

GP20121101011

Gazette du Palais, 01 novembre 2012 n° 306, P. 9 - Tous droits réservés

**Travaux publics****Vente en l'état futur d'achèvement et risque de requalification****Un pouvoir adjudicateur peut-il encore conclure une VEFA sans risquer l'annulation contentieuse ?**

En période de crise économique, la vente en l'état futur d'achèvement retrouve tout son prestige. Ce mécanisme est convoité notamment par les collectivités publiques pour de multiples raisons, en particulier parce qu'il peut leur permettre de contourner les règles de la commande publique. Afin d'éviter cet écueil, les jurisprudences française et communautaire ont encadré strictement les cas dans lesquels ce contrat peut être conclu régulièrement par les pouvoirs adjudicateurs.

La vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) constitue l'un des dispositifs de droit immobilier que les collectivités publiques se sont appropriées pour financer leurs équipements.

Suspectée d'avoir pour seul objet de détourner les règles de la commande publique lorsqu'elle est mise en œuvre par des pouvoirs adjudicateurs <sup>(1)</sup>, la vente en l'état futur d'achèvement présente pourtant, pour ceux-ci, un intérêt majeur. Ce mécanisme de droit privé leur permet, en effet, de participer à un projet immobilier d'ensemble initié par un promoteur privé dans le cadre d'un projet de développement global, de se porter acquéreur d'une partie seulement et, partant, de bénéficier des économies d'échelle induites par la globalité du projet immobilier.

Dans le contexte actuel de crise économique et de résorption du déficit, on mesure aisément le regain d'intérêt que peut susciter ce mécanisme, tant auprès des collectivités territoriales que des ministères d'ailleurs.

La vente en l'état futur d'achèvement est ainsi définie par l'article 1601-3 du Code civil comme un 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 ».

Il s'agit donc ni plus ni moins d'une forme de contrat de vente à terme de droit privé.

Et rien ne s'oppose, par principe, au recours par les collectivités territoriales à ce dispositif, dès lors que celles-ci disposent d'une pleine et entière liberté de contracter <sup>(2)</sup>, de valeur constitutionnelle <sup>(3)</sup>, et que le Conseil d'État a, au demeurant, expressément confirmé, par principe, la possibilité pour les collectivités territoriales de conclure en toute légalité des contrats de vente en l'état futur d'achèvement <sup>(4)</sup>.

Le danger réside toutefois dans le risque que ce contrat, passé de gré à gré, soit utilisé par les pouvoirs adjudicateurs pour contourner les règles de la commande publique, jugées trop contraignantes.

En effet, il est tentant pour un pouvoir adjudicateur de faire construire un équipement public correspondant exactement à ses besoins et dont il deviendrait propriétaire dans le cadre d'une VEFA, car il échapperait ainsi aux règles du Code des marchés publics qui s'imposent incontestablement à la réalisation de cette opération qualifiable de marché public de travaux.

Afin d'éviter cet écueil, la jurisprudence interne et la jurisprudence communautaire ont restreint les cas dans lesquels ce contrat pouvait être conclu régulièrement par les pouvoirs adjudicateurs. En pratique, la question de la légalité de la conclusion d'un contrat de vente en l'état futur d'achèvement étant récurrente, il n'est donc pas inutile de revenir sur cette construction jurisprudentielle.

Le juge européen adopte une conception plus restrictive (II) que le juge administratif français des cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la vente en l'état futur d'achèvement (I).

**I. JUGE ADMINISTRATIF NATIONAL ET CONDITIONS DU RECOURS À LA VEFA**

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur recourt à la vente en l'état futur d'achèvement alors que l'opération envisagée répond aux critères d'identification d'un marché public, le contrat encourt l'annulation contentieuse, dès lors qu'il a été conclu au mépris de la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et des règles de publicité et de mise en concurrence prescrites par le Code des marchés publics.

Il importe de revenir sur la définition des marchés publics de travaux au sens du droit interne pour identifier ensuite les cas dans lesquels la vente en l'état futur d'achèvement conclue par un pouvoir adjudicateur est assimilable à un marché public de travaux et, partant, jugée irrégulière.

On rappellera pour mémoire qu'un marché public de travaux au sens du droit interne est un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique en vue de répondre à ses besoins en matière de travaux dont il assure la maîtrise d'ouvrage <sup>(5)</sup>.

La notion de maîtrise d'ouvrage, étroitement liée à celle de propriété de l'ouvrage et de direction technique des travaux de construction, fait donc partie intégrante de la définition des marchés publics de travaux au sens du droit interne.

Cette notion est précisée par l'article 2 de la loi en date du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée <sup>(6)</sup> et par la jurisprudence.

L'article 2 de la loi précitée dispose : « I. Le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier [notamment les collectivités territoriales <sup>(7)</sup>], pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre. »

La jurisprudence précise par ailleurs que le maître de l'ouvrage est ainsi la personne à laquelle les ouvrages doivent être remis en pleine propriété dès l'achèvement des travaux et qui exerce la direction technique des travaux de construction <sup>(8)</sup>.

Dans le mécanisme de la vente en l'état futur d'achèvement, la maîtrise d'ouvrage n'est pas exercée par l'acquéreur mais par le vendeur qui réalise la construction de l'ouvrage et assure ainsi la direction des travaux. Dans cette configuration, le pouvoir adjudicateur acquéreur se démet donc de son rôle de maître de l'ouvrage, ce qui ne soulève aucune difficulté lorsque la VEFA est véritablement assimilable à un contrat de vente et non à un contrat d'entreprise qui aurait pour objet de répondre aux besoins définis par le pouvoir adjudicateur.

En revanche, lorsqu'un pouvoir adjudicateur recourt à la VEFA et renonce donc à la maîtrise d'ouvrage, pour réaliser un projet répondant à ses besoins qu'il a lui-même définis, il contrevient à la fois aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 précitées et aux règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le Code des marchés publics, pour la passation des marchés de travaux.

C'est exactement en ce sens que le Conseil d'État a jugé que les pouvoirs adjudicateurs « ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage, et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence prévues par le Code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, 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>(9)</sup>.

Il en ressort que les collectivités publiques ne peuvent régulièrement recourir à la VEFA lorsque l'objet de l'opération est la construction d'un immeuble (i) pour le compte de la collectivité (ii), conçu en fonction de ses besoins (iii) et destiné à devenir entièrement sa propriété (iv). On doit donc en déduire que dès lors que ces quatre conditions cumulatives sont remplies, le recours à la VEFA est entaché d'irrégularité.

La solution est très claire dans deux situations :

- Situation 1 : l'immeuble, objet de l'opération, est conçu et construit en fonction des besoins de la collectivité que celle-ci a définis et est destiné à devenir entièrement sa propriété ; l'opération est alors assimilable à un contrat d'entreprise.

Dans cette hypothèse, l'opération constitue un marché public et sa passation est donc soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence issues du Code des marchés publics, sauf à risquer l'annulation contentieuse du contrat.

- Situation 2 : l'immeuble est conçu et construit par un promoteur privé dans le cadre d'un projet immobilier global et la collectivité se porte acquéreur d'un immeuble ou d'une partie des immeubles en construction ; l'opération est alors assimilable à un contrat de vente.

Dans cette hypothèse, la collectivité ne fait que profiter de l'économie du projet global de construction qui se réalise

sans tenir compte de ses besoins. Elle peut donc, en toute légalité, conclure une vente en l'état futur d'achèvement sans observer les règles de publicité et de mise en concurrence.

Le droit européen retient une conception plus stricte des cas de recours régulier à la VEFA par un pouvoir adjudicateur (II).

## II. JUGE EUROPÉEN ET CONDITIONS DU RECOURS À LA VEFA

La définition européenne des marchés publics de travaux issue de la directive du 31 mars 2004 <sup>(10)</sup> est plus large que celle retenue en droit interne, dès lors que la notion de maîtrise d'ouvrage y est complètement étrangère. Un contrat peut, en effet, être qualifié de marché public de travaux au sens du droit communautaire, même si le pouvoir adjudicateur n'assure pas la direction technique des travaux et même s'il ne devient pas propriétaire de l'ouvrage construit.

Il ressort ainsi de l'article 1<sup>er</sup> de la directive que : « Les marchés publics de travaux sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. 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. »

Cette définition des marchés publics de travaux a conduit la Cour de justice de l'Union européenne à adopter une position plus restrictive des cas de recours réguliers à la VEFA dans son arrêt du 25 mars 2010 <sup>(11)</sup>. Dans cette décision, la Cour précise les contours de la notion communautaire de marché public de travaux, ce qui permet de déterminer en creux les cas dans lesquels le recours à la VEFA est possible.

Tout d'abord, elle rappelle l'évidence qu'« une vente à une entreprise, par une autorité publique, d'un terrain nu ou comprenant des bâtiments déjà construits ne constitue pas un marché public au sens [du point 41 de l'arrêt précité] ».

Elle précise ensuite la notion de définition des besoins qui entre dans la définition des marchés de travaux. Ainsi, pour considérer que l'opération répond aux besoins du pouvoir adjudicateur, il importe de démontrer que celui-ci a pris « des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci » <sup>(12)</sup>.

Ce qui n'est, bien évidemment, pas le cas lorsque la collectivité publique vérifie, dans le cadre de ses compétences en matière d'urbanisme, si une opération de travaux peut faire l'objet d'un permis de construire au regard des documents d'urbanisme en vigueur <sup>(13)</sup>.

Afin d'emporter la qualification de marché, il faut encore, selon la Cour, démontrer que le contrat conclu présente un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur <sup>(14)</sup>.

Cet intérêt économique direct peut prendre, selon la Cour, des formes diverses qu'elle liste :

- soit le « pouvoir adjudicateur deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché » <sup>(15)</sup> ;
- soit un titre juridique assurera au pouvoir adjudicateur la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché en vue de leur affectation publique <sup>(16)</sup> ;
- soit le pouvoir adjudicateur pourra titrer des avantages économiques de l'utilisation ou de la cession future de l'ouvrage <sup>(17)</sup> ;
- soit le pouvoir adjudicateur a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage <sup>(18)</sup> ;
- soit enfin il assume les risques en cas d'échec économique de l'ouvrage <sup>(19)</sup>.

Ainsi, lorsque le pouvoir adjudicateur tire ainsi un bénéfice économique direct de l'opération de construction, dans les situations précitées, et qu'il a eu au moins une influence déterminante sur sa conception, l'opération pourra être qualifiée de marché public au sens du droit communautaire.

En conclusion, là où en droit interne, la VEFA est autorisée lorsque le pouvoir adjudicateur est un simple acquéreur partiel de l'ouvrage construit et ainsi ne participe pas à la conception de l'opération, le droit communautaire est plus restrictif : la seule influence déterminante du pouvoir adjudicateur sur la conception du projet, accompagnée d'un

intérêt économique direct à la réalisation du projet, pourra relever de la définition communautaire de marché public et s'opposer à la conclusion régulière d'une VEFA.

Au-delà du seuil de 5 000 000 d'euros HT fixé par le Règlement de la Commission du 30 novembre 2011 <sup>(20)</sup>, il sera donc, en pratique, difficile, au regard des critères dégagés par la jurisprudence européenne, de réaliser en toute régularité une opération de travaux en concluant un contrat de vente en l'état futur d'achèvement.

Dans ce cas de figure, un pouvoir adjudicateur ne pourra, en effet, recourir à la VEFA qu'au terme d'une démonstration par la négative :

- qu'il n'a pas exercé d'influence déterminante sur la conception du projet ;
- qu'il n'a aucun intérêt économique direct à la réalisation de l'opération, c'est-à-dire :
  - qu'il ne devient pas propriétaire ;
  - qu'il ne dispose d'aucun titre lui permettant de disposer des ouvrages ;
  - qu'il ne peut tirer aucun avantage économique de l'utilisation ou de la cession ultérieure de l'ouvrage ;
  - qu'il n'a pas participé financièrement au projet ;
  - qu'il n'assume aucun risque en cas d'échec économique de l'ouvrage.

La jurisprudence ne règle toutefois pas toutes les difficultés. Et la pratique, très inventive, montre que les situations limites sont nombreuses.

Pour les projets situés à la frontière des deux montages contractuels – VEFA/marché public –, les études juridiques de faisabilité devront s'appuyer sur des pièces écrites claires témoignant des conditions concrètes dans lesquelles ces projets ont vu le jour et se sont ensuite concrétisés. En cas de contentieux, ces pièces seront déterminantes pour rapporter la preuve de ce que le pouvoir adjudicateur n'a exercé aucune influence déterminante sur la conception du projet et, partant, se prémunir contre toute annulation contentieuse du contrat.

**Par Marie LHÉRITIER**

Avocat à la Cour

1 (1) Que sont « 1° L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux » (C. marchés publ., art. 2).

2 (2) CE, sect., 28 janv. 1998, n° 138650, Société Borg Wagner.

3 (3) Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC.

4 (4) CE, sect., 8 févr. 1991, n° 57679, Région Midi Pyrénées : « (...) si 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 ».

5 (5) L'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics définit les marchés publics comme « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Les marchés publics de travaux s'inscrivent bien évidemment dans cette définition, l'article 1<sup>er</sup> du même code les définissant comme des « marchés conclus avec des entrepreneurs, qui 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 qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. 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. »

6 (6) L. n° 85-704, 12 juill. 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée : JO 13 juill. 1985, p. 7914.

7 (7) L. n° 85-704, 12 juill. 1985, préc., art. 1<sup>er</sup> : « Les dispositions de la présente loi sont applicables à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont : 1° L'État et ses établissements publics ; 2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle créés en application de l'article L.

321-1 du Code de l'urbanisme, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes visés à l'article L. 166-1 du Code des communes ; 3° Les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ; 4° Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et sociétés. »

8 (8) CE, sect., 25 févr. 1994, n<sup>os</sup> 144641 et 145406, Sofap-Marignan – CE, 22 juin 1928, Époux de SIGALAS, Lebon, p. 785 – CE, 31 janv. 1995, avis n<sup>o</sup> 356960.

9 (9) CE, sect., 8 févr. 1991, Région Midi Pyrénées, n<sup>o</sup> 57679, préc.

10 (10) Dir. n<sup>o</sup> 2004/18, 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services : JOUE L 134, 30 avr. 2004, p. 114-240.

11 (11) CJUE, 25 mars 2010, n<sup>o</sup> C-451/08, Helmut Müller GMBH.

12 (12) Point 57 de l'arrêt préc.

13 (13) Point 57 de l'arrêt préc.

14 (14) Point 49 de l'arrêt préc.

15 (15) Point 50 de l'arrêt préc.

16 (16) Point 52 de CJUE, 25 mars 2010, n<sup>o</sup> C-451/08 préc. et CJUE, 18 janv. 2007, n<sup>o</sup> C-220/05, Auroux.

17 (17) Point 52 de CJUE, 18 janv. 2007, n<sup>o</sup> C-220/05, préc.

18 (18) *Ibid.*

19 (19) *Ibid.*

20 (20) Règl. UE n<sup>o</sup> 1251/2011, 30 nov. 2011, modifiant les directives n<sup>o</sup> 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés : JOUE L 319, 2 déc. 2011, p. 43.

