

Cet ouvrage a été réalisé, avec le soutien de la Fondation Paris-Saclay, dans le cadre de la Chaire Achat public. Les opinions exprimées dans cet ouvrage reflètent uniquement celles de leur auteur.

Toute reproduction totale ou partielle soumise à autorisation.

L'acte de construire : retour sur plus d'un demi-siècle d'évolution réglementaire autour de la maîtrise d'ouvrage publique et de ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée

Yann BARANGER, Secrétaire Général HAROPA PORT Le Havre, Membre du Bureau de l'APASP

Preamble

Traditionnellement, l'acte de construire se définit comme l'ensemble des interventions nécessaires à la réalisation (construction ou réhabilitation) d'un ouvrage (de bâtiment et/ou d'infrastructure), de la conception à la réalisation, par une maîtrise d'ouvrage s'exerçant avec d'autres acteurs de la construction, aux premiers rangs desquels figurent la maîtrise d'œuvre et les entrepreneurs de travaux.

Ainsi, l'acte de construire est marqué par un triptyque consubstantiel composé d'une maîtrise d'ouvrage autour de laquelle gravitent d'une part, une maîtrise d'œuvre structurante et d'autre part, une ou des entreprises de construction. L'une, responsable principal de l'ouvrage, doit pleinement incarner sa fonction et conduire l'opération sans immixtion. L'autre, par sa compétence, doit traduire la commande (réponse architecturale, technique et économique au programme) et en diriger l'exécution, qui sera réalisée par les entreprises de travaux.

En conséquence, dans l'objectif de garantir une qualité et une pérennité à l'ouvrage public, il a fallu organiser les relations entre ces intervenants à l'acte de construire. C'est toutefois, par le biais de la loi MOP, spécificité « à la française » depuis codifiée dans le Code de la commande publique, que les rapports entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre ont été précisés. Au-delà même d'une définition des rôles et des responsabilités, la loi MOP est venue consacrer un couple contraint à un nécessaire et permanent dialogue et ce, dans un équilibre subtil.

Ces rapports entre la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre constituent ainsi une relation substantielle et unique en droit, qui a toutefois eu tendance à s'éloigner dans le temps, en particulier avec l'essor des marchés globaux depuis les années 2010.

Dans cette perspective, nous aborderons d'abord la genèse et les apports de la loi MOP (1°), puis son évolution avec la montée en puissance des contrats globaux (2°), afin de mettre en exergue la place de la maîtrise d'ouvrage aujourd'hui (3°) dans l'acte de construire.

1° La genèse et les apports de la loi MOP

1.1 D'une genèse lointaine à la réponse aux lois de décentralisation

La fonction d'architecte, bien qu'ancienne (apparaissant très tôt dans l'histoire de différentes civilisations : Egypte ancienne, Mésopotamie, grecs et romains...), est demeurée longtemps mal définie. Initialement appartenant au monde des bâtisseurs, elle s'est engagée au fil du temps vers une voie plus intellectuelle et artistique, se détachant progressivement (parfois irrégulièrement) de celui des entrepreneurs.¹ Ainsi, si le principe de distinction des fonctions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneurs de travaux est aujourd'hui profondément ancré dans les textes et *a fortiori* dans les pratiques, il n'en a pas été de même tout au long de l'histoire de la commande de construction publique.

On fait souvent remonter les grands principes de la profession d'architecte, du moins telle que connue aujourd'hui, au Code Guadet en 1895 – consacrant notamment la séparation des fonctions d'architecte, celui qui conçoit, de celles d'entrepreneur, celui qui exécute. Cette incompatibilité des fonctions d'architecte et d'entrepreneur est d'ailleurs fermement proclamée par la loi du 31 décembre 1940 instituant l'ordre des architectes et réglementant le titre et la profession d'architecte².

Ont, par suite, suivis un certain nombre de textes relatifs à l'organisation et la rémunération des missions de l'architecte, dont le décret n°49-165 du 7 février 1949³ fixant les tarifs et modalités de rémunération des honoraires des architectes et établissant un barème maximum unique pour les honoraires avec une répartition de leur montant par élément de mission, ainsi que quelques dispositions sectorielles dans le courant des années 1950.

Une première réforme vient organiser les rapports entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre par le décret n°73-207 du 28 février 1973⁴ et son arrêté d'application⁵. Cette réforme fixe un cadre moderne en précisant notamment :

- les rôles et fonctions de la maîtrise d'ouvrage,
- les missions de la maîtrise d'œuvre (découpées en catégories), leurs contenus et leurs rémunérations (selon la nature des ouvrages à réaliser),
- la rémunération du maître d'œuvre qui devient forfaitaire, fixée contractuellement et déterminée en fonction du coût d'objectif définitif, du contenu de la mission et de la complexité de la réalisation.

Mais ces textes, parfois difficiles d'application, se sont trouvés confrontés à un contexte législatif changeant lors du processus de décentralisation de 1982.

1.2 Les apports de la loi MOP

Ainsi, créée dans un objectif de qualité des constructions publiques, 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 », répond alors à deux enjeux :

- d'une part, organiser l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique pour les collectivités territoriales, après les lois de décentralisation de 1982,
- et d'autre part, réorganiser les rapports entre maîtrise d'ouvrage publique et maîtrise d'œuvre privée.⁶

Après définition de son champ d'application, la loi MOP traite successivement de la maîtrise d'ouvrage (sa définition, ses obligations, ses attributions et son organisation), de la maîtrise d'œuvre (ses missions, sa rémunération) et de dispositions diverses (dont la possibilité de recours encadré à la conception-réalisation) et transitoires. Il en émane 3 principes fondamentaux :

- la (réaffirmation du principe de) séparation contractuelle des missions du maître d'œuvre et d'entrepreneur de travaux (sauf cas dérogatoires⁷),
- un contrat unique de maîtrise d'œuvre pour les opérations de bâtiment (mission de base),
- un forfait de rémunération et un engagement contractualisé du maître d'œuvre sur le coût des travaux.

1.3 La loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture

La loi n°77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture pose comme principe fondamental que « *l'architecture est une expression de la culture* » et vient notamment préciser les conditions et limites dans lesquelles les maîtres d'ouvrage sont tenus de faire appel au concours des architectes, l'exercice de la profession d'architecte et son organisation...

Si cette loi constitue un pilier de l'architecture moderne, son apport sur les relations entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre demeure très relatif.

2° Les évolutions de la loi MOP de sa création à nos jours : un phénomène d'érosion de la loi MOP par l'essor des contrats globaux (éloignant corollairement les rapports entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre)

Précisons que les marchés publics globaux regroupent aujourd'hui d'une part, les marchés de conception-réalisation, et d'autre part, les marchés globaux, eux-mêmes décomposés en marchés publics globaux de performance et marchés publics globaux sectoriels.

Ces marchés échappent tant au principe de l'allotissement qu'à la séparation contractuelle des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur. Il convient ainsi de considérer que les marchés publics globaux ne dérogent pas à la loi MOP (dans sa globalité) mais bien qu'ils en relèvent, sans obéir (conformément à cette loi) au principe de séparation contractuelle des missions.

2.1 La loi Grenelle II : une première brèche avec l'ouverture partielle à la conception-réalisation

Rappelons que la loi MOP avait déjà été modifiée à plusieurs reprises⁸ préalablement.

Mais c'est la loi « Grenelle II »⁹ qui apporte une première ouverture aux marchés globaux avec la possibilité de recourir à la procédure de conception-réalisation dès lors qu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité

énergétique rend nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. En d'autres termes, un accès à la conception-réalisation était rendu possible pour les travaux de réhabilitation en matière de bâtiment.

Rappelons que cette disposition avait pour effet de répondre aux objectifs de la loi « Grenelle I »¹⁰ fixant une obligation de réduction des consommations d'énergie du parc des bâtiments existants de l'Etat d'au moins 38 % d'ici à 2020.

Cette première ouverture du champ de recours aux contrats globaux est ainsi venue créer une distanciation entre les rapports entre maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre.

2.2 Les incidences de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : un élargissement considérable des marchés globaux de performance

Quand bien même elle ne modifiait pas directement la loi MOP, la réglementation relative aux marchés publics applicable au 1^{er} avril 2016 a largement participé à l'évolution des montages contractuels de construction publique, accentuant ainsi l'éloignement des rapports entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre sur le champ des marchés publics globaux.

Rappelons d'ailleurs à cet effet que le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précisait qu'il s'agissait de prendre « *toute mesure (...) rationalisant les règles générales de passation et d'exécution des marchés publics et le cadre juridique des contrats globaux* »¹¹. Plus précisément, la fiche d'impact du projet d'ordonnance¹² fixait comme objectifs « *l'élargissement du recours aux CREM/REM lorsque des objectifs chiffrés de performance sont assignés au titulaire [et] d'améliorer le régime des contrats globaux afin de les rendre plus attractifs pour les personnes publiques* » et que « *ces mesures devraient avoir pour impact d'augmenter le nombre de marchés globaux de performance* ».

Cette nouvelle réglementation a donc opéré un élargissement considérable des conditions de recours aux marchés publics globaux de performance :

- par un champ d'application étendu à tout type d'opération (construction neuve et réhabilitation/réutilisation, bâtiment et infrastructure) pour les travaux relevant de la loi MOP et à tous les acheteurs (nota : sous l'empire du code des marchés publics, les marchés de conception, réalisation et exploitation ou maintenance de travaux – CREM - relevant de la loi MOP étaient seulement rendus possibles dans le cadre d'opérations sur des bâtiments existants ou pour des motifs d'ordre technique et relevaient des seuls acheteurs soumis au code),
- par des modalités de recours très assouplies (sans motivation d'ordre technique puisqu'il suffit dès lors de démontrer des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique – là où le code des marchés publics visait uniquement des engagements de performance énergétique).

En conséquence, par cette deuxième évolution, les marchés publics globaux de performance devenaient relativement ouverts, tandis que la conception-réalisation demeurait *in fine* relativement « confinée » à la réhabilitation en matière de bâtiment.

2.3 Les ajustements légers de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, dite loi LCAP

La loi LCAP est, quant à elle, simplement venue préciser 2 points :

- d'une part, par la modification de la loi de 1977 sur l'architecture, en créant un nouvel article destiné à favoriser le concours d'architecture pour les opérations de construction de bâtiment,¹³
- et d'autre part, en complétant l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, pour les marchés publics globaux, par « *l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation* », et « *pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre (...) comprend les éléments de la mission définie à l'article 7 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, adaptés à la spécificité des marchés publics globaux.* »¹⁴

Par suite, le décret n° 2017-842 du 5 mai 2017¹⁵ est venu adapter les missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux.

A noter une intervention identique dans la loi SAPIN II¹⁶ visant à intégrer la même obligation pour les marchés de partenariat.

2.4 Les impacts de la loi ELAN sur la loi MOP : une nouvelle et dernière fronde

La loi ELAN¹⁷ est venue opérer plusieurs modifications directes de la loi MOP, restreignant de manière plus ou moins profonde son champ d'application selon les secteurs d'activité, et venant ainsi porter 3 effets notoires :

1. tout d'abord, des restrictions sur la portée de la loi MOP¹⁸ en venant y soustraire les opérations relatives aux ouvrages d'infrastructure situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national ou d'une grande opération d'urbanisme¹⁹
2. ensuite, un régime particulier pour les organismes de logements sociaux²⁰, dans le cadre de la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat financés avec le concours des aides publiques²¹, en les écartant progressivement du champ d'application de la loi MOP :
 - a) où ils ne sont plus soumis au titre II de la loi MOP²² (titre important relatif à la maîtrise d'œuvre qui précise notamment le principe de distinction des missions de maîtrise d'œuvre de celle d'entrepreneur, les missions de maîtrise d'œuvre dont la mission de base pour les ouvrages de bâtiment, la rémunération forfaitaire fixée contractuellement pour le maître d'œuvre...);
 - b) il leur est possible de recourir à la procédure de conception-réalisation sans condition de recours, d'une part, définitivement pour les organismes de logement social, soumis aux dispositions de la loi MOP (là où ils ne bénéficiaient que d'une dérogation temporaire préalablement), et d'autre part, temporairement, jusqu'au 31 décembre 2021, pour les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires ;²³
3. enfin, un éloignement des rapports entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre par un élargissement considérable du recours à la procédure de conception-réalisation :
 - a) de façon sectorielle²⁴, avec la possibilité pour les acheteurs soumis à la loi MOP de recourir à la procédure de conception-réalisation sans condition de recours pour les opérations de construction ou de réhabilitation portant sur les ouvrages nécessaires à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024²⁵ ainsi que, de façon temporaire jusqu'au 31 décembre 2022, pour l'établissement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques²⁶ ;
 - b) de façon ouverte, avec la possibilité pour tous les acheteurs soumis à la loi MOP de recourir à la procédure de conception-réalisation, pour la « *construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur* ». ²⁷

Sur ce dernier point, soulignons dès lors l'utilisation particulièrement extensive de la procédure de conception-réalisation en matière de bâtiment. En effet, l'ouverture de la conception-réalisation à la construction neuve de bâtiment (là où elle était jusqu'à présent réservée à la réhabilitation, en dehors du cas des motivations d'ordre technique) faisait ainsi passer cette procédure d'un caractère restrictif à un champ de recours définitivement ouvert en matière de bâtiment.

Ainsi, depuis cette évolution, les acheteurs peuvent choisir entre une procédure de conception-réalisation ou un marché global de performance, selon une approche incarnée de la maîtrise d'ouvrage visant dans un cas simplement à acquérir un bâtiment et dans l'autre cas à acquérir le bien en confiant également au titulaire une mission de maintenance ou d'exploitation (impliquant une nécessaire approche en coût global).

On tend ainsi progressivement vers un rapprochement au droit communautaire, où la Directive 2014/24/UE prévoit que les acheteurs ont la liberté de passer leurs marchés de travaux, soit de façon séparée, soit de façon conjointe pour la conception et l'exécution des travaux²⁸.

2.5 La codification de la loi MOP au sein du Code de la commande publique

La loi MOP, abrogée, a été codifiée à droit constant au sein du livre IV du Code de la commande publique.

Notons à toutes fins utiles quelques effets du Code de la commande publique sur la loi MOP consistant en :

- un toilettage formel des textes (terminologie, simplifications),
- l'ajout de précisions ou suppressions – exemples : affirmation de la notion d'AMO ou encore suppression de la notion de « réutilisation » au bénéfice de la seule notion de « réhabilitation » d'un ouvrage existant,
- la mise en conformité de certains articles – exemple : mise en cohérence de l'évolution du programme et de l'enveloppe financière par le biais de modification conventionnelle du marché public de maîtrise d'œuvre (disparition logique de la notion d'avenant),
- le transfert de certaines dispositions entre partie législative et réglementaire ou bien au sein d'autres parties du Code.

2.6 Panorama actuel des montages contractuels globaux

Ces différentes évolutions (guidées dans un souci d'atteinte des objectifs de développement durable) ont permis d'ouvrir le champ de recours aux marchés publics globaux, avec en synthèse :

- Pour les marchés de conception-réalisation
 - o Définition : le marché de conception-réalisation est un marché de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

- Conditions de recours : les acheteurs soumis à la loi MOP ne peuvent conclure un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, seulement :
 - si des motifs d'ordre technique
 - ou un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique
 - ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur
 rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.
- Procédures : au-delà des seuils de procédure formalisée, les acheteurs soumis à la loi MOP passent des marchés publics de conception-réalisation selon les procédures formalisées avec intervention d'un jury ; en deçà des seuils de procédure formalisée, les acheteurs peuvent recourir à une procédure adaptée.
- Pour les marchés publics globaux de performance
 - Définition : les marchés publics globaux de performance « 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 termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. »
 - Conditions de recours :
 - étendues à tout type d'opération (construction neuve ou réhabilitation ; bâtiment ou infrastructure) pour les travaux relevant de la loi MOP,
 - et à tous les acheteurs,
 - sans motivation d'ordre technique, il s'agit de démontrer des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.
 - Procédures : au-delà des seuils de procédure formalisée, les acheteurs soumis à la loi MOP passent des marchés publics globaux de performance selon les procédures formalisées avec intervention d'un jury ; en deçà des seuils de procédure formalisée, les acheteurs peuvent recourir à une procédure adaptée.

Précisons à titre informatif, l'utilité de ces montages dans la perspective de l'article 175 de la loi ELAN, prévoyant une obligation de réduction des consommations d'énergie de tous bâtiments, parties de bâtiments ou ensembles de bâtiments à usage tertiaire, existants en date du 24 novembre 2018, d'au moins 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050²⁹.

3° La place de la maîtrise d'ouvrage aujourd'hui dans l'acte de construire

Force est de constater que si la loi MOP résiste malgré les différents assauts législatifs de cette dernière décennie, son paysage n'en demeure pas moins érodé pour certains. Toutefois, la question si souvent posée de son actualité semble être aujourd'hui clairement dépassée.

On a longtemps reproché à la loi MOP son absence de prise en compte du coût global, des nouvelles technologies ou encore ses contraintes liées à l'interdiction du paiement différé... Cependant, ces points ne trouvent plus écho en cela qu'ils ne résistent plus à une approche globale des textes à la disposition des acheteurs. D'une part, les nouveaux CCAG ont mis à jour ou modernisé le cadre juridique avec l'entrée des nouvelles technologies telles que le Building Information Model (BIM), la dématérialisation des échanges, des dispositions sur le développement durable, etc. et d'autre part, la codification de la loi MOP au sein du Code de la commande publique permet de mettre à disposition des maîtres d'ouvrages (acheteurs particuliers) une « boîte à outils » au service de leurs projets.

On assiste donc globalement à un glissement de la loi MOP, perçue comme un cadre juridique structurant, vers un recueil d'outils juridiques et méthodologiques (composé de la loi MOP, du Code de la commande publique, des lois et décrets successifs sur la préservation de l'environnement, des textes satellites tels que les CCAG, du droit positif sur la construction publique...) au service de l'acte de construire et des politiques publiques de maîtrise d'ouvrage.

Ainsi, le cadrage juridique d'une opération par la loi MOP est dépassé au profit d'une approche systémique de la maîtrise d'ouvrage. Le « curseur » de l'acte de construire s'est donc clairement déplacé du droit vers la finalité et ses moyens pour y aboutir (le droit constituant l'un de ces moyens).

A fortiori, il convient aujourd'hui d'appréhender la réglementation, dans son ensemble comme une boîte à outils de l'acte de construire répondant aux enjeux de positionnement de la maîtrise d'ouvrage et en particulier aux différentes visions économiques et organisationnelles du maître d'ouvrage.

En effet, les enjeux actuels auxquels sont confrontés les maîtres d'ouvrages sont multiples : prise en compte impérative des objectifs de développement durable (et démarche corrélée en coût global), mutabilité des services publics (en particulier par les réorganisations législatives des compétences administratives), évolution des financements publics et adaptation des montages économiques et contractuels (pour faire face aux restrictions budgétaires), apparition de nouvelles technologies (BIM), professionnalisation de la conduite de projet avec le double prisme d'une nécessité de respect des délais et des enveloppes financières, etc.

Devant ces problématiques, deux questions émergent : quel modèle économique de financement et quelle organisation de la maîtrise d'ouvrage ? Et la réponse nécessite d'avancer par étape.

Tout d'abord, il convient de se positionner sur le modèle financier de l'ouvrage à édifier et parallèlement, sur la question de l'externalisation ou l'internalisation de la maîtrise d'ouvrage.

Pour guider ces choix, la maîtrise d'ouvrage devra mettre en balance des considérations économiques (sur sa capacité de sollicitation et d'affectation de ressources financières mais aussi de modalités de financement et de paiement différé), de stratégie immobilière, de politique achat, de complexité d'opération, de compétences internes mobilisables du maître d'ouvrage et du degré d'externalisation ou de délégation souhaité de la fonction, voire d'opportunité d'opérations immobilières externes.

Il existe, en ce sens, deux types de montages juridiques dédiés aux opérations de construction :

- Les montages contractuels dits « internalisant » - contrats soumis à la loi MOP : où l'acheteur reçoit la qualité de maître d'ouvrage et dirige les opérations de construction en interne, à savoir :
 - o les marchés « classiques » : où l'acheteur exerce la maîtrise d'ouvrage et assure le financement de l'opération, c'est-à-dire organise de façon classique le déroulement d'une opération soumise à la loi MOP, avec distinction des marchés de maîtrise d'œuvre et des marchés de travaux ;
 - o les marchés globaux : où l'acheteur exerce la maîtrise d'ouvrage et assure le financement de l'opération, mais n'a plus à procéder à la distinction entre maîtrise d'œuvre, réalisation des travaux, exploitation et maintenance, qui seront exercés dans le cadre d'un marché unique par un même titulaire.
- Les montages contractuels dits « externalisant » - contrats hors loi MOP : où le titulaire de ce contrat reçoit la qualité de maître d'ouvrage, non soumis à la loi MOP, et en assure le financement (entraînant un paiement différé de l'ouvrage pour l'acheteur, sauf cas de la vente en l'état de futur achèvement) – il en va ainsi des marchés de partenariat, des contrats de concession, de la vente en l'état de futur achèvement, du crédit-bail immobilier...

Ensuite, et dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage internalisée, il s'agit de définir le degré d'exercice de la maîtrise d'ouvrage, selon une incarnation plus ou moins prégnante :

- soit en exerçant l'ensemble des attributions de la maîtrise d'ouvrage (le cas échéant, accompagné d'AMO spécifiques et partiels),
- soit en confiant une conduite d'opération (AMO généraliste) à un tiers,
- soit en déléguant une partie de la maîtrise d'ouvrage à un tiers, dans le cadre d'un mandat.

Enfin, et indépendamment de toute considération réglementaire, la loi MOP propose un déroulement méthodologique et complet pour toute organisation d'opération, que chaque maître d'ouvrage doit s'approprier pour garantir la qualité et la pérennité de ses constructions publiques.

Conclusion

En synthèse, si les problématiques de financement sont anciennes et récurrentes au cours de l'Histoire, elles se cumulent aujourd'hui avec un contexte exogène contraignant (dérèglement climatique, nouvelles technologies, évolutions réglementaires...). Ce qui conduit les personnes publiques à une réflexion intrinsèque sur la valorisation immobilière et les modes de constructions, se traduisant *in fine* par deux enjeux convergents : la recherche d'un modèle économique de financement et la déclinaison d'une organisation adaptée de la maîtrise d'ouvrage.

Dès lors, et dans un contexte économique particulièrement contraint, les décideurs publics doivent constamment réinterroger le positionnement de leur maîtrise d'ouvrage : en des termes non exclusivement juridiques mais économiques, organisationnels, fonctionnels et environnementaux. Le droit s'appréciant aujourd'hui comme autant d'outils au service de l'acte de construire. D'ailleurs, n'est-ce pas là l'essentiel d'un acte d'achat : des moyens juridiques comme chemins au service d'une finalité, l'édifice public, à l'instar de l'esprit de la *Lettre de Vauban à Louvois* du 17 juillet 1685.

---ooOoo---

¹ Voir notamment en ce sens les études des professeurs Bruno BELHOSTE et Franck MODERNE, ou les ouvrages d'Albert CASTON

² L'incompatibilité étant expressément fixée à l'article 3 de la loi du 31 décembre 1940 instituant l'ordre des architectes et réglementant le titre et la profession d'architecte

³ Décret n°49-165 du 7 février 1949 relatif au tarif des honoraires et autres rémunérations des architectes, ingénieurs et techniciens spécialisés pour les travaux exécutés pour le compte des départements et communes

⁴ 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 de droit privé

⁵ Arrêté du 29 juin 1973 définissant les modalités d'application, aux opérations d'investissement, du décret 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 de droit privé

⁶ Les réglementations précédentes (décret du 7 février 1949, décret n°73-207 du 28 février 1973 et son arrêté du 28 juin 1973) prévoyaient des régimes peu adaptés

⁷ Exceptions faites – à date - des marchés publics globaux (marchés de conception-réalisation et marchés publics globaux décomposés en marchés publics globaux de performance et marchés publics globaux sectoriels), des marchés de partenariats, etc.

⁸ Il s'agit de modifications diverses plus ou moins importantes qui ont adapté la loi MOP aux enjeux politiques et contextuels, portés notamment par la loi n°88-1090 du 1er décembre 1988, la loi n°91-662 du 13 juillet 1991, la loi n°96-987 du 14 novembre 1996, l'ordonnance n°2004-566 du 17 juin 2004 ; la loi n°2007-224 du 21 février 2007, la loi n°2009-323 du 25 mars 2009... – citons par exemple au titre des modifications : une dérogation excluant les ouvrages de bâtiment acquis par les organismes d'habitations à loyer modéré ou les SEM par un contrat de vente d'immeuble à construire, des dispositions relatives à la modification du programme et de l'enveloppe financière, des dispositions relatives au mandat ou à la conduite d'opération, l'abrogation de certains articles, la réécriture de la dérogation aux travaux d'entretien de réparation et de restauration des immeubles classés, l'ouverture au recours à la conception-réalisation de façon temporaire pour les organismes d'habitations à loyer modéré ou de façon définitive dans le cadre d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration d'efficacité énergétique ou intégrant des dispositions relatives à Mayotte, la Nouvelle Calédonie ou la Polynésie française...

⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi « Grenelle II », article 74

¹⁰ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite loi « Grenelle de l'environnement » ou « Grenelle I » - Article 5

¹¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (JORF n°0169 du 24 juillet 2015)

¹² Fiche d'impact du projet d'ordonnance relative aux marchés publics du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique - NOR : EINM1506103R, article 2.2

¹³ Loi n°77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, article 5.1 (créé par l'article 83 de la Loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, dite loi LCAP)

¹⁴ Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, article 35bis (créé par la Loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, dite loi LCAP - article 91)

¹⁵ Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux

¹⁶ LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 39

¹⁷ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi « ELAN », a été publiée au JORF n°0272 du 24 novembre 2018

¹⁸ Par modification de l'article 1^{er} de la loi MOP

¹⁹ Article 4.VIII de la loi ELAN – Nota : une opération d'intérêt national s'entend au sens de l'article L. 102-12 du code de l'urbanisme et une grande opération d'urbanisme s'entend au sens de l'article L. 312-3 du même code

²⁰ Tant les offices publics de l'habitat mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation que les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du même code, ainsi que les sociétés d'économie mixte

²¹ Telles que mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation

²² Article 88.VI de la loi ELAN

²³ Article 69.I de la loi ELAN – Nota : les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires sont définis à l'article L. 822-3 du code de l'éducation

²⁴ Par dérogation au second alinéa du I de l'article 33 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

²⁵ Article 19 de la loi ELAN

²⁶ Article 230 de la loi ELAN – Nota : 1° dans ce cas, il est également possible de recourir à une mission globale – 2° l'établissement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques s'entend en application de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales

²⁷ Article 69.II de la loi ELAN

²⁸ Considérant n°8 de la Directive 2014/24/UE

²⁹ Ces objectifs peuvent être modulés en fonction de certaines contraintes, d'un changement de l'activité exercée dans ces bâtiments ou de coûts manifestement disproportionnés des actions par rapport aux avantages attendus en termes de consommation d'énergie finale