

Les contrats de partenariat et la loi « MOP »

L'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat dispose que « le co-contractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser ». La maîtrise d'ouvrage est donc transférée au partenaire privé. L'ordonnance a, ce faisant, entendu soustraire les contrats de partenariat à l'application de la loi MOP du 12 juillet 1985. Cette dernière impose en effet aux maîtres d'ouvrages publics l'obligation d'exercer eux-mêmes certaines missions, ne permet d'en déléguer d'autres que de façon réglementée, alors que d'autres textes épars imposent également d'autres droits, obligations et responsabilités au maître d'ouvrage. Cette logique n'est pas compatible avec celle du contrat de partenariat.

Un contrat de partenariat dans lequel la maîtrise d'ouvrage des travaux serait assurée par la personne publique et non par la personne privée courrait dès lors le risque d'être requalifié en marché public de travaux.

L'ordonnance autorise toutefois le co-contractant public à prendre en charge tout ou partie de la conception s'il le souhaite.

Ces dispositions ont suscité de nombreuses interrogations que l'on peut résumer ainsi :

- ❶ Le fait pour la personne publique de choisir un maître d'œuvre et de l'imposer à son partenaire entraîne-t-il un risque de requalification en maîtrise d'ouvrage publique ?
- ❷ La personne publique peut-elle imposer au partenaire privé un maître d'œuvre choisi par elle ?
- ❸ Quelle est l'incidence du choix du maître d'œuvre par la personne publique sur les responsabilités du partenaire privé ?
- ❹ Est-il possible de transférer le risque de conception au partenaire privé ?
- ❺ La législation relative à la propriété intellectuelle s'oppose-t-elle à l'évolution des études de conception primaire du maître d'œuvre choisi par la personne publique ?
- ❻ Comment se répartissent les rôles en matière de demande de permis de construire ?

Ces différentes questions seront abordées à partir de trois scénarii principaux envisageables en matière de prise en charge de la conception des ouvrages.

- **Dans le scénario 1**, le concepteur, sélectionné sur concours par la personne publique, exécute une mission de base type loi MOP pour le compte de cette dernière. La conception n'est pas transférée au partenaire privé.
- **Dans le scénario 2**, le concepteur, sélectionné sur concours par la personne publique, exécute une fraction de la mission de base type loi MOP pour le compte de celle-ci, puis reste à ses côtés en tant qu'« AMO ». Un autre concepteur, sélectionné par le partenaire privé, poursuit la mission de maîtrise d'œuvre pour le compte de ce dernier.
- **Dans le scénario 3**, enfin, le concepteur, sélectionné sur concours par la personne publique, n'exécute qu'une fraction de la mission de base type loi MOP pour le compte de celle-ci. Il poursuit sa mission de maîtrise d'œuvre pour le compte du partenaire privé.

I – Le fait pour la personne publique de choisir un maître d'œuvre et de l'imposer à son partenaire entraîne-t-il un risque de requalification en maîtrise d'ouvrage publique ?

➤ Le risque de requalification au regard de chacun des scénarii :

Le scénario n° 1 prévoit que la personne publique confie à un maître d'œuvre une mission de base complète que celui-ci assume intégralement. Dans ce schéma, le risque serait important puisque la personne publique y serait amenée à s'immiscer dans la maîtrise d'ouvrage des travaux :

- en passant un marché de maîtrise d'œuvre portant non seulement sur la conception de l'ouvrage, que l'ordonnance lui permet de se réserver, mais également sur le suivi de l'exécution des travaux jusqu'à leur réception ;
- en assurant la gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;
- et en dirigeant, au moins pour partie, les actions techniques de construction par l'intermédiaire d'un maître d'œuvre soumis à ses pouvoirs d'autorité contractante.

Le scénario n° 1 viderait donc très largement le transfert de la maîtrise d'ouvrage opéré par l'ordonnance de sa substance.

Dans le scénario n° 2, le maître d'œuvre désigné par la personne publique n'assume qu'une mission de base partielle, et reste ensuite au côté de la personne publique à titre de conseil, notamment pour que cette dernière puisse exercer le contrôle de l'exécution du contrat imposé par l'article 11 f) de l'ordonnance. Ce scénario ne devrait pas encourir de critique dans la mesure où le conseil se contente de suivre l'exécution des travaux, sans exercer une quelconque direction technique des actions de construction, et en se limitant strictement à la conception de l'ouvrage.

Le scénario 3 prévoit que le maître d'œuvre exécute pour le compte de la personne publique une partie de la mission de base et la poursuit pour le compte du partenaire privé. Là encore, le scénario est valide si le contrat se limite aux seuls éléments de conception inclus dans la mission de base.

II - La personne publique peut-elle imposer au partenaire privé un maître d'œuvre choisi par elle ?

Il s'agit en fait ici d'affiner le scénario n° 3 précédent, dans lequel la personne publique sélectionne un maître d'œuvre qui réalise une fraction de la mission de base et impose ensuite ce maître d'œuvre au partenaire privé.

➤ 3 hypothèses sont envisageables :

1. La personne publique impose au partenaire d'intégrer le maître d'œuvre dans le groupement titulaire du contrat de partenariat. L'accès au contrat est donc limité aux seules candidatures groupées.
Cependant, on ne peut limiter l'accès aux CP aux seuls candidats groupés, puisque plusieurs articles de l'ordonnance évoquent la possibilité de candidatures individuelles et qu'une telle interdiction irait probablement à l'encontre du principe de liberté d'accès à la commande publique. De même, imposer au candidat retenu de former un groupement pour permettre l'intégration du maître d'œuvre se heurterait vraisemblablement à ce principe de liberté d'accès à la commande publique, puisque les membres du groupement ne pourraient se choisir mutuellement.
2. la personne publique impose au partenaire privé de reprendre le contrat qu'elle a conclu avec le maître d'œuvre. L'avis d'appel public à concurrence lancé par la personne publique pour le contrat de partenariat prévoirait alors une obligation de reprendre le contrat de maîtrise d'œuvre au cours de son exécution.
L'ordonnance n'exclut pas cette formule. La jurisprudence administrative admet la cession (même partielle) de contrat, opération par laquelle un co-contractant se substitue un tiers dans l'exécution du contrat, ses droits et obligations étant transférés au cessionnaire. La cession doit être acceptée toutefois par le maître d'œuvre ; il conviendra donc d'en informer les candidats et qu'une clause du marché de maîtrise d'œuvre la prévoie expressément.
3. la personne publique impose à son partenaire de confier au maître d'œuvre choisi par elle la poursuite de la mission de maîtrise d'œuvre.

Dans cette hypothèse la personne publique impose à son partenaire de conclure avec le même maître d'œuvre un contrat pour l'achèvement de la maîtrise d'œuvre. Cette hypothèse ne peut être envisagée en ce qu'elle impose au partenaire une obligation dont le contenu n'est pas pré-déterminé. En effet, le contenu des autres missions de maîtrise d'ouvrage n'est pas encore connu à ce stade.

III - Quelle est l'incidence du choix du maître d'œuvre par la personne publique sur les responsabilités du partenaire privé ?

Autrement dit, le partenaire privé peut-il éluder ses responsabilités et obligations lorsque le maître d'œuvre, qui lui a été imposé, est à l'origine d'un dysfonctionnement ?

Le partenaire privé ne peut refuser d'exécuter ses propres obligations au motif que la personne publique n'a pas rempli les siennes, et ce d'autant plus que la personne publique n'entretient plus de relation contractuelle avec le maître d'œuvre à la suite de la cession. A

compter de cette dernière, c'est le partenaire privé qui est responsable ; pour les faits antérieurs, il convient de prévoir dans le contrat de partenariat une clause par laquelle le titulaire du contrat déclare avoir pris une connaissance complète des études de conception et renonce à rechercher la responsabilité de la personne publique à raison des vices ou insuffisances éventuels.

IV - Est-il possible de transférer le risque de conception au partenaire privé ?

Dans la continuité de ce qui vient d'être dit, rien ne s'y oppose dans l'ordonnance, à condition de prendre la précaution de rédiger une clause telle qu'évoquée au point III, sous réserve de l'existence d'une faute lourde de la part de la personne publique (fraude ou dol).

V - La législation relative à la propriété intellectuelle s'oppose-t-elle à l'évolution des études de conception primaire du maître d'œuvre choisi par la personne publique ?

↪ Le droit moral de l'auteur au respect de son œuvre s'applique aux œuvres d'architecture quel que soit leur degré d'élaboration, dès lors qu'elles présentent un caractère d'originalité. Cette dernière condition est cependant aisément admise.

↪ Se trouvent en revanche exclues du champ d'application du droit moral les études purement techniques réalisées par l'architecte.

Le droit moral de l'auteur s'oppose aux modifications substantielles de l'œuvre propres à la dénaturer.

➤ Selon la jurisprudence administrative, il n'interdit pas, en revanche :

- les modifications qui n'ont pas l'effet de dénaturer susmentionné ;
- les modifications autorisées par l'auteur en connaissance de cause ;
- les modifications décidées unilatéralement par le propriétaire, qui sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique et à la condition que ces impératifs soient légitimés par les nécessités du service public, notamment par l'adaptation de l'édifice aux besoins nouveaux, c'est-à-dire proportionnées à leurs exigences ;
- certains aménagements conventionnels du droit moral de l'auteur.

En ce qui concerne ces derniers, le caractère d'ordre public du droit au respect de l'œuvre interdit qu'il fasse l'objet de cession ou de renonciation a priori, sans que l'auteur soit à même d'apprécier la nature et l'ampleur des modifications qui seront apportées à son œuvre.

La jurisprudence judiciaire admet la validité des clauses autorisant des adaptations de l'œuvre, sous réserve qu'elles ne portent pas sur ses éléments caractéristiques et qu'elles soient suffisamment précises pour ne pas en permettre la dénaturer.

En s'appuyant sur cette solution et sur la jurisprudence administrative précitée, on pourrait concevoir l'insertion dans les contrats de maîtrise d'œuvre de clauses autorisant des modifications de la conception primaire, qui seraient rendues nécessaires par l'évolution du programme -nécessairement limitée- en cours de dialogue compétitif, et seraient justifiées par des nécessités d'ordre technique ou liées au service public auquel l'ouvrage est affecté.

La légalité de telles clauses serait d'autant plus assurée qu'elles préciseraient la nature des modifications autorisées ou stipuleraient une interdiction de dénaturer l'esprit et le caractère original de l'œuvre.

VI - Comment se répartissent les rôles en matière de demande de permis de construire ?

La mention de l'auteur du projet architectural, faisant l'objet de la demande de permis de construire, qui résulterait de l'intervention de deux concepteurs successifs pose de délicats problèmes sur lesquels la jurisprudence n'a pas eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer.

En pratique, ce projet devrait pouvoir être présenté par l'auteur de la conception secondaire qui lui a conféré sa configuration définitive.

Toutefois, compte tenu des dispositions de la loi de 1977 sur l'architecture et du code de la propriété intellectuelle traitant de la paternité de l'auteur sur son œuvre, il conviendrait que le nom du maître d'œuvre, auteur de la conception primaire, apparaisse également sur le projet architectural, avec mention de la nature de sa contribution.

En ce qui concerne les demandes de permis de construire modificatif, elles devraient pouvoir être déposées par l'auteur de la modification, quitte à ce que - pour plus de sûreté - l'identité de l'auteur du projet originel se trouve, là encore, mentionnée.

La demande de permis de construire doit être présentée par le partenaire privé si le terrain d'assiette des constructions lui appartient.

Elle pourra l'être indifféremment par la personne publique ou par le partenaire privé dans l'hypothèse où le terrain serait la propriété de la personne publique, le contrat de partenariat donnant alors à son titulaire un titre l'habilitant à construire et donc une qualité pour demander le permis de construire. Il est à noter que dans tous les cas l'opération devra être regardée comme entreprise pour le compte de la personne publique qui a passé le CP, au sens et pour l'application des dispositions de l'article L 421-2-1 du code de l'urbanisme.

Nom du document : Fiche-PPP-LoiMOP.doc
Dossier : P:\ReferDoc
Modèle : D:\AAA\Antoine\Informat\PC\HP\Normal.dot
Titre : Les contrats de partenariat et la loi « MOP »
Sujet :
Auteur : threynaud-adc
Mots clés :
Commentaires :
Date de création : 22/08/2006 09:40
N° de révision : 2
Dernier enregistr. le : 22/08/2006 09:40
Dernier enregistrement par : TARDIVO
Temps total d'édition : 1 Minute
Dernière impression sur : 22/08/2006 14:40
Tel qu'à la dernière impression
Nombre de pages : 5
Nombre de mots : 1 888 (approx.)
Nombre de caractères : 10 763 (approx.)