Le projet d'ordonnance relatif aux marchés publics, soumis à concertation du 22 décembre au 30 janvier dernier, supprime le critère de la maîtrise d'ouvrage de la définition des marchés publics de travaux. Une révolution passée quasiment inaperçue.

S'il ne s'agit en l'espèce que de la transposition quasi-exacte d'un droit européen qui n'a jamais reconnu un tel critère, cette évolution va sans nul doute élargir considérablement le champ des marchés publics de travaux et soumettre à des procédures de publicité et de mise en concurrence des contrats qui, jusqu'à présent, y échappaient.

Au-delà de cet aspect, elle pose clairement le problème de l'avenir de la maîtrise d'ouvrage en tant que concept, voire même celui de la fameuse loi sur la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP) dont on va fêter les trente ans d'existence en juillet prochain.

Une définition des marchés de travaux orpheline

Le couple fait partie de notre paysage juridique depuis des dizaines d'années, et il est pourtant en voie de divorce : les pouvoirs adjudicateurs soumis aux règles du Code des marchés publics pour la passation de leurs marchés de travaux ne devront dorénavant plus nécessairement exercer les fonctions de maître d'ouvrage ; à moins bien sûr que Bercy ne revienne dessus dans le cadre de l'adoption du projet définitif d'ordonnance.

De par les textes et la jurisprudence applicables en la matière, le maître d'ouvrage est celui qui est destinataire de l'équipement qui a été réalisé en fonction de ses besoins. Il en devient propriétaire aussitôt son achèvement et le transfert de sa garde à l'issue de la procédure de réception.

C'est au vu de ces éléments que, jusqu'à présent, des contrats du type partenariat public-privé (contrats de partenariat, baux emphytéotiques administratifs...) échappaient au Code des marchés publics, dès lors que le rôle de maître d'ouvrage y était dévolu au partenaire privé, titulaire du contrat, la collectivité publique ne devenant propriétaire de l'ouvrage construit qu'à l'issue de l'exécution totale du contrat, et donc au bout de plusieurs années, voire dizaines d'années.

Respecter les procédures de publicité

Dans le projet d'ordonnance, les « marchés de partenariat » devraient continuer à être soumis à ce régime de la maîtrise d'ouvrage privée. Ce qui ne les empêchera pas pour autant de respecter des procédures de publicité et de concurrence pour leur passation, tout en dérogeant aux critères stricts imposés aux contrats globaux à maîtrise d'ouvrage publique, notamment de conception-réalisation. Et contrairement à ces derniers, les collectivités continueront dans ces marchés de partenariat à s'écarter de la règle de l'interdiction de paiement différé et à étaler leurs paiements via un loyer versé tout au long de l'exécution du contrat.

Il ne devrait pas en être de même s'agissant d'autres contrats. En effet, dès lors que les marchés de travaux publics seront désormais des contrats ayant pour objet la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux répondant aux besoins et exigences d'un pouvoir adjudicateur qui exercera une influence déterminante sur leur nature ou leur conception, devraient en fait être concernés la quasi-totalité des contrats de réalisation de travaux lancés par ou pour le compte des personnes publiques. Les termes de « par quelque moyen que ce soit » sont en effet suffisamment larges pour intégrer dans le champ des marchés de travaux les baux emphytéotiques et les autorisations d'occupation domaniale avec droits réels (en tout cas tels qu'on les entend aujourd'hui) mais aussi un grand nombre de ventes en l'état de futur achèvement (Vefa).

Bien plus, des accords contractuels conclus dans le cadre d'opérations d'urbanisme et d'aménagement et passés jusqu'à présent hors de toute procédure concurrentielle, vont entrer de plein pied dans le giron du

Code des marchés. On pense notamment ici à la cession de droits à construire, qui permet aux collectivités locales de céder à des promoteurs des parcelles de leur domaine privé tout en participant à la définition des équipements devant y être réalisés. Dans de tels cas, il devrait aisément pouvoir être démontré que lesdites collectivités exercent bien une influence déterminante sur la conception de ces derniers, dès lors qu'il s'agit en l'espèce d'une condition de la cession des terrains en cause.

Quel avenir pour la loi MOP ?

Une telle évolution va-t-elle avoir pour conséquence de sonner le glas de la loi du 12 juillet 1985 ? Paradoxalement, rien n'est moins sûr. Historiquement, cette loi a, entre autres, été élaborée dans le souci de bien distinguer le rôle et les fonctions du maître d'ouvrage, d'une part, et du maître d'oeuvre, d'autre part.

S'il n'y est pas directement fait référence dans le projet d'ordonnance marchés publics, ses lignes fondatrices y sont toujours présentes, s'agissant notamment de la rigueur qui entoure toujours les dérogations à l'interdiction de mêler conception et réalisation au sein d'un même contrat ; ce qui rend d'ailleurs les marchés globaux hors marchés de partenariat tout aussi difficiles à mettre en oeuvre que dans le cadre du Code aujourd'hui applicable.

La maîtrise d'oeuvre devrait ainsi continuer à être en quelque sorte protégée, ou tout du moins encadrée, ne serait-ce qu'en termes d'autonomie au regard des entreprises de travaux et de bâtiment.

On peut même soutenir que toute modification de la loi MOP par l'ordonnance marchés publics serait juridiquement fragile. En effet, la loi par laquelle le parlement a, en décembre dernier, habilité le gouvernement à prendre une ordonnance relative aux marchés publics n'a pas explicitement prévu une telle possibilité. La loi MOP devrait donc rester en quelque sorte intouchable, même si certaines évolutions du Code devraient avoir des effets indirects sur elle et, à nouveau, sur le concept de maîtrise d'ouvrage.

Peut-être pourrait-on en profiter pour actualiser cette loi MOP presque trentenaire et réécrire certaines de ses dispositions quelque peu obsolètes.

Allons plus loin : une des solutions permettant d'éviter ce débat et cette césure contrats à maîtrise d'ouvrage publique et privée serait sinon de supprimer, du moins d'alléger la sacro-sainte interdiction du paiement différé pour les marchés publics. Sans doute est-ce trop demander, mais les futures et inévitables modifications du Code des marchés finiront bien par envisager l'assouplissement d'une disposition dont l'obsolescence fait aujourd'hui l'objet d'une quasi-unanimité parmi les acteurs de l'achat public.

Jean-Marc Peyrical*

* Avocat, président de l'Apasp.

En savoir plus sur <http://www.lesechos.fr/pme-regions/actualite-des-marches-publics/0204241987216-la-maitrise-douvrage-va-t-elle-disparaitre-1105245.php?Y9yF1LgHKMK6aRes.99>