

Opération de construction publique : quels modèles contractuels ?

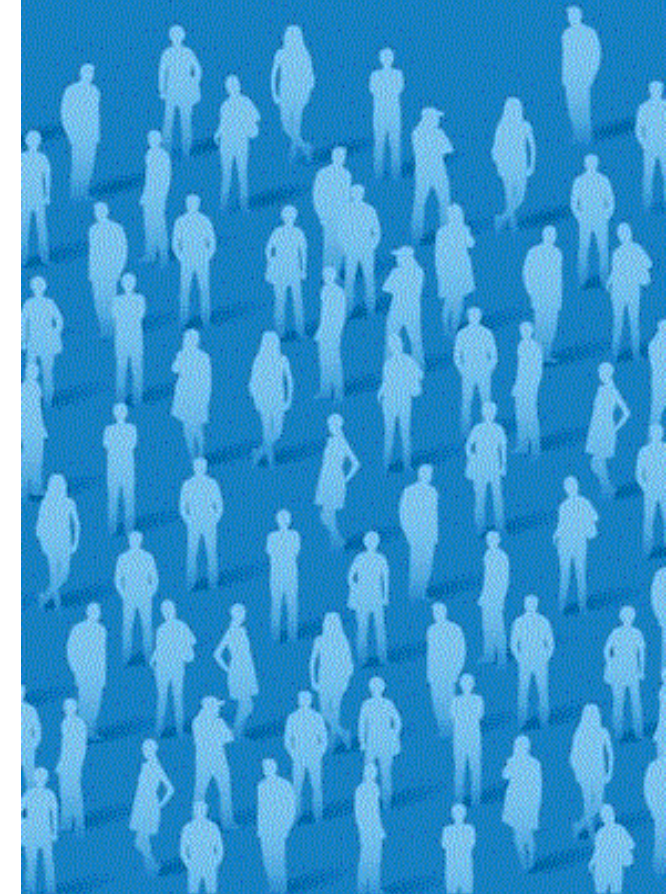
Jean Marc PEYRICAL
Président de l'APASP
Avocat – Maître de conférences

5 février 2024



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com





I - Le mode le plus classique : les marchés publics de travaux

Les marchés publics de travaux

LES MARCHÉS SEPARÉS :

- Maîtrise d'œuvre, avec concours pour les opérations neuves au-delà des seuils européens
- Travaux, avec allotissement obligatoire sauf exception
- Maintenance, sauf si réalisé en interne

LES MARCHÉS GLOBAUX :

- Conception- réalisation, avec des critères restrictifs
- Marchés globaux de performance incluant conception-réalisation-maintenance
- Le cas particulier des marchés globaux de performance avec tiers financement pour la rénovation énergétique des bâtiments publics



II - Le partenariat public-privé

Le partenariat public-privé

Le marché de partenariat est un marché de travaux spécifique du fait de plusieurs éléments :

- À géométrie variable, son périmètre peut être très étendu et comprendre des prestations de conception, réalisation, préfinancement, maintenance, gestion d'activités de service voire de service public
- Sa maîtrise d'ouvrage est privée et non publique
- Les équipements réalisés relèvent de la propriété du titulaire du contrat le temps de la durée de ce dernier
- La collectivité publique utilisatrice des lieux verse au titulaire du contrat un loyer venant rembourser le préfinancement qu'il a pris en charge
- Le titulaire du contrat peut bénéficier de recettes annexes - commerces ou logements par exemple - venant diminuer le montant du loyer versé par la collectivité

Le partenariat public-privé

Du fait de ces spécificités, le recours au marché de partenariat est soumis à plusieurs critères et contraintes :

- Il ne peut être utilisé qu'au-delà de certains seuils d'opérations - 10 millions d'euros sauf exceptions
- Une évaluation préalable doit démontrer qu'il est le plus intéressant au regard d'autres contrats
- Une étude de soutenabilité budgétaire, soumise à l'avis de Bercy, doit-elle démontrer les capacités financières de la collectivité à honorer le contrat tout au long de son exécution



III - La concession

La concession

Il s'agit de l'archétype du finalement privé d'équipements collectifs, par lequel les réseaux publics et de nombreux ouvrages et bâtiments en France ont été réalisés et ce depuis plusieurs siècles.

A l'instar du marché de partenariat, la concession peut reposer sur un large périmètre, de la conception à l'exploitation d'une activité de service public

Mais contrairement à un marché public, le titulaire d'une concession doit prendre en charge les risques tant de construction que d'exploitation liés à l'exécution du contrat et par conséquent se rémunérer de façon propre et autonome.

Il est possible de mixer marché public -pour une construction par exemple- et une concession- pour l'exploitation d'une activité de service liée à l'ouvrage réalisé en marché.



IV - Les contrats inspirés de la promotion immobilière

La vente en l'état de futur achèvement

Une collectivité publique peut acquérir une partie d'ouvrage réalisé en VEFA sans recourir aux contrats de la commande publique

Elle doit respecter pour cela certaines obligations:

- L'ouvrage, dans sa globalité, ne doit pas relever de son initiative et répondre à ses besoins
- Il ne doit pas devenir entièrement propriété de la collectivité
- La partie d'ouvrage acquise ne doit pas être indissociable des autres composantes du projet immobilier
- Les locaux acquis doivent être « bruts » et donc non aménagés

La cession foncière avec charges

Il s'agit d'un contrat de vente immobilière aux termes duquel une collectivité publique va céder un bien immobilier à un tiers en contrepartie de la réalisation d'aménagements imposés par elle

Attention cependant à la requalification en contrat de la commande publique, en fonction de l'importance des contreparties attendues

Pour rappel, un marché public de travaux 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 »- *article L.1111-2 du code de la commande publique*

L'article L1312-1 du code peut aussi être utilisé: Lorsqu'un acheteur conclut un contrat unique destiné à satisfaire des besoins indissociables qui, d'une part, relèvent du droit des marchés publics et d'autre part ne relèvent pas de ce droit, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

Ainsi, dans le cadre d'une opération immobilière et de travaux publics, si ces derniers sont accessoires à l'objet principal de ladite opération, il s'agira d'un contrat immobilier ne relevant pas du droit de la commande publique.

Les baux emphytéotiques ou les baux ruraux

Ces techniques empruntées au droit privé de la construction peuvent l'être par les collectivités publiques sur leur domaine privé et pour des ouvrages privés, avec les mêmes risques de requalification en contrats de la commande publique que ceux évoqués avec la cession avec charges



V - Les appels à manifestation d'intérêts ou les appels à projets

Les appels à manifestation d'intérêts ou les appels à projets

Alternatives aux contrats de la commande publique, ils peuvent aussi être requalifiés en contrats de la commande publique en fonction de la présence et de l'influence d'une collectivité publique sur leur préparation, leur passation et/ou leur exécution

Exemple: **Avis du Conseil d'Etat du 22 janvier 2019** à propos du projet de passerelles habitables sur la Seine