

Immobilier

Le risque de requalification des contrats de Vefa en marchés publics

Une décision récente livre une grille de raisonnement permettant à une personne publique de sécuriser une acquisition en Vefa.

Par **Nicolas Nahmias**, avocat associé, et **Clémence Hugueny**, avocate senior, Adden Avocats.

Voilà un serpent de mer qui ressurgit : Vefa et commande publique. Une décision intéressante clarifie et synthétise en effet les lignes directrices et tente de cadrer la schizophrénie de l'acheteur public (CAA Nancy, 15 avril 2021, n° 19NCO2073).

Pour mémoire, selon l'article 1601-3 du Code civil, la vente en l'état futur d'achèvement (Vefa) est le contrat par lequel « le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux. » Il s'agit donc d'un contrat d'acquisition d'un bâtiment.

Marchés de services. Or, en principe, les marchés de services portant sur l'acquisition de bâtiments ne sont pas soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence (art. L. 2512-5, 1° du Code de la commande publique) ; le contrat de Vefa conclu par une personne publique doit donc pouvoir être passé de gré à gré. Mais la Vefa aboutissant à la réalisation de travaux de construction, la question de la (re)qualification en marché public de travaux revient régulièrement. Et ce point est central car, évidemment, dès lors que le contrat est requalifié, se pose la question de la régularité des conditions de sa passation.

Principe et exceptions

La jurisprudence administrative a donc encadré le recours à la Vefa pour les personnes publiques. Depuis longtemps déjà, le Conseil d'Etat affirme (1) que les collectivités publiques sont autorisées à procéder à l'acquisition de biens immobiliers au moyen de contrats de Vefa, sauf :

- lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la personne publique,
- si l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété,
- et s'il a été conçu en fonction des besoins propres de cette personne publique.

Ces critères sont cumulatifs et appréciés par ailleurs au regard de la jurisprudence européenne, particulièrement nourrie sur ces questions (2).

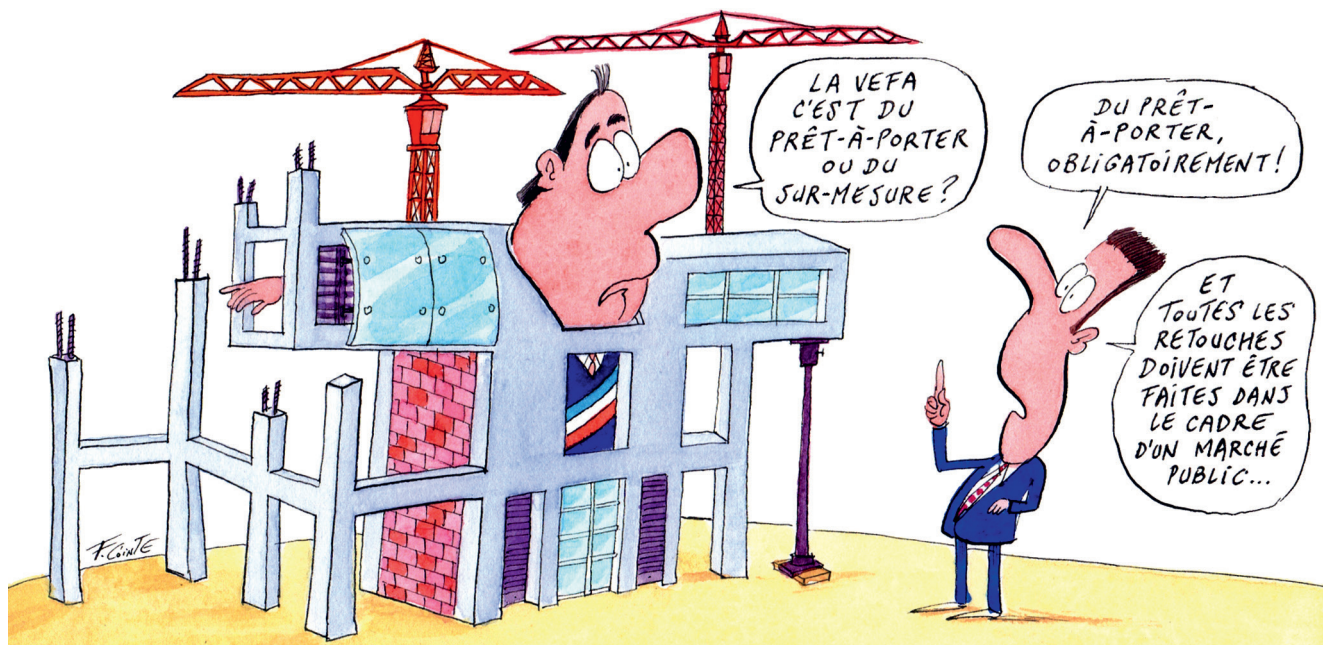
A la recherche de l'influence déterminante sur la conception

L'enjeu pour l'acheteur public est d'acquiescer un immeuble répondant le plus possible à ses besoins sans toutefois que l'opération ne soit assujettie aux règles de la commande publique qui, en l'espèce, alourdissent singulièrement le processus, tout en rendant l'issue incertaine.

Par son arrêt du 15 avril dernier, la CAA de Nancy a procédé à quelques rappels bienvenus. Une communauté d'agglomération avait recouru à la Vefa pour l'acquisition d'un bâtiment destiné à y établir son siège. Le requérant a demandé au juge administratif d'annuler la décision portant projet d'acquisition et d'enjoindre à la collectivité de faire constater par les juridictions civiles la nullité de la vente. Cette requête ayant été rejetée, la CAA est saisie. Après avoir rappelé les critères sus-évoqués et en vue de déterminer si la collectivité a exercé une influence déterminante sur la conception de l'immeuble, elle relève que :

- le promoteur a déposé une demande de permis de construire, un compromis de vente a été signé entre lui et la société d'aménagement, le permis de construire a été accordé, des démarches de commercialisation ont été engagées, le tout avant même que le projet de siège de la collectivité ait été évoqué et que l'opportunité d'un achat ait été tranchée ;
- le promoteur a proposé ce projet immobilier à une autre personne publique, n'ayant, au demeurant, pas les mêmes activités (il s'agissait d'une caisse primaire d'assurance maladie) ;
- l'ensemble immobilier permet des aménagements intérieurs et de décloisonnement, de sorte qu'il ne comporte pas de caractéristiques particulières qui auraient eu pour objet de répondre aux besoins de la collectivité ;
- et d'ailleurs, la collectivité a réalisé elle-même et ultérieurement des aménagements intérieurs spécifiques dans le cadre d'un marché public de travaux et de maîtrise d'œuvre pour un montant de plusieurs millions d'euros.

En définitive, la collectivité n'a exercé « aucune influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ensemble immobilier », l'immeuble « n'a été conçu ni à l'initiative de [la communauté d'agglomération], ni en fonction de ses besoins » ; l'opération n'est donc pas qualifiée de marché public de travaux.



Trois conseils

Cette décision permet de tirer plusieurs enseignements intéressants et de sécuriser les projets d'acquisition d'immeubles à construire en évitant le risque de requalification.

Attendre que le projet soit arrêté. La personne publique devra toujours vérifier que les échanges avec le promoteur ne commencent qu'une fois que le projet est arrêté. Selon la CAA, il peut s'agir du stade à partir duquel le dossier de permis de construire a été déposé. Certains auteurs sont davantage enclins à retenir le stade de sa délivrance (3). Il paraît en effet sécurisant d'attendre le dépôt du permis figeant les caractéristiques du projet, même si la CJUE a récemment considéré que l'absence

Ce qu'il faut retenir

» La question des frontières entre Vefa et marché public ressurgit régulièrement. L'enjeu pour l'acheteur public est d'acquérir un immeuble qui réponde le plus possible à ses besoins sans toutefois que l'opération ne soit assujettie aux règles de la commande publique qui alourdisent singulièrement le processus.

» En principe, une personne publique peut recourir à la Vefa. Mais si l'immeuble à acquérir s'avère trop modelé selon ses besoins particuliers, le contrat risque d'être requalifié en marché public.

» Un arrêt rendu en avril par la CAA de Nancy livre une marche à suivre pour éviter une telle requalification. La personne publique ne devra entamer les échanges avec le promoteur qu'une fois le projet immobilier arrêté. Celui-ci doit permettre des aménagements propres à la collectivité. Et mieux vaut faire réaliser ces travaux spécifiques dans le cadre de marchés publics conclus par la suite.

de permis ne fait pas obstacle à ce que l'immeuble soit considéré comme planifié et prêt à être réalisé (4). Un projet pourrait donc être considéré comme arrêté alors même que le permis de construire ne serait pas délivré.

Choisir un immeuble standard. Ensuite, le projet proposé doit permettre des aménagements propres à la collectivité par la suite (aménagement intérieur, décroissance...). Il doit donc être envisagé comme un immeuble classique et adaptable aux besoins de tout occupant.

Réaliser ses propres aménagements. Enfin, il sera préférable que les aménagements spécifiques soient réalisés dans le cadre de marchés publics conclus par la suite. Si des demandes relatives à des aménagements intérieurs sont prises en charge par le promoteur, il conviendra de pouvoir démontrer que ces demandes ne se distinguent pas par leur spécificité ou par leur ampleur (5), au risque qu'une influence déterminante sur la conception de l'immeuble soit caractérisée et que le contrat de Vefa soit requalifié en marché public de travaux. ●

(1) CE, 8 février 1991, n° 57679, publié au Recueil - Avis du CE, 31 janvier 1995, n° 356960 - CE, 14 mai 2008, n° 280370, Tables.

(2) Notamment sur la question des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, voir : CJCE, 29 octobre 2009, « Commission c/ Allemagne », aff. C-536/07 - CJUE, 10 juillet 2014, « Impresa Pizzarotti », aff. C-213/13; sur la notion d'influence déterminante sur la conception d'un ouvrage, voir : CJUE, 25 mars 2010, « Helmut Müller », aff. C-451/08 - CJUE, 10 juillet 2014, aff. C-213/13 précité.

(3) Etienne Fatôme et Laurent Richer, « Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second », AJDA 2015 p. 1577.

(4) Dans le cas de la conclusion d'un contrat de location à longue durée d'un immeuble non construit, voir CJUE, 22 avril 2021, « Commission c/ République d'Autriche », aff. C-537/19, pt. 74.

(5) CJUE, 22 avril 2021, aff. C-537/19 précité, pt. 53.