

[Jurisprudence] Méthode et conséquences de la requalification d'un contrat immobilier en marché public : le Conseil d'État précise sa jurisprudence

Réf. : CE, 2e-7e ch. réunies, 3 avril 2024, n° 472476, publié au recueil Lebon **N° Lexbase : A64072ZC**

N9094BZT



par Louis Malbête, Avocat à la Cour

le 22 Avril 2024

Mots clés : requalification • marché public • travaux • jurisprudence • bail en l'état futur d'achèvement.

Par un arrêt du 3 avril 2024, le Conseil d'État a requalifié un bail en l'état futur d'achèvement en un marché public de travaux. Ce faisant, il apporte d'utiles précisions sur la qualification d'une influence déterminante d'un acheteur public, au sens du code de la commande publique, ainsi que sur les sanctions attachées à l'illicéité d'une clause contractuelle.

L'affaire est peu commune : après avoir conclu de gré à gré, avec une société civile immobilière, un bail en l'état futur d'achèvement (BEFA) qui prévoyait « la location, à l'établissement public, de deux bâtiments existants ainsi que d'un bâtiment à construire, pour une durée de quinze ans, avec une option d'achat », un centre hospitalier a finalement décidé de ne pas prendre possession de l'ouvrage à l'issue des travaux. Le centre hospitalier estimait en effet que le contrat était entaché d'illicéité, et a par ailleurs suspendu les paiements relatifs à ce bail, avant d'introduire devant le tribunal administratif de Grenoble un recours tendant à l'annulation de ce contrat.

Après avoir essuyé un échec devant le tribunal administratif, la cour administrative d'appel de Marseille a finalement donné raison au centre hospitalier, estimant que le BEFA prévoyait « la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins exprimés par le centre hospitalier, avec une option d'achat », si bien qu'il constituait un marché de travaux **[1]**. En conséquence de cette requalification, la cour avait prononcé l'annulation du contrat, en jugeant que « le montage contractuel réalisé avait ainsi pour seul but d'échapper, d'une part, aux règles de publicité et de mise en concurrence, et, d'autre part, à la prohibition de tout paiement différé » **[2]**.

C'est donc sur un pourvoi formulé par la société civile immobilière co-contractante que le Conseil d'État fut amené à se prononcer sur cette affaire. Par une décision du 3 avril 2024, le Conseil d'État a confirmé en tous points le raisonnement suivi par la cour administrative d'appel, en considérant que ce contrat constituait bien un marché public de travaux qui comportait une illicéité justifiant son annulation.

Mais c'est moins la solution que les motifs de cette décision qui doivent retenir l'attention. Il faut en effet relever que, par cette décision, le Conseil d'État s'inscrit dans la voie déjà balisée par la Cour de justice de l'Union européenne concernant la qualification d'une influence déterminante en matière de marché public de travaux (I.) et, par ailleurs, précise sa propre jurisprudence en matière de sanction attachée à la présence d'une clause certes usuelle dans un BEFA, mais prohibée en matière de marchés publics (II.).

I. Précisions sur la qualification d'une influence déterminante au sens du Code de la commande publique

En application de l'article L. 1111-1 du Code de la commande publique **N° Lexbase : L4504LRA**, la qualification d'un marché public de travaux suppose une commande d'un ouvrage répondant aux besoins propres d'un acheteur public, et ce moyennant une contrepartie onéreuse. Et concernant la réponse à un besoin de l'acheteur, il est entendu qu'il faut non seulement que les ouvrages à construire répondent à une utilité pour lui, mais aussi et surtout qu'il ait exercé une « influence déterminante sur la nature et la

conception » de l'ouvrage, c'est-à-dire qu'il ait quelque peu façonné dans le détail le futur bâtiment. À l'inverse, lorsqu'une personne publique se borne à acheter ou à louer un ouvrage sur lequel elle n'a exercé aucune influence, il s'agit alors d'un marché de services d'acquisition ou de location immobilière, par principe exonéré de toute obligation de publicité et de mise en concurrence [3].

Après avoir rappelé ces principes, le Conseil d'État a jugé que :

« Le contrat par lequel un pouvoir adjudicateur prend à bail ou acquiert des biens immobiliers qui doivent faire l'objet de travaux à la charge de son cocontractant constitue un marché de travaux au sens des dispositions précitées des articles 4 et 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 [N° Lexbase : L9077KBS](#) lorsqu'il résulte des stipulations du contrat qu'il exerce une influence déterminante sur la conception des ouvrages. Tel est le cas lorsqu'il est établi que cette influence est exercée sur la structure architecturale de ce bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs. Les demandes de l'acheteur concernant les aménagements intérieurs ne peuvent être considérées comme démontrant une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur » [4].

Par cette rédaction, le Conseil d'État reprend la position de la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt « Commission c/ Autriche » de 2021 [5], et ce à deux égards.

Premièrement, le Conseil d'État reprend les cas dans lesquels il peut être considéré qu'une influence déterminante est qualifiée (influence exercée sur la structure architecturale de ce bâtiment, « telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs »). C'est la première fois que le Conseil d'État adopte cette formulation, issue de l'arrêt « Commission c/ Autriche », qui était à notre connaissance lui-même le premier à l'adopter dans la jurisprudence européenne.

Deuxièmement, et c'est peut-être là l'apport le plus intéressant de cet arrêt, le Conseil d'État prend le soin d'apporter une précision que n'avait pas indiquée la cour administrative d'appel, en confirmant qu'une influence déterminante peut être exercée par de simples demandes concernant les aménagements intérieurs, mais alors sous la réserve que ces demandes « se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur ».

Là encore, la formulation provient de l'arrêt « Commission c. Autriche » de la Cour de justice de l'Union européenne. Et on la comprend d'autant mieux à l'aune des conclusions de l'avocat général sur cet arrêt, puisque l'avocat général avait alors recherché si les prescriptions de la personne publique allaient « au-delà de ce qui est normalement convenu entre un bailleur et un locataire », et concluait ensuite que « les contraintes exigées étaient d'une telle ampleur et le rôle de Wiener Wohnen [futur preneur] était si important qu'ils dépassaient les limites habituelles de la relation entre un bailleur et son locataire » [6].

L'enjeu, lorsqu'il s'agit d'apprécier si des aménagements intérieurs, qui par définition ne portent pas sur des éléments structurels de l'ouvrage, qualifient une influence déterminante, est donc essentiellement celui de savoir si, par ses prescriptions, l'acquéreur ou le locataire personne publique a été au-delà de celles qui sont communément admises entre un bailleur/vendeur et un locataire/acquéreur, notamment en termes de spécificité ou d'ampleur.

Si une telle approche transparaissait déjà de certains arrêts rendus par les juridictions du fond [7], la circonstance que le Conseil d'État reprenne à son compte la formulation adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne est, de notre point de vue, bienvenue, et ce à plusieurs égards. Déjà parce qu'elle harmonise les approches mises en œuvre par le juge européen et le juge national en la matière. Ensuite, parce que la question de la requalification de contrats qui portent sur de simples aménagements intérieurs se pose régulièrement en pratique, qu'ils soient seuls ou en tant qu'accessoires de travaux plus globaux. Et enfin, parce que cette décision du Conseil d'État apporte une sécurité juridique supplémentaire aux personnes publiques qui concluent des montages en principe situés en dehors du champ de la commande publique, mais dont la question d'une éventuelle requalification se pose toujours en filigrane.

Les BEFA font notamment partie de ces montages : s'il n'est évidemment pas interdit à une personne publique d'y avoir recours, c'est alors sous la réserve que, ce faisant, elle ne procède pas en réalité à une commande de travaux. C'est la ligne de crête qu'avait dépassée le centre hospitalier en l'espèce : comme l'y invitait son rapporteur public [8], le Conseil d'État a donc requalifié ce BEFA en marché public de travaux. Et cette requalification emporte ensuite fatalement des conséquences sur la licéité du contrat, puisque les clauses habituellement utilisées dans ces montages dits « complexes » se prêtent généralement mal aux règles de la commande publique. C'est le second temps du raisonnement suivi par le Conseil d'État.

II. Application du principe selon lequel l'illicéité du contrat entraîne son annulation lorsqu'elle concerne l'objet même du contrat

Une fois requalifié en marché public, il est clair que les « surloyers » que prévoyait en l'espèce le BEFA pour rémunérer les travaux entraient en contradiction avec le principe de prohibition des paiements différés en matière de marchés publics [9]. Et s'il est vrai que les marchés de partenariat font par définition exception à cette règle, les juges d'appel avaient ici pris le soin de préciser que « l'article L. 2211-1 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L7098LQX](#), interdit expressément aux établissements publics de santé de recourir à la procédure du marché public de partenariat, qui permet de faire préfinancer les travaux par un partenaire privé dont la rémunération prend la forme de loyers » [10].

entendu, puisque ces stipulations avaient apparemment vocation à constituer la contrepartie onéreuse des travaux. Une fois cette indivisibilité acquise, le principe issu de l'arrêt « Béziers I » du Conseil d'État impose alors de déterminer si l'on est en présence d'une irrégularité « tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement » [\[11\]](#), circonstances qui sont seules de nature à entraîner une annulation du contrat.

Certes, toute illicéité dans le contenu d'un contrat n'emporte pas, *ipso facto*, son annulation [\[12\]](#). Le Conseil d'État a rappelé dans sa jurisprudence plus récente que « le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations

convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement » [\[13\]](#).

Mais parce qu'ici l'illicéité porte sur un élément essentiel et déterminant du contrat (le versement d'un prix, et plus précisément de loyers au titre du bail), la solution retenue par la cour et confirmée par le Conseil d'État s'entend sans peine.

Comme le relève le rapporteur public, l'annulation s'imposait comme la seule sanction envisageable, tant l'essence même du montage reposait sur ce paiement différé [\[14\]](#).

C'est donc sans surprise que le Conseil d'État confirme la solution qu'avait déjà retenue la cour administrative d'appel, à savoir « qu'eu égard à la nature de cette clause, le contenu du contrat présentait un caractère illicite et qu'un tel vice était de nature à justifier son annulation » [\[15\]](#).

À retenir :

- L'influence déterminante d'un acheteur public est avant tout qualifiée par des prescriptions qui portent sur des éléments attachés à la structure de l'ouvrage.
- Elle peut toutefois être qualifiée par de simples aménagements intérieurs, lorsque ceux-ci se distinguent par leur ampleur ou leur spécificité.
- Lorsque l'illicéité d'une clause indivisible du reste du contrat concerne l'objet même du contrat, cette illicéité entraîne en principe son annulation.

[\[1\]](#) CAA Marseille, 27 février 2023, n°21MA04312 [N° Lexbase : A28909G7](#).

[\[2\]](#) CAA Marseille, 27 février 2023, n°21MA04312.

[\[3\]](#) CCP, art. L. 2512-5 [N° Lexbase : L0718LZM](#).

[\[4\]](#) Arrêt commenté.

[\[5\]](#) CJUE, 22 avril 2021, aff. C-537/19, Commission c/ Autriche [N° Lexbase : A32394QZ](#).

[\[6\]](#) Conclusions de l'Avocat général Manuel Campos Sánchez-Bordona sur l'arrêt CJUE, 22 avril 2021, aff. C-537/19.

[\[7\]](#) CAA Nancy, 15 avril 2021, n° 19NC02073 [N° Lexbase : A56184PR](#).

[\[8\]](#) Conclusions N. Labrune, arrêt commenté.

[\[9\]](#) CCP, art. L. 2191-5 [N° Lexbase : L8485LQC](#).

[\[10\]](#) CAA Marseille, 27 février 2023, n° 21MA04312, préc.

[\[11\]](#) CE, 28 décembre 2009, n° 304802 [N° Lexbase : A0493EQC](#).

[\[12\]](#) CE, 9 novembre 2018, n° 420654 [N° Lexbase : A6422YK3](#).

[\[13\]](#) CE, 5 avril 2023, n° 459834 [N° Lexbase : A10479N4](#).

[\[14\]](#) Conclusions N. Labrune, arrêt commenté.

[\[15\]](#) Arrêt commenté.