



La ville imbriquée face au nouveau droit de la commande publique

Peut-on encore fabriquer des ensembles immobiliers complexes imbriquant équipements publics et volumes privés ?

L'essentiel :

Le nouveau droit de la commande publique englobe désormais les VEFA conclues par des pouvoirs adjudicateurs, dont les collectivités locales.

Ce nouvel état du droit complexifie la réalisation des ensembles immobiliers imbriquant équipements publics et volumes privés : certaines VEFA doivent être qualifiées de marchés de travaux et en conséquence être soumises aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Toutefois, l'article 30 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, bien que définissant des conditions a priori restrictives à l'usage de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, apparaît bien ouvrir la porte de la négociation de gré à gré à un certain nombre de VEFA portant sur des ouvrages imbriqués.

SOMMAIRE DE LA NOTE

I. INTRODUCTION : À LA RECHERCHE DE SOLUTIONS JURIDIQUES POUR FABRIQUER LA VILLE DENSE ET IMBRIQUÉE	3
II. PROBLÈMES GÉNÉRAUX POSÉS PAR LA VEFA DES POUVOIRS ADJUDICATEURS	4
2. 1. La VEFA et les règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique	4
2. 2. La VEFA et la qualification de marché de travaux	5
• Les acquisitions de biens immobiliers existants demeurent exclues du champ de la commande publique.....	5
• Mais.... extension du domaine de la notion de marché public de travaux.....	6
III. NOUVELLES CONDITIONS DANS LESQUELLES UN POUVOIR ADJUDICATEUR PEUT ACQUÉRIR EN VEFA ET SANS MISE EN CONCURRENCE UN ÉQUIPEMENT IMBRIQUÉ DANS UN ENSEMBLE IMMOBILIER PLUS VASTE.	7
3.1. Le formalisme à respecter	8
3.2. Quatre conditions strictes à respecter	9
• La condition relative au caractère minoritaire du volume immobilier à acquérir.....	9
• La condition relative à l'indissociabilité entre volume à acquérir et reste de l'immeuble.....	10
• La condition relative à l'absence de solution alternative ou de remplacement raisonnable.....	10
• La condition relative à l'absence de réduction artificielle des caractéristiques du marché.....	11

I. Introduction : à la recherche de solutions juridiques pour fabriquer la ville dense et imbriquée

Densification et imbrication des fonctions conduisent à réaliser des **ensembles immobiliers complexes** à savoir des ensembles imbriquant volumes publics et privés, destinés à des utilisateurs finaux de nature souvent très différente. Ainsi, on ne compte plus les projets de construction d'ensembles immobiliers imbriquant logements, bureaux, volumes destinés à accueillir une activité de service public : parcs de stationnement, crèche, gymnase, équipements culturels, etc... Si la réalisation de ces ensembles est complexe techniquement, elle l'est également juridiquement.

De nombreuses questions se posent parmi lesquelles celle de l'organisation de la maîtrise d'ouvrage ; organisation rendue évidemment complexe en raison de la pluralité des propriétaires et de leurs natures diverses.

Une des solutions pour des maîtres d'ouvrage intervenant sur des ouvrages imbriqués est le recours au groupement de commandes, solution somme toute classique et globalement maîtrisée juridiquement. Toutefois, elle implique la rédaction d'une convention qui devra appréhender et régler l'ensemble des questions se posant aux maîtres d'ouvrages concernés : de l'initiation de l'opération jusqu'à son achèvement, en intégrant non seulement la question de la passation des marchés mais encore celles relatives à la vie du ou des permis de construire rendus nécessaires. Opérationnellement, elle peut s'avérer délicate à mettre en œuvre si les maîtres d'ouvrage sont nombreux. Par ailleurs, cette solution ne résout pas la question des droits de chacun des maîtres d'ouvrage sur le foncier ; question qui d'évidence devra être réglée avant même la mise en place du groupement de commande. Et, ce point pouvant s'avérer particulièrement bloquant, la présence dans le groupement de commandes de pouvoirs adjudicateurs impose l'application des règles de la commande publique pour la passation des marchés.

Dans ces conditions, **l'autre solution est d'unifier les maîtrises d'ouvrages : un constructeur réalisera la totalité de l'ensemble immobilier et cédera dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement, à chacun des intervenants concernés le volume immobilier réalisé pour satisfaire ses besoins.**

Et c'est là le cœur du sujet : dans quelle mesure les acquéreurs de volumes immobiliers soumis aux règles de la commande publique peuvent-ils conclure ces contrats de VEFA ?

La VEFA, bien que non visée expressément par le nouveau droit de la commande publique, n'en est pas absente, bien au contraire.

Il a été prévu un cas de marché négocié sans mise en concurrence ni publicité destiné à répondre aux hypothèses de recours à la VEFA pour l'acquisition d'un ouvrage par un pouvoir adjudicateur imbriqué dans un ensemble immobilier complexe.

II. Problèmes généraux posés par la VEFA des pouvoirs adjudicateurs

2.1. La VEFA et les règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique

Sans doute est-il nécessaire de rappeler que le **maître d'ouvrage¹ soumis à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP**, ne peut pas recourir à l'acquisition en VEFA autrement que dans les conditions posées par le Conseil d'Etat, dans le classique arrêt Région Midi Pyrénées². La réforme de la commande publique ne remet pas en cause certains fondamentaux, les affirmations du Conseil d'Etat énoncées par cet arrêt demeurent applicables :

¹ La loi MOP s'applique à :

- l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics,
- aux organismes privés, ainsi que leurs unions ou fédérations,
- aux organismes privés d'HLM (art. CCH), ainsi qu'aux SEM, pour les logements à usage locatifs aidés par l'Etat.

² CE Sect. 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, req. n°57679. Décision confirmée ensuite à plusieurs reprises : TA Bordeaux 9 mars 2006, *Groleau*, req. n°0503346 (construction d'un auditorium) ; CAA Bordeaux 19 mars 2002, *Communauté urbaine de Bordeaux*, req. n°97BX01384 (construction d'un parc public de stationnement) ; CE 14 mai 2008, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses*, req. n°280370.

- Ainsi, « aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement prévu à l'article 1601-3 du code civil »
- Toutefois, le recours à la VEFA n'est pas autorisé dès lors que les conditions suivantes sont **cumulativement** réunies :
 - Le bien est **entièrement destiné à être la propriété** de la personne publique
 - Le bien immobilier est destiné à être immédiatement la propriété de la personne publique **à son achèvement**
 - Le bien est **réalisé à l'initiative** de la personne publique
 - Le bien est **conçu en fonction des besoins propres** de la personne publique, c'est-à-dire des prescriptions techniques spécifiques qu'elle a fixées.

Il suffit que l'une de ces conditions ne soit pas remplie, pour que l'acquisition en VEFA soit possible³.

2.2. La VEFA et la qualification de marché de travaux

Les acquisitions de biens immobiliers existants demeurent exclues du champ de la commande publique

L'article 14 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics exclut de son champ d'application « les marchés publics de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ».

Le texte ne précise pas à partir de quel moment un immeuble est ou doit être considéré comme existant. Une réponse est apportée par la jurisprudence européenne, plus particulièrement l'**arrêt de la CJUE**, en date **du 29 octobre 2009, aff. C-536/07, Commission c/ RFA** : il y est affirmé que l'ouvrage est **réputé existant dès lors que la construction est « entamée »**.

Ceci étant, certains auteurs soulignent que cette définition pourrait être revue pour lui en préférer une autre⁴ : l'ouvrage pourrait être considéré comme existant à partir du moment où « l'édification de l'immeuble est certaine quel que soit l'intérêt que lui porte un acheteur « public », c'est-à-dire notamment à partir de la délivrance du permis de construire et du début de commercialisation »⁵. De cette définition, il résulterait que le bâtiment peut être considéré comme existant alors même que sa construction n'a pas effectivement démarré. Toutefois, la prudence est de mise en l'absence de jurisprudence plus spécifique.

Mais.... extension du domaine de la notion de marché public de travaux

Avec la publication de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, a été adoptée en droit français une définition extensive de la notion de marché de travaux⁶. Elle est désormais déconnectée de la notion de maîtrise d'ouvrage. Il s'agit de l'un des éléments majeurs de la réforme de la commande publique.

L'article 5.I de l'ordonnance précise que « les marchés publics de travaux ont pour objet :

³ Les bailleurs sociaux, organismes d'habitation à loyer modéré ou société d'économie mixte, bien que soumis à la loi MOP pour la réalisation de logements locatifs sociaux, obéissent à des dispositions spécifiques.

⁴ Vente en état futur d'achèvement - Le sort des VEFA « publiques » après le décret du 25 mars 2016 - François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2016, repère 5

⁵ E. Fatôme et L. Richer, Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second : AJDA 2015, p. 1577

⁶ Il n'est pas inutile de préciser ici qu'en réalité certains textes de la commande publique déconnectaient déjà la notion de marché de travaux et celui de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage. Ainsi, l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 en son article 2 disposait que « les marchés de travaux [...] ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ... ».

- 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ;
- 2° Soit la réalisation, soit la **conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception**. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »

Au regard de cette définition peu importe le type de contrat auquel on recourt pour « obtenir » un ouvrage, dès lors que celui-ci répond à des exigences fixées par l'acheteur et est élaboré sous son influence, laquelle est considérée comme déterminante. La qualification de marché de travaux pourra ainsi être retenue quand bien même l'acheteur n'assure pas la maîtrise d'ouvrage, mais se « contente » d'acquérir un bien immobilier.

Il en résulte que le contrat de vente d'immeuble à construire conclu entre un promoteur et un acheteur soumis à l'ordonnance sera un marché public de travaux si le bien a été conçu pour répondre aux besoins de ce dernier.

La conséquence ? La qualification de marché de travaux emporte application des règles de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, c'est-à-dire des obligations de publicité et de mise en concurrence, sauf à se trouver dans l'hypothèse d'une exclusion du champ de l'ordonnance ou dans un cas de marché négocié sans mise en concurrence ni publicité.

III. Nouvelles conditions dans lesquelles un pouvoir adjudicateur peut acquérir en VEFA et sans mise en concurrence un équipement imbriqué dans un ensemble immobilier plus vaste.

Si l'on en reste aux développements précédents, la conclusion par un acheteur public d'une vente à terme ou d'une vente en l'état futur d'achèvement portant sur un bien répondant aux exigences fixées par l'acheteur, et sur la conception duquel il a exercé une influence déterminante, **répond à la définition du marché de travaux au sens de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015** et doit être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

S'agissant d'un bien imbriqué dans un ensemble immobilier plus vaste, l'obligation pose de vraies difficultés juridiques et opérationnelles tant il sera difficile de montrer que le constructeur-vendeur et propriétaire du foncier a réellement pu être mis en concurrence.

Ceci étant, il existe désormais **une exception à l'obligation de mise en concurrence pour répondre aux enjeux opérationnels posés par la réalisation d'un ouvrage imbriqué** : le marché négocié sans publicité ni mise en concurrence de l'article 30.I.3° b) du décret n°2016-360 du 25 mars 2016. Cet article dispose que :

1.- Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : [...]

3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : [...]

b) 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 ;

[...]

Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public ;

Ces nouvelles dispositions ont clairement pour objectif de répondre à la problématique posée aux pouvoirs adjudicateurs par les acquisitions en VEFA dans un ensemble immobilier complexe.

On en veut pour preuve les propos de la Direction des Affaires Juridiques du ministère des Finances dans sa note relative aux marchés publics négociés sans mise en concurrence (https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/mp-negociés-sans-publicite-ni-mise-en-concurrence-2016.pdf). Le paragraphe 1.1.3.3 de la fiche indique ainsi que l'article 30 a, notamment, pour objet, et sous réserve du respect de certaines conditions, de permettre des opérations telles que l'acquisition, par un acheteur public, en VEFA, d'une crèche en pied d'immeuble.

3.1. Le formalisme à respecter

Avant de détailler les conditions qui permettent le recours au marché négocié de l'article 30.I.3° b) du décret, il semble utile de préciser que s'agissant de la conclusion d'un marché négocié, un certain formalisme s'applique, malgré l'absence de mise en concurrence permettant une contestation éventuelle du recours à cette dérogation.

En premier lieu, dans l'hypothèse où le montant du contrat conclu par le pouvoir adjudicateur est supérieur à 5 548 000 € HT⁷, les obligations suivantes s'imposent :

- établissement d'un rapport de présentation dans les conditions de l'article 105 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 précisant les motifs ayant conduit à la conclusion du marché négocié sans mise en concurrence ;
- publication d'un avis d'attribution (article 104 du décret).

Enfin, dès le 1^{er} octobre 2018, s'appliquera l'obligation de publier sur le profil acheteur les données essentielles du marché en application de l'article 107 du décret, notamment le nom du titulaire, le montant du marché,

Il résulte de l'ensemble de ces obligations que la conclusion du marché fait ainsi l'objet d'une certaine « publicité », qui peut conduire des tiers intéressés à envisager une remise en cause de la conclusion de ce marché.

Enfin, s'agissant de conclure un contrat directement avec un opérateur économique sans mise en concurrence, la vigilance est toujours de mise puisque potentiellement, le non-respect des conditions dans lesquelles cela est autorisé, peut conduire à la reconnaissance d'un délit de favoritisme. Il sera donc d'autant plus important de vérifier que les conditions définies ci-après sont respectées.

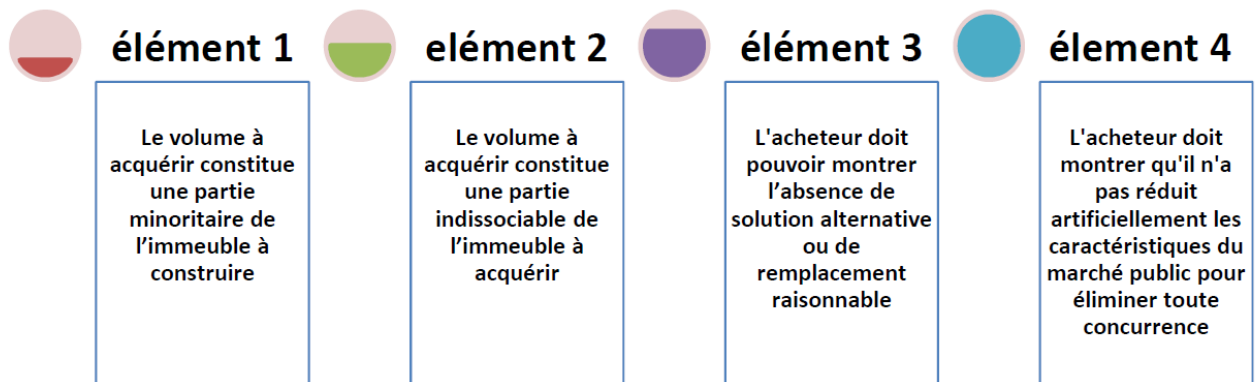
3.2. Quatre conditions strictes à respecter

Le postulat de l'article 30.I.3° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 est le suivant : le pouvoir adjudicateur ne peut conclure le contrat qu'avec un opérateur économique déterminé. Il est utile de souligner qu'il ne s'agit pas là pour le pouvoir adjudicateur d'évoquer une simple difficulté mais il devra quasiment démontrer l'impossibilité pour lui de réaliser autrement l'opération.

On perçoit aisément qu'en adoptant cette formulation, le pouvoir réglementaire a cherché à prévenir des situations à la fois absurdes et dangereuses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ne pouvant, en réalité, contracter qu'avec tel opérateur pour satisfaire son besoin, serait malgré tout tenu de le désigner après une procédure de mise en concurrence « artificielle ».

Le caractère incontournable de l'opérateur constructeur/vendeur repose sur des éléments objectifs. Ces éléments sont ceux décrits au b) de l'article 3.I.3° du décret, à savoir :

⁷ Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, JORF n°0305 du 31 décembre 2017



Il est ainsi impératif, pour pouvoir justifier du recours à la procédure négociée, de pouvoir répondre favorablement, et sur la base de données objectives, à toutes ces exigences.

La condition relative au caractère minoritaire du volume immobilier à acquérir

L'article 3.1.3° b) autorise l'acquisition ou la location sans mise en concurrence d'une partie minoritaire d'un ensemble immobilier complexe.

Evidemment, se pose la question de l'appréciation du caractère minoritaire. Le terme « minoritaire » étant retenu pour qualifier une partie de l'immeuble, il semble raisonnable de considérer qu'il s'apprécie sur la base d'un élément physique, en d'autres termes la surface de plancher du volume à acquérir dans l'ensemble immobilier.

L'appréciation du montant de la partie d'ouvrage à acquérir est-elle nécessaire ? En toute rigueur, une réponse négative devrait être apportée à cette question. Toutefois, la prudence voudrait que l'on s'assure que la minorité de la surface de plancher soit corroborée par le montant qu'elle représente.

Le recours au marché négocié sans mise en concurrence est permis dès lors qu'il s'agit d'une partie minoritaire de l'immeuble. Jusqu'à quel « seuil » considère-t-on qu'il ne s'agit plus d'une partie minoritaire ? En principe, la minorité représente moins de la moitié. En conséquence, on devrait pouvoir considérer, en l'absence d'interprétation jurisprudentielle contraire, que si la partie d'ouvrage qui intéresse le pouvoir adjudicateur représente 49 % de la totalité, la condition tenant à la « minorité » est respectée. A n'en pas douter, cette question du « seuil » à retenir pour considérer que la partie est minoritaire fera débat : comme le recours à ce marché négocié sans mise en concurrence est dérogatoire du droit commun, certains pourraient être tentés de défendre une position excessivement prudentielle en considérant que ce pourcentage doit être plus faible.

La condition relative à l'indissociabilité entre volume à acquérir et reste de l'immeuble

Se poser la question de l'indissociabilité oblige à s'intéresser à la réalité physique de l'immeuble. Si la partie qui intéresse le pouvoir adjudicateur est séparée physiquement du reste de l'immeuble, il ne pourra pas être question d'ensemble immobilier imbriqué. Ainsi, la condition évoquée pourra être considérée comme satisfaite quand le volume immobilier sera physiquement imbriqué dans un ensemble plus vaste.

La question de l'indissociabilité peut conduire également à s'interroger sur l'objet du contrat de VEFA : peut-il porter sur l'intégralité des besoins du pouvoir adjudicateur ou bien doit on en retirer les travaux qui pourraient être réalisés directement par le pouvoir adjudicateur (ou du moins sous sa maîtrise d'ouvrage) ?

La condition relative à l'absence de solution alternative ou de remplacement raisonnable

Est requise la capacité à démontrer que le pouvoir adjudicateur n'a pas d'autre choix que de faire réaliser le volume

immobilier dans le cadre de la VEFA imbriquée et qu'il ne peut, pour le réaliser, recourir à une autre solution à des conditions acceptables pour un maître d'ouvrage avisé.

A titre d'illustration, un pouvoir adjudicateur qui doit disposer d'une offre de stationnement dans un périmètre donné pourrait recourir à la VEFA imbriquée, s'il démontre qu'il ne dispose pas d'autres possibilités de satisfaire ce besoin dans les mêmes conditions. A priori, le fait qu'il ne dispose pas d'un foncier disponible dans le même périmètre pour construire un ouvrage sous sa propre maîtrise d'ouvrage pourrait s'analyser comme une absence de solution alternative, surtout si l'implantation de l'ouvrage doit se faire dans ce périmètre précisément pour des raisons tenant aux objectifs d'intérêt général poursuivis.

L'absence de solution alternative ou de remplacement raisonnable doit s'imposer au pouvoir adjudicateur : aussi, il ne doit pas en être à l'origine.

La condition relative à l'absence de réduction artificielle des caractéristiques du marché

Cette condition tend à s'assurer que le pouvoir adjudicateur détermine ses exigences, les caractéristiques de l'ouvrage, en fonction d'objectifs de qualité, de performance et de respect des politiques publiques, et non de sorte à empêcher la possibilité pour d'autres opérateurs économiques d'intervenir.