



VICTORIA GOACHET,
avocate,
cabinet Seban et associés

Présomption

Pour identifier s'il s'agit plutôt d'un marché d'acquisition ou de travaux, les juridictions s'appuient sur une forme de présomption.

Inconnue

La notion de « commencement » est problématique en ce qu'elle n'est pas définie par les juges. Premiers coups de pioches ou premières autorisations ?

Critère

L'exercice d'une « influence déterminante sur la nature ou la conception » d'un ouvrage constitue le deuxième critère de qualification d'un marché public.

UN OBJET PRINCIPAL FRAPPÉ D'UNE PRÉSUMPTION ?

La cour de justice considère que les contrats en l'état futur d'achèvement sont des contrats qui ont nécessairement pour objet principal la réalisation de travaux, dès lors que la mise en œuvre de l'ouvrage n'a pas été entamée au moment de la conclusion du contrat. A tout le moins, au moment où le promoteur a pu être assuré de ce que l'acheteur/le preneur public allait acheter/louer l'ouvrage.

Elle a ainsi jugé que, « au moment où la Comune di Bari s'est vu proposer par Pizzarotti la conclusion du contrat, la réalisation de l'ouvrage concerné par ce contrat n'avait pas encore été entamée. Dans ces circonstances, il convient de considérer que l'objet principal dudit contrat réside dans cette réalisation, que présuppose, en effet, nécessairement la mise en location ultérieure de cet ouvrage » (4).

Ainsi, si la réalisation de l'ouvrage est entamée au moment de la signature du contrat, l'objet principal sera son objet immobilier (l'acquisition), et le contrat devrait échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence. En revanche, si celle-ci n'est pas entamée au moment de la signature du contrat, l'objet principal sera, par présomption, la réalisation de travaux, et il conviendra alors de déterminer si ces travaux répondent à la définition d'un marché public. Tout est donc fonction d'une notion, celle de commencement, laquelle est sujette à débat.

LE COMMENCEMENT DES TRAVAUX : PREMIERS COUPS DE PIOCHE OU DÉLIVRANCE D'UN PERMIS DE CONSTRUIRE ?

La notion de « commencement » est problématique en ce qu'elle n'est pas définie par la cour de justice qui se contente d'indiquer que « la construction des ouvrages n'a pas été entamée », sans préciser si l'entame correspond aux premiers coups de pioche ou s'il est possible de retenir une vision plus large (premières études? permis de construire?).

La doctrine semble toutefois s'accorder pour faire coïncider « commencement » et « dépôt de permis de construire », ce qui relève du bon sens, à tout le moins en France. Le principal, au titre de la

Marchés publics

Ventes et baux en l'état futur d'achèvement : quelle qualification ?

C'est un enjeu connu: le contrat par la voie duquel un acheteur public va acquérir ou louer un bien en l'état futur d'achèvement peut-il être conclu de gré à gré ou doit-il, au contraire, respecter les règles de publicité et de mise en concurrence fixées par le code de la commande publique? Et la réponse est pour l'essentiel réglée: le contrat pourra être conclu de gré à gré s'il est analysé comme un marché public de service d'acquisition/location (1).

En revanche, sauf exception (2), il devra être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, s'il doit être analysé comme un marché public de travaux.

Si l'affaire semble, au premier regard, entendue, le sujet n'est pour autant pas clos. En effet, Il n'est pas chose aisée de déterminer si une vente en l'état futur d'achèvement (Vefa) ou un bail en l'état futur d'achèvement (Befa) appartient plutôt à l'une ou plutôt à l'autre de ces deux catégories, et ce, notamment, en considération de ce que ces contrats renferment tout à la fois une

part immobilière et une part « construction ». La jurisprudence joue à cet égard un rôle essentiel. Une analyse des décisions rendues permet d'identifier les éléments qui sont susceptibles de faire basculer le contrat dans une catégorie plutôt que l'autre. Et les dernières décisions devraient permettre aux acheteurs de qualifier de manière plus sereine leurs contrats.

L'OBJET PRINCIPAL DU CONTRAT, POINT DE BASCULE ENTRE LES DEUX QUALIFICATIONS

La Cour de justice de l'Union européenne tient aujourd'hui pour acquis que les ventes ou baux en l'état futur d'achèvement constituent des contrats mixtes dont les deux parts forment un tout indissociable au sens de la directive 2014/24 (3).

Et, pour identifier s'il est plutôt l'un que l'autre (marché d'acquisition ou marché de travaux), les juridictions s'appuient sur une forme de présomption.

qualification du contrat en marché, est en effet d'apprécier si l'ouvrage a été conçu en considération des exigences que l'acheteur public a – ou non – imposées sur les caractères architecturaux, constructifs et fonctionnels de l'ouvrage. Or le permis de construire est, de ce point de vue, un bon «marqueur», puisque le dessin architectural et fonctionnel de l'ouvrage est pour l'essentiel figé au jour de son obtention.

Le permis de construire semble du reste effectivement être un élément pris en compte par les juridictions, comme en témoigne la dernière décision rendue à propos de la Vefa attachée au siège social de Metz métropole (5). Mais ce marqueur n'est sans doute pas absolu non plus: le contrat n'est pas un marché de travaux si le contexte témoigne que, avant même le dépôt du permis, le programme était définitivement arrêté; raisonnement que la cour de justice tient incidemment dans une décision récente (6).

Déterminante donc, la question de l'objet principal et du commencement des travaux est en réalité souvent éludée par les juridictions qui préfèrent s'interroger à l'aune d'un autre critère.

L'INFLUENCE DÉTERMINANTE SUR LA NATURE OU LA CONCEPTION DE L'OUVRAGE, VÉRITABLE CRITÈRE DE LA QUALIFICATION

L'exercice d'une «influence déterminante sur la nature ou la conception» d'un ouvrage constitue le deuxième critère de qualification d'un marché public. Il consiste à rechercher si, par leur nombre ou leur nature, les «exigences» de l'acheteur public ont pu avoir une influence sur le «dessin» de l'ouvrage.

UN CONTEXTE POLITIQUE DÉTERMINANT

Le contexte qui entoure la conclusion d'une vente ou d'un bail en l'état futur d'achèvement joue indéniablement un rôle important dans la qualification de ces contrats. Et il semble plus précisément être analy-

RÉFÉRENCE

Code de la commande publique, art. L.1111-1, L.1312-1 et L.2512-5.

sé pour caractériser, non pas (plus) l'objet principal, mais l'existence d'une influence déterminante: si le contexte témoigne de ce que le projet a, pour l'essentiel, été pensé par le seul promoteur, et que la personne publique s'est seulement saisie de l'opportunité offerte par le marché, le risque qu'elle ait pu influencer le projet est faible.

A ce titre, de nombreux éléments sont pris en compte. La cour administrative d'appel de Nancy a ainsi, dans sa décision «Metz métropole» précitée, relevé que le permis de construire était bien antérieur à la date de signature du contrat et même à l'évocation d'un tel projet par la métropole, que le promoteur avait proposé son projet à d'autres «entreprises» et que la métropole avait de son côté identifié

plusieurs projets susceptibles d'accueillir son siège. La cour de justice a, quant à elle, souligné que l'acheteur public avait eu recours à un expert pour identifier celui des projets en cours le plus à même de répondre à son besoin de location et qu'à la date où il s'est intéressé au projet, l'essentiel de la structure était arrêté.

Il faut, par ailleurs, relever que les juridictions s'appuient sur des documents de nature et de portée très différentes: conférences de presse, articles de journaux, réunions publiques, comptes rendus de réunion d'assemblée délibérante, délibérations...

Il s'agit donc assurément d'une analyse au cas par cas, étayée par d'autres éléments.

L'EXISTENCE DE DEMANDES QUI VONT AU-DELÀ DES EXIGENCES HABITUELLES D'UN ACHETEUR/PRENEUR

Il est acquis qu'un acheteur public ne saurait avoir moins de droit que n'importe quel acheteur. De manière pragmatique, les

juridictions considèrent en conséquence que les demandes qui correspondent aux pratiques du marché n'ont pas influencé le façonnement de l'ouvrage de manière déterminante. Sont au nombre de ces pratiques, selon la cour de justice, la levée d'une option, le suivi par l'acheteur/locataire du chantier et sa présence lors de la réception. Elle précise utilement par ailleurs que les aménagements intérieurs ne caractérisent pas, en principe, une influence déterminante, à tout le moins s'ils restent des «petites choses» et, surtout, s'ils demeurent des aménagements standards.

La vraie difficulté se situe donc dans l'«entre-deux», lorsque les prescriptions imposées sont modestes, mais tout de même quelque peu structurantes. C'est alors affaire d'espèce, comme en témoignent les deux décisions précitées qui tiennent un raisonnement en concreto particulièrement poussé. Il faut dans cette hypothèse, selon nous, se poser les questions suivantes: est-ce que l'ouvrage aurait été dessiné et conçu de la même manière si l'acheteur/locataire n'avait pas imposé de prescriptions? Est-ce que le bien pourrait être vendu/loué à une autre société malgré les spécificités imposées par lui? Dans la négative, il faut conclure que la personne publique a exercé une influence déterminante sur la structure, et que le contrat est un marché de travaux.

Ces dernières jurisprudences, très pragmatiques, sont donc, sans doute, de nature à rassurer les acheteurs publics sur leur possibilité à continuer à recourir à ces outils. Ils ne devraient, en effet, plus redouter de tomber fatalement dans le champ de la commande publique lorsque tout témoigne de ce qu'ils ont seulement souhaité se saisir des opportunités du marché immobilier. ●

(1) Code de la commande publique (CCP), art. L.2512-5.

(2) CCP, art. R.2122-3.

(3) CJCE, 29 octobre 2009, aff. n° C-536/07.

(4) CJUE, 10 juillet 2014, aff. n° C-213/13; CJCE, 29 octobre 2009, aff. n° C-536/07.

(5) CAA de Nancy, 15 avril 2021, req. n° 19NC02073.

(6) CJUE, 22 avril 2021, aff. n° C-537/19.



La notion de «commentement» pose problème en ce qu'elle n'est pas définie par la cour de justice de l'Union européenne qui se contente d'indiquer que «la construction des ouvrages n'a pas été entamée», sans préciser si l'entame correspond aux premiers coups de pioche ou s'il est possible de retenir une vision plus large.