

# Maîtrise d'ouvrage publique et montages immobiliers complexes

Les contrats immobiliers peuvent permettre aux personnes publiques de réaliser des équipements utiles à la collectivité. Cependant, à quelles conditions peuvent-elles légalement recourir à ce type de montage, en tenant compte des exigences de la maîtrise d'ouvrage publique ?

Les contrats immobiliers conclus par les collectivités territoriales font couler beaucoup d'encre sur le terrain de la commande publique. On pense, par exemple, au débat – toujours ouvert – qui entoure les cessions avec charges et leur requalification en contrats de la commande publique, cessions que certains auteurs ou juridictions administratives continuent alors de regarder comme des marchés de travaux et que d'autres ont pu plus récemment analyser comme des concessions d'aménagement. On pense également aux baux emphytéotiques (administratifs) et autres contrats d'occupation du domaine public (ou privé), souvent placés à la lisière entre le seul droit de la propriété des personnes publiques et le droit de la commande publique.

Mais ces contrats immobiliers suscitent également – même si moins souvent – des questions sur un autre terrain essentiel, dont les règles sont aujourd'hui codifiées au livre IV du Code de la commande publique : celui de la maîtrise d'ouvrage publique.

Tout l'enjeu du sujet tient en une question simple : dans quelle mesure une personne publique soumise aux dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique peut-elle valablement prendre part à un montage immobilier complexe, sans en méconnaître les exigences ?

La formule « montage immobilier complexe » demeure pour beaucoup très élastique, sinon même quelque peu galvaudée : elle désigne parfois des dispositifs uniques qui ne relèvent pas d'un montage, et ne renferment aucune complexité particulière. C'est par exemple le cas des ventes en l'état futur d'achèvement au profit d'acheteurs publics, qu'on range pourtant souvent dans la famille des montages immobiliers complexes. Le montage et la complexité interviennent réellement lorsque la vente ou la location en l'état futur d'achèvement s'inscrit dans un ensemble contractuel plus vaste, dans le cadre d'opérations par la voie desquelles une personne publique cède une dépendance de son

## Auteur

**Leïla Sayegh**  
Avocate à la Cour  
Seban Avocats

domaine, à charge toutefois pour l'acquéreur (un promoteur, un aménageur...) de réaliser sur cette dépendance des équipements immobiliers préalablement définis et dont certains, le cas échéant, devront faire « retour » à la personne publique, soit par la voie d'une (simple) mise à disposition, soit par la voie d'une vente (en l'état futur d'achèvement ou à terme). Aujourd'hui, sûrement plus que par le passé, les collectivités territoriales s'appuient ou se greffent sur des opérations immobilières de cette nature pour satisfaire les besoins de la Cité tout en neutralisant au mieux les contraintes budgétaires qu'elles affrontent.

Qu'on pense à la cession d'un terrain communal sur lequel l'acquéreur devra construire un ensemble de bureaux, dont une partie devra ensuite être louée ou cédée à la commune par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement ou d'une dation en paiement. Qu'on pense autrement encore – et en plus grand – à l'opération par laquelle une communauté d'agglomération vend une dépendance à un promoteur immobilier, avec une obligation pour lui de réaliser une série d'équipements : certains seront exploités dans son intérêt propre ou cédés à des tiers (un cinéma, des bureaux, une piscine, des logements...) mais pourront tout de même indirectement servir l'intérêt général parce qu'ils dynamiseront la vie d'un quartier et son développement économique ; tandis que d'autres (une salle des fêtes, une crèche, un parc public de stationnement...) seront immédiatement remis à la commune puis directement affectés à une mission d'intérêt général ou à un service public.

Bien que très variés donc, ces montages immobiliers sont toutefois unis par un point commun, qui tient à la circonstance qu'ils placent la maîtrise d'ouvrage des équipements à construire entre les mains du cocontractant privé de la personne publique, alors même que l'opération réalisée va, directement ou indirectement, servir l'intérêt général et le plus souvent – pour partie au moins – faire d'une façon ou d'une autre « retour » à la personne publique.

C'est tout l'enjeu du sujet.

## L'obligation pour la personne publique d'exercer la maîtrise d'ouvrage

Le maître d'ouvrage (public) peut être défini comme celui assurant la « conduite générale de l'opération de construction, c'est-à-dire son financement, la passation des marchés, etc. »<sup>(1)</sup> et bénéficiant de la remise en pleine propriété de l'ouvrage dès son achèvement<sup>(2)</sup>. Ses attributions sont listées à l'article L. 2421-1 du Code de

la commande publique et comprennent notamment la détermination de la localisation de l'opération, la fixation de l'enveloppe financière, le financement de l'opération ou encore le choix du processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé. Et l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, aujourd'hui transposé à l'article L. 2410-1 du Code de la commande publique, interdit aux personnes qui y sont soumises de se « démettre » de la maîtrise d'ouvrage, lorsqu'un immeuble ou un équipement est réalisé pour leur compte.

Au premier regard, on pourrait être tenté d'en déduire que tout immeuble ou équipement public devrait nécessairement être réalisé sous maîtrise d'ouvrage publique, ce qui exclurait fatalement le recours aux montages immobiliers complexes, lesquels ont (presque) tous pour effet de transférer au partenaire privé la maîtrise d'ouvrage des travaux. Cette façon de voir doit toutefois immédiatement être nuancée : s'il est bien interdit de se « défaire » de la maîtrise d'ouvrage publique, dans le seul but d'en contourner les obligations, en recourant artificiellement à un montage immobilier complexe, il reste que la jurisprudence administrative a admis de longue date la faculté pour les personnes publiques de faire usage de ces outils contractuels, dans certaines circonstances.

Dans son arrêt *Région Midi-Pyrénées*, le Conseil d'État a jugé en effet, à propos d'une vente en l'état futur d'achèvement, que les personnes publiques ne sauraient légalement avoir recours à un tel contrat « dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage », lorsque « l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres »<sup>(3)</sup>.

Il est ainsi quatre critères cumulatifs qui, s'ils sont tous vérifiés, commandent de conclure que le montage est contraire aux exigences qui entourent la maîtrise d'ouvrage publique<sup>(4)</sup>. Il faut que :

- la partie de l'ensemble immobilier remis à la personne publique soit destiné à devenir immédiatement sa pleine propriété ;
- l'ouvrage ait été construit pour le compte de la personne publique, c'est-à-dire ici à son initiative ; critère qu'il sera toujours difficile d'écarter avec sérénité dans l'hypothèse où le « retour » s'inscrira dans un montage comprenant une cession de terrain préalable par la personne publique au constructeur, dès lors que cette circonstance laissera toujours à penser que la personne publique a été à l'origine de l'opération, ou à tout le moins qu'elle y a été très tôt impliquée ;
- les équipements remis à la collectivité territoriale aient été conçus en fonction de ses besoins propres ;

(1) E. Fatôme, « Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître d'ouvrage », *CJEG* 1990, p. 119.

(2) CE 25 février 1994, SA Sofap-Marignan Immobilier, req. n° 144641.

(3) CE 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées, req. n° 57679.

(4) E. Fatôme et P. Terneyre, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », *AJDA* 2009, p. 1868.

– les ouvrages aient été « entièrement », sinon « dans leur ensemble destinés à devenir la propriété » de la personne publique. Ce dernier critère est bien souvent le plus déterminant.

La réunion de ces quatre critères implique que l'ouvrage soit nécessairement réalisé sous maîtrise d'ouvrage publique, sous peine de voir caractérisé un détournement de procédure<sup>[5]</sup>.

En revanche, si l'une de ces conditions fait défaut, rien n'interdit à une personne publique – sur le terrain de la maîtrise d'ouvrage publique – d'avoir recours à une vente en l'état futur d'achèvement ou autre montage immobilier complexe conférant la maîtrise d'ouvrage au cocontractant privé, ainsi qu'ont pu le rappeler les juridictions administratives à plusieurs reprises<sup>[6]</sup>. Et il y a tout lieu de penser que ces critères, bien que dégagés antérieurement aux différentes réformes ayant profondément modifié le droit de la commande publique, demeurent aujourd'hui pleinement applicables<sup>[7]</sup>. En témoigne une décision récente rendue en mai 2024 par la cour d'appel d'Orléans : le juge judiciaire, statuant sur la légalité d'une vente en l'état futur d'achèvement, a fait explicitement référence à la décision *Région Midi-Pyrénées* pour reprendre à son compte chacune des conditions précitées et en déduire que la vente en cause était illégale, en raison de ce qu'elle portait sur un immeuble entier conçu pour le compte de l'acheteur et destiné à répondre à ses besoins propres<sup>[8]</sup>.

## Les exceptions permettant à la personne publique de se « défaire » de la maîtrise d'ouvrage

Pour pouvoir se « défaire » de la maîtrise d'ouvrage et recourir à un montage immobilier complexe en vue de la réalisation d'immeubles ou d'équipements publics, la personne publique doit, on le disait à l'instant, s'assurer que l'une et/ou l'autre des différentes conditions posées par la décision *Région Midi-Pyrénées* ne sont pas remplies. Dit autrement, elle doit identifier une (ou plusieurs) condition(s) manquante(s) afin de s'inscrire dans une hypothèse lui permettant de recourir valablement à un tel montage. On pense notamment à l'hypothèse dans laquelle l'ouvrage n'est pas immédiatement remis à la personne publique. On pense sinon à celle d'un ouvrage « standardisé », ou encore de la remise d'un morceau d'ouvrage imbriqué dans un ensemble plus vaste.

[5] CE Avis 31 janvier 1995, n° 356960, Rapport du Conseil d'État, 1995, p. 407.

[6] CE 14 mai 2008, Communauté de communes de Millau-Grands Causses, req. n° 280370 ; CAA Nancy 15 avril 2021, req. n° 19NC02073 ; CAA Nantes 17 septembre 2021, req. n° 20NT02572.

[7] P-M Murgue Varochier, « La VEFA interdite », *JCP A* n° 40, 7 octobre 2024.

[8] CA d'Orléans 14 mai 2024, n° 21/02017.

## Un ouvrage qui ne serait pas remis en pleine propriété à la personne publique

La maîtrise d'ouvrage publique suppose, par définition, que l'ouvrage soit remis à la personne publique dès son achèvement, et que cette personne publique entre simultanément en pleine possession de l'ouvrage à ce même instant<sup>[9]</sup>. Seule la conjonction de ces deux éléments confère à son bénéficiaire la qualité de maître d'ouvrage<sup>[10]</sup>. Sont alors fatalement exclus du champ d'application des dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique les montages dans lesquels la personne publique se voit remettre un bien, à l'issue des travaux, par le biais d'une « simple » mise à disposition. On pense ici principalement au bail en l'état futur d'achèvement (BEFA). Sont également exclus du champ de la maîtrise d'ouvrage publique, les baux emphytéotiques administratifs, autorisations temporaires d'occupation du domaine public et autres contrats d'occupation domaniale, dans lesquels le cocontractant privé réalise, sous sa propre maîtrise d'ouvrage, un immeuble dont une (petite) partie (accessoire du principal) est (re)mise à la disposition de la personne publique, *via* un contrat de location. C'est vrai alors même que la personne publique devient (fatalement) propriétaire de cet équipement accessoire à l'issue du contrat<sup>[11]</sup> : sous réserve que ce montage quelque peu « aller-retour » échappe au droit de la commande publique, à raison de ce que l'équipement public demeure bien l'accessoire indissociable de l'objet principal du contrat, le montage est légal parce qu'il ne relève tout bonnement pas du champ d'application de la maîtrise d'ouvrage publique.

## Un ouvrage « standardisé »

Pour relever du champ d'application des dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique, l'ouvrage doit également avoir été réalisé pour le compte de la personne publique, c'est-à-dire à son initiative, et en fonction de ses besoins propres. *A contrario*, on s'accorde pour dire que l'opération ne contrevient pas aux dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique lorsque les constructions ne sont pas spécifiques aux besoins de son futur propriétaire, c'est-à-dire lorsque la personne publique n'a pas sollicité la réalisation d'aménagements particuliers, mais sont au contraire des constructions « standards » qui peuvent convenir à un grand nombre, « utilisable par elle ou par quiconque »<sup>[12]</sup>. On pense alors ici à la notion de « VEFA d'opportunité », qui recouvre le cas dans

[9] Concl. N. Boulouis sous CE 17 juin 2009, SAEMN Bibracte, req. n° 297509.

[10] F. Llorens, « Maîtrise d'ouvrage et contrats publics », *in* Guylain Clamour (dir.), *Contrats et propriétés publics*, LexisNexis, 2011, p. 195.

[11] CE 25 février 1994, SA Sofap-Marignan Immobilier, req. n° 144641.

[12] E. Fatôme et P. Terneyre, « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », *AJDA* 1997, p. 138.

lequel l'existence de l'immeuble à venir est certaine et dans lequel la personne publique ne fait que profiter d'une opportunité immobilière sur le marché, sans que l'immeuble n'ait été pensé pour répondre à ses besoins.

Pour déterminer si l'ouvrage a été réalisé en fonction des « besoins propres » de la personne publique, on dresse naturellement le parallèle avec le critère de l'« influence déterminante sur la conception et la nature » au sens de l'article L. 1111-2 du Code de la commande publique. Même si le sujet se pose évidemment en termes différents, il est acquis que l'existence d'une « influence déterminante sur la conception et la nature » de l'ouvrage au sens des marchés de travaux implique que celui-ci réponde aux « besoins propres » de la personne publique au sens de la maîtrise d'ouvrage publique. L'exercice d'une « influence déterminante sur la nature ou la conception » d'un ouvrage – et donc l'existence de « besoins propres » auxquels celui-ci répondrait – 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...)<sup>[13]</sup>, 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 attraction au champ de la maîtrise d'ouvrage publique sera grand. En revanche, si elle se contente d'imposer ce que n'importe quel acheteur pourrait exiger, l'ouvrage ne devrait pas pouvoir être regardé comme répondant aux « besoins propres » de la personne publique et donc être réalisé sous maîtrise d'ouvrage privée.

### Un morceau d'ouvrage imbriqué dans un ensemble plus vaste

Cette dernière hypothèse est – en pratique – la voie qui exclut le plus souvent le montage du champ d'application de la maîtrise d'ouvrage publique. Lorsque seule une partie de l'ensemble immobilier à réaliser lui est remise, sa cession à une personne publique ne froisse pas les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique, et ce alors même que celui-ci serait réalisé selon des prescriptions imposées par cette même personne publique. C'est vrai à tout le moins si cette partie reste l'accessoire de l'ensemble, et ne constitue pas l'ouvrage principal.

À propos de la vente d'un auditorium, le tribunal administratif de Bordeaux a ainsi jugé que l'acquisition d'un lot à usage d'auditorium représentant 27 % d'un ensemble immobilier comprenant en outre des bureaux, des logements et un parc de stationnement ne pouvait être regardée comme consistant en la construction même pour le compte de la commune de Bordeaux d'un

immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres<sup>[14]</sup>.

Autre exemple, à propos d'un parc public de stationnement cédé à la communauté d'agglomération de Bordeaux dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement, la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé qu'une telle opération était légale dès lors qu'elle ne concernait qu'une partie d'un ensemble immobilier<sup>[15]</sup>.

Le Conseil d'État a également eu l'occasion de juger que « le recours à la vente en l'état futur d'achèvement est licite pour la réalisation d'un commissariat de police dès lors que sa réalisation ne constitue qu'une partie d'un immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires » et ce « alors même que l'État demanderait que soient prises en compte au stade de la conception du bâtiment des spécifications techniques particulières correspondant aux besoins de ses services de police »<sup>[16]</sup>. Et plus récemment, la cour administrative d'appel de Nantes a validé l'acquisition par une commune d'un nombre limité de lots au sein d'un immeuble à construire par un promoteur, par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement<sup>[17]</sup>. Le recours à ce type de montages serait donc permis lorsque la propriété de l'immeuble est destinée à être scindée entre clientèle privée et clientèle publique, quand bien même cette dernière serait à l'origine de l'opération ou imposerait des spécifications propres<sup>[18]</sup>. Et, au-delà, les ouvrages qui sont remis à la collectivité publique ne doivent pas être physiquement dissociables de l'ensemble plus vaste à construire<sup>[19]</sup>. Le constat est logique : si l'ouvrage est physiquement dissociable de l'ensemble immobilier, il doit être analysé comme « un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété », au sens de la même jurisprudence *Région Midi Pyrénées*.

Une interrogation se pose toutefois : qu'entend-on concrètement par « une partie d'immeuble » ? Ici encore, un raisonnement par analogie avec le droit de la commande publique vient à l'esprit : on pense à l'exception posée à l'article R. 2122-3 du Code de la commande publique, qui prévoit qu'un marché peut être passé de gré à gré lorsque l'acquisition porte sur une partie minoritaire de l'immeuble à construire, que des raisons techniques le justifient et qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable. Et, sur ce terrain également, on sait que des questions demeurent : que recouvre concrètement l'adjectif « minoritaire » ? La remise d'une partie d'ouvrage inférieure à 50 % de

[14] TA Bordeaux 9 mars 2006, G., req. n° 0503346.

[15] CAA Bordeaux 19 mars 2002, Communauté urbaine de Bordeaux, req. n° 97BX01384.

[16] CE Avis 31 janvier 1995, n° 356960, *Rapport du Conseil d'État*, 1995, p. 407.

[17] CAA Nantes 17 septembre 2021, req. n° 20NT02572.

[18] N. Symchowicz, Ph. Proot, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Éditions Le Moniteur, 3<sup>e</sup> édition, 2012, p. 147.

[19] V. notamment E. Fatôme et P. Terneyre, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », *AJDA* 2009, p. 1868 ; N. Symchowicz et Ph. Proot, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Éditions Le Moniteur, 3<sup>e</sup> édition, 2012, p. 147.

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

L'immeuble implique-t-elle nécessairement la satisfaction du critère ? Si la réponse semble *a priori* positive, la jurisprudence sur le sujet demeure toutefois très rare. La plupart des auteurs retiennent que l'adjectif « minoritaire » au sens de l'article R. 2122-3 n'appelle aucune interprétation, si bien que cette condition devrait être regardée comme vérifiée dès lors que la part de l'immeuble à acquérir représente 49 % ou moins de l'ensemble<sup>[20]</sup>. Mais le sujet reste donc ouvert.

---

[20] P-M. Murgue-Varoquier, « Cession domaniale contre remise de locaux », *JurisClasseur Propriétés publiques*, 2 octobre 2023 ; M. Thebault et A. Tressard, « Opération d'aménagement : le recours au montage imbriqué, un outil délicat à manier », *Contrats Publics*, n° 220, mai 2021 ; J-F. Benoît et R. Meresse, « Réalisation d'équipements publics dans le cadre d'opérations de promotion immobilière : opportunités et risques », *Dossiers Commande Publique*, Éditions Le Moniteur, n° 41, septembre 2022.

En définitive, si les montages immobiliers complexes peuvent permettre aux personnes publiques de favoriser la réalisation d'immeubles ou équipements publics utiles à la vie de la Cité sans méconnaître les règles de la maîtrise d'ouvrage publique, c'est à la condition stricte que ces opérations ne remplissent pas les quatre critères cumulatifs dégagés par la jurisprudence *Région Midi-Pyrénées*. Il faut sinon, lorsque c'est possible, employer d'autres dispositifs qui permettent à la personne publique concernée de « partager » sinon « déléguer » la maîtrise d'ouvrage avec l'opérateur en charge de construire le « principal » (co-maîtrise d'ouvrage, groupement de commande...).