

Loi Elan : les conséquences en matière de contrats globaux

Le recours aux « contrats globaux » – parce qu'ils constituent une dérogation aux règles édictées par la loi MOP¹ et au principe de l'allotissement en matière de marchés publics – est strictement encadré par les dispositions du code de la commande publique².

Bien que les règles de séparation stricte de la mission de maîtrise d'œuvre des missions de travaux et celle de l'allotissement pour faciliter l'accès à la commande publique demeurent, celles-ci tendent peu à peu à s'éroder au gré des dérogations consacrées en la matière, à l'instar de la loi ELAN³ et d'autres dispositifs⁴ qui facilitent le recours à cette forme de contrats.

Conformément aux dispositions de l'article L. 2113-1 du code de la commande publique, tous les marchés publics doivent, sauf à pouvoir bénéficier de l'une des exceptions limitativement prévues par les dispositions de l'article L. 2113-11 du même code, être passés en lots séparés lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes, cela afin de susciter une concurrence plus large entre les entreprises et faciliter l'accès de l'ensemble des entreprises, notamment les PME, à la commande publique.

Il est par ailleurs constant que les marchés passés par les acheteurs visés à l'article L2411-1⁵ en vue de la « construction d'un ouvrage »⁶ répondant aux caractéristiques mentionnées à l'articles L. 2412-1⁷ du code de la commande publique, à l'exception de ceux mentionnés à l'article L. 2412-2⁸ du même code, ne peuvent confier tout à la fois à un même opérateur économique une mission de maîtrise d'œuvre et celle consistant en la réalisation des travaux⁹. Ce séquençage traditionnel des différentes missions concourant au



processus de la construction d'un ouvrage, résulte d'une codification à droit constant des dispositions de l'article 7 de la loi MOP¹⁰.

Le code de la commande institue toutefois certaines catégories de contrats, dits « marchés globaux » ou « contrats globaux », dérogeant à ces principes¹¹. La notion de « marchés globaux » recouvre l'ensemble des marchés publics qui autorise les acheteurs soumis au code de la commande publique¹² à confier à un seul opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques, une mission globale comportant des missions de nature différentes pouvant recouvrir des missions de conception et de réalisation, de maintenance ou d'entretien, moyennant le paiement d'un prix. Ils se distinguent sur ce point des marchés publics de travaux de droit commun.

Figurent ainsi au titre des marchés globaux : les marchés de conception-réalisation¹³, les marchés globaux de performance¹⁴ et les marchés globaux sectoriels¹⁵, dont l'usage est soumis à des conditions différentes.

1 - 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, dont les principes ont été codifiés au sein des articles L. 2422-1 et suivants du code de la commande publique.

2 - Articles L2171-1 à L2172-6 du code de la commande publique.

3 - Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF n°0272 du 24 novembre 2018, NOR : TERL1805474L, dite « Loi ELAN ».

4 - A titre d'exemple, la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, JORF n°0296 du 8 décembre 2020, NOR : ECOX1935404L, dite « Loi ASAP », consacre notamment une nouvelle possibilité pour l'Etat de recourir à un marché global sectoriel s'agissant des infrastructures linéaires de transport, hors bâtiment (article L. 2171-4 5° du code de la commande publique), de la même manière l'article L. 2171-6 du code de la commande publique permet à la Société du Grand Paris de recourir à des marchés globaux « portant sur tout ou partie de la conception, de la construction et de l'aménagement des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris au sens du II de l'article 7 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage lui est confiée, sur les opérations de construction et de valorisation immobilière non directement liées aux infrastructures précitées qui relèvent de sa compétence ainsi que sur la maintenance des éléments qui sont remis en gestion à Ile-de-France Mobilités en application des articles 20 et 20-2 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 précitée. ».

5 - L'Etat et ses établissements publics ; Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les offices publics de l'habitat mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et leurs groupements ; Les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ; Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

6 - Article L. 2410-1 du code de la commande publique : « Les acheteurs définis au chapitre Ier qui, projetant la construction d'un ouvrage répondant aux caractéristiques mentionnées au chapitre II, envisagent la passation de marchés publics dans ce but, sont soumis en leur qualité de maîtres d'ouvrage aux dispositions du présent livre. ». La notion d'ouvrage est définie par les dispositions de l'article L. 1111-2 du code de la commande publique « Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. ».

7 - Article L. 2412-1 du code de la commande publique : « Les dispositions du présent livre sont applicables aux opérations de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage défini à l'article L. 1111-2 et faisant l'objet d'un marché public ainsi que sur les équipements industriels destinés à l'exploitation de ces ouvrages. ».

8 - Article L. 2412-2 du code de la commande publique : « Les dispositions du présent livre ne sont pas applicables : / 1° Aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation ; / 2° Aux ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté définie aux articles L. 311-1 et suivants du code de l'urbanisme ou d'un lotissement défini aux articles L. 442-1 et suivants du même code ; / 3° Aux ouvrages d'infrastructure situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national au sens de l'article L. 102-12 du code de l'urbanisme, ou d'une grande opération d'urbanisme au sens de l'article L. 312-3 du même code ; / 4° Aux ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte par un contrat de vente d'immeuble à construire prévu par les articles 1601-1, 1601-2 et 1601-3 du code civil ; / 5° Aux opérations de restauration effectuées sur des immeubles classés sur le fondement des articles L. 621-1 et suivants du code du patrimoine. / Les catégories d'ouvrages mentionnées au présent alinéa sont fixées par voie réglementaire. ».

9 - Article L. 2431-1 du code de la commande publique, anciennement article 7 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

10 - Ibid. note n°1.

11 - L'Article L. 2171-1 du code de la commande publique précise que les marchés de conception-réalisation ; les marchés globaux de performance et les marchés globaux sectoriels sont des « marchés globaux passés par dérogation au principe d'allotissement ».

12 - Article L1210-1 du code de la commande publique : « Les acheteurs et les autorités concédantes soumis au présent code sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices. ».

13 - Article L. 2171-2 du code de la commande publique.

14 - Article L. 2171-3 du code de la commande publique.

15 - Article L. 2171-4 du code de la commande publique.

Dans ce domaine la loi ELAN, est venue contribuer – soit en pérennisant des exceptions déjà consacrées à titre temporaire, soit en ajoutant de nouvelles dérogations – à faciliter le recours à ce type de contrats.

La loi ELAN a en effet confirmé la possibilité offerte aux entités du secteur social de recourir librement à la conception réalisation pour leurs opérations de construction. Cette dérogation qui était initialement limitée dans le temps jusqu'au 31 décembre 2013 puis prolongée jusqu'au 31 décembre 2018, avait été introduite par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, « *le dispositif ayant fait preuve de son efficacité en matière de rapport qualité/coût et de réduction des délais de construction* »¹⁶. Faisant le constat de ce que l'absence de prolongation d'une telle dérogation, « *provoquerait un renchérissement des coûts de 5 à 8 % et une augmentation des délais de 6 à 12 mois* »¹⁷, le dispositif a été pérennisé.

Désormais les organismes à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux, pourtant expressément visés par les dispositions de l'article L. 2411-1 du code de la commande publique pour la réalisation de logement locatifs aidés par l'Etat, peuvent recourir sans condition aux marchés de conception-réalisation¹⁸. La nécessité de justifier qu'un motif « *d'ordre technique* » ou « *un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique* » ou encore que « *la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur* » rendrait « *nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* », ne leur est en effet pas applicable¹⁹.

La même dérogation a également été prévue :

- pour les marchés de conception-réalisation « *relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation* » lorsqu'ils sont conclus par centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires définis à l'article L. 822-3 du code de l'éducation (CROUS)²⁰. Le dispositif a toutefois été limité dans le temps les concernant puisqu'il n'est applicable que jusqu'au 31 décembre 2021 ;

- Ainsi que pour les marchés de conception-réalisation « *relatifs aux opérations de construction ou de réhabilitation portant sur les ouvrages nécessaires à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024* »²¹.

La loi crée également un nouveau cas de recours à la conception-réalisation, cela pour l'ensemble des acheteurs soumis aux dispositions du Livre IV de la

deuxième partie du code de la commande publique – c'est-à-dire les acheteurs soumis à l'ancienne loi MOP – en ouvrant cette possibilité pour la « *construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur* ».

S'agissant enfin des marchés publics globaux sectoriels, l'article 230 de la loi Elan est venue compléter la liste désormais codifiée au sein des articles L. 2171-4 à L. 2171-6 du code de la commande publique, en prévoyant que les conditions de recours aux marchés de conception-réalisation de l'article L. 2171-2 du code de la commande publique ne sont pas applicables à de tels marchés « *conclus en vue de l'établissement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques en application de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales* ». Les acheteurs peuvent à ce titre, « *confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, la maintenance et l'exploitation d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques* ». Cette dérogation demeure toutefois limitée dans le temps puisque l'article 230 de la loi MOP précise que cette dérogation, n'est applicables aux seuls contrats conclus jusqu'au 31 décembre 2022.

La loi ELAN comme l'avait déjà fait avant elle, la loi portant l'engagement national pour l'environnement autorisant la conception-réalisation en cas d'engagement contractuel sur le niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique²² en sus des motifs d'ordre techniques, ouvre la porte à de nouvelles dérogations. Bien que certaines d'entre elles demeurent limitées dans le temps, le recours au marché global tend, au gré de l'œuvre du législateur, à se généraliser voire à se banaliser, ainsi qu'en témoigne la création par la loi ASAP de nouveaux marchés globaux sectoriels²³.

Si cette généralisation du recours aux contrats globaux – qui, en rompant avec la règle de l'allotissement, rend moins étanche les différentes phases d'une opération de travaux – fait l'objet de critiques notamment de la part de certains professionnels du secteur, il paraît évident que ces derniers présentent des avantages tant sur le plan pratique, par la réduction des interfaces entre les différents protagonistes de l'opération, qu'en termes d'optimisation des coûts et des délais.

La crise énergétique actuelle et l'impératif d'améliorer l'efficacité énergétique du bâti dans tous les secteurs ne peut, à cet égard que confirmer cette tendance à la généralisation.

Laurent de la Brosse
Avocat au Barreau de Paris
Associé Oyat Avocats

Arnaud Marroni
Avocat au Barreau de Paris
Oyat Avocats

¹⁶ - Etude d'impact du projet de loi Elan, Article 20-I, point 1.

¹⁷ - Ibid. note n°16, Article 20-I, point 3.2.

¹⁸ - Article 69 de la loi ELAN.

¹⁹ - Article L. 2171-2 dernier alinéa du code de la commande publique.

²⁰ - Article 69 de la loi ELAN.

²¹ - Article 19 de la loi ELAN et article 17-1 de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, JORF n°0072 du 27 mars 2018, NOR : SPOV1729269L.

²² - LOI n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, article 74, NOR : DEVX0822225L.

²³ - Ibid. note n°4, loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, JORF n°0296 du 8 décembre 2020, NOR : ECOX1935404L, dite « Loi ASAP », consacre notamment une nouvelle possibilité pour l'Etat de recourir à un marché global sectoriel s'agissant des infrastructures linéaires de transport, hors bâtiment (article L. 2171-4 5° du code de la commande publique), de la même manière l'article L. 2171-6 du code de la commande publique permet à la Société du Grand Paris de recourir à des marchés globaux « portant sur tout ou partie de la conception, de la construction et de l'aménagement des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris au sens du II de l'article 7 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage lui est confiée, sur les opérations de construction et de valorisation immobilière non directement liées aux infrastructures précitées qui relèvent de sa compétence ainsi que sur la maintenance des éléments qui sont remis en gestion à Ile-de-France Mobilités en application des articles 20 et 20-2 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 précitée. ».