

# La réception des « montages contractuels complexes » par le nouveau droit des marchés publics



NII SYMCHOWICZ

Avocat au Barreau de Paris, Chargé de cours à l'Université Panthéon-Sorbonne, Maître de conférences à Sciences-po Paris

Le nombre de formules contractuelles à la disposition des personnes publiques, et notamment celles prévoyant le recours à la maîtrise d'ouvrage privée pour réaliser des équipements publics, s'est considérablement étoffé ces dernières années.

Ce mouvement de *mutation*<sup>1</sup> des procédés contractuels à la disposition des personnes publiques, entamé à partir des années 1980, a donné naissance à des solutions innovantes employées par les personnes publiques pour externaliser la maîtrise d'ouvrage de leurs opérations de construction en marge des traditionnels contrats nommés du droit public que sont les marchés publics, les concessions de travaux, et des délégations de service public<sup>2</sup>. Certaines, hybrides, procédaient d'une dénaturaison des marchés publics et des concessions, comme par exemple les marchés d'entreprise de travaux publics (METP)<sup>3</sup>. D'autres ont été conçues à partir d'outils nou-

veaux offerts par le droit administratif des biens, et principalement les baux superficiaires<sup>4</sup>; ils ont permis la mise en place de schémas répondant à la logique technique et financière proche du crédit-bail immobilier ou du « lease-back », parfois associé à des missions plus globales d'exploitation de l'ouvrage. D'autres, enfin, ont été empruntées directement au droit privé et, en particulier, au droit de la promotion immobilière, les personnes publiques ayant eu recours aux procédés de la vente en l'état futur d'achèvement<sup>5</sup>, de la location avec option d'achat<sup>6</sup>, de la cession de terrains contre locaux à construire<sup>7</sup>, ou encore du bail en l'état futur d'achèvement, au lieu et place des traditionnels marchés publics de travaux.

Toutes ces techniques contractuelles, qualifiées de « *montages contractuels complexes* »<sup>8</sup> par les premiers observateurs de ce phénomène, ont eu comme point de départ la volonté des personnes publiques, confrontées à des contraintes matérielles, financières et foncières, d'échapper aux règles du droit public, jugé trop rigide et souvent inadapté. Il n'est pas impossible que des considérations idéologiques aient également pesé dans la balance, la maîtrise d'ouvrage privée étant souvent conçue, à tort ou à raison, comme plus efficace et financièrement plus sécurisante que la maîtrise d'ouvrage publique. Il n'en restait pas moins que ces montages, au-delà de la question en soi déjà épineuse de la possibilité d'y recourir, posaient de sérieux problèmes touchant aussi bien à la détermination de leur nature (contrat administratif ou contrat privé) qu'à celle de leur qualification juridique au regard des classifications résultant du droit de la commande publique notamment d'origine communautaire. Sur ce dernier point, au reste, au fur et à mesure que le juge tentait de relier ces formules contractuelles exotiques aux catégories juridiques existantes, la pratique cherchait à s'en extraire. Aux montages innovants succédaient ainsi d'autres montages toujours plus innovants, ce qui n'était pas sans conséquence lorsqu'il s'agissait de procéder à des qualifications juridiques. Plus la liberté contractuelle s'exprimait, plus le brouillard s'épais-

<sup>1</sup> V. Nil Symchowicz et Philippe Proot, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, 3<sup>e</sup> éd. 2012.

<sup>2</sup> Avec des objectifs précis : « dans un montage complexe, ce qui est recherché, ce n'est pas seulement la construction d'un ouvrage, la fourniture d'un bien ou d'un service, mais c'est tout en même temps, très vite et, si possible, sans décaissement immédiat de la part de la collectivité publique » (v. Philippe Terneyre, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, numéro spécial, p. 43).

<sup>3</sup> V. Philippe Terneyre, « Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages collectifs publics : le marché d'entreprise de travaux publics », *Mélanges Auby*, Dalloz 1992, p. 315 ; Stéphane Braconnier, « Un contrat en péril : le marché d'entreprise de travaux publics », *RFD adm.*, 1999, p. 1172 V. CE 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat* : *AJDA*, p. 364 ; CE 30 juin 1999, *Département de l'Orne, Société Gespace France* : *Rec.*, p. 227, *BJCP*, p. 602, concl. Bergeal, obs. Schwartz, *CJEG*, p. 434, note Richer.

<sup>4</sup> CE S. 25 février 1994 : *Rec.*, p. 94, *RFD adm.*, 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova, *CJEG*, p. 550, note Fatôme et Terneyre ; *Avis*, 31 janvier 1995, *AJDA*, 1997, p. 139 et, p. 126 et s., note Fatôme et Terneyre, *Les Grands Avis du Conseil d'État*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, p. 297, note Fatôme et Terneyre.

<sup>5</sup> CES. 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne* : *Rec.*, p. 41, *RFD adm.*, 1992, p. 48, concl. M. Pochard, *CJEG*, 1991, p. 251, note F. Llorens, *JCP*, éd. G, 1991, II, n° 21738, note E. Fatôme, D., 1991, som., p. 373, note Ph. Terneyre ; *Avis*, 31 janvier 1995, préc. ; Braconnier S. Les ventes de locaux à construire consenties à des personnes publiques, *JCP A* 2011, n° 47, 2360.

<sup>6</sup> CE 12 octobre 1988, *Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c/ Société d'études, de réalisations, de gestion immobilière et de construction (SERGIC)*, n° 82053 : *Rec. CE* 1988, p. 338, *CJEG* 1990, p. 119, note E. Fatôme, *LPA* 1989, n° 86, p. 10, note Llorens F.

<sup>7</sup> Sur tous ces points, voir : 97<sup>e</sup> congrès des notaires de France, ACNF, 2001, Les Collectivités locales, le renouveau contractuel : Congrès des notaires, 109<sup>e</sup> congrès, Propriété publique : quels contrats pour quels projets, LexisNexis, 2013

<sup>8</sup> Philippe Terneyre, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, numéro spécial, p. 43.

sisait. Pour le dire autrement, la complexité et le désordre du droit public des contrats croissaient en même temps que son intelligibilité régressait.

Mais ce qui a contribué à mettre véritablement le droit public des contrats « en miettes »<sup>9</sup>, ce n'est finalement pas la réception, tant bien que mal, de ces formules contractuelles nouvelles en droit positif, qui n'était déjà pas une mince affaire, mais plutôt, paradoxalement, leur consécration par le législateur.

De fait, jusqu'en 2002, l'appel à la maîtrise d'ouvrage privée, pour faire réaliser des équipements publics sans délégation de service public, procédait surtout de la pratique contractuelle qui, avec l'aval du juge, avait sollicité le droit des occupations domaniales, le droit des marchés publics et le droit de la promotion immobilière afin de permettre de sortir du carcan des marchés publics et de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Elles étaient en un mot le pur produit de la liberté contractuelle<sup>10</sup>. À partir de 2002, le phénomène a pris un nouveau départ et une nouvelle ampleur, car le législateur a consciemment décidé de consacrer explicitement la concurrence faite par ces montages à la maîtrise d'ouvrage publique. Ainsi, à partir de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, s'est engagé un mouvement

législatif fécond<sup>11</sup>, prévoyant, au fil des ans, de plus en plus la possibilité pour les personnes publiques, les collectivités territoriales comme l'État, d'employer ces formules contractuelles. Est par exemple apparu, entre autres, en 2004, le contrat de partenariat<sup>12</sup>, contrat global permettant de confier à un opérateur privé, non seulement la maîtrise d'ouvrage d'opérations de construction, mais également (et obligatoirement) au moins leur exploitation technique. Paradoxalement, la consécration répétée de la maîtrise d'ouvrage privée comme technique de réalisation des équipements publics, ainsi pleinement concurrente de la maîtrise d'ouvrage publique, a conduit à un véritable désordre confinant à l'illisibilité du droit. Les formules contractuelles se sont en effet empilées sans cohérence d'ensemble, avec des champs d'application qui se télescopaient. Sous couvert de permettre un recours élargi à ce qu'on a fini par appeler les partenariats public-privé ou, parfois, les contrats globaux<sup>13</sup> – formule consacrée pour désigner les contrats conclus sans délégation de service public par lesquels l'administration confie à un opérateur économique la mission de concevoir, financer, réaliser, voire exploiter un équipement destiné à répondre aux besoins de l'administration contractante, et dont la rémunération provient d'un prix versé par la collectivité

et/ou d'un droit d'exploitation – le législateur a ainsi créé une situation particulièrement confuse, pour ne pas dire chaotique. C'est probablement cette manière de procéder qui a suscité de la part du juge – mais pas seulement<sup>14</sup> – un regain de méfiance à l'égard de ces montages, la jurisprudence étant peu à peu venue à la fois limiter les possibilités d'y recourir<sup>15</sup> et attirer dans le champ de la commande publique ces montages contractuels conçus à l'origine pour y échapper<sup>16</sup>. C'est en tout cas ce désordre considérable du droit des contrats publics qui a conduit la doctrine, depuis de nombreuses années, à réclamer, unanime, si ce n'est l'élaboration d'un vrai code des

<sup>14</sup> Les contrats de partenariat ont ainsi parfois été évoqués comme une « bombe à retardement budgétaire » (Rapp. d'information de MM. J.-P. Sueur et H. Portelli sur les partenariats public-privé, 16 juillet 2014, doc. parlem. Sénat, n° 733, p. 22).

<sup>15</sup> Pour le recours aux contrats de partenariat : Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *DA*, octobre 2003, p. 24, note Alain Ménéménis ; Florian Linditch, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel », *Contrats et marchés publics*, octobre 2003, n° 10, p. 4, *AJDA*, 2003, p. 1391, note Jean-Eric Schoettl ; Cons. const., 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC ; CAA Lyon 2 janvier 2014, *Conseil Régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, req. n° 12LY02827 ; *BJCP* 2014 n° 94, p. 229 ; CE 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, req. n° 363007 ; concl. G. Pellissier ; *BJCP* 2014, n° 97, p. 404 ; pour le BEA : CE 19 novembre 2013, *SNI*, req. n° 352488, note, M. Mandrilla et P. Proot, le BEA ante 2011 et la gestion courante des collectivités territoriales, *CP-ACCP* 2014 n° 141, p. 81 ; pour la VEFA : CE S. 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne*, préc.

<sup>16</sup> Pierre Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RD imm.*, novembre-décembre 2003, p. 481 et s. ; Pierre Delvolvé, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », *RFD adm.*, 2004, p. 1079 ; François Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, mai 2005, p. 17 ; Stéphane Braconnier, « L'apport de l'affaire « Auroux » au droit des contrats publics d'affaires (à propos de l'arrêt de la CJCE du 18 janvier 2007, *Jean Auroux et al. c/ Commune de Roanne*), *RDP*, 5/2007, p. 1329 ; Philippe Terneyre, « La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire », *Petites affiches*, 2 février 2000, p. 39 ; en ce sens, voir également Étienne Fatôme et Philippe Terneyre, « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public. Commentaire de l'avis du 31 janvier 1995 des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies du Conseil d'État », *AJDA*, 1997, p. 126.

<sup>9</sup> François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, *Contrats et marchés publics* 2005, Repère n° 1 ; Guylain Clamour, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », *Mélanges Guibal*, Vol. II, p. 637 et suiv. ; V. également : François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, « Le grand désordre de la commande publique », *Contrats et marchés publics* 2009, Repère n° 7.

<sup>10</sup> Pleinement applicable aux personnes publiques : CE S. 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, req. n° 138650 ; Rec., p. 20 ; *AJDA*, 1998, p. 287 ; *CJEG*, 1998, p. 269, note F. Moderne.

<sup>11</sup> Yves Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP*, n° 36, 2004, p. 331 ; Nil Szymchowicz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », *Contrats et marchés publics*, décembre 2004, p. 8 ; François Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, mai 2005, p. 12.

<sup>12</sup> A. Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *AJDA* 2004, p. 1737 ; Rapp. L., Partenariats public-privé, brèves remarques sur l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, *Bulletin d'actualité Lamy droit public des affaires*, 2004, G.

<sup>13</sup> Voir, par exemple : Pierre Delvolvé, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », *RFD adm.*, 2004, p. 1079 ; François Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, mai 2005, p. 17.

contrats publics ou de la commande publique <sup>17</sup>, au moins un travail de réorganisation profonde des catégories contractuelles.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 répond à ce souhait, puisqu'elle poursuit notamment l'objectif de « *rationnaliser le paysage de la commande publique par une réduction du nombre de catégories de contrats existantes* » <sup>18</sup>. Elle tend ainsi à mettre fin autant à la prolifération des formules contractuelles nées de la pratique, et relayées par le législateur par couches successives, qu'à leur désordre. Elle affronte au demeurant directement la question de la réalisation des équipements publics sous maîtrise d'ouvrage privée à travers deux notables évolutions du droit. D'une part, la suppression de la maîtrise d'ouvrage publique comme élément d'identification du marché public de travaux <sup>19</sup>, d'autre part, la consécration des formules contractuelles de partenariat public-privé. De cette double évolution, pourrait naître le sentiment d'une promotion de la maîtrise d'ouvrage privée, comme technique pleinement concurrente de la maîtrise d'ouvrage publique pour la réalisation des équipements publics.

Il n'en est rien.

Il ressort de ce nouveau droit des marchés publics que ceux des montages permettant aux personnes publiques de recourir à la maîtrise d'ouvrage privée pour faire réaliser leurs équipements publics, et relevant de la catégorie des partenariats public-privé, se trouvent certes désormais consacrés par la définition du « marché de partenariat », mais la

réalisation des équipements publics par ce biais a vocation à devenir vraiment exceptionnelle. En somme, une consécration sans promotion (I). Par ailleurs, la suppression de la maîtrise d'ouvrage publique comme critère du marché public a un effet inclusif des montages issus de la promotion immobilière qui ne semble toutefois pas avoir des conséquences sur la possibilité, pour les personnes publiques d'y recourir : une inclusion sans consécration (II).

### **I. Nouveau droit des marchés publics et formules de partenariat public-privé (PPP) : une consécration sans promotion**

Tout d'abord, l'ordonnance du 23 juillet 2015 tend à mettre un terme à la dispersion des formules contractuelles de PPP. Confirmées et consolidées, l'ensemble des formules contractuelles employées jusqu'alors par les collectivités sont unifiées à travers la notion unique de « marché de partenariat » (A). Il reste qu'en dépit de cette consécration, ce mode de réalisation des équipements publics devra demeurer exceptionnel (B).

#### **A. Unification et consolidation des formules contractuelles de PPP**

En premier lieu, le nouveau droit des marchés publics simplifie l'état du droit. En mettant un terme à la dispersion des formules contractuelles de PPP, il consacre, consolide et fusionne l'ensemble des montages juridiques relevant de cette famille de contrats.

#### **1) Des formules contractuelles jusqu'alors dispersées**

Rappelons que ce que l'on a fini par nommer partenariats public-privé répondait à une contrainte. Celle liée à l'impossibilité avérée, en certains cas, de conclure des délégations de service public, soit en raison de l'absence de service public délégué ou délé-

gable, soit en l'absence de toute possibilité de rémunération de l'opérateur substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

Précisément, les ancêtres des PPP, à savoir les marchés d'entreprise de travaux publics, les « faux », comme les « vrais » <sup>20</sup> constituaient, de par leur économie empruntant à la fois à la concession et au marché public <sup>21</sup>, une réponse à l'impossibilité juridique de conclure, dans certaines circonstances, une « concession » en bonne et due forme, contrat dont on sait qu'il permet bien de transférer légalement la maîtrise d'ouvrage d'une opération de construction à un tiers sans que le principe <sup>22</sup> pesant sur l'administration

<sup>20</sup> La doctrine comme la jurisprudence avaient fini par distinguer les « vrais marchés d'entreprise de travaux publics » des « faux METP » : les premiers, conformes à la définition originelle de ces contrats, portant sur la réalisation et l'exploitation commerciale d'un ouvrage, et donc sur le service public dont l'ouvrage est le support ; les seconds, calqués sur la logique contractuelle des vrais METP, portant avant tout sur la construction d'un équipement, et sur son « exploitation technique », à savoir son entretien et sa maintenance. Cette distinction procédait d'un avis du Conseil d'État en date du 18 juin 1991 qui avait dénié la qualification de METP à des contrats qui, se bornant à confier des tâches de construction et maintenance, sans confier la gestion d'un service public ne pouvaient, en application de la jurisprudence rendue antérieurement, être considérés autrement que comme de simples marchés publics : « *Un contrat ayant pour objet la réalisation ou la réhabilitation ainsi que le gros entretien ultérieur d'un bâtiment public affecté au service public de l'enseignement et prévoyant le versement, au profit du titulaire du contrat, d'une rémunération forfaitaire périodique par la personne publique contractante, maître de l'ouvrage, ne saurait être regardé comme une concession de service public, dès lors qu'il ne prévoit pas que le titulaire perçoit sur les usagers, avec lesquels il ne noue, d'ailleurs, aucune relation contractuelle, des redevances pour services rendus. Un contrat de ce type, dans lequel on ne retrouve pas l'ensemble des critères retenus par la jurisprudence pour caractériser un marché d'entreprise de travaux publics, doit être regardé comme un marché de travaux publics.* » (CE Avis 18 juin 1991, req. n° 349740 : CJEG 1992, p. 517, note Richer L., in *Guide juridique et pratique du METP*, EFE, 1995, p. 229).

<sup>21</sup> Comme l'a souligné un auteur : « *au total, on peut dire que le METP est un marché public qui comporte une délégation de service public* » (Y. Aguila, « Notion et régime juridique du METP », in *Aguila (sous la dir.) ???* ; voir en outre, F. Melleray, « Le marché d'entreprise de travaux publics, un nouveau Lazare juridique ? », *AJDA* 2003, p. 1260.

<sup>22</sup> Posé par l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985.

<sup>17</sup> V. par exemple : François Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, mai 2005, p. 12 ; Guylain Clamour, dérogations en cascade dans les contrats publics pour l'euro 2016, *Contrats et marchés publics* n° 7, juillet 2011, comm. 190 ; Nil Symchowicz, « Pour un code des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2007, étude n° 4.

<sup>18</sup> P. Moscovici, Min. Économie et Finances, communiqué de presse n° 1141, 12 mars 2014.

<sup>19</sup> V. art. 5 de l'ordonnance.



d'assumer obligatoirement la maîtrise d'ouvrage de ses opérations de construction ne puisse être opposé, le concessionnaire étant ès *qualités* maître d'ouvrage<sup>23</sup>. La logique de financement privé des installations, propre au marché d'entreprise de travaux publics et empruntée au modèle de la concession, a en définitive été jugée incompatible avec le régime juridique correspondant à la qualification réelle de marché public que la jurisprudence a fini par donner à ces contrats. L'interdiction du paiement différé figurant dans le code des marchés publics, d'ordre public, a eu raison de cette formule contractuelle<sup>24</sup>.

La messe n'était pourtant pas totalement dite, puisque dès avant cette mise à mort par le Conseil d'État de toutes les formes du METP, l'ingénierie contractuelle était parvenue à développer une autre réponse à cette impossibilité juridique de conclure une délégation de service public. En effet, à partir du bail emphytéotique administratif (pour les collectivités territoriales), puis de l'autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels (pour l'État et par la suite pour les collectivités territoriales), des montages aux potentialités similaires, voire bien plus étendues, que celles permises par le METP ont donc été conçus, lesquels ont fini par être dénommés partenariats public-privé. À partir du moment où la Haute Instance administrative avait pleinement consacré la possibilité, aussi bien pour l'État que pour les collectivités territoriales, d'utiliser ces contrats domaniaux conférant des droits réels à l'occupant, et ainsi la maîtrise d'ouvrage des constructions, pour réaliser

des équipements publics<sup>25</sup>, la porte était grande ouverte à l'imagination contractuelle et au développement de nouvelles solutions offertes aux collectivités publiques. Ces « contrats domaniaux complexes », aux conditions pour y recourir très peu encadrées, ont de fait permis, dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage privée confiée à un opérateur économique, la délégation de missions plus ou moins étendues à cet opérateur, même en l'absence de service public délégué. Parfois (pour ne pas dire souvent) employés comme des alternatives simples aux marchés de travaux et donc limités à la réalisation de l'ouvrage, ils ont également servi de support à des missions portant sur l'entretien-maintenance de l'équipement, voire sur son exploitation commerciale. Si l'on ajoute à cela que les modalités financières et économiques, elles-mêmes très peu encadrées, permettaient de moduler la participation financière de la collectivité (paiement de loyers capitalisés, option d'achat) et induisaient donc un nombre important de montages financiers possibles, on mesure à quel point, à partir du bail emphytéotique administratif et de l'autorisation d'occupation temporaire, ces formules de partenariat public-privé constituaient une utile réponse à la volonté exprimée par les collectivités de pouvoir recourir à la maîtrise d'ouvrage privée. L'ordonnance du 17 juin 2004, relative aux contrats de partenariat, finira ensuite par créer un régime spécifique pour les contrats les « plus » globaux, qui lui préexistaient. Mais elle ne fera pas disparaître les autres formules contractuelles. D'autres montages, enfin, seront par ailleurs consacrés par le législateur à partir du BEA et de l'AOT. Cette double circonstance a aggravé, année après année, la dispersion des formules contractuelles de PPP.

## 2) Le « marché de partenariat » ou la confirmation de la diversité des formules contractuelles de PPP

Concernant les PPP, deux dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 doivent principalement retenir l'attention.

D'une part, l'article 67 de l'ordonnance qui, rappelant que « *Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser* », prévoit que ce « marché public » a pour objet « *1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; 2° Tout ou partie de leur financement* » et que le titulaire peut également « *assurer 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ; 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ; 3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.* »

D'autre part, l'article 101 qui, modifiant, à compter du 1<sup>er</sup> avril 2016, les dispositions des articles L. 2122-6 et L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) et les articles L. 1311-2 et L. 1311-5 du CG3P, prévoit que les contrats domaniaux que sont le BEA et l'AOT ne peuvent « *avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante* ».

De ces dispositions, il ressort que le BEA et l'AOT ne peuvent plus servir de

<sup>23</sup> CE 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes* : Rec., p. 69 ; CE 20 janvier 1992, *Ville de Talant, Société d'économie mixte d'aménagement de l'agglomération dijonnaise*, req. n° 46.624 ; CE 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse : Contrats et marchés publics* 2011, n° 130, note Devillers.

<sup>24</sup> CE 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat*, req. n° 150931, préc. ; CE 30 juin 1999, *Département de l'Orne, Société Gespace France*, req. n° 169336, préc.

<sup>25</sup> CE S. 25 février 1994, préc. ; Avis 31 janvier 1995, préc.

support à la commande d'une opération de construction par la collectivité, comportant une contrepartie économique, ce qui met un terme à toutes les formules contractuelles développées par la pratique puis consacrées par le législateur à partir du BEA et de l'AOT ; celles limitées à une simple opération de construction comme celles comportant des missions d'exploitation technique ou commerciale à la charge de l'opérateur économique. C'en est donc en principe fini de l'ensemble de ces PPP dits « sectoriels » et plus généralement des avatars des contrats de partenariat ou de délégations de service public développés à partir de ces « véhicules juridiques ».

Peut-on pour autant considérer qu'on en a définitivement terminé avec la possibilité, pour un pouvoir adjudicateur, de confier à un opérateur des prestations dans le cadre d'un BEA ? Sur ce point, deux remarques nous paraissent devoir être formulées.

D'abord, et alors que les choses sont claires en ce qui concerne l'AOT prévue à l'article L. 2122-5 du CG3P, la jurisprudence devra préciser la portée du maintien du second alinéa de l'article L. 1311-2 du CGCT, aux termes duquel un bail emphytéotique « *peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public [...]* ». La référence à la convention d'exploitation non détachable, comme celles relatives aux conditions de la gestion du bien ou au contrôle de la personne publique laissent clairement penser que le bail emphytéotique peut encore servir de support à la satisfaction de l'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité publique. On pourrait ainsi ne pas être très éloigné de la commande publique dont le BEA, logiquement à compter du 1<sup>er</sup> avril 2016, ne devrait plus pouvoir constituer le support. Il

n'est pas impossible que la combinaison entre les deuxième et troisième alinéas de cet article soit éclairée par la jurisprudence, nombreuse, faisant le tri entre ceux des contrats d'occupation du domaine public, qui se bornent à *autoriser* l'exercice de prestations, et ceux qui les *confient* et qui peuvent alors, de ce fait, relever de la commande publique<sup>26</sup>. Le BEA ne pouvant plus être employé pour *confier* des prestations « *pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur* », on peut penser qu'il y a probablement une zone intermédiaire, susceptible d'être occupée par le BEA, entre la banale concession domaniale et le substitut pur et simple au marché de travaux, et qui serait caractérisée par un objet du contrat *permettant* l'édification d'équipements intéressant la Collectivité, sans, cependant, d'intervention active de sa part au stade de la conception. La jurisprudence devra le préciser.

Ensuite, on observera que si l'ordonnance du 23 juillet 2015 a supprimé expressément de l'arsenal juridique le BEA « valorisation » qui avait été introduit au profit des collectivités territoriales par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011<sup>27</sup>, un tel bail étant probablement incompatible avec l'impossibilité affirmée d'utiliser le BEA en tant que substitut au marché public, cette suppression n'a pas été instituée en ce qui concerne l'État. L'article L. 2341-1 du CG3P continue en effet de prévoir, même après le 1<sup>er</sup> avril 2016, que : « *Un*

*bien immobilier appartenant à l'État ou à un établissement public mentionné au onzième alinéa de l'article L. 710-1 du code de commerce, au premier alinéa de l'article 5-1 du code de l'artisanat ou à l'article L. 510-1 du code rural et de la pêche maritime peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du même code, en vue de sa restauration, de sa réparation ou de sa mise en valeur.* » Pourtant, ce même article L. 2341-1 poursuit en précisant que lui non plus « *ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 [...]* ». Une contradiction entre ces deux dispositions pourrait apparaître dans la mesure où, par nature, ce BEA « valorisation » porte probablement sur l'exécution de travaux *pour le compte ou pour les besoins* du bailleur. Sans doute faudra-t-il considérer que c'est le terrain économique qui permettra de concilier ces deux dispositions, ceux des BEA valorisation ne prévoyant pas *une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation*, au sens de la jurisprudence interne et communautaire, étant alors seuls rendus possibles par cet article.

Le BEA classique et le BEA valorisation ne sont donc peut-être pas totalement sortis du champ des possibles, pour ce qui concerne la réalisation de travaux en lien avec des personnes publiques.

Quoi qu'il en soit, la réduction des solutions antérieurement permises par BEA et de l'AOT ne signifie pas disparition des potentialités offertes par l'ensemble de ces montages jusqu'alors dispersés. Au contraire, la « polyvalence »<sup>28</sup> du marché de par-

<sup>26</sup> CE 12 mars 1999, *Ville de Paris* : *BJCP*, 1999, p. 433, concl. Bergeal, *AJDA*, 1999, p. 439, note Raunet et Rousset ; CE S. 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, req. n° 338272-338527, *BJCP* 2011/74, p. 36, concl. Escaut, obs. R. S., *DA* 2011, n° 17, note Brenet et Melleray, *achatpublic.info*, 9 décembre 2010, note Simonel, *CP-ACCP* n° 106, janvier 2011, p. 56, note Hansen, *Contrats-Marchés publics* 2011, n° 25, note Eckert, *AJDA* 2011, p. 21, note Glaser : censurant CAA Paris plén. 25 mars 2010, *Association Paris Jean Bouin*, req. n° 09PA01920, *CP-ACCP* n° 98, p. 51, note Pintat, *AJDA*, p. 774, note Lelièvre, *Contrats marchés publ.*, n° 189, note Eckert, *DA* n° 93, note Brenet

<sup>27</sup> V. Guylain Clamour, « L'extension du « BEA-valorisation » », *Contrats et marchés publics*, n° 4 avril 2011, comm. 98.

<sup>28</sup> Gabriel Eckert, « Le périmètre des marchés de partenariat », *Contrats et marchés publics*, octobre 2015, dossier 11.

tenariat, consacrée par l'article 67 de l'ordonnance, permet de concevoir, à partir de ce seul véhicule juridique, très exactement les mêmes montages que l'ingénierie contractuelle avait développés, et ce, avec une sécurité juridique accrue.

**a) Il en va ainsi, d'abord des montages « aller-retour », élaborés naïvement à partir du BEA et de l'AOT.**

Plus précisément, il s'agissait de ceux dont l'objet résidait uniquement dans la prise en charge, par l'opérateur économique, maître d'ouvrage privé, de l'opération de construction. Une fois l'équipement achevé, selon les prescriptions de la collectivité publique qui aura le plus souvent fourni au maître d'ouvrage privé des « éléments de programme », puisque le Conseil d'État a estimé, dans son avis du 31 janvier 1995 précité, qu'un maître d'ouvrage privé peut conserver cette qualité, en dépit de la fourniture, par l'administration, des « éléments de programme correspondant à ses besoins », la collectivité publique en prenait possession en entamant avec l'opérateur privé un rapport locatif. Ce type de montage obéissait à la logique du crédit-bail immobilier ou de la location avec option d'achat, comme en témoigne le remarquable fait que, le plus souvent, dans le cadre des formules anciennes, l'emphytéote ou le titulaire de l'AOT était un établissement financier. Maître d'ouvrage privé, cet opérateur économique concluait alors le plus souvent un contrat de promotion immobilière, « miroir » du contrat conclu avec la collectivité publique, avec un promoteur. Ce type de montage, dont on peut dire qu'il constituait ni plus ni moins qu'un marché de travaux avec financement et maîtrise d'ouvrage privés, persiste en droit positif, sous le label de marché de partenariat, en dépit des modifications apportées par l'article 101 de l'ordonnance au CG3P et au CGCT. Alors que dans l'état ancien du droit, le titulaire du contrat de partenariat devait obligatoirement assumer (au moins) des obligations d'entretien-maintenance

de l'ouvrage, le titulaire du marché de partenariat, maître d'ouvrage, pourra avoir une mission plus réduite portant simplement sur « *la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général* ». Il y a là une définition extrêmement large de cette mission bâtiminaire qui a vocation à couvrir toutes les situations pour lesquelles le BEA et l'AOT avaient auparavant été employés.

Le régime général des marchés de partenariat permet par ailleurs de développer l'ensemble des montages élaborés par la pratique contractuelle.

D'une part, on sait que, en vertu de la liberté contractuelle, les conventions « aller-retour » permettaient aux parties d'adapter le régime financier des contrats en modulant la participation financière publique. Le régime des BEA et AOT n'impliquait en effet pas forcément un financement intégralement privé des investissements puisque, parfois, les collectivités pouvaient souhaiter recourir à ce mécanisme contractuel, non pour obtenir un lissage de l'amortissement financier des ouvrages réalisés, mais simplement pour permettre une réalisation des travaux dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage privée. Ainsi, au lieu et place d'un paiement de loyers successifs, était versé un loyer capitalisé correspondant à la somme des loyers de mise à disposition sur l'ensemble de la durée (dépouillé des frais financiers). Cette modalité financière a permis ainsi aux personnes publiques d'opérer le financement de l'opération de construction de leur côté. Ce mécanisme demeure possible et est même pleinement consacré par le nouveau droit des marchés publics, puisque l'article 80 prévoit expressément, pour tous les marchés de partenariat qu'« *une personne publique peut concourir au financement des investissements* ». La « personne publique » dont il est question peut naturellement être le pouvoir adjudicateur lui-même,

mais puisque ce n'est pas ce dernier qui a été visé par l'article 80, on peut penser qu'il pourrait s'agir de n'importe quelle personne publique qui pourrait trouver un intérêt dans l'opération de construction. Si l'on ajoute à cela que le même article 80 dispose que : « *Les marchés de partenariat sont éligibles à des subventions et autres participations financières* », la loi confirme la tendance semblable qui était apparue dans l'état ancien du droit<sup>29</sup> compte tenu du respect dû au principe de la « *neutralité entre les différentes options de la commande publique* »<sup>30</sup>, dont la portée n'était toutefois auparavant pas certaine.

D'autre part, comme pour confirmer la possibilité de poursuivre les nombreux PPP sectoriels consacrés également par les non moins nombreuses interventions législatives depuis 2002, principalement justifiées par les dérogations aux règles de compétence qu'ils caractérisaient puisque la plupart permettaient à une collectivité territoriale d'intervenir dans le champ de compétence d'une autre personne publique, à commencer par l'État, l'article 72 dispose que : « *un marché de partenariat peut être conclu pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions. Dans ce cas, une convention est signée entre l'acheteur qui conclut le marché de partenariat et l'organisme pour les besoins duquel le marché de partenariat est conclu* ». Bien plus, alors que la question n'était pas réglée concer-

<sup>29</sup> La loi n° 2011-617 du 1<sup>er</sup> juin 2011 prévoyait que, les projets de construction ou de rénovation des enceintes sportives destinées à accueillir l'UEFA Euro 2016 (ainsi que des équipements connexes permettant le fonctionnement de celles-ci), réalisés sous le régime du bail emphytéotique administratif, sont éligibles aux mêmes subventions, redevances et autres participations financières que s'ils étaient soumis au régime 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.

<sup>30</sup> V. art. 17 de la Loi n° 2009-179 du 17 février 2009, modifiant l'article 25-1 de l'ordonnance du 17 juin 2004, relative aux contrats de partenariat.



nant les BEA et les AOT<sup>31</sup>, il est désormais bien envisageable que plusieurs pouvoirs adjudicateurs se regroupent pour conclure ensemble un marché de partenariat limité à une opération de construction<sup>32</sup>.

Enfin, dernier point, on observera que l'article 85 de l'ordonnance prévoit que « lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise ». Voilà qui permet définitivement de considérer que le nouveau marché de partenariat reprend les potentialités que le recours aux dispositions relatives aux BEA et à l'AOT, constitutifs de droits réels, permettait.

**b) Les montages plus globaux que la pratique avait conçus, consistant à confier des missions allant au-delà de la construction, se trouvent également, et en tout premier lieu, confirmés.**

Comme le BEA et l'AOT, les charges du titulaire du marché de partenariat peuvent, pour faire simple, porter sur l'exploitation de l'ouvrage. En effet,

l'article 67, qui opère au passage des clarifications sur la possibilité dont dispose ce titulaire d'un marché public d'assumer des obligations de service public, précise que l'objet du marché peut porter sur l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments, ainsi que sur la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Cette nouvelle définition, par rapport à celle relative au contrat de partenariat, des prestations d'exploitation possibles, réhabilite pleinement les très décriés vrais et faux METP. C'était déjà le cas des BEA conclus avec une convention d'exploitation technique non détachable, portant sur l'entretien-maintenance de l'équipement public et des BEA avec convention d'exploitation du service public non détachable. L'un et l'autre, sans le dire, réhabilitaient le METP<sup>33</sup>. C'était encore le cas du contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004<sup>34</sup>, lequel, au passage, n'avait en définitive que très peu innové par rapport aux formules existantes<sup>35</sup>. Le marché de partenariat,

qui englobe donc sous ce label unique les formules précédentes, constitue sur ce point une amélioration notable du droit positif. En effet, la coexistence des contrats de partenariat et des formules apparentées élaborées à partir du BEA ou de l'AOT posait la question de savoir si ces dernières ne devaient pas être assimilées à des contrats de partenariat, de telle sorte que la possibilité d'y recourir était conditionnée par le dispositif applicable aux contrats de partenariat. Il est probable que la jurisprudence, qui ne s'est pas prononcée, aurait formulé une réponse positive à cette question<sup>36</sup>, dans la mesure où les contrats réglementés ont toujours un effet d'absorption des formules contractuelles qui ne le sont pas, ces dernières ne pouvant être employées pour commettre un détournement de procédure. En outre, en ce qui concerne les formules telles que le BEA et l'AOT le Conseil d'État avait déjà précisé, à propos du BEA, qu'il constituait une formule contractuelle neutre, dont la qualification finale dépendait en réalité des clauses contractuelles, et qu'il pouvait aussi bien constituer un marché public qu'une délégation de service public<sup>37</sup>. S'il avait été rendu sous l'empire de l'ordonnance du 17 juin 2004, l'avis n'aurait pas manqué d'ajouter que la qualification de contrat de partenariat est bien possible.

L'ordonnance, en les regroupant sous la qualification de marché de par-

<sup>31</sup> Le paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 85-704 relative à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, modifiée par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 offrait en effet la possibilité d'une maîtrise d'ouvrage sur un même bâtiment : « II. – Lorsque la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme. » Cette disposition destinée à résoudre une difficulté récurrente résultant de ce que la réalisation de certains ouvrages relevait parfois simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage n'avait pas d'équivalent en matière de BEA et d'AOT.

<sup>32</sup> Art. 73 : « Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs acheteurs, ces derniers peuvent désigner par convention celui d'entre eux qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, et, éventuellement, signera le contrat et en suivra l'exécution. Le cas échéant, cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. »

<sup>33</sup> V. en ce sens, Nil Symchowicz et Philippe Proot, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, 3<sup>e</sup> ed. Le Moniteur 2012, p. 385 et suiv.

<sup>34</sup> L'objet du contrat devait porter sur « une mission globale ayant pour objet, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ainsi que tout ou partie de leur financement, à l'exception de toute participation au capital » (art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 et de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009).

<sup>35</sup> Yves Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé, étude historique et critique », *BJCP*, 2004, p. 331 ; Voir Nil Symchowicz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », préc., p. 8 ; Alain Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée », *AJDA*, 2004, p. 1737 ; Étienne Fatôme et Laurent Richer, « Contrat de partenariat immobilier : réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages », *CP-ACCP*, n° 36, septembre 2004, p. 24.

<sup>36</sup> V. en ce sens, Nil Symchowicz et Philippe Proot, op. cit., p. 229 et suiv.

<sup>37</sup> « Le bail emphytéotique ne constituant, par lui-même, ni un marché de travaux publics ni, du moins, en cas de mission limitée du preneur, une délégation de service public, les mesures de publicité et de concurrence prévues aux articles 38 et 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ne lui sont, en principe, pas applicables. Elles ne peuvent l'être que si le bail s'accompagne d'une véritable délégation de service public, dans les cas où aucun texte ni aucun principe ne font obstacle à une telle délégation. En tout état de cause, il conviendra de vérifier attentivement dans chaque cas, en fonction de l'objet et des clauses du bail ou de la convention non détachable, si la loi du 29 janvier 1993, le code des marchés publics ou toute autre disposition législative impose ou non des obligations de publicité et de mise en concurrence. » (CE Avis 16 juin 1994, EDCE 1995, n° 47, p. 367).

tenariat, met un terme aux discussions (toutefois bien avancées) sur la qualification juridique de ces contrats.

Sans revenir en détail sur leurs termes, on rappellera que l'ensemble des formules de PPP étaient assurément exclues du champ d'application du code des marchés publics, faute de maîtrise d'ouvrage publique, mais n'étaient pas pour autant exclues du champ de la commande publique, ce qui devait logiquement emporter l'application de règles de publicité et de mise en concurrence pour leur passation. C'était évidemment expressément le cas pour les contrats de partenariat, puisque l'ordonnance du 17 juin 2004 avait institué des procédures de mise en concurrence. Mais s'agissant des autres PPP, leur qualification de marché public au sens du droit de l'Union européenne faisait peu de doutes<sup>38</sup>. Il faut ajouter à cela que, depuis le décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs : « *Lorsque l'un des baux emphytéotiques administratifs mentionnés à l'article L. 1311-2 est accompagné d'une convention non détachable constituant un marché public au sens de l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics, une délégation de service public au sens de l'article L. 1411-1 du présent code, un contrat de partenariat au sens de l'article L. 1414-1 ou un contrat de concession de travaux publics au sens de l'article L. 1415-1, sa conclusion est précédée des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions applicables à ce contrat. L'obligation mentionnée à l'alinéa précédent s'applique également aux baux qui comportent des clauses s'analysant comme une convention non détachable présentant les caractéristiques des contrats mentionnés à*

*cet alinéa.* » L'inclusion dans le champ de la mise en concurrence, quelle qu'elle soit, de l'ensemble de ces formules de PPP était donc acquise. Les choses sont donc désormais claires, pour l'ensemble de ces anciennes formules. Leur conclusion ne relève plus que du seul code des marchés publics.

Enfin, on peut penser, même si l'ordonnance n'évoque pas cette question, que la nature juridique des travaux réalisés par le titulaire du contrat de partenariat sera bien publique, quel que soit le montage contractuel retenu.

Il convient de rappeler, en effet, que dans l'affaire *SA Sofap-Marignan Immobilier* précitée, les travaux d'intérêt général réalisés dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif, pourtant destinés à être mis à la disposition de la collectivité locale une fois achevés, ont été qualifiés de travaux privés, dans la mesure où leur propriété n'était acquise à la collectivité qu'en toute fin de bail. Mais cette décision a été rendue à une époque où la technique contractuelle du BEA avait été, en quelque sorte, dévoyée par l'ingénierie contractuelle pour en faire un contrat de construction d'équipement public, et, de surcroît, à propos de la réalisation d'un ouvrage qui n'était que partiellement destiné à la personne publique (une part substantielle des bureaux devant être réalisés étant destinée à une exploitation purement privée par le promoteur). Sa transposition aux contrats de partenariat était déjà problématique, puisque, contrairement au BEA, il avait été institué en tant que contrat de construction d'équipements publics par le législateur, concurremment à la maîtrise d'ouvrage publique. Il est probable que les travaux réalisés dans le cadre des marchés de partenariat consentant des droits réels au « partenaire » suivront le même sort que ceux réalisés par le concessionnaire. Leur réalisation dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage privée ne devrait pas faire

obstacle à leur qualification de travaux publics<sup>39</sup>.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 a donc procédé à une salutaire remise en ordre des PPP, tout en consacrant pleinement l'ensemble des formules contractuelles, inventées par la pratique contractuelle. Il reste que cette consécration des PPP ne signifie en rien leur promotion.

## B. Caractère exceptionnel du recours au marché de partenariat

En deuxième lieu, l'ordonnance du 23 juillet 2015 encadre très strictement le recours au marché de partenariat en restreignant d'abord notablement son champ d'application et en généralisant à toutes les formes anciennes de PPP les conditions strictes pour y recourir.

### 1) Un champ d'application limité

Le champ d'application du marché de partenariat est doublement limité.

D'une part, contrairement à ce qu'il en était sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 23 juillet 2015, toutes les personnes publiques ne peuvent pas invariablement conclure un marché de partenariat. L'article 71 interdit ainsi ce mode de réalisation, sous maîtrise d'ouvrage privée, « *aux organismes, autres que l'État, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales dont la liste est établie par l'arrêté mentionné au I de l'article 12 de la loi du 28 décembre 2010 susvisée* », ainsi qu'aux « *établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique* ». Il ne s'agit pas d'une exclusion anecdotique. Au-delà de l'ensemble du secteur très important de la santé publique, qui disposait d'outils de PPP spécifiques (bail emphytéotique

<sup>38</sup> CE S. 29 octobre 2004, *Sueur et autres* : RFD adm., 2004, p. 1103, concl. Casas ; *Contrats et marchés publics*, 2004, n° 249, note Eckert ; CAA Lyon 21 mai 2015, *Société Bobsleigh*, req. n° 14LY01692.

<sup>39</sup> CE 22 juin 1928, *De Sigalas* : Rec. CE 1928, p. 785 ; RDP 1928, p. 525, concl. P.-L. Josse ; CE S. 1928, III, 113, note M. Hauriou ; CE 18 mars 1988, *Société civile des Néopolders*, req. n° 69723 ; Rec. CE 1988, p. 129 ; RDP 1989, p. 505, note F. Llorens ; AJDA 1988, p. 549, obs. J.-B. Aubry ; D. 1989, somm. com., p. 17, obs. Ph. Terneyre.



hospitalier), l'arrêté du 28 septembre 2011 établit une liste importante de personnes morales qui ne pourront pas conclure de marché de partenariat pour répondre à leurs besoins. Leur accès au « marché des marchés de partenariat » ne pourra s'opérer que si l'État accepte de conclure un tel contrat pour leur compte (art. 72, II), sous réserve toutefois que le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet et que « *l'opération soit soutenable pour les finances publiques et la situation de la personne publique* ». Ces dispositions témoignent à la fois d'une méfiance de principe dans la pertinence du marché de partenariat et d'une volonté de l'État de relativiser l'autonomie d'un nombre important de ses établissements publics.

D'autre part, contrat d'exception, le marché de partenariat ne sera possible qu'à partir de certains seuils, comme le prévoit l'article 75.II, aux termes duquel : « *Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru* ». Ces dispositions excluent toute possibilité de recours à la maîtrise d'ouvrage privée par le biais du PPP pour les « petites » opérations, en tout cas celles qui seront conçues comme telles, en fonction des montants de seuils qui seront fixés par le décret mentionné et qui semblent devoir être élevés. Il va de soi que plus ces seuils seront élevés, plus le contrat de partenariat sera cantonné à des opérations très importantes. La maîtrise d'ouvrage privée, par ce biais, même pourtant consacrée, comme on l'a vu, constituera une denrée rare.

## 2) La généralisation de l'évaluation préalable

Dans l'état antérieur du droit, l'évaluation préalable, à laquelle pouvaient souhaiter recourir certaines collectivités territoriales pour pouvoir bénéficier du fonds de compensation de la

taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA)<sup>40</sup>, n'était requise que pour la conclusion des contrats de partenariat (auxquels on devait sans doute assimiler les formules élaborées à partir du BEA et de l'AOT répondant à la définition ancienne du contrat de partenariat), ainsi qu'aux AOT « sectorielles » de l'article L. 2122-15 du CG3P<sup>41</sup> dépassant un certain seuil. La modification du droit sur ce point témoigne d'un raidissement considérable dans le sens d'une hostilité à ce type de formule contractuelle. Ainsi, le recours au marché de partenariat implique désormais, quelle que soit la personne publique, et quel que soit le type de marché de partenariat (qu'il soit limité à une opération de construction, ou qu'il comporte une mission plus globale), et quel que soit le montant d'investissement, la réalisation de deux études préalables : d'une part, « *la réalisation de l'évaluation du mode de réalisation du projet prévue à l'article 40* », d'autre part, la réalisation d'une « *étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* ».

<sup>40</sup> L. 1615-13 du CGCT : « *La collectivité territoriale ou l'établissement public, qui a passé un bail emphytéotique prévu à l'article L. 1311-2 d'un montant inférieur à un seuil fixé par décret et ayant donné lieu à une évaluation préalable dans les conditions prévues par l'article L. 1414-2, bénéficie d'attributions du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée sur la part de la rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la taxe sur la valeur ajoutée. La part de la rémunération correspondant à l'investissement est celle indiquée dans les clauses prévues à l'article L. 1311-3.* » Voir le décret n° 2009-244 du 2 mars 2009 fixant ce seuil à 10 millions d'euros HT.

<sup>41</sup> Et encore, dans ce cas, contrairement à ce qu'il en est en matière de recours aux contrats de partenariat, l'évaluation préalable équivalait à un « avis non conforme », c'est-à-dire à une procédure consultative destinée à éclairer le choix du pouvoir adjudicateur, tout en ne le liant pas. Ainsi, cette évaluation « a pour but de permettre le choix, parmi les contrats de la commande publique, de celui qui présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, que ceux d'autres contrats de la commande publique

Certes, on observera que la généralisation de l'évaluation préalable se trouve contrebalancée par l'effacement des trois conditions alternatives qui caractérisaient l'état antérieur du droit (urgence, complexité, bilan avantageux). À compter du 1<sup>er</sup> avril 2016, le recours au marché de partenariat sera soumis à la démonstration, par l'acheteur, au vu des deux études conduites, de ce que, « *compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont le pouvoir adjudicateur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à ce contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet* » (art. 75, I). Comme c'est le cas actuellement, « *le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage* ». Il est encore trop tôt pour déterminer quel contrôle sera porté par le juge sur cette démonstration, mais, en tout état de cause, l'applicabilité de ce dispositif complexe à l'ensemble des formules de PPP devrait aboutir à considérablement réduire le nombre de constructions réalisées sous maîtrise d'ouvrage privée, par rapport à ce que l'on pouvait observer sous l'empire des BEA et AOT.

L'esprit du 26 juin 2003, si l'on peut dire, est très présent dans ce nouveau régime des marchés de partenariat. On se souvient en effet que dans sa décision du 26 juin 2003, très critiquée<sup>42</sup>, le Conseil constitutionnel a mis un terme à l'expansionnisme des PPP, puisque la volonté du Gouvernement de per-

<sup>42</sup> Étienne Fatôme et Laurent Richer, « *Le conseil constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique* », AJDA, 2003, p. 2348 ; Alain Ménéménis, « *L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée* », AJDA, 2004, p. 1737 ; Yves Gaudemet, « *Libres propos sur le droit des contrats administratifs (la réforme de la commande publique et le partenariat public-privé)* », CJEG, janvier 2004, p. 1.

mettre le recours invariable à cette formule contractuelle a été stoppée net par la Haute Juridiction. Sans revenir en détail sur la solution adoptée, maintes fois commentée, on peut résumer son idée générale comme suit : faire du contrat du partenariat un contrat dérogatoire, à « dimension résiduelle »<sup>43</sup>. Cette jurisprudence ne concernait pas l'ensemble des PPP, mais uniquement les contrats de partenariat, même si l'on pouvait craindre, à raison, que son onde de choc atteindrait l'ensemble des formules de PPP. C'est désormais le cas. Le marché de partenariat, et donc l'ensemble des PPP, n'auront pas vocation à être signés fréquemment.

## II. Nouveau droit des marchés publics et montages issus de la promotion immobilière : l'inclusion sans la consécration

Concernant le recours par les personnes publiques aux montages issus du droit de la promotion immobilière, trois questions occupaient jusqu'il y a peu les praticiens, la doctrine et la jurisprudence. D'une part, celle de savoir dans quelle mesure la vente en futur état d'achèvement (VEFA), la cession de terrains contre locaux à construire, le bail à construction, le contrat de promotion immobilière, entre autres, pouvaient légalement être mis en œuvre pour confier la réalisation d'équipements publics, d'autre part, celle de la qualification juridique de ces montages au regard des règles régissant la commande publique, et, enfin, celle de la nature juridique des contrats conclus<sup>44</sup>. L'ordonnance du 23 juillet 2015 ne vise pas expressément ces formules contractuelles. En revanche, l'élargissement de la notion de marché

public de travaux à laquelle elle procède, dans le sillage du droit européen, conduit inévitablement à constater l'inclusion potentielle de ces montages complexes dans le champ interne de la commande publique (A). Mais, le dispositif de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP) n'étant en rien affecté par le nouveau droit des marchés publics, on peut s'interroger sur la portée réelle de cette inclusion, qui ne s'apparente pas à une consécration (B).

### A. L'inclusion des montages issus de la promotion immobilière dans le champ des marchés publics

Avec sa définition désormais « attrape-tout » du marché public de travaux, le droit des marchés publics interne a vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats permettant la réalisation d'équipements publics dans lesquels la personne publique assume un rôle actif dans la spécification des constructions. Pour peu que ce soit le cas de montages complexes empruntés au droit de la promotion immobilière, ces derniers seront qualifiés de marchés publics. Il en résultera une obligation de respecter les règles de mise en concurrence prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015 pour leur passation. En outre, et c'est sans doute ce qui est le plus remarquable, ces formules contractuelles empruntées au droit privé se verront alors attribuer le label de contrat administratif.

#### 1) La définition « attrape-tout » du marché public de travaux

##### a) Élargissement de la notion de marché public de travaux

Tout d'abord, le marché de travaux est désormais celui qui a pour objet : « 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ; 2° 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. » Pour définir le marché public de travaux, le nouveau droit des marchés publics reproduit ainsi mot pour mot<sup>45</sup> les dispositions de la directive 2014/24 (art. 2.1.6). D'une part, il supprime la maîtrise d'ouvrage publique comme élément de définition du marché public de travaux. D'autre part, il n'est plus fait référence à la réalisation d'un ouvrage répondant à un besoin précisé par le pouvoir adjudicateur mais, conformément à la jurisprudence communautaire, à un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Sans qu'il soit ici nécessaire de revenir en détail sur la notion de marché public de travaux, telle que dégagée par le droit de l'Union<sup>46</sup>, on rappellera que cette définition ne comportait, et ne comporte toujours pas, de référence, ni à la notion de maîtrise d'ouvrage du pouvoir adjudicateur<sup>47</sup>,

<sup>45</sup> Art. 5 : « I. – Les marchés publics de travaux ont pour objet : 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ; 2° 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. » Sur ce point, V. Rozen Nogueilou, Le nouveau marché public de travaux, *RD. Imm.* 2015, p. 501, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », *AJDA* 2015, p. 1789.

<sup>46</sup> L'objet principal du contrat doit être relatif à des travaux, le cocontractant doit être un opérateur économique, le contrat doit être conclu à titre onéreux, l'existence de l'ouvrage doit être appréciée par rapport à la fonction économique ou technique du résultat des travaux effectués, l'ouvrage doit répondre aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire faire l'objet d'une demande et d'une description suffisamment détaillée de sa part : « Ainsi, en droit communautaire, est un marché public de travaux un contrat par lequel, à titre principal, un pouvoir adjudicateur demande (commande) à un tiers, contre un prix (direct ou indirect), de réaliser des travaux répondant à ses besoins et ce indépendamment du fait que le pouvoir adjudicateur en devienne, en tout ou partie, propriétaire à la fin de l'opération » (Étienne Fatôme et Philippe Terneyre, « À propos des règles de passation des contrats publics à objets à la fois immobilier et de travaux. Retour sur l'arrêt Jean Auroux », *AJDA* 2009, p. 1868).

<sup>47</sup> CJCE 12 juillet 2001, *Ordine degli architetti c/ Comune di Milano*, aff. C-399/98 : ACCP, octobre 2001, n° 4, p. 61, note Richer, *Contrats et marchés* 2001, n° 154, note Llorens.

<sup>43</sup> Boris Tardivel, « La place du contrat de partenariat dans l'ordre des contrats publics », *Mélanges Guibal, CREAM*, 2006, vol. I, p. 847 et suiv., spécialement, p. 863

<sup>44</sup> Sur l'ensemble de ces sujets V. Nil Symchowicz, Philippe Proot, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, 3<sup>e</sup> ed. 2012.

ni à la propriété actuelle ou future des ouvrages, la Cour de justice de l'Union européenne étant venue expressément confirmer comme indifférent le fait « *qu'il est prévu ou non que le [...] pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet ouvrage* »<sup>48</sup>. Mais, en dépit de cette conception plutôt large du marché public de travaux, la Cour de justice a précisé, que, « *pour qu'il puisse être admis qu'un pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins au sens de ladite disposition, il faut que ce dernier ait 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* »<sup>49</sup> ; ce qui pouvait déjà se lire en filigrane dans sa jurisprudence<sup>50</sup>.

Là se trouve le point clé de la définition du marché public de travaux. Indifférente aux « véhicules juridiques » employés pour permettre la réalisation des travaux, elle est exigeante en termes d'implication de la personne publique dans le processus de réalisation des travaux. Ainsi, par exemple, on rappellera qu'a été qualifié de marché public de travaux au sens du droit de l'Union un « contrat de location » conclu par une Ville de halls d'exposition à construire par une société d'investissement, alors même que ces halls devaient être sous-loués par la ville à une société de droit privé dont l'objet est d'organiser des foires et des expositions, dans la mesure où ce contrat comportait des spécifications détaillées quant à la réalisation des ouvrages en question explicitées par

la ville. Cette jurisprudence a depuis été confirmée<sup>51</sup>. Dès lors que l'objet principal d'un contrat de bail porte bien sur l'exécution de travaux et n'est pas la location d'un immeuble, mais bien la réalisation de l'ouvrage que présuppose la mise en location ultérieure de cet ouvrage, il est un marché public de travaux, pourvu que le bâtiment à construire réponde bien à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

#### **b) Conséquences de l'élargissement de la notion de marché public de travaux**

De cette définition, pur produit du droit de l'Union, on peut en conclure qu'entre dans le champ d'application du droit interne des marchés publics l'ensemble des montages, que la personne publique exerce ou non la maîtrise d'ouvrage, permettant la réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Toute autre considération étant indifférente, il importe peu que le véhicule juridique employé pour faire réaliser ces travaux révèle une maîtrise d'ouvrage publique ou au contraire une maîtrise d'ouvrage privée des opérations de construction. N'a pas davantage d'importance le fait que les travaux soient publics ou privés, un marché public de travaux pouvant porter sur les uns comme sur les autres, ou encore les conditions dans lesquelles l'équipement réalisé intégrera ou n'intégrera pas le patrimoine du pouvoir adjudicateur. La suppression de la condition de maîtrise d'ouvrage publique, comme l'absence de toute référence à la notion de travaux publics, ou encore l'absence de toute référence à la propriété des ouvrages permettent bien, ainsi, de considérer que, désormais, la qualification

de marché peut venir s'ajouter à une autre qualification résultant du montage employé : on peut être marché public et contrat d'entreprise, comme des ventes de locaux à construire, des baux à construction, des cessions de terrains contre locaux à construire, ou des baux en l'état futur d'achèvement, peuvent également recevoir le label de marché public.

Cette inclusion dans le champ des marchés publics de ces montages jusqu'à présent qualifiés de complexes, nous paraît au passage constituer la seule conséquence tangible de la modernisation de la définition du marché public. En effet, compte tenu des obligations incombant au maître d'ouvrage public en vertu de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, tout contrat de construction dans lequel une personne publique exerce la maîtrise d'ouvrage<sup>52</sup> constitue bien par

<sup>52</sup> On rappellera que des précisions apportées par la jurisprudence, il résulte que comme en droit privé, la qualité de maître d'ouvrage est normalement attachée à la propriété du sol (v. Michel Zavarro, *La responsabilité des constructeurs*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 45-46, p. 26-27 ; Claude Grange, *La loi MOP*, 2<sup>e</sup> éd., Le Moniteur, 2010, p. 35). En droit public, une personne peut avoir la qualité de maître d'ouvrage durant la construction du seul fait de la direction des opérations de construction, comme elle peut se voir qualifier de maître d'ouvrage simplement parce qu'elle se voit remettre l'ouvrage à son achèvement. CE S. 25 février 1994, SA *Sofap-Marignan Immobilier*, req. n° 144641-145406 : Rec., p. 94 ; *RFDA*, p. 510, concl. Arrighi de Casanova). Comme l'a montré François Llorens : « *Initialement, la formule jurisprudentielle liait la qualité de maître de l'ouvrage à l'acquisition de la propriété des ouvrages dès leur achèvement. Dès lors qu'on lui conférait une portée générale, elle devenait critiquable en ce qu'elle ne correspondait pas au fond du droit jurisprudentiel lui-même. Aussi bien, en matière de délégations de service public au moins, a-t-elle été corrigée par substitution de la notion de remise à celle de propriété. À désormais la qualité de maître de l'ouvrage la personne qui bénéficie de la remise des ouvrages dès leur achèvement.* » (François Llorens, « Maîtrise d'ouvrage et contrats publics », in Guylain Clamour (dir.), *Contrats et propriété publics*, Lexisnexis, 2011, p. 195, spéc., p. 203). Ainsi a-t-il été jugé que « *n'assurant pas la direction technique des actions de construction et ne bénéficiant d'une remise des ouvrages qu'au terme du contrat, il ne pouvait être regardé comme jouant, ni pendant la direction des travaux ni avant le terme de la remise des ouvrages, le rôle de maître d'ouvrage* » (CE 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, re. n° 297509 : Rec. CE 2009, tables, p. 667 ; *Contrats-Marchés publics* 2009, comm. 284, note G. Eckert).

<sup>48</sup> CJCE 18 janvier 2007, *Jean Auroux e. a. c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05 : *Contrats-Marchés publics* n° 38, note Zimmer, *RDJ* 5/2007, p. 1329, note Braconnier.

<sup>49</sup> CJUE 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08, *achatpublic.info* 8 avril 2010, note Proot, *AJDA*, p. 947, note Aubert, Broussy et Donnat, *Contrats-Marchés publics*, n° 164, note Zimmer, et repère n° 5, note Llorens et Soler-Couteaux.

<sup>50</sup> CJCE 12 juillet 2001, préc., pts. 31-34 ; Siegbert Alber, concl. sur *Universale-Bau AG*, aff. C-470/99 ; CJCE 29 octobre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-536/07, pt. 58, *BJCP* 2010/68, p. 23, obs. R. S., *Contrats-Marchés publics* 2010, n° 129, note Zimmer.

<sup>51</sup> CJUE 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA c/ Commune Bari et a.*, aff. C-213/13 : *Contrats et Marchés publics* n° 10, octobre 2014, comm. 255, Commentaire Willy Zimmer, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 6, 9 Février 2015, 2031, note P. Proot.



nature un marché public de travaux au sens de ces dispositions. Être maître d'ouvrage, c'est par nature exercer une influence déterminante sur la conception ou la nature d'un ouvrage<sup>53</sup>. Si l'on ajoute à cela que, comme précédemment indiqué, l'ensemble des formules de partenariat public-privé se trouvent labellisées « marchés de partenariat », et donc labellisées « marchés publics » et qu'à leur égard, toute discussion concernant leur qualification est close, la modification constatée de la notion de marché public de travaux n'a, précisément, pour seule conséquence, que celle de pouvoir attirer dans le champ des marchés ces montages empruntés au droit de la promotion immobilière.

Au vu de cet état du droit, rien ne s'oppose donc à ce que, désormais, les montages empruntés au droit de la promotion immobilière, à l'instar du bail en l'état futur d'achèvement ou de la vente en l'état futur d'achèvement, soient pleinement considérés comme des marchés publics à part entière.

Cela étant, comme auparavant à l'échelle communautaire, il faudra encore regarder précisément, parmi

ces montages, lesquels répondent précisément à la définition partagée par le droit interne du marché public de travaux. Certaines formules contractuelles seront en effet pleinement assimilables à un marché de travaux lorsque deux conditions cumulatives seront réunies, tandis que d'autres pourront échapper à cette qualification.

La première condition tient à l'objet du contrat.

Si l'objet principal du contrat (ou de l'ensemble contractuel) porte sur la réalisation de travaux, ce qui permettra alors de dépasser la qualification première (éventuellement présente) de « vente » ou de « location », on sera en présence d'un « contrat de travaux ».

On sait en effet que l'article 14 de l'ordonnance considère ces contrats de vente ou de location comme des « marchés de services » exclus du champ d'application du code<sup>54</sup>, mais que cette qualification ne s'impose que si l'objet principal du contrat tient véritablement dans la vente ou la location<sup>55</sup>, et non dans la réalisation même des travaux. Dans ce dernier cas, la qualification de marché de services doit s'effacer au profit de celle de contrat de travaux. Et l'on peut à cet égard penser que le seul fait qu'un ouvrage n'existait pas, ou n'était pas en cours de réalisation à la date de conclusion du contrat est suffisant pour caractériser son objet principal en prestation de travaux.

Toute difficulté de qualification n'est pas à exclure. Ainsi, n'est pas tout à fait résolue la question de savoir si doit être automatiquement assimilée à une pure vente ou à une pure

location au sens de l'article 14 de l'ordonnance la location ou la vente de locaux à construire procédant d'une initiative à l'origine privée. En effet, certains auteurs considèrent que : « *Si un immeuble en l'état futur d'achèvement – surtout lorsque sa construction n'a pas encore débuté – ne constitue pas à strictement parler un immeuble existant, il devrait pouvoir sans difficulté y être assimilé dès lors que sa réalisation a été décidée avant que le pouvoir adjudicateur ne s'y intéresse et qu'elle doit se poursuivre quand bien même ce dernier ne s'en porterait pas acquéreur* »<sup>56</sup>. De même, on peut s'interroger sur l'achat ou la location, par une personne publique, de locaux conçus par des opérateurs privés, dont la commercialisation est lancée et dont la réalisation est en cours, lorsque, comme c'est souvent le cas, le contrat d'acquisition ou de location prévoit des adaptations plus ou moins importantes en fonction des besoins de la personne publique. La qualification d'un tel contrat n'est pas tranchée, mais il n'est pas impossible d'estimer, à l'instar de Laurent Richer et d'Étienne Fatôme que l'objet du contrat, en pareille circonstance, ne porterait pas sur des travaux, les constructions étant entamées<sup>57</sup>.

La seconde condition tient au lien entre « contrat de travaux » et « marché de travaux ».

En effet, la qualification de marché public de travaux de ce « contrat de travaux » ne sera avérée que si son économie comme le contexte de sa conclusion permettent d'identifier que le contrat porte sur la réalisation d'un ouvrage *répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception*. Cette

<sup>53</sup> Art. 2 de la loi MOP : « *Il lui appartient, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux. Lorsqu'une telle procédure n'est pas déjà prévue par d'autres dispositions législatives ou réglementaires, il appartient au maître de l'ouvrage de déterminer, eu égard à la nature de l'ouvrage et aux personnes concernées, les modalités de consultation qui lui paraissent nécessaires. Le maître de l'ouvrage définit dans le programme les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement, relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage* ». En vertu de l'article 3 de la loi MOP, sont au nombre des attributions de la maîtrise d'ouvrage, entre autres, la « *définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté* », la « *préparation du choix de l'entrepreneur* », ou encore la « *gestion du contrat de travaux* ».

<sup>54</sup> Sont exclus du champ d'application de l'ordonnance : « *Les marchés publics de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens.* »

<sup>55</sup> CJUE 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA c/ Commune Bari et a.*, aff. C-213/13, préc.

<sup>56</sup> V. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La VEFA, le droit communautaire et le logement social », *Contrats Marchés publ.* 2009, Repère 11.

<sup>57</sup> « Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second », *AJDA* 2015, p. 1577.

seconde condition pourrait se trouver en définitive assez naturellement satisfaite, car on peut penser que tout contrat portant sur la location ou l'acquisition d'un immeuble à construire contiendra des exigences fixées par la personne publique et que l'exercice d'une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage pourrait être déduite de la simple existence de clauses contractuelles spécifiant les caractéristiques des ouvrages. Mais il se peut aussi que la jurisprudence soit amenée à expliciter les notions de « rôle actif » et de « rôle passif » évoqués par l'Avocat Général Wahl dans ses conclusions sur l'affaire *Helmut Müller*<sup>1</sup>, et qui semblent avoir reçu l'approbation de la Cour, pour considérer que la reconnaissance d'un marché public de travaux implique nécessairement, sinon une initiative publique, au moins une intervention marquée d'un pouvoir adjudicateur dans le processus de conception de l'ouvrage. Dans ce cas, ne seraient en définitive jamais des marchés publics de travaux ceux des montages immobiliers complexes procédant fondamentalement d'une initiative privée marquée et tangible, en dépit d'une description des ouvrages dans l'acte d'acquisition ou de location.

Ainsi, en définitive, bon nombre de montages contractuels complexes, employés jusqu'alors par les collectivités publiques en marge de l'ancien code des marchés publics, pourront continuer à l'être à l'avenir dans les mêmes conditions qu'auparavant,

<sup>1</sup> « Plus précisément, la Commission, le gouvernement néerlandais et le gouvernement français insistent sur la nécessité de distinguer entre un rôle « actif » de l'administration publique, dans lequel celle-ci prend l'initiative pour l'exécution des ouvrages, ou en tout état de cause exerce une influence déterminante, et un rôle purement « passif », dans lequel les pouvoirs publics se limitent à des fonctions d'approbation et de contrôle à l'égard de projets émanant de particuliers. Dans ce second cas de figure, on ne serait pas en présence d'un marché public, mais il s'agirait tout au plus de l'exercice, par les administrations publiques, de leurs fonctions ordinaires de planification, d'approbation, de contrôle, etc. »

sans mise en concurrence aucune. Ce sera le cas de tous ceux dont il sera impossible, en raison de leur objet principal, de les considérer comme des contrats de travaux et ce sera également le cas de tous ceux pour lesquels, dans les conditions posées par la jurisprudence, le rôle joué par la personne publique dans l'existence et/ou la conception de l'ouvrage sera regardé comme trop limité.

## 2) Conséquences de la qualification de marché public

L'article 3 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que : « *Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.* » Il en résulte ainsi, selon toute logique, que la soumission au nouveau droit des marchés publics de ceux des montages empruntés au droit de la promotion immobilière relevant de la catégorie des marchés publics de travaux devrait conduire à reconnaître ces derniers comme de véritables contrats administratifs.

Dans l'état antérieur du droit, rappelons-le, on s'accordait à considérer que ces formules contractuelles, pleinement soumises à des dispositifs de droit privé, constituaient des contrats de droit privé. C'est notamment le cas des « ventes complexes », comme la VEFA ou la vente à terme qui, n'existant que par le code civil et régies uniquement par lui, étaient regardées comme constituant invariablement des contrats de droit privé. La doctrine<sup>2</sup> s'était certes interrogée sur la possibilité que ces contrats puissent être administratifs, soit par l'insertion d'une clause exorbitante du droit commun, soit, éventuellement, par application de l'effet attrac-

tif des travaux publics. Mais, de fait, précisément parce que ces formules contractuelles proviennent du droit privé et sont réglementées par ce droit, il est fort probable que l'on était en réalité en présence de contrats de droit privé par détermination de la loi.

L'évolution du droit, sur ce point, par la reconnaissance du caractère administratif de ces formules contractuelles empruntées à la promotion immobilière n'est pas sans susciter de problèmes.

D'abord, d'un point de vue général, on ne peut que regretter ce mouvement confirmé d'administrativisation des contrats de la commande publique conclus par des personnes publiques. En décidant, dès 2001<sup>3</sup>, que tous les marchés publics étaient des contrats publics, le législateur n'a en effet pas peu contribué au délitement de la notion de contrat administratif<sup>4</sup>. De fait, le droit exorbitant du contrat administratif, et son régime contentieux tout de même assez particulier, se sont trouvés applicables et appliqués à bon nombre de contrats dont, précisément, les décisions fondatrices du droit administratif conduisaient, en raison de leur objet, à devoir les regarder comme des simples contrats de droit privé. Aux origines du droit administratif s'est trouvée l'idée que ce dernier n'avait vocation à s'appliquer que dans les cas où l'administration n'agissait pas comme un simple particulier, mais en tant que puissance publique. Force est de constater, même si la pilule est depuis digérée, que cette administrativisation en masse de la commande publique ne peut que dérouter au regard de ce principe directeur du dualisme juridictionnel. Avec la qualification de contrat administratif de ces formules contractuelles qui

<sup>3</sup> V. Loi MURCEF du 11 décembre 2001.

<sup>4</sup> Voir Nil Szymchowicz et Philippe Proot, « Vers la mort des critères du contrat administratif », *ACCP*, n° 1, juin 2001, p. 54 ; Franck Moderne, « Faut-il vraiment « administrativiser » l'ensemble des marchés publics ? », *AJDA*, 2001, p. 707.

étaient auparavant des contrats de droit privé, on franchit une étape supplémentaire. Des contrats fondamentalement de droit privé, conçus et régis par lui, se voyant qualifiés de contrat public, le juge administratif va ainsi être conduit à faire directement application du code civil en cas de litige contractuel. Ce n'est pas une ou plusieurs dispositions de droit privé que le juge va appliquer, et encore moins des principes inspirés du code civil, c'est au contraire un régime juridique global et complet, pleinement de droit privé, qui devra se combiner avec les règles régissant les contrats publics.

On peut s'interroger sur la pertinence d'une telle évolution du droit. La seule et unique raison pour laquelle ces contrats fondamentalement privés se trouvent dénaturés tient au fait qu'ils sont conclus « pour les besoins » de la personne publique. Or, n'a-t-on pas appris et ne continue-t-on pas à apprendre encore que les contrats conclus simplement « pour les besoins » des services publics sont précisément ceux dont le caractère administratif ne peut tenir qu'à la présence éventuelle d'une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun ? Dans le cas contraire, ils ne constituent que de banals contrats de louage de service dont rien ne justifie l'application du droit spécial qu'est le droit administratif. Or, la seule raison pour laquelle certains de ces montages immobiliers publics se voient aujourd'hui conférer un caractère administratif est précisément celle pour laquelle ce caractère devrait leur être en principe dénié : être conclus « pour les besoins » de la personne publique.

Ensuite, et dans la mesure où il demeurera toujours des contrats de personnes publiques issus du droit de la promotion immobilière qui échapperont, on l'a dit, au droit des marchés publics, en raison, par exemple, d'une initiative publique absente ou insuffisante, ou d'une trop faible implication de la collectivité dans le processus

de réalisation de l'ouvrage, ces montages-là, précisément les mêmes que ceux qui se verront qualifiés de marchés publics, seront bien de droit privé. À leur égard, c'est bien le juge judiciaire qui fera application (notamment) des règles du code civil, et non le juge administratif. Pourtant, entre les montages complexes « marchés publics » et ceux qui ne le sont pas, il n'existe en fait qu'une différence tenant à l'existence de contraintes concurrentielles dans le processus de conclusion. Pour le reste, le régime juridique, principalement d'origine législative, sera le même, puisqu'il s'agira d'appliquer directement les règles du code civil relatives à la vente, au bail, etc. Cette dualité de situations juridiques et contractuelles, qui n'est justifiée que pour des motifs n'ayant aucun rapport avec le fond des obligations contractuelles des parties est, sinon fâcheuse, du moins fort peu justifiée.

## **B. L'absence de consécration des montages empruntés au droit de la promotion immobilière**

Implicite évoqués par l'ordonnance, ces montages ne sont en rien consacrés.

Le fait que l'ordonnance affecte ces montages complexes est en effet plus une conséquence de la modification de la notion de marché public, qu'une raison à celle-ci. Le juriste n'ayant pas particulièrement envisagé, en tant que tels ces montages, mais ayant avant tout cherché à reproduire la définition communautaire du marché public de travaux, l'impact sur ces montages de cette modernisation de la notion de marché de travaux ne peut qu'être limité.

Il faut ajouter à cela que l'existence, de la loi MOP intouchée, permet bien de considérer que l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne fait nullement la promotion de ces montages issus de la promotion immobilière.

Depuis 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 (loi MOP)<sup>5</sup>, il est formellement établi que les personnes mentionnées comme étant maîtres d'ouvrage publics au sens de la loi (art. 1<sup>er</sup>), à savoir, parmi d'autres personnes, l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics<sup>6</sup>, pour ce qui concerne la « réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure » et les « équipements industriels destinés à leur exploitation »<sup>7</sup>, ne peuvent se démettre de leur « fonction d'intérêt général » que constitue la mission de maître d'ouvrage<sup>8</sup>. Une personne publique, qui aurait objectivement la qualité de maître d'ouvrage public commettrait une illégalité en faisant réaliser une opération de travaux (soumis matériellement à la loi MOP) dans un autre cadre que celui de la loi MOP<sup>9</sup>.

Comme on le sait, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Région Midi-Pyrénées*<sup>10</sup>, puis ultérieurement, dans son avis du 31 janvier 1995, a apporté des précisions sur les cas dans lesquels, en dehors d'une loi le prévoyant,

<sup>5</sup> A. Thomas, « La loi maîtrise d'ouvrage publique, analyse et commentaires », *Revue Marchés publics*, 1985, n° 213, p. 27 ; *RDI*, juillet-septembre. 1986, dossier spécial (Jacqueline Morand-Deville, François Llorens, Frank Moderne et Michel Huet).

<sup>6</sup> La loi vise, en fait, toutes les personnes morales de droit public, sauf les (rares) établissements publics sans rattachement, ainsi qu'un certain nombre de personnes de droit privé, comme les organismes de sécurité sociale, les organismes privés d'HLM et, dans certains cas, les SEM.

<sup>7</sup> La loi exclut de son champ d'application les ouvrages d'infrastructures dans les ZAC et les lotissements, de même qu'elle ne s'applique pas « aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation » (voir, sur ce dernier point, le décret n° 86-520 du 14 mars 1986, *JO*, 16 mars 1986, p. 4395).

<sup>8</sup> Voir CAA Paris 18 avril 1997, *Compagnie générale des eaux et Syndicat des eaux d'Île-de-France c/ Préfet de la Région Île-de-France* : *RFD adm.*, 1997, p. 1149, concl. Spitz.

<sup>9</sup> CE 11 août 2009, *Commune Les Vans*, req. n° 317516 : *Contrats et Marchés publics* n° 10, octobre 2009, comm. 304, note Eckert.

<sup>10</sup> CE S. 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres*, préc.



une personne publique pouvait faire réaliser ses équipements publics sous maîtrise d'ouvrage privée : le recours à un montage contractuel faisant appel à une maîtrise d'ouvrage privée est irrégulier lorsque, selon le Conseil d'État, quatre critères cumulatifs sont réunis, en l'occurrence lorsque l'Administration l'utilise pour : (i) la « construction même d'un immeuble », (ii) « pour son propre compte », (iii) l'immeuble étant « entièrement destiné à devenir sa propriété », (iv) « et conçu en fonction de ses besoins propres ». L'état du droit sur ce point a été maintes fois commenté <sup>11</sup>, chacune de ces conditions méritant précision.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 laisse intactes la loi MOP et cette jurisprudence. L'élargissement de la notion de marché public de travaux n'a en effet pas été accompagné d'une refonte de la loi MOP, ou du moins d'une atténuation de l'obligation de recours à la maîtrise d'ouvrage publique. L'ordonnance n'aborde pas davantage cette question de la faisabilité des marchés publics de travaux sous maîtrise d'ouvrage privée. Certains auteurs considèrent pourtant que cette évolution de la notion de marché public de travaux, dépouillée de la maîtrise d'ouvrage, ne peut rester sans suite : « *L'abandon de la référence à la maîtrise d'ouvrage pose cependant la question du sort de la loi MOP : dès lors que l'on entérine le fait qu'une personne publique peut très bien*

*commander un ouvrage sans assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux, le principe posé par l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985, selon lequel : "le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre" apparaît, comme anachronique. Même si la personne publique est bien la personne pour laquelle l'ouvrage est construit, elle peut parfaitement se "démettre" de sa fonction de maîtrise d'ouvrage. Il sera dès lors difficile de censurer des montages contractuels au motif qu'ils ne respecteraient pas la loi de 1985, comme cela avait pu être fait avant l'ordonnance » <sup>12</sup>.*

Pour pertinente que soit, dans le fond, cette analyse, deux observations nous paraissent devoir être formulées.

D'abord, il nous paraît peu probable que l'assouplissement de la jurisprudence *Région Midi-Pyrénées* puisse juridiquement procéder de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

D'une part, juridiquement, la règle selon laquelle un maître d'ouvrage ne saurait se démettre de sa fonction procède d'une loi précise qui n'est pas abrogée. Les fondations sont donc solides et il serait douteux qu'un pur texte de transposition au mot près de règles issues du droit de l'Union, totalement indifférent aux préoccupations liées à l'exercice ou non d'une maîtrise d'ouvrage publique, puisse venir impacter la loi MOP. Pour le dire autrement, l'ordonnance du 23 juillet 2015 régit ceux des marchés publics de travaux sous maîtrise d'ouvrage privée qui sont possibles, mais n'a pas pour objet de légaliser dans son ensemble ce procédé juridique.

D'autre part, il existe bel et bien des montages contractuels complexes légaux au regard de la loi MOP et des critères de la jurisprudence *Région Midi-Pyrénées* et susceptibles de recevoir la qualification de marché public de travaux. L'incompatibilité entre la nouvelle définition du marché public de travaux et la loi MOP doit donc être relativisée. On songe par exemple à un bail en l'état futur d'achèvement à construire, avec ou sans option d'achat, d'un ouvrage, dont la réalisation procéderait d'une initiative publique, et dans lequel la personne publique aura joué un rôle actif en ce qui concerne sa conception. On songe encore à une vente en l'état futur d'achèvement d'un lot de copropriété d'un immeuble, dont l'initiative serait publique et dont les caractéristiques seraient le résultat d'une intervention publique marquée. Dans cette circonstance, en effet, le fait que l'immeuble ne devienne pas « entièrement » la propriété de la personne publique empêcherait d'envisager une violation de la loi MOP.

Ensuite, et si l'on considère qu'en réalité, seule une évolution du droit écrit pourrait prendre acte de l'élargissement de la notion de marché public de travaux, en étendant le champ de la maîtrise d'ouvrage privée possible, il nous apparaît difficile de ne pas prendre en considération le « *droit commun de la commande publique* », évoqué par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003 précitée <sup>13</sup>. D'une part, il n'est pas exclu que celui-ci comporte bien la réalisation sous maîtrise d'ouvrage publique des équipements publics comme principe. D'autre part, son abandon pur et simple pourrait être regardé comme traduisant une *généralisation* (devant être alors très encadrée selon la décision du Conseil constitutionnel) d'une dérogation au droit commun de la commande publique. Par conséquent, il nous paraît que la

<sup>11</sup> V. Nil Symchowicz et Philippe Proot, op. cit., et l'ensemble de la doctrine citée. V. tout particulièrement : François Llorens, « Le recours des personnes publiques à la vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement : une condamnation partielle », *CJEG*, septembre 1991, p. 251 ; Voir Stéphane Braconnier, *La Vente en l'état futur d'achèvement administrative*, coll. « Dalloz Action / Droit de la construction », 2007/2008, dossier n° 540 ; Xavier Mouriesse, « Vente en l'état futur d'achèvement », *Juris-classeur Contrats et marchés publics*, n° 614 ; Stéphane Braconnier, « Les ventes de locaux à construire consenties à des personnes publiques », *JCP éd. administration et collectivités territoriales*, n° 47, novembre 2011, n° 2360.

<sup>12</sup> Rozen Noguellou, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », *AJDA* 2015. 1789.

<sup>13</sup> Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC

messe est loin d'être dite concernant un éventuel assouplissement de principe posé à l'article 2 de la loi MOP, même si, dans la mesure particulière où la rénovation de la définition du marché public de travaux tient notamment dans la suppression de cette condition d'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le pouvoir adjudicateur, l'état du droit gagnerait en cohérence et en lisibilité si la loi MOP était, sur ce point, revue et corrigée.

Au terme de cette brève étude, il est permis de s'interroger sur l'avenir de la maîtrise d'ouvrage privée, comme mode de réalisation des équipements publics. Les techniques contractuelles dégagées par la pratique contractuelle ne peuvent certes plus aujourd'hui être considérées comme complexes, puisqu'elles ont bien été appréhendées par le droit de la com-

mande publique. L'administration qui les emploiera ne pourra plus, définitivement, être considérée comme utilisant des procédés « exotiques », puisqu'ils sont sinon consacrés (PPP), du moins envisagés (montages immobiliers). C'est évident pour ce qui concerne les formules de PPP – les « marchés de partenariat » – mais ça l'est aussi, peut-être dans une moindre mesure, pour les solutions contractuelles empruntées au droit de la promotion immobilière. Il reste que bien que réceptionnées par le droit positif, ces formules paraissent plus que jamais devoir être considérées comme des techniques d'exception, le « droit commun » de la réalisation des équipements paraissant véritablement être celui de la maîtrise d'ouvrage publique. *« L'histoire est toute faite de ces passages par la négation qui aboutissent, sur un autre plan et à un autre niveau à la restauration, et parfois au ren-*

*forcement, des valeurs contestées. »* écrit l'un de nos grands auteurs <sup>14</sup>. Concernant les possibilités ouvertes aux personnes publiques de recourir aux PPP ou aux montages issus de la promotion immobilière, il n'est pas impossible qu'à l'avenir, nous soyons amenés à vérifier le bien-fondé de ces propos. ■

---

<sup>14</sup> Jean d'Ormesson, *Le vagabond qui passe sous une ombrelle trouée*, Gallimard, NRF, p. 237.