

Contrats

Les subtilités de l'exécution des montages immobiliers relevant des marchés publics

Allotissement, sous-traitance, règles de paiement...

A quelle sauce ces contrats hybrides doivent-ils être consommés ?

Par Astrid Boullault, avocate, Seban & Associés

Il est un sujet qui nourrit la chronique et qui fait régulièrement l'objet de décisions et avis des juridictions administratives - l'actualité récente en témoigne (1). Personne, ou presque, n'ignore aujourd'hui le risque de requalification des montages immobiliers de valorisation des propriétés publiques en contrats de la commande publique et les conséquences que cela emporte lorsque l'opération n'a pas fait l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable en bonne et due forme. Il est clair, en effet, qu'une vente d'un bien domanial qui a principalement pour objet, non pas tant cette vente, mais la charge de travaux que le propriétaire public impose à l'acquéreur, est un contrat qui répond à une commande du propriétaire, commande qui sera le plus souvent rémunérée par la circonstance que le prix de vente sera inférieur au prix du marché.

Les exemples sont multiples. Ce peut être la cession, par une personne publique, de terrains, à charge pour l'opérateur de réaliser et d'exploiter un cinéma, certes entièrement privé, mais constituant tout de même un équipement qui participera à la vie de la cité et dont le contexte témoigne de ce qu'il est attendu par les citoyens. Ou encore, la vente d'un terrain à un opérateur, à charge pour lui de réaliser le projet qu'il souhaite, mais également une crèche ou un restaurant scolaire en rez-de-chaussée, qu'il remettra à cette personne publique par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement (Vefa). Ou enfin, la cession de plusieurs terrains, à charge pour l'acquéreur opérateur de réaliser des logements « libres », mais également des logements sociaux qu'il devra ensuite vendre ou donner à bail à des organismes HLM...

Maîtrise d'ouvrage privée. Mais il est un autre sujet - en partie lié au premier - qui suscite nettement moins d'observations et qui n'a pas fait l'objet, à notre connaissance, de décisions des juridictions administratives : quelles sont les conséquences de cette qualification d'un contrat de cession en marché public, concernant non pas la passation du contrat, mais son exécution ?

Le sujet est pourtant loin d'être anodin en pratique. Les marchés publics sont en effet soumis à un encadrement juridique bien précis concernant leur exécution (allotissement, sous-traitance, paiements...), régime du reste plus national

qu'euro-péen. Or, si une personne publique qui entend procéder à une cession avec charges qui a tout du marché public peut, sans difficulté, utiliser une procédure de passation adéquate (un dialogue compétitif, par exemple), la soumission du contrat au régime d'exécution des marchés publics pose en revanche plusieurs difficultés.

Celui-ci est en effet très largement façonné en considération du passé, c'est-à-dire de l'époque où les marchés publics impliquaient nécessairement une maîtrise d'ouvrage publique des travaux. Mais ce n'est plus le cas depuis l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : ce texte a supprimé le lien qui unissait jusqu'à présent le marché public et la maîtrise d'ouvrage publique. Or, le droit n'a visiblement pas pris en considération cette catégorie de marchés publics d'une nouvelle génération. En conséquence, nombreux sont ceux qui relèvent l'incohérence de l'ordonnance précitée - aujourd'hui codifiée

dans le Code de la commande publique (CCP) -, qui a permis de conclure des marchés publics sous maîtrise d'ouvrage privée, mais qui n'a pas prévu, pour ces contrats spécifiques, de déroger aux règles d'exécution des marchés publics (2).

Ce n'est pas dire pour autant - même si certains s'interrogent (3) - qu'une cession avec charges de travaux qui doit être analysée comme un marché public est illégale : il faut s'attarder sur le régime d'exécution pour le mesurer. Trois séries de règles propres aux marchés publics suscitent le plus souvent la réflexion.

Règles relatives au principe d'allotissement

Les marchés publics doivent, rappelons-le, être allotés, sauf exceptions bien spécifiques : « Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots » (art. L. 2113-10 du CCP). Or, dans le cadre d'une cession avec charges qui renferme toutes les caractéristiques d'un marché



de travaux et qui confie à l'acquéreur le soin de réaliser, sous sa propre maîtrise d'ouvrage, un bien, il n'apparaît pas possible pour l'acheteur public de satisfaire cette exigence: il ne peut, par définition, pas fixer des lots puisque l'ouvrage ne va pas être réalisé par lui et pour son compte.

A première vue, il y a là une incompatibilité coupable, qui pourrait sonner le glas de tous ces montages de cessions avec charges. Mais le raisonnement est sans doute trop précipité.

Prestation unique. Il n'est pas absurde de penser, en effet, qu'une cession avec charges sous forme de marché public n'est pas un contrat qui renferme des « prestations distinctes » au sens de l'article précité, et que l'objet du contrat ne permet donc pas d'identifier différents types de missions qui pourraient faire l'objet de lots séparés. C'est un contrat dont l'objet immédiat est la vente d'un bien immobilier à construire, objet qui implique certes incidemment la réalisation de travaux, mais des travaux réalisés par définition sous maîtrise d'ouvrage privée et qui ne peuvent donc être « distingués » que par le constructeur (l'acquéreur du bien immobilier) et non pas par le vendeur (l'acheteur

public). Plusieurs auteurs retiennent ce raisonnement, notamment concernant la Vefa (4).

Règles applicables à la sous-traitance

L'article L. 2193-3 du CCP indique que « le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par le présent chapitre » et que « sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre ». Les articles qui suivent, ainsi que les articles R. 2193-1 et suivants, posent les règles selon lesquelles le titulaire d'un marché public peut sous-traiter certaines prestations (sous-traitance partielle uniquement, obligation de déclaration des sous-traitants, acceptation des sous-traitants et paiement direct par l'acheteur public...).

Ici aussi, on mesure immédiatement la difficulté: on voit mal pourquoi l'acquéreur, maître d'ouvrage du projet qui demeure pour l'essentiel « son projet » privé, serait tenu de déclarer ses →

(1) CAA de Marseille, 17 juin 2019, n° 19MA00412; CE, avis du 22 janvier 2019, n° 396221; TA de Montpellier, 21 septembre 2017, n° 1600753; TA de Rennes, 2 juillet 2018, n°s 1604439, 1604811 et 1605524.

(2) Michèle Raunet et Raphaël Leonetti, « Le retour des Vefa publiques », BJCP, le blog du droit des contrats publics, 1^{er} août 2018; Étienne Fatôme et Laurent Richer, « Vefa et marché public de travaux: le nouvel état

du droit », Contrats et marchés publics, août 2016; Xavier Mouriesse et Louis Bahouagne, « Vente en l'état futur d'achèvement », LexisNexis JurisClasseur Propriétés publiques, novembre 2016.

(3) Willy Zimmer et François Llorens, « Les marchés publics de travaux du "troisième type" à l'épreuve du droit interne », Contrats et marchés publics, février 2016.

(4) François Tenailleau, « Les contrats globaux

après l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics », RDI, 2016, p. 15, et « Marchés publics globaux », Contrats et marchés publics, janvier 2018; concernant un contrat de promotion immobilière: Nicolas Doullens et Roland de Moustier, « Le recours aux contrats de promotion immobilière par les opérateurs publics », Contrats et marchés publics, avril 2018.

sous-traitants à la personne publique vendeuse. On voit également mal pourquoi l'acheteur public - qui n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage des travaux - devrait agréer les sous-traitants de l'acquéreur et, surtout, pourquoi il devrait procéder à un paiement direct en leur faveur, alors que, dans le cadre d'une cession avec charges, il ne paye pas directement l'acquéreur, en principe.

Ainsi, bien qu'une lecture littérale des textes commanderait de conclure que ces règles s'appliquent aux marchés publics sous maîtrise d'ouvrage privée telles les cessions avec charges de travaux, il paraît raisonnable de penser qu'ils n'ont en réalité vocation à s'appliquer effectivement que pour les marchés exécutés sous maîtrise d'ouvrage publique. Ils sont clairement animés par l'idée d'une maîtrise d'ouvrage publique, aux termes de laquelle l'acheteur public suit l'exécution des travaux, procède à leur paiement, etc.

Et c'est ce que soulignent les auteurs qui se sont penchés sur le sujet, concernant par exemple les Vefa qui seraient qualifiées de marchés de travaux (5). Du reste, et c'est un signe fort, il faut relever que les dispositions du CCP attachées à la sous-traitance sont écartées pour les marchés de partenariat (art. L. 2200-1), c'est-à-dire pour les seuls marchés publics sous maîtrise d'ouvrage privée qui sont expressément prévus par ce code.

Règles relatives aux paiements

Les règles en matière de paiements applicables aux marchés publics pourraient, elles aussi, à première vue, se révéler incompatibles avec les montages domaniaux qui imposent à l'acquéreur des biens vendus de remettre, à l'acheteur public, au sein de l'ensemble immobilier « privé » qu'il réalise, un équipement en l'état futur d'achèvement (une crèche, un gymnase, un office du tourisme, etc.).

On sait en effet que, dans le cadre d'un marché public de travaux, l'acheteur peut uniquement procéder à des acomptes et non à des paiements partiels définitifs au profit du titulaire du marché : l'article R. 2191-26 du CCP prévoit qu'« à l'exception des marchés de travaux, l'acheteur peut prévoir des règlements partiels définitifs », et l'article R. 2191-20 indique que « les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution ouvrent droit à des acomptes. Les acomptes n'ont pas le caractère de paiements définitifs ».

Incompatibilité avec la Vefa. Or, aux termes de l'article 1601-3 du Code civil qui définit la Vefa, « les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux ». Ainsi, la Vefa repose sur des paiements échelonnés du prix d'acquisition de l'ouvrage, alors que le CCP interdit les paiements partiels définitifs et n'autorise que les acomptes, lesquels sont destinés à couvrir l'exécution des travaux (art. R. 2191-20) et ne sont pas des règlements insusceptibles d'être remis en cause par les parties après leur paiement, notamment lors de l'établissement du solde (art. R. 2191-26).

Il y a donc ici une incompatibilité, que les auteurs ne manquent du reste pas de souligner (6), même si certains semblent

plus nuancés (7). Et la prudence commande peut-être de conclure qu'une Vefa attachée à une cession rend cette dernière incompatible avec les règles applicables aux marchés publics, à tout le moins sur ce terrain du paiement.

La voie de la vente à terme. Mais il existe probablement un moyen de neutraliser cette difficulté. Dans tous les cas où un équipement public doit être remis en pleine propriété à l'acheteur public au terme du montage immobilier, cette remise pourrait avoir lieu, non pas par la voie d'une Vefa, mais par exemple par la voie d'une vente à terme. C'est-à-dire, d'une vente par laquelle « le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement » et « l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison » ; d'une vente dans laquelle « le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble » et qui « produit ses effets rétroactivement au jour de la vente » (art. 1601-2 du Code civil).

Une vente à terme permet en effet sans doute de contourner l'obstacle attaché à l'interdiction des paiements partiels définitifs dans le cadre des marchés publics. Mais elle implique que l'acquéreur des terrains porte le financement de l'équipement (public) jusqu'à son terme, ce qui est parfois difficile en pratique, et ce qui implique au-delà un surcoût final pour la personne publique, attaché au portage du financement de l'équipement. ●

(5) « Vefa et marché public de travaux : le nouvel état du droit », précité ; « Le retour des Vefa publiques », précité ; « Vente en l'état futur d'achèvement », précité.

(6) « Vefa et marché public de travaux : le nouvel état du droit », précité ; « Vente en l'état futur d'achèvement », précité ; Jacques Dabreteau, « La Vefa à l'épreuve de la réforme de la commande publique », le blog du droit des contrats publics, 25 juin 2018.

(7) « Marchés publics globaux », précité.

Ce qu'il faut retenir

► Les montages immobiliers de valorisation des propriétés publiques peuvent être, dans certains cas, requalifiés en contrats de la commande publique. Si cela implique alors le respect des règles de publicité et de mise en concurrence pour leur passation, les impacts concernant leur exécution sont moins évidents.

► Se pose la question du respect du principe d'allotissement. L'on peut toutefois sans doute considérer que la cession avec charges ne renferme pas des prestations distinctes, susceptibles de constituer des lots séparés, mais une prestation unique consistant à construire un ensemble immobilier sous maîtrise d'ouvrage privée.

► De même, l'application des règles encadrant la sous-traitance des marchés publics paraît pouvoir être écartée.

► En revanche, le régime du paiement par acomptes, ne valant pas règlement définitif, semble incompatible avec une Vefa attachée à une cession. La prudence commande alors de procéder plutôt par le biais d'une vente à terme.