

# Montages contractuels complexes et transfert de maîtrise d'ouvrage – Actualités

Dans le cadre des montages contractuels complexes, déterminer si l'opération relève ou non d'une maîtrise d'ouvrage publique peut s'avérer délicat. Pendant longtemps, le droit français a subordonné la qualification de marché de travaux à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage. Si cette définition a ensuite évolué sous l'impulsion du droit communautaire, les derniers développements de la jurisprudence tendent à en revenir à l'approche originelle.

Par un arrêt *Centre hospitalier Alpes-Isère*<sup>(1)</sup> rendu le 27 février 2023, la cour administrative d'appel de Marseille a rappelé la règle selon laquelle, quelle que soit la forme du contrat, une personne publique ne peut, en dehors de toute mise en concurrence, bénéficier de la construction d'un ouvrage, répondant à des besoins qu'elle a préalablement exprimés.

Au-delà de l'intérêt que peut susciter cette décision au regard de la question du degré de *précision* constaté dans le besoin exprimé par la personne publique, et de la censure plus originale opérée par la Cour au regard de l'interdiction de paiement différé, cet arrêt conduit à s'interroger sur les conséquences spécifiques à attacher aux conditions de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par les personnes publiques dans ce type de montages.

Le silence de la Cour à l'égard de ce moyen, qui lui était pourtant présenté, peut apparaître révélateur des difficultés d'appréhension qui entourent désormais cette question, dont l'approche pourrait être renouvelée par un arrêt rendu le 22 avril 2021 par la CJUE<sup>(2)</sup>.

## Une confusion originelle entre exercice de la maîtrise d'ouvrage et commande publique

Le cadre juridique applicable aux montages contractuels complexes a été bâti par des décisions de principe rendues par le Conseil d'État dans les années 1990.

### Auteurs

Jérémie Couette  
Christophe Cabanes  
Avocats au Barreau de Paris  
CABANES Avocats

(1) CAA Marseille 27 février 2023, Centre hospitalier Alpes-Isère, req. n° 21MA04312.

(2) CJUE 22 avril 2021, Commission européenne contre République d'Autriche, aff. C-537/19.

Ainsi, a été consacrée la possibilité du recours aux techniques juridiques de droit civil, pour l'acquisition d'un immeuble, voire d'un volume à construire (l'exemple type étant celui de la VEFA), par le célèbre arrêt *Région Midi-Pyrénées*<sup>[3]</sup>.

Le Conseil d'État a d'abord relevé que « aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement prévu à l'article 1601-3 du Code civil »

Il a ensuite précisé qu'en revanche était proscrit le recours au contrat de vente de droit privé, « dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics », lorsque « l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres ».

Cette grille de lecture a ensuite été affinée par un avis du Conseil d'État relatif à l'installation, au moyen de contrats de VEFA, de commissariats de police en rez-de-chaussée d'immeubles à construire<sup>[4]</sup>, avis validant ce montage lorsque la personne publique n'a pas la propriété du terrain, pour autant que des conditions cumulatives soient remplies :

« Le recours à ce type de contrat cesse toutefois d'être licite, car il constituerait alors un détournement de procédure au regard des dispositions du code des marchés publics et de celles de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique, lorsque tout à la fois, l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble pour le compte de la personne publique en cause, l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et qu'il a enfin été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique.

Ces diverses conditions jouent de façon cumulative. Il s'ensuit que le recours à la vente en l'état futur d'achèvement est licite pour la réalisation d'un commissariat de police dès lors que sa réalisation ne constitue qu'une partie d'un immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires. Il en va ainsi alors même que l'État demanderait que soient prises en compte au stade de la conception du bâtiment des spécifications techniques particulières correspondant aux besoins de ses services de police. ».

À cette même époque, par l'arrêt *SOFAP MARIGNAN*<sup>[5]</sup>, le Conseil d'État validait le recours au bail emphytéotique utilisé par une commune pour donner à bail à un tiers un terrain, à charge pour lui « d'y réaliser un bâtiment

destiné pour partie à l'extension de l'hôtel de ville » redonné en location à la ville, et « répondant à ses besoins ».

Il était alors jugé que dans cette opération, la ville n'assurait « pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne jouera ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage ».

Et que donc la ville ne pouvait être regardée comme s'étant départie, en infraction avec les dispositions alors en vigueur de la loi MOP du 12 juillet 1985 de son rôle de maître d'ouvrage.

Si cette approche était alors centrée sur l'analyse de la fonction de maîtrise d'ouvrage, l'arrêt a également pris le soin d'ajouter que l'opération « même si une partie des ouvrages répond aux besoins de la ville », ne présentait pas le caractère d'un marché de travaux.

Cette approche, tout comme celle portée par l'avis du Conseil d'État de 1995 dont la lecture s'est avérée en pratique difficile à mettre en œuvre, est apparue contradictoire avec celle du droit communautaire, qui d'abord, ne s'intéresse pas à la question de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, et qui, d'autre part, a adopté une appréciation extensive des besoins exprimés par un pouvoir adjudicateur.

## Indifférence de la question de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage sur la qualification de contrat de commande publique

Si le droit français subordonnait alors la caractérisation d'un marché de travaux à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, cette définition a ensuite évolué sous l'impulsion du droit communautaire.

Les règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique, de pur droit interne (loi MOP aujourd'hui codifiée au Code de la commande publique), sont en effet distinctes de celles relatives à la passation des marchés publics, issues de la transposition des directives européennes.

La Cour de justice de l'Union européenne a, dans son arrêt *Helmut Müller Gmb* du 25 mars 2010, jugé que « [l'acquisition de travaux devait être] entendue au sens large, en tant qu'obtention de la jouissance des travaux (...), ne nécessitant pas nécessairement de transfert de propriété aux pouvoirs adjudicateurs »<sup>[6]</sup>.

Ainsi, l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, ou de façon plus générale la question de la propriété de l'ouvrage, est progressivement devenue inopérante en droit français pour qualifier les contrats de la commande publique,

[3] CE Sect., 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées, req. n° 57679.

[4] CE avis, 31 janvier 1995, n° 356960.

[5] CE Sect., 25 février 1994, Sofap Marignan, req. n° 144641 et 145406.

[6] CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller Gmb, aff. C-451-08, point n° 50.

l'article L. 1111-2 du Code de la commande publique les définissant désormais comme ceux ayant 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 ».

Aussi, peut désormais se poser la question de la censure des montages contractuels respectant le droit de la commande publique, mais emportant dessaisissement irrégulier de la maîtrise d'ouvrage.

Elle n'apparaît toutefois pas clairement posée en ces termes en jurisprudence, qui pourtant, traditionnellement, sanctionne par la nullité les engagements contractuels dans lesquels les personnes publiques entendent se départir irrégulièrement de la maîtrise d'ouvrage de leurs opérations de construction.

En effet, aux termes de l'article L. 2411-1 du Code de la commande publique codifiant 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 », les maîtres d'ouvrages « ne peuvent déléguer cette fonction d'intérêt général ».

Ce texte définit uniquement les maîtres d'ouvrage comme « les responsables principaux de l'ouvrage ».

Comme déjà exposé, dans l'arrêt *SOFAP MARIGNAN*<sup>(7)</sup>, le Conseil d'État a validé l'opération dans laquelle la personne publique n'assure « pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail ».

De telle sorte que le juge administratif attache désormais la qualité de maître d'ouvrage à la personne en charge de la direction technique des actions de construction qui bénéficie des ouvrages dès leur achèvement.<sup>(8)</sup>

Ce qui en définitive interroge au regard de la lettre et de l'esprit de la loi MOP.

De sa lettre d'abord, puisque la direction technique des opérations de constructions peut être considérée comme relevant avant tout de la mission DET<sup>(9)</sup> (direction de l'exécution des marchés publics de travaux) du maître d'œuvre (bien qu'il s'agisse là d'une délégation par le maître d'ouvrage au maître d'œuvre d'une partie de son pouvoir de direction et de contrôle des marchés de travaux), direction technique qui ne figure pas parmi les attributions du maître d'ouvrage listées à l'article L. 2421-1 du Code de la commande publique.

Par ailleurs, considérer que seule l'opération dans laquelle la personne publique assure la direction technique des actions de construction et bénéficie des ouvrages dès leur achèvement devrait respecter le droit de la maîtrise d'ouvrage publique interroge au regard

de l'esprit de la loi MOP, dont l'objectif initial est la préservation de la qualité architecturale des constructions publiques.

Or, que la personne publique assure ou non en propre la direction technique du chantier devrait être regardé comme relativement indifférent à la nécessité d'assurer la qualité architecturale de la construction dont il est à l'initiative.

De la même façon, on peine à comprendre en quoi le recours à un montage contractuel différant la date à laquelle l'ouvrage est remis à la personne publique justifierait d'échapper aux contraintes fixées par la loi MOP, au-delà de l'hypothèse il est vrai classique en jurisprudence du contrat de concession<sup>(10)</sup>,

La question de la personne à l'origine de la détermination du besoin apparaît en définitive plus pertinente à poser pour qualifier également une opération sous maîtrise d'ouvrage publique, le rapprochement de ces notions étant au demeurant facilité par une approche aujourd'hui plus constructive de la CJUE.

## Un retour souhaitable au seul critère du « besoin » ?

Depuis son arrêt précité *Helmut Müller GmbH*<sup>(11)</sup>, la CJUE a adopté une lecture extensive de la notion de « besoin » au sens du droit de la commande publique, celui-ci étant établi dès lors que la personne publique avait « pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci ».

Ainsi par exemple pu être qualifié de contrat de commande publique un contrat réservant à l'administration le droit de vérifier, avant la réception de l'ouvrage, la conformité de celui-ci à un « cadre d'exigences », dès lors que celui-ci précisait les différentes caractéristiques techniques et technologiques de l'ouvrage projeté<sup>(12)</sup>.

Aussi, la question qui a occupé depuis lors les juridictions était celle du degré de précision de ce cadre d'exigences susceptible de qualifier la convention de contrat de commande publique.

Tel est le cas du nombre de pièces auxquelles sont attachées des fonctions et des superficies, ou encore des capacités d'accueil<sup>(13)</sup>, excédant les exigences habi-

(10) CE 16 février 2005, M. et Mme X, req. n° 211039 ; CE 17 juin 2009, SAEMN BIBRACTE, req. n° 297509.

(11) CJUE 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451-08, point n° 50.

(12) CJUE 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*, aff. C-213/13.

(13) cf. point 97 des Conclusions de l'avocat général Wathelet présentées le 11 avril 2013 sur l'affaire Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, n° C-576/10 mais également CJUE 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*, aff. précité

(7) CE Sect., 25 février 1994, *Sofap Marignan* req. n° 144641 et 145406.

(8) Voir également CE 20 janvier 1992, *Ville de Talant*, req. n° 46624 et CE 9 décembre 2011, *Commune d'Alès*, req. n° 342283.

(9) Cf. CCP, art. R. 2431-16.

tuelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure<sup>[14]</sup>.

De la même façon, une cession « avec charges », dans laquelle le cédant d'un bien impose à l'acquéreur d'exécuter des travaux déterminés, et dans son intérêt économique direct, relève du droit de la commande publique<sup>[15]</sup>.

Il a également pu être jugé par la cour administrative d'appel de Bordeaux que l'exclusion du programme de surfaces déjà construites, la suppression d'une liaison entre deux bâtiments et une conception entièrement revue pour un autre bâtiment traduisaient « en raison de leur portée sur l'ensemble des immeubles concernés et de l'augmentation de 93 mètres carrés sur un total de 695 mètres carrés de la surface achetée », une conception étudiée « pour adapter les immeubles aux besoins propres » de la collectivité<sup>[16]</sup>.

À l'inverse, la qualification de marché public peut être écartée si les « charges » fixées consistent en de simples « orientations » de la personne publique et du projet d'aménagement à « caractère très général »<sup>[17]</sup>, ou s'inscrivent dans le cadre des obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine.<sup>[18]</sup>

Par un arrêt rendu le 22 avril 2021, la CJUE est venu marquer une importante inflexion, en précisant que l'influence sur la conception doit avoir été déterminante, et notamment avoir été « exercée sur la structure architecturale de ce bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs. Les demandes concernant les aménagements intérieurs ne peuvent être considérées comme démontrant une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur »<sup>[19]</sup>.

Aussi, la CJUE semble vouloir limiter la qualité d'acheteur soumis au droit de la commande publique à la

personne publique qui exprime des exigences structurales sur les caractéristiques de l'ouvrage, de nature à influencer sur sa dimension architecturale...

Depuis cette décision, la cour administrative d'appel de Marseille a pu juger que le fait d'imposer « l'édification d'un cinéma et des ouvrages annexes, lesquels feront retour à la commune à l'expiration du bail », faute de « prescription technique émanant de la commune susceptible de caractériser un besoin précisé par celle-ci », ne pouvait suffire à établir l'existence d'un contrat de commande publique<sup>[20]</sup>.

Plus intéressant encore, la Cour en déduit que la collectivité ne peut ainsi être regardée « comme le maître de l'ouvrage direct de cette opération », opérant de nouveau un lien direct entre la définition du besoin, et la qualité de maître d'ouvrage.

Cette unification des approches juridiques apparaît source d'une simplification bienvenue, qui finalement en revient à la grille de lecture tirée de l'arrêt précité *Région Midi-Pyrénées*<sup>[21]</sup>, fondée avant tout sur la définition des besoins, mais s'attachant néanmoins à procéder par une approche foncière globale :

« Considérant que pour juger illégal le recours à la vente en l'état futur d'achèvement, la cour administrative d'appel a énoncé que l'immeuble était dans son ensemble destiné à devenir la propriété du district et que les travaux décidés par la délibération attaquée étaient conçus pour les besoins propres de celui-ci ; qu'ainsi la communauté de communes n'est pas fondée à soutenir que la cour aurait commis une erreur de droit faute d'avoir fait application de l'ensemble des critères dont dépend l'illicéité du recours, par les collectivités publiques à la vente en l'état futur d'achèvement ».

Demeure ainsi exclue du champ du droit de la maîtrise d'ouvrage publique, tout comme du droit de la commande publique, l'hypothèse de l'acquisition d'un simple volume dans une opération plus globale dont l'initiative et le portage relèvent d'un pur programme privé.

Ainsi que le proposait le Conseil d'État dès 1991, avant de devoir nuancer cette approche sous l'impulsion du droit communautaire.

C'est avoir tort que d'avoir raison trop tôt !

[14] CJCE 29 octobre 2009, Commission contre Allemagne, aff. C-536/07, point 58

[15] TA Paris 29 mars 2019, req. n° 1810371/4-2 ; CAA Bordeaux 3 septembre 2020, Société Solana, req. n° 18BX04475 ; CAA Marseille 25 février 2010, Commune de Rognes, req. n° 07MA03620.

[16] CAA Bordeaux 1<sup>er</sup> mars 2005, M. X et M. Y, req. n° 01BX00788.

[17] CAA Bordeaux 18 juillet 2016, Société Lory, req. n° 15BX00192 ; voir également CAA Marseille 17 juin 2019, Société Proletazur, req. n° 19MA00412.

[18] CE 10 mars 2006, Société Unibail Management, req. n° 284802.

[19] CJUE 22 avril 2021, Commission européenne contre République d'Autriche, aff. C-537/19.

[20] CAA Marseille 14 juin 2021, Société nouvelle d'entreprise de spectacles, req. n° 20MA02803 ; voir également pour une référence à cette notion CAA Marseille 17 mai 2021, Société Promex, req. n° 19MA03527.

[21] Voir également CE, 14 mai 2008, Communauté de communes de Millau-Grands Causses, req. n° 280370 ; CAA Nancy 15 avril 2021, M. C, req. n° 19NC02073 ; CAA Nantes 17 septembre 2021, M. B., req. n° 20NT02572.