

Montages immobiliers qualifiés de marchés de travaux : dans quel cas ?

Lorsqu'une personne publique recourt à des montages immobiliers, elle devra systématiquement se poser la question de savoir si le montage utilisé doit ou non être soumis aux règles de la commande publique. Or, la question ne se pose pas dans les mêmes termes selon que la personne publique se présente comme acheteur ou comme propriétaire public.

L'enjeu du sujet est bien connu. Aujourd'hui, sûrement plus que par le passé, les personnes publiques s'appuient ou se greffent sur des opérations immobilières pour satisfaire les besoins de la Cité. Placées en position d'acheteurs sur un marché, elles louent ou achètent des parties d'immeubles à construire par des promoteurs immobiliers en posant préalablement des exigences constructives et/ou fonctionnelles. Placées cette fois en position de propriétaire public, elles ne cèdent ou ne louent maintenant des dépendances domaniales qu'en prescrivant toutefois ce que le locataire ou l'acheteur pourra faire de la dépendance. Dans un cas comme dans l'autre, leur intervention peut être couverte par le champ de la commande publique.

Il est naturellement difficile de broser un portrait exhaustif des montages immobiliers qui peuvent être mobilisés par une personne publique, tant ils reposent sur des considérations variées qui font de chacun d'eux un montage spécifique. C'est vrai tout d'abord des biens sur lesquels ils portent : terrain bâti ou non, immeuble en parfait état ou à entièrement réhabiliter, dépendance du domaine public ou privé... C'est vrai aussi des outils contractuels sur lesquels ils s'appuient. Les montages immobiliers peuvent en effet reposer sur des contrats de droit privé, soit de « simples » contrats de location (baux commerciaux, baux professionnels...), soit au contraire sur des contrats superficiaires de long terme (baux emphytéotiques ou à construction...). Mais ils peuvent aussi s'appuyer sur des contrats de mise à disposition domaniale soumis cette fois à un régime de droit public : l'autorisation d'occupation du domaine public avec ou sans droits réels – AOT ou le bail emphytéotique administratif – BEA. Ils peuvent encore s'appuyer sur des contrats de cession/acquisition, portant sur un immeuble déjà existant ou bien sur un immeuble à construire. C'est vrai enfin et surtout de la portée des exigences que la personne publique fera porter sur le constructeur/promoteur/acquéreur : il peut s'agir de

Auteur

Victoria Goachet
Avocat
Seban & Associés

prescriptions très légères et générales (on pense à une région qui mettrait une dépendance à la disposition d'un opérateur sous réserve de ne pas y installer une boîte de nuit), mais également de prescriptions « lourdes » qui emportent la réalisation d'un projet précis (on pense à la cession par une ville de son ancien hôtel de ville pour qu'il soit réhabilité et transformé en hôtel étoilé, ou encore à la cession par un département d'un terrain en friche à charge pour l'acquéreur de réaliser un ensemble immobilier dont le rez-de-chaussée devra être aménagé en crèche et rétrocédé au département...). Les exemples pourraient être multipliés à l'envi.

Bien que très variés donc, ces montages immobiliers sont toutefois unis par un même enjeu : il s'agit de savoir s'ils doivent, ou non, être soumis aux règles de la commande publique. Et si le sujet est le plus souvent appréhendé uniquement sous le prisme de l'application des règles de publicité et de mise en concurrence qui en découlent, l'application des règles d'exécution qui encadrent les marchés publics posent pourtant des sujets également sinon nettement plus compliqués⁽¹⁾.

Le sujet se pose fondamentalement de façon différente selon la « casquette » que prend la personne publique dans le montage immobilier, c'est-à-dire selon qu'elle se présente comme un acheteur (location ou acquisition d'un bien mis sur le marché par un opérateur) ou comme un propriétaire public (mise à disposition ou cession de ses dépendances sur le marché). Il faut donc reprendre le sujet sous ces deux angles, sachant que la personne publique peut porter parfois les deux « casquettes » : elle peut intervenir dans une opération immobilière à la fois comme vendeur et comme acheteur : qu'on pense au contrat par la voie duquel une ville cède un terrain à charge pour l'acquéreur de réaliser un ensemble immobilier dans lequel sera imbriqué un équipement public qui devra être remis à la personne publique par la voie d'une VEFA ou d'une vente à terme.

Les montages immobiliers permettant l'acquisition ou la location d'un bien par une personne publique

Il est aujourd'hui entendu que les contrats en l'état futur d'achèvement constituent des contrats mixtes parce qu'ils portent tout à la fois sur un objet immobilier qui échappe au Code de la commande publique (la vente/la location)⁽²⁾ et sur la réalisation de travaux qui peuvent relever – mais pas fatalement – d'un marché public de travaux.

C'est donc essentiellement à l'aune de la définition des marchés publics qu'il convient de déterminer si ces contrats relèvent, ou non, de la commande publique ; définition qui repose sur trois critères : un marché public de travaux ne peut être constitué que s'il porte (i) principalement sur la réalisation de travaux, (ii) sur lesquels la personne publique a exercé une « influence déterminante » et (iii) pour lesquels l'opérateur est rémunéré⁽³⁾.

L'exercice d'une « influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage » comme véritable critère de qualification en marché public de travaux des VEFA et BEFA ?

Si un marché est donc caractérisé par trois éléments, il semble que dans le cas particulier des contrats en l'état futur d'achèvement, seule une de ces composantes soit réellement prise en considération par les juridictions : celle relative à l'exercice d'une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage à réaliser.

Le caractère onéreux ne soulève en effet que peu de difficultés dans le cas de ces contrats. Ce dernier est immédiatement satisfait par la circonstance que la personne publique verse un prix d'achat à l'opérateur économique qui va réaliser l'ouvrage. Et il l'est également lorsque les loyers versés visent à couvrir les investissements réalisés par le preneur, comme c'est généralement le cas. La circonstance que le prix versé soit inférieur aux coûts des travaux réalisés est sans incidence sur cette conclusion⁽⁴⁾. C'est sans doute la raison pour laquelle les juridictions ne s'arrêtent pas, ou de manière purement formelle, sur ce premier critère.

Le critère de l'objet principal présente quant à lui un enjeu lorsque l'une des deux parts du contrat relève de la commande publique et est plus précisément alors soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence. Si les travaux devaient en effet relever de la définition de marché public de travaux, le contrat constituerait alors un marché mixte dont une part peut être conclue de gré à gré (l'acquisition/location) et dont l'autre doit être précédée de mesures de publicité et de mise en concurrence (les travaux). Or la Cour de justice de l'Union européenne tient aujourd'hui pour acquis que les deux parts de ce contrat mixte forment un tout indissociable au sens de la directive 2014/24/UE⁽⁵⁾, de sorte que le régime de l'objet principal sera alors celui de l'ensemble du montage immobilier⁽⁶⁾.

L'enjeu attaché à ce critère est toutefois quelque peu neutralisé par la circonstance qu'il est frappé d'une présomption. La Cour de justice considère en effet que les contrats en l'état futur d'achèvement ont

(1) Concernant la soumission aux modalités d'exécution des marchés publics, voir notamment A. Boullault, « Les subtilités de l'exécution des montages immobiliers relevant des marchés publics », *Le Moniteur* 25 octobre 2019, p. 82 et s.

(2) CCP, art. L. 2512-5.

(3) CCP, art. L. 1111-1 et L. 1111-2.

(4) CJUE 10 juillet 2014, Comune di Bari, aff. C-213/13 ; voir également les conclusions de l'avocat général.

(5) CJUE 20 octobre 2009, Commission c/ Allemagne, aff. C-536/07 notamment.

(6) CCP, art. L. 2000-2.

nécessairement pour objet principal la réalisation de travaux dès lors que la réalisation de l'ouvrage n'a pas été entamée au moment de la conclusion du contrat ou au moment où le promoteur a pu être assuré de ce que la personne publique allait acheter/louer l'ouvrage^[7]. Et si la notion de commencement n'est pas définie par les juridictions, la doctrine s'accorde pour considérer qu'elle coïncide avec le dépôt de permis de construire. Ainsi, la VEFA aurait, par présomption, pour objet principal le volet immobilier lorsqu'elle est signée après le dépôt du permis de construire, et pour objet principal la réalisation de travaux lorsque qu'elle est signée après.

Bien que toujours vrai, il nous semble que cette considération est aujourd'hui appréciée sur le fondement d'un autre critère, celui de l'influence déterminante : le permis de construire est un bon marqueur précisément parce que l'on considère qu'il fige les principales caractéristiques fonctionnelles, architecturales et constructives de l'immeuble à construire. Ainsi, si la personne publique acquiert/loue avant cette date, il est de fortes chances qu'elle ait exercé une influence déterminante sur l'ouvrage à construire ; chances qui disparaissent pour bonne part si la part personne publique acquiert postérieurement au dépôt du permis de construire.

Parce que l'essentiel, au titre de la qualification du contrat en marché, est donc 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, il est une certaine logique à ce que le seul critère analysé soit en définitive celui de « l'exercice d'une influence déterminante », le critère de l'objet principal étant assis sur l'une des considérations qui permettent de déterminer s'il y a eu, ou non, exercice d'une influence déterminante.

L'exercice d'une « influence déterminante sur la nature ou la conception » d'un ouvrage 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.

Seront à ce titre pris en considération le contexte (initiative publique ou privée du projet ? Nombre d'acquéreurs potentiels ? Existence et/ou recherches d'alternatives susceptibles de satisfaire la personne publique^[8]...) qui peut être établi à partir de documents de toute nature (conférences de presse, articles de journaux, réunions publiques, comptes rendus de réunion d'assemblée délibérante, délibérations...), mais également et surtout la nature et le nombre d'exigences fixées par la personne publique.

Il est entendu que plus les exigences de la personne publique seront nombreuses et éloignées des pratiques du marché, plus le risque d'une requalification sera grand. En revanche, si elle se contente d'imposer ce

que n'importe quel acheteur ou locataire pourrait exiger, l'exercice d'une influence déterminante ne devrait pas être caractérisé. Selon la Cour de justice, sont au nombre de pratiques courantes la levée d'une option, le suivi par l'acheteur/locataire du chantier et sa présence lors de la réception ainsi que les aménagements intérieurs, à tout le moins s'ils restent « petites choses » et surtout s'ils demeurent des aménagements standards^[9].

La vraie difficulté se situe donc dans l'« entre deux », lorsque les prescriptions imposées demeurent modestes, mais sont tout de même quelque peu structurantes. C'est alors affaire d'espèce et il faut 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.

Les VEFA et BEFA qualifiés de marchés publics de travaux peuvent-ils échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence ?

On le disait, la principale conséquence d'une requalification des contrats en l'état futur d'achèvement en marchés publics de travaux est l'obligation de les conclure après publicité et mise en concurrence, et non de gré à gré.

Et nombreux pourraient être ceux tentés de mobiliser l'exception prévue à l'article R. 2122-3 du Code de la commande publique pour échapper tout de même à cette obligation.

Cet article dispose en effet que « l'acheteur peut passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes (...) : 2° Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire (...) ».

Mais cet article précise plus loin que « le recours à un opérateur déterminé dans les cas mentionnés aux 2° et 3° n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché » ; limites qui doivent,

[7] CJUE 10 juillet 2014, Comune di Bari, aff. C-213/13 ; CJUE, 20 octobre 2009, Commission c/ Allemagne, aff. C-536/07.

[8] Pour un exemple d'éléments de contexte pouvant être appréciés CAA Nancy 15 avril 2021, Metz Métropole, req. n° 19NC02073

[9] CJUE 22 avril 2021, Commission européenne c/ République d'Autriche, aff. C-537/19.

à l'aune des directives européennes, être appréciées strictement⁽¹⁰⁾

Si la condition de l'imbrication sera le plus souvent satisfaite, celle relative à l'absence de solutions alternatives le sera plus difficilement. Il est en effet attendu de la personne publique qu'elle démontre les raisons juridiques et/ou techniques qui impliquent la réalisation du projet sur ce terrain, et pas un autre (offre foncière rare, un seul projet en cours à même de satisfaire son besoin, exigences du PLU...)⁽¹¹⁾. Et la démonstration sera plus difficile encore lorsque la personne publique était initialement propriétaire du terrain sur lequel la VEFA va être conclue, puisqu'elle avait alors le choix de ne pas vendre et de réaliser elle-même l'ouvrage qu'elle souhaite acquérir.

Les contrats en l'état futur d'achèvement pourront toutefois sans doute plus aisément échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence lorsqu'ils constituent l'accessoire d'un montage immobilier plus important, à tout le moins sous réserve que ce montage plus global ne soit alors lui-même pas requalifié de marché public de travaux. On pense notamment aux hypothèses dans lesquelles une personne publique se défait d'un terrain de plusieurs milliers de m² pour qu'un promoteur le valorise, et sollicite à cette occasion la reconstitution d'une crèche déjà existante.

Si tout témoigne de ce que la personne publique est avant tout motivé par la volonté de valoriser un bien qui sinon ne l'est pas, et qu'elle a seulement saisi à cette occasion l'opportunité d'obtenir un équipement public, il faut selon nous considérer que parce que la conclusion de la VEFA est un « accident », cette dernière suivra alors le régime du montage immobilier pris dans sa globalité.

Les montages immobiliers par la voie desquels la personne publique cède/loue ses biens

Moins évidente est la question de la requalification des contrats par la voie desquels les personnes publiques n'acquièrent rien, mais cèdent ou mettent leurs dépendances à la disposition d'opérateurs économiques pour qu'ils réalisent, à premier vue, des projets purement privés. On pense notamment aux contrats « domaniaux » mais également aux contrats de cession « sans retour ».

Les baux emphytéotiques administratifs et autres autorisations d'occupation domaniales

L'outil domanial est aujourd'hui un outil privilégié par bon nombre de collectivités qui y voit l'opportunité de

réhabiliter des dépendances dont elles n'ont pas (plus) les moyens techniques et/ou financiers de les entretenir et/ou de les faire vivre (un équipement sportif d'envergure, un ancien bâtiment emblématique qui ne répond plus aux standards actuels, un immeuble laissé libre par le déménagement des services municipaux...), mais dont elles ne souhaitent pas non plus se séparer.

La ligne de crête entre contrat domanial et contrat de la commande publique est toutefois glissante. La distinction est simple dans l'esprit : le contrat domanial a normalement pour objet de mettre à la disposition d'un occupant une dépendance du domaine public pour qu'il y réalise un projet purement privé qu'il a conçu et imaginé lui-même, alors que le contrat de la commande publique a pour objet de répondre à un besoin déterminé d'un acheteur moyennant une contrepartie onéreuse.

Mais parce que ces dépendances sont souvent symboliques (ancienne maison de maître dans le centre historique de la ville) ou idéalement situées sur le territoire de la collectivité (locaux situés face à un équipement sportif ou dans un quartier en plein « renouveau »), l'appel à projets par la voie duquel son occupation est mise en jeu renferme le plus souvent la réalisation d'importants travaux et par ailleurs un certain nombre de consignes, plus ou moins restrictives, qui peuvent faire basculer le contrat dans le champ de la commande publique. Or, il faut rappeler que l'utilisation des contrats domaniaux emportant transfert de droits réels (BEA et AOT constitutive de droits réels) est désormais prescrit lorsqu'ils renferment une commande⁽¹²⁾. L'enjeu est donc de taille.

La personne publique peut naturellement prescrire l'occupation de sa dépendance. Certaines prescriptions sont d'ailleurs inhérentes aux outils mobilisés, comme la réalisation de travaux lourds dans le cadre d'un BEA. Et la personne publique peut naturellement imposer à l'occupant des contraintes attachées au domaine lui-même et ce « tant dans l'intérêt de ce domaine et de son affectation que dans l'intérêt général »⁽¹³⁾, afin de « de s'assurer en permanence que le domaine public [est] occupé conformément à sa destination »⁽¹⁴⁾. Mais ces prescriptions ne doivent pas contraindre par trop l'occupant. De ce point de vue, ne seront pas susceptibles d'emporter la requalification du contrat en concession de travaux les prescriptions urbanistiques ou environnementales⁽¹⁵⁾ ou bien encore les prescriptions négatives justifiées par l'affectation du bien ou son histoire (pas de centre commercial, pas d'activités trop bruyantes...), sous réserve dans ce dernier cas qu'elles ne soient pas trop nombreuses. Les prescriptions positives sont quant à elles également autorisées, mais à la condition qu'elles demeurent des orientations générales, de sorte

(10) Considérant n° 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014.

(11) CAA Nancy 18 novembre 2020, SCI Victor Hugo, req. n° 20NC02103.

(12) CGCT, art. L. 1311-2 et L. 1311-5.

(13) CE 20 décembre 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, *Rec. CE* p. 702.

(14) CE 3 décembre 2010, Ville de Paris, req. n° 338272. Voir également les conclusions du Rapporteur public N. Escault sur cette décision, publiées au *BJCP* n° 74, p. 36.

(15) CJCE 24 mars 2010, Helmut Muller, aff. C-451/08.

que l'occupation soit pour l'essentiel l'œuvre de son occupant, et non pas celle de la personne publique qui vise à satisfaire son intérêt.

A ainsi été validé un BEA dont l'appel à projets fixait la destination du site (un hôtel), les grands principes de l'aménagement et rappelaient les contraintes réglementaires du site⁽¹⁶⁾. A en revanche été sanctionné l'appel à projets qui portait sur la réalisation d'un ouvrage particulier (des ponts répondant *de facto* au besoin de la personne publique) et qui prévoyait l'obligation de maintenir un certain nombre d'activités économiques et fixait par ailleurs le respect d'une dizaine de défis à réaliser⁽¹⁷⁾.

Si l'appréciation est toujours affaire d'espèce, comme en témoignent les décisions rendues en la matière, il est toutefois raisonnable de soutenir que les contrats domaniaux basculeront dans le champ de la commande publique toutes les fois où les exigences imposées par la personne publique s'éloignent par trop de la protection immédiate de la dépendance ou sont trop précises pour que le projet mis en œuvre demeure pleinement celui de l'occupant.

Les cessions domaniales avec charges

Tout comme les contrats domaniaux, la cession avec charge est un outil en pleine expansion, parce qu'il permet à la personne publique de valoriser un bien dont elle n'a plus l'utilité tout en gardant un certain contrôle sur le devenir de ce bien : par l'effet d'une vente dont la validité sera subordonnée à la réalisation de conditions (les charges), la personne publique va quelque peu contraindre le futur acquéreur.

Et il n'est pas nécessaire que l'une de ces charges renferme l'obligation pour l'acquéreur de céder ou louer une partie de l'ouvrage qu'il aura la charge de réaliser à la personne publique pour que la cession bascule dans le champ de la commande publique (le rez-de-chaussée de l'immeuble à réaliser par exemple)⁽¹⁸⁾. L'existence de la remise en pleine propriété d'une partie de l'ouvrage à réaliser n'emporte du reste pas fatalement, on le disait, requalification de la cession avec charges lorsque cette remise en pleine propriété ou cette location demeure accessoire par rapport à l'objet principal de la cession (*supra*).

Il y aura en revanche requalification si par leur nature ou par leur nombre, les charges témoignent de ce que la personne publique a eu « une influence déterminante » sur la nature ou la conception de l'ouvrage que l'acquéreur sera tenu de réaliser⁽¹⁹⁾. Là encore, les prescrip-

tions générales qui rappellent les règles urbanistiques et architecturales qui s'imposent à tout acquéreur seront exclues de l'analyse (prescriptions qui découlent des lois et règlements, des documents d'urbanisme ou encore du dossier de création de ZAC)

Ce sont donc les charges spécialement imposées par la personne publique en considération du projet qui font peser un risque de requalification. Et plus elles seront précises et nombreuses, plus le risque d'une requalification sera grand. On pense notamment à une personne publique qui, au-delà de la destination des ouvrages à réaliser – qui peut déjà contraindre le dessin architectural et emporter requalification – imposerait la réalisation de tel ou tel type de commerces (alimentaires en rez-de-chaussée du bâtiment A et de services dans le bâtiment B), la nature et les caractéristiques principales des logements à réaliser (situation dans l'immeuble, surface minimale, nombre de T2, T3, T4..., logements sociaux ou destinés aux primo-accédants), ou qui imposerait encore les caractéristiques principales de l'immeuble (façades en bois, exposition plein sud, interdiction d'utiliser le toit, obligation de prévoir des balcons)... Les exemples pourraient être multipliés à l'envi, et témoignent de la diversité des prescriptions qui peuvent être imposées par une collectivité.

Si dans l'exemple cité la requalification ne fera pas de doute tant la marge de manœuvre laissée à l'acquéreur est faible, il est bon nombre de cessions qui se situeront dans un entre deux : un projet qui renferme certes peu de prescriptions, mais des prescriptions quelque peu structurantes. Et, contrairement à ce qu'il advenait lorsque la personne publique portait sa casquette « acheteur », elle dispose cette fois d'une marge de manœuvre plus grande pour rester à l'écart de la commande publique. L'intention première de la personne publique jouera en effet déjà un rôle important : si son intention est avant tout de se défaire d'un bien dont elle n'a plus l'utilité, et non pas d'obtenir la réalisation d'un ouvrage déterminé, le risque de requalification s'éloignera. Surtout, elle pourra limiter le risque de requalification en neutralisant le critère du caractère onéreux⁽²⁰⁾ : la personne publique devra céder son bien au prix du marché ; prix qui correspond le plus souvent à celui fixé par les services de l'État compétent en la matière.

S'il ne faut pas surestimer la portée du sujet et voir des marchés de travaux derrière chaque montage immobilier sollicité par les personnes publiques, ces dernières devront toutefois systématiquement s'interroger sur l'étendue des exigences qu'elles imposent, et sur leurs conséquences sur le dessin de l'ouvrage à réaliser ou réhabiliter pour déterminer si elles doivent, ou non, se placer dans le champ de la commande publique.

(16) CAA Paris 24 octobre 2019, req. n° 17PA21304.

(17) CE avis 22 janvier 2019, Conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine, n° 396221.

(18) CJCE 18 janvier 2007, Commune de Roanne, aff. C-220/05.

(19) Pour une étude approfondie sur le sujet, voir l'article de A. Boullault « Recours à la cession foncière avec charges : quel risque de requalification ? », dans la présente revue.

(20) CAA Marseille 17 juin 2019, Société Proletazur, req. n° 19MA00412.