



Olivier Bonneau



Mélissa Rivière



Nicolas Jarroux



Guillaume Castagnino

BULLETIN – DROIT PUBLIC IMMOBILIER

Achat ou location d'un bien à construire par les personnes publiques : des perspectives encourageantes

Dans quelles conditions les opérations d'acquisition ou de prise à bail en l'état futur d'achèvement par une personne publique peuvent-elles être exclues du champ de la commande publique et donc être exemptées des procédures de publicité et de mise en concurrence préalables ? Par deux décisions, une nationale ([CAA Nancy, 15 avril 2021, n° 19NC02073](#)) et une européenne ([CJUE, 22 avril 2021, aff. C-537/19](#)), d'importantes précisions ont été apportées sur l'articulation entre le droit de la commande publique et ces opérations immobilières des personnes publiques à propos desquelles la réforme de 2015 avait pu créer certains doutes. Ces deux décisions reviennent sur les critères permettant d'écarter l'application du code de la commande publique, notamment sur la question de la temporalité entre l'obtention du permis de construire et la signature du contrat d'acquisition ou de location.

I. UNE APPRÉCIATION EUROPÉENNE FAVORABLE AUX LOCATIONS EN L'ÉTAT FUTUR D'ACHÈVEMENT

Une exclusion des BEFA du champ d'application du droit des marchés publics conditionnelle

Au niveau Européen, la CJUE a eu à traiter d'une affaire qui concernait la prise à bail en l'état futur d'achèvement d'un bien immobilier par une entité publique (BEFA).

Par principe, les contrats d'acquisition et de location portant sur des **immeubles existants** conclus par les personnes publiques sont exclus des règles de publicité et de mise en concurrence. Effectivement, la directive relative à la passation des marchés publics de 2004 alors applicable en l'espèce puis celle de 2014 ont explicitement exclu ces contrats de leur champ d'application¹. Si les directives ne concernent que les immeubles existants, dans l'affaire d'espèce, la Cour a précisé que **cette exclusion pouvait également s'étendre aux locations de bâtiments non existants, c'est-à-dire non encore construits**.

Toutefois, de tels contrats peuvent être requalifiés en marchés publics de travaux et ainsi être soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence lorsque le pouvoir adjudicateur a pris des mesures afin de **définir les caractéristiques de l'ouvrage ou à tout le moins d'exercer une influence déterminante sur sa conception**² :

- tel est notamment le cas lorsque les **spécifications demandées par le pouvoir adjudicateur vont au-delà des exigences habituelles d'un locataire**³.

Une appréciation souple des critères de requalification par le juge européen

La cour, en adoptant une position résolument pragmatique, considère que le contrat litigieux ne pouvait être qualifié de marché public de travaux et **s'écarter des conclusions de son avocat général**.

Pour arriver à une telle conclusion, la cour retient que « *selon une pratique commerciale courante, les projets architecturaux (...) sont mis en location bien avant la finalisation des plans de construction détaillés, de telle sorte que le propriétaire du site (...) n'entame la procédure formelle d'obtention d'un permis de construire que lorsqu'il dispose d'engagements de la part de locataires futurs* ». Ainsi, **le juge européen ne fait pas de la date d'obtention du permis de construire un critère déterminant**.

La CJUE exclut ensuite une éventuelle influence de l'entité publique sur la conception et la réalisation de l'ouvrage constatant même qu'il « *est usuel qu'une entreprise, qu'elle soit privée ou publique, qui cherche à louer un immeuble de bureaux, fasse préciser certains souhaits quant aux caractéristiques que ce site devrait, dans la mesure du possible, réunir* ⁴ ». Dès lors, **une certaine adaptation des biens aux personnes publiques semble désormais envisageable**. L'on constate ainsi la souplesse de la Cour dans l'appréciation des critères précités et, ce faisant, assez propice au recours par les acteurs publics aux locations en l'état futur d'achèvement.

Quelques précisions :

¹ C'est l'article 16 de la directive [2004/18](#) puis l'article 10 de la directive [2014/24](#) qui prévoient cette exclusion. Celle-ci est désormais reprise par le code de la commande publique à l'article [L. 2512-5](#) ;

² CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, [affaire n° C-213/13](#) ;

³ CJUE, 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne*, [affaire n° C-536/07](#) ;

⁴ Pour exemple, certaines exigences supérieures aux standards alors en vigueur avaient été émises notamment en matière de performance énergétique du bâtiment ;

⁵ Article [1601-3](#) du code civil ;

⁶ Conseil d'État, 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, [n° 57679](#) puis Conseil d'État, 14 mai 2008, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses*, [n° 280370](#) ;

II. UNE JURISPRUDENCE INTERNE RASSURANTE SUR LE RECOURS AUX VEFA PAR LES PERSONNES PUBLIQUES

Un recours à la VEFA classiquement limité par la jurisprudence nationale

La CAA de Nancy a quant à elle été saisie de l'acquisition par un contrat de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) du nouveau siège de Metz Métropole.

La cour précise que le contrat de VEFA est 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* »⁵.

La cour a d'abord pris le soin de rappeler la jurisprudence interne, constante en la matière, selon laquelle « *aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers au moyen de contrats de vente en l'état futur d'achèvement* »².

Toutefois, le recours à de tels contrats sans respect des obligations de mise en concurrence est uniquement admis lorsque :

- l'opération ne consiste pas à la construction même d'un immeuble pour le compte de personne publique ;
- l'immeuble n'a pas été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique ;
- l'immeuble n'a pas vocation à devenir entièrement sa propriété.

Une décision précisant la frontière entre l'acquisition en VEFA et le marché public

Dans sa décision, la CAA se livre à une appréciation très concrète de l'acquisition portée par Metz Métropole afin d'écarter l'application du droit de la commande publique.

Selon la cour « *Metz Métropole n'a (...) exercé aucune influence déterminante sur sa nature ou la conception de l'ensemble immobilier, lequel n'a été conçu ni à l'initiative de Metz Métropole, ni en fonction de ses besoins, de sorte que l'opération en cause ne peut être qualifiée de marché public de travaux* ».

Plusieurs indices ont conduit la CAA à écarter l'application du droit de la commande publique. D'abord, concernant l'initiative du projet, le permis de construire a été demandé puis obtenu par le constructeur le 4 décembre 2014 alors que les premiers échanges entre la société de construction et la Métropole ne sont intervenus qu'à partir de 2015. Dans le même ordre d'idée, la société de construction avait débuté les démarches de commercialisation avant même que la collectivité ne commence à éprouver de l'intérêt pour le bien. **Au regard du droit de l'UE précédemment évoqué, le critère lié à la date d'obtention du permis de construire n'apparaît pas absolu, à l'instar de ce qui a été jugé par la CJUE**.

Ensuite, **l'ensemble immobilier ne comportait pas de caractéristiques particulières qui auraient eu pour objet de répondre aux besoins spécifiques de Metz Métropole**. D'autant plus et enfin, Metz Métropole a procédé à la passation de plusieurs marchés publics pour l'aménagement intérieur du bien immobilier.

DPJE

Olivier Bonneau, associé, docteur en droit public, spécialiste en droit public et de l'urbanisme

Fanny Clerc, avocat associé junior

Mélissa Rivière, avocat associé junior

Laura Descubes, avocat

Simon Guirriec, avocat

Nicolas Jarroux, avocat

Amaud Le Guluche, avocat

Antoine Vaz, avocat

Emilie Fabre, juriste

Damien Della-Libera, avocat

Camille Morot-Monomy, avocat, docteur en droit public

Jean Gourdou, of counsel, professeur agrégé de droit public

Fabien Tesson, of counsel, maître de conférence en droit public