LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE CONSERVE-T-ELLE SES LEVIERS D'ACTION?

Jean Marc PEYRICAL
Président de l'APASP
Avocat

Porteur de la Chaire Achat Public de l'Université Paris Saclay -



1

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

On fête cette année les 40 ans de
la loi MOP du 12 juillet 1985



Mais revenons sur ses 30 ans et un anniversaire plutôt morose
en 2015, la transposition des directives européennes a amputé la maîtrise d'ouvrage publique d'un de ses rôles
essentiels, celui d'être le critère central de la définition du marché public de travaux

2

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

Comparons les deux définitions, avant et après 2015 :

Code des marchés publics 2006 : « Les marchés publics 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 qui en exerce la maîtrise d'ouvrage »

Code de la commande publique aujourd'hui- article L1111-2 : « Un marché public a pour objet 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 »

Drôle d'anniversaire...et qui n'est pas sans conséquences : on assiste à un développement exponentiel des montages contractuels pour réaliser des équipements publics en dérogation à la loi MOP, voire sans maîtrise d'ouvrage publique et même hors du champ de la commande publique

Concrètement : des écoles, des crèches, des centres de police municipale, des sièges de communes et intercommunalités, des musées ou encore, sans être exhaustif, des bâtiments à usage d'habitat sont de plus en plus réalisés par des procédés contractuels qui dérogent à la loi MOP voire ne sont pas des marchés publics.

Alors, quels sont ces procédés et quels sont les moyens de défense et de résistance de la loi MOP ?

3

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

S'AGISSANT TOUT D'ABORD DES CONTRATS DÉROGEANT À LA LOI MOP

Pour rappel, le principe fondamental de la loi MOP est la séparation des missions de conception et de réalisation des ouvrages

Par conséquent, le maître d'œuvre doit exercer des missions de conception et de suivi d'exécution des marchés de travaux en toute autonomie, sans être en quelque façon que ce soit sous la coupe des entreprises de réalisation des travaux .

Depuis, de l'eau a coulé sous les ponts, et, sans même évoquer les concessions et les marchés globaux dits sectoriels - santé, police, sécurité...- qui restent malgré tout des contrats de la commande publique, les contrats mêlant conception réalisation n'ont cessé de prospérer :

- **Les marchés publics de conception-réalisation en tant que tels**

En vertu de l'article L2171-2 du code de la commande publique, ils permettent à l'acheteur de « confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et la réalisation des travaux »

Ces marchés globaux sont on le sait soumis à des conditions strictes: motifs d'ordre technique ou engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage

À noter: de telles conditions ne sont pas applicables aux marchés de conception-réalisation relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat conclus par les bailleurs sociaux

4

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

S'AGISSANT TOUT D'ABORD DES CONTRATS DÉROGEANT À LA LOI MOP

▪ Les marchés globaux de performance

De tels marchés allient dans un seul contrat des prestations de conception, réalisation et maintenance.

Ils remportent un succès certain dès lors que la rémunération du titulaire doit en partie dépendre de performances à atteindre, ce qui donne un côté dynamique et responsabilisant au contrat mais nécessite la mise en place d'un véritable contract management au sein de la collectivité concernée.

Depuis le 30 mars 2023, il est possible de recourir aux marchés globaux de performance à paiement différé.

Comme leur nom l'indique, ils permettent aux acheteurs d'étaler la rémunération du titulaire du contrat tout au long de son exécution, ce qui revient à un mécanisme de remboursement dès lors que les frais initiaux, notamment d'investissement, sont avancés par ledit titulaire.

Ils ne peuvent néanmoins porter que sur des prestations de rénovation énergétique de bâtiments publics, l'objectif étant que les économies d'énergie en résultant viennent en tout ou partie compenser le remboursement sus-visé.

5

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

S'AGISSANT TOUT D'ABORD DES CONTRATS DÉROGEANT À LA LOI MOP

▪ Les marchés de partenariat

Contrairement aux marchés globaux sus-visés, les marchés de partenariat reposent sur une maîtrise d'ouvrage privée, et permettent donc de bénéficier d'équipements publics hors du champ de la maîtrise d'ouvrage publique.

Ils sont susceptibles d'avoir un champ très large, comprenant des prestations de conception, financement, réalisation, maintenance et exploitation d'activités de service.

Ils s'agit de contrats de préfinancement privé, la collectivité publique étant amenée à procéder au remboursement des frais avancés par le titulaire du contrat; titulaire qui peut par ailleurs percevoir des recettes de compensation sur des activités annexes.

Forts d'un succès assez important - avec de plus les BEA et BEH de l'époque- dans les années 2000-2010, les marchés de partenariat souffrent aujourd'hui d'une réputation difficile et d'une image écornée.

6

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

S'AGISSANT ENSUITE DES CONTRATS HORS LOI MOP

▪ La Vente en l'Etat de Futur Achèvement (VEFA)

La VEFA est un contrat utilisé dans le cadre de la promotion immobilière, qui permet aux acquéreurs de murs d'un ensemble immobilier des les acheter au fur et à mesure de leur réalisation.

Une collectivité publique peut être un de ces acquéreurs, et donc acheter des locaux en vue d'y abriter un de ses services ou activités non seulement sans être maître d'ouvrage des travaux mais aussi sans se soumettre aux règles de la commande publique.

Dans ce cas, et afin d'éviter une requalification, des garde-fous devront être respectés:

- La collectivité ne devra pas être à l'origine de la réalisation de l'ensemble immobilier et des locaux en cause, qui devront relever d'une initiative privée
- Elle ne pourra acquérir qu'une partie des locaux et non leur totalité, les locaux ainsi acquis ne pouvant être physiquement dissociables de l'ensemble à construire
- De tels locaux ne devront pas être aménagés, ce qui relèvera de la compétence de la collectivité

7

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

S'AGISSANT ENSUITE DES CONTRATS HORS LOI MOP

Pour une VEFA jugée légale, V. CAA Nancy 15 avril 2021, Métropole de Metz, concernant l'acquisition du siège de la Métropole ; ou encore CAA Bordeaux, 19 mars 2002, communauté urbaine de Bordeaux, à propos de l'acquisition d'un parc de stationnement jugé légal dès lors qu'il ne concernait qu'une partie d'un ensemble immobilier.

A contrario, V. CAA Lyon, 18 septembre 2025, OPH deux fleuves Rhône Habitat concernant la réalisation du siège de l'office ainsi que d'une agence

La notion d'influence déterminante sur la conception d'un ouvrage a été précisée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 3 avril 2024, SCI Victor Hugo 21: elle doit s'exercer sur l'architecture du bâtiment, sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs; les demandes de l'acheteur concernant l'aménagement des locaux traduisant la aussi son influence déterminante dès lors qu'elles se distinguent en raison de leur spécificité ou de leur ampleur.

A noter qu'il existe aussi les Baux en l'Etat de Futur Achèvement-BEFA

Il s'agit de contrats de location immobilière, utilisés pour des biens qui ne sont pas encore construits ou en cours de construction.

Une collectivité publique peut donc recourir à ce mécanisme pour louer un ouvrage adapté à ses besoins sans concourir à son financement.

Le risque de requalification est ici important, surtout s'il est avéré que la personne publique a pesé sur la conception et/ou la réalisation des travaux de construction de l'équipement objet de la location - CAA Marseille, 27 février 2023, Centre Hospitalier Alpes - Isère, où le versement d'un loyer a été considéré comme un prix été jugé contraire à l'interdiction de paiement différé.

8

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

S'AGISSANT ENSUITE DES CONTRATS HORS LOI MOP

▪ Les Baux privés avec droits réels

Sur leur domaine privé, les collectivités publiques peuvent souscrire des baux à construction ou des baux emphytéotiques qui sont des contrats privés portant sur la réalisation d'équipements privés.

Ils peuvent être considérés comme des outils de valorisation de leur patrimoine dès lors qu'ils redeviendront propriété des collectivités à l'extinction des contrats.

▪ Les cessions avec charges, dans le cadre ou non d'appels à projets

Un tel mécanisme permet aux collectivités publiques de céder un foncier relevant de leur domaine privé, cette cession étant assortie de conditions portant sur sa future affectation et la nature des équipements devant y être réalisés (ensemble de bureaux par exemple, dont une partie pourra être relouée par la collectivité vendeuse)

Cela peut s'effectuer dans le cadre d'un appel à projets- ou appel à manifestation d'intérêts-, procédure de mise en concurrence « ad hoc » qui n'est pas soumise au même formalisme que les contrats de la commande publique.

Comme pour la VEFA et les baux évoqués ci-dessus, de telles cessions avec ou sans appel à projets ne doivent pas traduire des exigences précises de la part de la collectivité publique et apparaître comme répondant à ses besoins, sous réserve d'une éventuelle requalification en marché public de travaux.

Sur les appels à projets aux autres AMI, voir l'avis du Conseil d'Etat, 22 janvier 2019, à propos d'un projet de passerelles innovantes sur la Seine.

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

À PARTIR DE LA QUELS SONT LES MOYENS DE RESISTANCE DE LA LOI MOP ET DE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE?

Pour rappel, le maître d'ouvrage est le responsable principal de l'ouvrage - article L.2411-1 du code de la commande publique-, l'acheteur pour le compte duquel les travaux objet de l'opération sont exécutés par les opérateurs économiques chargés des travaux »- CCAG Maîtrise d'œuvre de 2021.

Le maître d'ouvrage est en règle générale propriétaire du foncier sur lequel doit être réalisé l'ouvrage. Il réalise le programme de ce dernier, le financement, assure la direction technique de sa construction et sa réception.

Non seulement elles peuvent être appelées à partager ou déléguer leur maîtrise d'ouvrage, mais, dans bon nombre de montages susvisés, les collectivités publiques perdent en tout ou partie de telles attributions ; et des équipements publics, destinés à accueillir des services publics, ne sont plus réalisés et réceptionnés, surtout dans les cas où la maîtrise d'ouvrage est transférée à l'opérateur privé.

40 ans après la loi MOP, il y a donc des ouvrages publics, affectés au public et/ou au service public, pour lesquels les collectivités publiques se sont vues dépossédées de leurs attributions.

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

Pour mémoire, cela n'est pas nouveau et c'est même multiséculairement historique, dès lors que l'on sait que tous les réseaux - eau, chauffage, électricité, téléphonie, autoroutes, ponts, tunnels, voies ferroviaires... - ont été réalisés depuis le 19^{ème} siècle via des concessions et donc du financement privé. Et que pour prendre le cas de la ville de Paris, bon nombre de ses places et monuments historiques ont été réalisés et financés depuis la même manière. Sans même évoquer le cas emblématique de la tour Eiffel- bien que, en contrepartie de la concession d'exploitation qui lui a été accordée, Gustave Eiffel a avancé une bonne partie des travaux de réalisation-, le baron Haussmann a conclu avec des opérateurs privés des dizaines de concessions afin de remodeler les rues, boulevards, façades, espaces verts, monuments publics ou encore égouts et systèmes d'adduction d'eau d'une ville passant de 12 à 20 arrondissements.

Comment dès lors, au vu de ces perspectives à la fois historiques et contemporaines, redonner du sens à la maîtrise d'ouvrage publique, pour reprendre une terminologie utilisée par le secrétaire général de la MIQCP dans un article récent?

Comme pour l'achat public, tout ou presque est question d'organisation et de compétence. Afin d'être véritablement responsable de la réalisation d'un ouvrage de A à Z, de la définition du besoin à la réception de l'équipement et au suivi de son cycle de vie, pour mettre pleinement en œuvre les attributions conférées par la loi MOP et faire en sorte qu'elle ne reste pas lettre morte, il faut s'en donner les moyens, ce qui nécessite des engagements sur trois niveaux :

11

DES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX AUX VEFA... Les 40 ans de la loi MOP

- **Niveau politique** : le choix doit être fait, au niveau des édiles locaux notamment, d'un portage de projet en interne avec une maîtrise d'ouvrage forte, quitte à se faire accompagner (maîtrise d'œuvre, AMO)
- **Niveau économique** : les moyens budgétaires adéquats doivent être dégagés pour soutenir et mener à bien un tel portage
- **Niveau juridique** : ce portage doit être effectué par des « sachants », ce qui emporte des obligations en termes de formations initiales et continues et de mise en place d'équipes techniques mais aussi et à nouveau juridiques et financières suffisamment solides et professionnelles

À côté de cela, faut-il reformer la loi MOP, qui ne serait plus adaptée au contexte actuel de la construction publique ?

Le débat est à la fois actuel et ancien - sachant que personne ne s'est vraiment lancé dans la rédaction d'un texte alternatif- mais il ne s'agit certainement pas d'une solution miracle.

Pour paraphraser le sociologue Michel Crozier, ainsi, on ne change pas la société par décret ...

12