

Les Echos

PUBLISHING

JANVIER 2024

Business & Partners



**Logements
et équipements publics :**
l'art délicat du partenariat
public-privé

En partenariat avec :

LACOURTE RAQUINTATAR

Édito

La démographie ne ment jamais !

Pourquoi la démographie s'avère complexe à appréhender pour nombre de décideurs ? Sans doute parce qu'il est difficile avec elle d'ignorer ce qu'est une population et quels sont ses besoins. Il faut alors prévoir et organiser les moyens d'y pourvoir, et cela dans le bon timing.

Cela est vrai en matière de logements, mais aussi d'équipements publics. Dès lors qu'une population emménage à un endroit, le besoin en crèches, en écoles, en parkings ou en équipements sportifs ou culturels croît. Et lorsque l'augmentation de la population française ralentit, l'équation change, notamment avec l'explosion du nombre de familles monoparentales et les durées de vie qui s'allongent, et des besoins nouveaux se font jour.

Ainsi, notre pays est en manque de logements

Pour les logements, de manière générale, le stock de biens habitables a beau être passé depuis 1983 de 24,4 à 37,8 millions (hors Mayotte) selon l'INSEE, il ne s'agit que d'une croissance modeste, de 1,1% par an. Et comme le remarque l'institut, le taux de croissance du parc est en plus moins élevé depuis 2007, et particulièrement sur les cinq dernières années. Ainsi, entre 2018 et 2023, celui-ci est tombé à 0,8%.

Alors, combien de logements faudrait-il construire pour répondre aux besoins de la population ? Selon l'Union sociale pour l'habitat, dans une étude récente réalisée par le cabinet HTC, il en faudrait 518 000 d'ici 2040, dont 198 000 logements sociaux.

“ Il est nécessaire que les partenariats immobiliers public-privé soient mieux connus et plus utilisés ”

En outre, la rénovation des logements existants s'impose aussi

Pour les seuls logements sociaux, selon l'Agence nationale de contrôle du logement social (Ancols), 300 000 méritent une étiquette énergétique F ou G, soit les deux plus basses de la grille. Et si l'on regarde l'étiquette E, elle est l'apanage de 5 millions de logements supplémentaires, soit 15% du parc social. Un constat qui date de janvier 2022, les derniers chiffres disponibles. Et l'on peut parier que la situation ne s'est pas améliorée fondamentalement depuis.

Mais construire ou rénover demande des ressources, financières et foncières. Les acteurs publics locaux et les bailleurs sociaux sont fréquemment dépourvus des premières mais, restent encore bien souvent mieux placés que les promoteurs privés en matière d'accès au foncier.

Un outil s'est imposé : le partenariat immobilier public-privé

Dans un tel contexte, les partenariats immobiliers public-privé deviennent de plus en plus incontournables. Cela bien entendu dans le cadre de grandes opérations d'aménagements et d'aménagement, mais aussi pour des opérations plus modestes dans lesquelles ces partenariats ont également prouvé leur utilité.

Mais spécificité, ces partenariats se développent en pratique sans cadre juridique distinctif et global. Les acteurs publics et privés doivent ainsi agir en s'accordant de règles générales existantes (commande publique, immobilier, urbanisme...) souvent mal adaptées ou incertaines et sous la menace de risques juridiques de plus en plus sensibles, notamment au plan pénal.

Comment accélérer ?

Ainsi, pour passer à la vitesse supérieure, et pour aider à répondre aux besoins de logements et d'équipements publics, il est nécessaire que les partenariats publics privés immobiliers soient mieux connus, afin d'être utilisé par un plus grand nombre d'acteurs, y compris de taille plus modeste, ceux dont les ressources sont souvent aussi les plus contraintes. C'est tout l'enjeu de l'interview croisée de ce numéro.

Excellente lecture !

Laurent David

DIRECTEUR GÉNÉRAL LES ECHOS PUBLISHING

05 Entretien



L'outil pour articuler besoins publics et projets privés

11 Focus



Cinq propositions pour faciliter et sécuriser les partenariats public-privé dans l'immobilier

Directeurs de la publication
Serge Tatar et Jean-Jacques Raquin

Conception, rédaction
et réalisation Les Echos
Publishing

Photo de une
Dmi+T

Éditeur
Lacourte Raquin Tatar

Siège social
2-4 Rue Paul Cézanne, 75008
Paris

Date de publication
janvier 2024



L'outil pour articuler besoins publics et projets privés

La réponse à la demande de logements est un enjeu public majeur, tout comme la réalisation d'équipements publics, alors même que les tensions financières sont réelles et la disponibilité foncière toujours plus réduite. Pour répondre à ces enjeux dans un tel contexte, les partenariats immobiliers public/privé sont des solutions très régulièrement employées. Leur maniement juridique reste néanmoins délicat, entre droit de la commande publique, droit des sociétés, droit de l'urbanisme et de l'immobilier notamment.

Guillaume DELACROIX, directeur juridique d'Altarea et président de Juridim, et Benoit NEVEU, avocat, associé du cabinet La-courte, Raquin, Tatar, passent en revue les enjeux auxquels sont confrontés les acteurs publics et leurs partenaires. Ils envisagent ensemble également quelques pistes qui permettraient un recours plus large à ces outils efficaces et utiles.

“

Avec la rareté du foncier et l'objet de zéro artificialisation nette, ces partenariats ont tendance à se développer.

”



Guillaume Delacroix

DIRECTEUR JURIDIQUE D'ALTAREA
ET PRÉSIDENT DE JURIDIM

Qu'entend-on par partenariat public/privé immobilier ?

Guillaume Delacroix : Les partenariats public-privés en matière immobilière sont monnaie courante et visent à intégrer, dans le cadre d'une opération immobilière, la réalisation d'équipements publics (une crèche, un gymnase, un parking public etc). Il peut s'agir de créer des équipements répondant à un besoin généré par l'opération portée par le promoteur immobilier (par exemple la

création d'une école pour accueillir les nouvelles familles qui vont acheter les appartements du promoteur). Mais parfois, c'est la collectivité qui va être à l'initiative du partenariat en cherchant à valoriser son foncier (par exemple, en cédant un équipement public vétuste à un promoteur immobilier, à charge pour lui d'intégrer dans son opération la reconstitution de l'équipement).

Pour un acteur comme nous, au regard de toutes nos activités, cela concerne environ une opération sur trois ou quatre, mais cela devient quasiment systématique sur les projets les plus importants.

Benoit Neveu : Aux côtés de l'opérateur privé, on retrouve des acteurs publics ou parapublics, en particulier des collectivités locales ou des bailleurs sociaux. Juridiquement, ces projets recouvrent des formes très variées. Certains partenariats se traduiront simplement par un ou plusieurs contrats, dans d'autres la création d'une société commune sera souhaitée. La diversité de ces partenariats découle enfin de l'origine de l'initiative du projet, selon que cette dernière provient d'un acteur public ou parapublic ou d'un promoteur privé.

Comment s'inscrivent-ils dans le champ juridique ?

G. D. : Nous parlons de partenariats qui ne bénéficient pas d'un cadre juridique spécifique et adapté. Nous devons composer avec les règles de la commande publique issues du droit européen et transposées relativement récemment en droit interne. Nous avons donc relativement peu de jurisprudence, ce qui crée de l'insécurité juridique, ce qui n'est jamais une bonne chose. Qu'il s'agisse des opérateurs privés ou publics, nous devons donc être vigilants et procéder, au cas par cas, à une analyse juridique poussée. Une solution ou un montage valable dans un cas ne l'est pas forcément dans l'autre ! D'où la nécessité également de s'entourer de bons conseils ...

B. N. : L'enjeu est d'identifier les règles propres aux personnes publiques susceptibles de trouver à s'appliquer et de veiller ensuite à leur respect. Il en va ainsi en particulier des règles de la commande publique, mais pas seulement : les règles de la domanialité publique, de la maîtrise d'ouvrage publique,



voire de la comptabilité publique peuvent interférer. Il s'agit de définir à chaque fois un schéma permettant aux acteurs concernés de sécuriser leur projet et d'assurer la cohérence avec les autres projets publics mis en œuvre, de définir les responsabilités de chacun. Cette ingénierie doit permettre d'assurer le bon déroulement des projets, dans la durée.

Pour quelles raisons les acteurs concernés ont-ils développé le recours à ces partenariats ?

G. D. : Il existe un réel besoin d'équipements publics qui découle de la croissance de la population et des évolutions démographiques.

Par ailleurs, les équipements existants sont souvent vétustes et il est dans bien des cas moins coûteux de les démolir pour les reconstruire plutôt

que de les rénover. La prise en compte des enjeux climatiques (certains vieux équipements sont de véritables passoires thermiques) a renforcé ce phénomène.

Surtout, leur démolition-reconstruction permet aux communes de financer le coût du nouvel équipement grâce à la cession du foncier à un promoteur : je pense à une opération en particulier sur laquelle nous travaillons : une ville possède un parking public en surface idéalement placé en plein centre-ville. Elle va nous le vendre afin que nous réalisions en lieu et place de cet équipement un immeuble de logements. Nous intégrons en sous-sol de notre opération la reconstitution d'un nouveau parking public que nous revendons à la ville. La ville nous paiera cet équipement grâce au prix du foncier. Cet exemple illustre à quel point ces partenariats public privé peuvent être vertueux : économiquement d'abord (la ville a un parking flambant neuf sans bourse délier) mais aussi d'un point de vue urbanistique et environnemental : à l'étalement horizontal, on a préféré l'empilement vertical...

B. N. : Les acteurs publics disposent souvent de réserves foncières. Il leur est possible de les valoriser auprès d'opérateurs privés susceptibles d'apporter un financement à des opérations bénéfiques pour la communauté, tout en prenant en charge le risque de leur conduite. Ces partenariats sont un moyen équilibré et raisonnable d'articuler ces besoins et ces ressources. Néanmoins, la logique des projets n'est pas toujours financière. Elle repose aussi régulièrement sur la réponse à un besoin qui apparaît dès lors que le développement de programmes immobiliers comprenant de nombreux logements réclame de facto la création d'équipements publics pour servir la population habitante.



CATHERINE DELAHAYE

Un besoin de logements général

518 000

logements nécessaires d'ici 2040, dont

198 000

logements sociaux, selon l'Union sociale pour l'habitat

Source : étude HTC, septembre 2023, pour l'USH

Quels sont les principaux enjeux ?

B. N. : D'un point de vue juridique, l'un des principaux enjeux est de parvenir à qualifier le partenariat pour mieux le sécuriser. Schématiquement, ces partenariats consistent presque systématiquement en des cessions de terrain accompagnées d'une série d'engagements réciproques quant aux

constructions qui seront réalisées. L'enjeu est d'être capable juridiquement de saisir cet ensemble et en particulier de distinguer dans le cadre de ce partenariat, ce qui relève ou pas du champ de la commande publique et des obligations de mise en concurrence qui en découlent. Il en va de la régularité du montage en ayant conscience que le non-respect d'une règle de mise en concurrence fait automatiquement naître un risque pénal de délit de favoritisme. La difficulté est que le droit reste très pauvre en la matière et qu'il y a encore trop peu de jurisprudence pour bien appréhender les différentes situations susceptibles de se présenter en pratique.

“

C'est un moyen équilibré et raisonnable d'articuler besoins publics et ressources privées.

”



Benoit Neveu

AVOCAT, ASSOCIÉ DU CABINET
LACOURTE RAQUIN TATAR

G. D. : Si la réforme de la commande publique de 2016 a apporté un début d'armature, il manque un cadre clair pour la réalisation de ces projets qui je le rappelle sont vertueux. Il n'existe que très peu de jurisprudence – et aucune du Conseil d'État – sur le sujet et cette insécurité juridique ne facilite pas la réalisation de ces partenariats public-privé.

En matière d'organisation de projets de copromotion, la situation est-elle comparable ?

B. N. : Les sociétés de co-promotion ont été rendues possibles pour les bailleurs sociaux par la loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (dite loi « ALUR ») du 24 mars 2014, puis pérennisée par la loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (dite loi « ELAN ») du 23 novembre 2018. Les bailleurs sociaux ont donc un cadre qui leur permet d'agir sur le fondement de dispositions spécifiques insérées dans le code de la construction et de l'habitation. Néanmoins, ces dispositions demeurent assez restrictives.

G. D. : En effet, l'autorisation donnée aux bailleurs sociaux pour recourir à la copromotion est étroite car elle ne vise que les opérations de production de logements. Or, dans la pratique, il est très fréquent que des locaux commerciaux soient prévus en pied d'immeuble dans ce qui est construit, en prévision de la vie de quartier, comme une boulangerie par exemple. Dans un tel cas de figure, les opérateurs sont donc contraints d'isoler les commerciaux dans le cadre d'une division en volumes et de faire intervenir une autre société en co-maîtrise d'ouvrage. Cette lourdeur peut être rédhibitoire.

Par ailleurs, il est important pour nous, les promoteurs privés, que la société commune créée pour l'occasion ne devienne pas un pouvoir adjudicateur soumise aux règles de la commande publique... Pour cela, il faut que le co-partenaire public accepte de laisser une part importante de la gestion de la société à l'opérateur privé. Or, ce n'est pas toujours évident à organiser.

B. N. : Des incertitudes importantes demeurent enfin sur l'application des textes. Je prends un exemple : la loi exige que la quote-part de capital social détenue par le bailleur social soit équivalente à la part de logements sociaux réalisés dans le cadre de cette opération. En revanche, la loi ne dit pas comment évaluer cette part de logements sociaux, s'il faut raisonner en nombre de logements, en surface, en chiffre d'affaires...



Comment s'opère la répartition des pouvoirs et la gestion des conflits d'intérêts au sein de ces sociétés ?

B. N. : Il s'agit de sociétés et en toute logique du fonctionnement normal d'une société, en fonction des accords trouvés par les partenaires et de ce que prévoient les statuts et pacte d'associés. Une attention particulière doit être portée aux pouvoirs du partenaire public : en fonction des pouvoirs qui lui seront conférés et de l'influence qu'il exercera ainsi sur la société et sur le projet, les règles applicables pourront varier. Une influence dominante du partenaire public pourra ainsi en particulier avoir pour conséquence de soumettre la société et ses activités au droit de la commande publique. Il importe donc que les partenaires soient suffisamment éclairés sur cela et en tiennent compte le cas échéant dans la répartition des pouvoirs et dans la rédaction des actes qui régissent la société, même si sur certains sujets, il est bien entendu impossible de laisser la personne publique, sans droit de regard, ni parfois un droit de blocage.

“

Il manque un cadre clair pour la réalisation de ces partenariats public-privés qui, je le rappelle, sont vertueux

”

G. D. : Par exemple, il n'est pas anormal qu'un bailleur social associé valide le budget d'une opération. En revanche, il n'a pas à valider le nom des intervenants ou l'avenant à tel ou tel marché. Il ne serait alors plus un associé dormant et la société commune deviendrait pouvoir adjudicateur. Il y a ensuite la question, complexe, des conflits d'intérêts. De manière concrète, la société commune avec le bailleur social, va vendre au même bailleur social une partie des logements. Ce dernier se trouve donc à la fois vendeur et acheteur. La situation est

délicate si un chantier se passe mal, qu'il y a des retards de livraison, des problèmes de qualité... Les règles de gestion des conflits d'intérêts dans les pactes d'associés sont donc des sujets importants et complexes qu'il est décisif de régler dès le début du projet et en s'entourant des meilleures compétences. Le gain de sécurité apporte une vraie plus-value au projet.

A ce jour, quels sont les principaux freins au recours à ces partenariats public/privé en matière immobilière ?

G. D. : Le principal frein est l'insécurité juridique que j'évoquais tout à l'heure, faute d'un cadre clair. Le risque de mise en cause de la responsabilité pénale au titre du non-respect des règles de la commande publique est le plus redouté forcément, mais il me semble assez limité au regard des grandes précautions prises par les acteurs qui ne s'aventurent pas dans ces opérations à la légère et se font généralement assistés par des avocats. En revanche, le risque de recours administratifs contre les délibérations de la collectivité autorisant ces opérations ou contre les contrats eux même est pour moi bien plus probable. Ces recours peuvent être formés par des promoteurs concurrents mais le plus souvent, ce sont des membres de l'opposition qui en sont à l'origine plus pour des raisons politiques qu'autre chose d'ailleurs. Ces recours peuvent conduire à l'abandon de ces projets, après plusieurs mois de travail et beaucoup d'argent dépensé en études....

B. N. : Le risque pénal ne doit pas être négligé car les contrôles se développent. J'ai pu observer pour ma part, à plusieurs reprises l'année dernière, que les juridictions financières s'intéressent à ce type de partenariats public privé immobiliers et n'hésitent pas à formuler des critiques sur le respect des règles de la commande publique. Nous avons eu l'occasion de répondre à ces critiques mais il ne faut pas oublier que les juridictions financières ont la possibilité de faire des signalements au parquet, et s'en privent de moins en moins.

Par ailleurs, concernant le logement social, les bailleurs sociaux sont soumis au contrôle de l'ANCOLS

(Agence nationale de contrôle du logement social, ndlr) dont les rapports peuvent servir à des saisines du parquet. Même si saisine ne veut pas dire poursuites et poursuites ne veut pas dire condamnation, c'est néanmoins un risque qu'il ne faut pas minimiser.

Si jusqu'à présent les acteurs se sont très bien accommodés de l'absence de cadre spécifiques, des évolutions permettant d'accroître la sécurité juridique ne seraient-elles pas bienvenues ?

G. D. : Tous les acteurs publics et parapublics n'ont pas la même expérience acquise de la pratique de ces opérations. En outre, tous n'ont pas non plus en interne les mêmes compétences pour appréhender ces projets. Dès lors, des progrès pourraient

être apportés afin de les rendre plus accessibles et moins anxiogènes.

Si l'on est, par exemple, dans le cadre d'une opération où le promoteur privé achète le foncier à la ville, et si le contrat est un contrat mixte, il faut vérifier quel est l'objet principal du contrat. En effet, il faut alors déterminer s'il s'agit d'une simple vente immobilière ou s'il s'agit d'un contrat ayant pour objet principal la construction d'un équipement public et appellerait de facto l'application des règles de la commande publique. Or, rien dans les textes ne vient déterminer la méthode à appliquer et cela suscite beaucoup d'hésitation auprès des acteurs les moins aguerris. En la matière, fixer un seuil serait un véritable progrès.

B. N. : Mais la fixation d'un seuil ne résoudrait sans doute pas tout au regard du droit européen qui exige que l'on tienne compte de la finalité de l'opération. Comme le suggère Guillaume, il serait utile que l'on puisse prendre en compte d'autres critères, comme les raisons qui sont à l'origine de la réalisation d'un équipement public. Prenons l'exemple d'un terrain sur lequel est situé un équipement public dont il est prévu la reconstruction par le partenaire privé sur un autre terrain dans le cadre de l'opération.

Dans un cas, cette reconstruction peut correspondre à la volonté initiale du partenaire public, en échange de droits à construire attribués au partenaire privé.

Mais dans un autre cas, cette reconstruction peut correspondre au besoin du promoteur privé, qui en tant qu'acquéreur d'un terrain, très bien situé, a intérêt à déplacer un équipement public afin de réaliser son projet immobilier.

De même, dans un programme immobilier de grande ampleur, qui par le nombre de personnes logées génère un besoin d'équipements publics comme, par exemple, une crèche ou une école, la construction de ces équipements publics répond avant tout aux besoins du promoteur privé et de la commercialisation de son programme.



⬇ Logement social : une rénovation s'impose

300 000

logements sociaux méritent une étiquette énergétique F ou G

5 000 000

méritent une étiquette E

Source : Agence nationale de contrôle du logement social (Ancols), janvier 2022



Quels sont les principaux facteurs de réussite de ces partenariats ?

G. D. : Le droit est clairement un facteur majeur pour que le projet soit stable et sûr et donc faisable. Cela est valable aussi bien pour les promoteurs que pour les acteurs publics, collectivités ou bailleurs sociaux. D'ailleurs, le fait que des passages puissent avoir lieu entre les mondes public et privé est également un facteur de réussite car cela permet aux deux parties de mieux connaître la culture et les pratiques de l'autre et de déconstruire les à-priori qui existent des deux côtés.

B. N. : Les acteurs publics sont rassurés par l'existence de règles, tant en France qu'au niveau européen. Derrière les cas spécifiques qui ont jusque-là fait l'objet de décisions de jurisprudence, il est important de parvenir à dégager les grandes lignes de sécurisation de ces partenariats. Nous nous y employons auprès de nos clients et œuvrons pour que les textes puissent être clarifiés voire certains partenariats institutionnalisés, sur le modèle par exemple des Semop auxquelles ont recours des collectivités locales pour des projets d'aménagement ou de services publics.

Des mesures pourraient-elles être prises en la matière ?

G. D. : Par analogie, on pourrait se référer à ce qui existe en matière de marchés de partenariats. La personne publique qui lance son projet doit faire une analyse coûts/avantages via une évaluation préalable. Ce travail est soumis à la mission d'appui aux partenariats publics-privés, soit une forme de rescrit. Compte tenu de l'importance de la question du logement et du rôle positif que peut jouer le développement de ces partenariats, l'investissement dans un tel dispositif mériterait d'être au moins évalué. Derrière cela, cela permettrait de rationaliser les moyens et d'accroître l'efficacité dans la conduite des projets.

B. N. : Les différents points que nous avons cités tracent la voie de progrès utiles. Une clarification et un enrichissement des textes à cet égard seraient ainsi certainement de nature à encourager et bien entendu sécuriser davantage les partenariats public-privé en matière immobilière. Mais ce qui demeure déterminant, c'est d'appréhender juridiquement ces projets en maîtrisant à la fois le droit de la commande publique, le droit de l'immobilier, le droit des sociétés sans oublier le droit de l'urbanisme. Par-delà la technique, il est essentiel d'anticiper à chaque fois la manière dont un montage pourrait être perçu et qualifié juridiquement si un juge avait à en connaître et d'être parfaitement capable d'expliquer les choix qui ont été faits.



⬇ Une vision de long terme indispensable

Avec **10%** du PIB, l'immobilier exige une vision politique claire et durable

Source : Les Echos, 01/2024

Cinq propositions pour faciliter et sécuriser les partenariats public-privé dans l'immobilier

Face au ralentissement significatif du marché de l'immobilier, les partenariats entre acteurs publics et acteurs privés peuvent constituer un levier d'action efficace. Voici donc cinq pistes d'évolution juridique qui pourraient faciliter leur mise en œuvre dans le domaine de l'immobilier.



Vincent Guinot et Benoit Neveu

AVOCATS ASSOCIÉS, LACOURTE RAQUIN TATAR

Outil propre à faire converger ressources et besoins en matière immobilière, les partenariats public-privé sont susceptibles non seulement de redynamiser le marché de l'immobilier, mais également de stimuler l'offre de logements. Et ce, quelle que soit la forme prise par ces partenariats, entendus ici au sens large, qu'ils soient contractuels (ventes avec charges, co-maîtrise d'ouvrage, marchés publics...) et/ou institutionnels (constitution d'une structure dédiée sous forme de société commune de projet ou autre). Les dispositifs juridiques régissant ces partenariats sont néanmoins souvent perçus comme excessivement complexes ou incertains. Aussi, certaines évolutions seraient de nature à favoriser le développement de tels partenariats tout en les sécurisant davantage.

1. Sécuriser la mise en œuvre des VEFA d'opportunité

Les acteurs publics – et parapublics – ont en commun de se trouver soumis aux règles de la commande publique en qualité de « pouvoir adjudicateur ». La réalisation de leurs opérations immobilières implique ainsi bien souvent la passation de marchés publics, à commencer par des marchés publics de travaux.

Toutefois, à la différence des marchés publics de travaux, les contrats permettant à une personne publique - et plus largement à tout pou-



« Coeur de Ville » d'Issy-les-Moulineaux, un éco-quartier inauguré en 2022, composé de logements, commerces, bureaux et d'équipements publics, illustre l'intérêt des partenariats public-privé en matière immobilière.

“

Les pistes d'évolution proposées résultent de l'observation de la pratique et des questions juridiques que ces partenariats soulèvent fréquemment.

”

voir adjudicateur- d'acquérir un « bien immobilier existant » peuvent être conclus de gré à gré sans mise en concurrence préalable¹.

La différence entre ces deux types de contrat est parfois ténue, en particulier lorsque le contrat de vente immobilière intègre des prestations de travaux, comme c'est le cas en matière de vente en l'état futur d'achèvement (« VEFA »). Dans cette hypothèse, seules les VEFA dites "d'opportunité", à savoir celles qui visent l'acquisition d'un ouvrage déjà "sur le marché" en l'état (c'est-à-dire

d'un ouvrage dont la construction est a minima planifiée et prête à être réalisée), peuvent être conclues librement, sans passer par une mise en concurrence

Une distinction entre commande et opportunité difficile à appréhender

Il reste que les critères permettant de distinguer les montages immobiliers par lesquels un acheteur "passe commande" de travaux et qui sont qualifiés de marché public, de ceux pour lesquels il profite simplement d'une "opportunité de marché" varient et sont complexes à saisir.

Ainsi, pour la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »), c'est surtout lorsque les travaux demandés affectent « la structure architecturale du bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs » ou concernent des aménagements intérieurs qui « se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur », que le pouvoir adjudicateur est considéré comme exerçant une influence déterminante et que le contrat de VEFA est par conséquent susceptible de s'analyser comme un marché public².

Le droit français s'attache quant à lui avant tout au point

¹ Article L.2512-5 du code de la commande publique (« CCP »)

² CJUE, 22 avril 2021, Commission c/ Autriche, aff. C-537/19



de savoir si le contrat de VEFA est conclu ou non avant que le permis de construire du projet ne soit déposé³, en partant du postulat qu'avant que le permis ne soit déposé l'acquéreur peut encore faire évoluer le projet de manière significative pour répondre à ses propres besoins et par là-même exercer une influence déterminante sur l'ouvrage. Mais, dans les faits, il est rare qu'un promoteur engage la procédure formelle d'établissement d'un dossier de demande de permis de construire sans disposer d'engagements de la part d'acquéreurs futurs pour une partie importante des surfaces de l'ensemble immobilier projeté, quand bien même l'acquéreur pressenti n'impose pas toujours des exigences spécifiques, ce qui dans ce cas rend le critère du dépôt de permis inopérant.

Pour identifier une commande publique, la jurisprudence utilise par ailleurs -de manière plus ou moins explicite- le critère de l'initiative du projet, sans que l'on sache véritablement dans quelle mesure celui-ci est décisif. Une commune doit-elle être considérée comme à l'initiative du projet lorsque, sollicitée par un promoteur, elle vend

un terrain lui appartenant en exigeant la réalisation de logements sociaux ? Et qu'en est-il lorsqu'elle constitue une société commune avec le promoteur immobilier ou qu'elle organise un appel à projets ?

Clarifications et harmonisations possibles

Dans un contexte de recours croissant à la VEFA d'opportunité et compte tenu des risques d'annulation de la vente en cas de requalification, il serait souhaitable de clarifier et d'harmoniser les critères de la commande publique immobilière. A cet effet, l'article L.1111-2 du CCP, qui définit les marchés publics de travaux, pourrait utilement être précisé, ne serait-ce que pour prévoir des hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur est présumé exercer une influence déterminante sur un ouvrage et/ou à l'inverse ne pas exercer une telle influence. Dans le même sens, les « services d'acquisition ou de location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles » que l'article L.2512-5 du CCP exonère de toute mise



Des évolutions juridiques qui appellent des changements dans le droit français.

³ Voir en ce sens l'article L.433-2 du CCH en ce qu'il dispose qu'un organisme d'habitations à loyer modéré (« OHLM ») ou une société d'économie mixte peut acquérir en état futur d'achèvement « des logements inclus dans un programme de construction, à la condition que celui-ci ait été établi par un tiers et que les demandes de permis de construire aient déjà été déposées ».

en concurrence pourraient utilement être précisés afin d'identifier des typologies de travaux qui, à titre accessoire, relèvent par nature de tels services sans qu'il faille les considérer comme des travaux devant faire l'objet de marchés publics de travaux distincts du contrat d'acquisition ou de location.

2. Actualiser les dispositions légales en matière d'acquisition de logements sociaux

S'agissant plus particulièrement de la réalisation de logements sociaux, il conviendrait certainement aussi d'actualiser les dispositions du code de la construction et de l'habitation (« CCH ») permettant aux organismes d'habitation à loyer modéré (« OHLM ») d'acquiescer des logements en état futur d'achèvement.

Deux conditions posées par l'article L.433-2 du CCH - qui autorise les OHLM à acquiescer en état futur d'achèvement des logements inclus dans un programme de construction établi par un tiers - sont en effet obsolètes et doivent être réformées :

→ La première impose que la demande de permis de construire ait déjà été déposée au moment de la conclusion du contrat de réservation et n'est donc, on l'a vu, plus en accord avec le dernier état de la jurisprudence européenne⁴.

→ La seconde impose que les logements acquis ne constituent qu'une partie seulement du programme de construction et ne se justifie par aucune règle de droit positif, ainsi que cela a d'ailleurs été rappelé très récemment par le Gouvernement dans une réponse ministérielle⁵. Il faut d'ailleurs noter que dans la pratique, il est fréquent de voir des contrats de VEFA portant sur un immeuble dans sa globalité sans que le permis de construire n'ait d'autre objet que la réalisation de cet immeuble.

Il en va de même des conditions posées par l'article L.422-2 du même code, qui permet aux sociétés anonymes HLM d'acquiescer des logements sociaux à due concurrence de leurs apports auprès d'une société civile de construction vente dont elles détiennent des parts. Par exemple, il est prévu que ce montage ne puisse être mis en œuvre qu'« à titre subsidiaire », ce qui interroge quant aux motifs

susceptibles d'être invoqués par l'OHLM. En outre, il est prévu que la société commune réalise au moins 25% de logements sociaux, ce qui interroge sur les modalités de calcul de ce ratio : faut-il privilégier une approche en nombre de logements ou terme en surfaces ? Et faut-il décompter les logements à l'échelle du programme ou de l'ensemble des projets développés par la société ?

Une actualisation des dispositions du CCH apparaît donc nécessaire pour garantir un cadre juridique plus sécurisé aux partenariats institutionnels entre les OHLM et les promoteurs immobiliers.

3. Simplifier le recours aux marchés de travaux négociés sans mise en concurrence

L'article R.2122-3 du CCP permet aux pouvoirs adjudicateurs de conclure un marché public sans mise en concurrence lorsque des raisons techniques justifient que le contrat soit conclu avec un opérateur économique déterminé. Sur ce fondement, les pouvoirs adjudicateurs peuvent « notamment » procéder à l'acquisition « 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 ».

Une exception imprécise

L'emploi de l'adverbe « notamment » suggère que la liste des situations susceptibles de justifier le recours à cette exception n'est pas limitative. Il est néanmoins difficile de se positionner avec suffisamment de certitude sur les cas d'application du dispositif à d'autres situations non explicitement prévues par le texte (cession avec charges, constitution d'une société commune avec un promoteur...) et de déterminer les « raisons techniques » pouvant justifier la passation d'un marché de travaux de gré à gré. A ce dernier égard, il est en pratique difficile par exemple de savoir si l'objet d'un tel marché doit se limiter à la réalisation seulement d'une coque brute de béton « standard » ou s'il peut inclure également des aménagements intérieurs du volume.

⁴ CJUE, 22 avril 2021, Comm. UE c/ Autriche, aff. C-537/19

⁵ Rép. min. n° 2550 : JO Sénat 25 mai 2023, p. 3414



Ensuite, il faut rappeler que, pour mettre en œuvre cette dérogation, le pouvoir adjudicateur doit démontrer qu'il n'existe « aucune solution de remplacement raisonnable » et que « l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché ».

Des conditions sujettes à interprétation

Le critère de l'absence de solution de remplacement « raisonnable » implique en principe que le pouvoir adjudicateur n'ait pas à démontrer une véritable impossibilité technique : il peut avoir recours à ce dispositif dès lors que l'alternative dont il dispose s'avère d'une difficulté disproportionnée⁶. Dans le silence des textes et en l'absence de jurisprudence véritablement pertinente, la doctrine considère que ce critère renvoie au point de savoir si l'ouvrage dont la réalisation est envisagée pourrait être réalisé ailleurs, ce qui n'est a priori pas le cas si l'équipement doit être réalisé dans un secteur déterminé et que la

configuration des lieux ou la pression foncière ne laissent pas vraiment d'autre choix⁷. Il appartiendrait ainsi au pouvoir adjudicateur de justifier que l'ouvrage ne pouvait pas être réalisé dans un autre programme immobilier ou dans un autre secteur géographique, ou à tout le moins pas dans des conditions économiques soutenables ni dans des délais compatibles avec ses contraintes.

La seconde condition relative à l'absence de restriction artificielle du marché implique que les raisons techniques justifiant le recours à ce mécanisme résultent d'une situation fortuite, qui n'a pas été suscitée par le pouvoir adjudicateur. L'absence de concurrence ne doit donc pas résulter d'une définition trop restrictive du besoin de l'acheteur. Mais là encore, il est souvent difficile d'évaluer si les contraintes imposées par le pouvoir adjudicateurs traduisent, ou non, une « restriction artificielle du marché ». Ainsi en est-il, par exemple, lorsqu'un acheteur impose que l'ouvrage soit réalisé sur un terrain lui appartenant. Dans cette hypothèse, dans la mesure où l'ache-



Une révision prochaine des directives en matière de commande publique serait source de clarification.

⁶ La CJUE considère en effet que l'acheteur public doit être en mesure de démontrer que la solution technique d'un autre opérateur économique était « incompatible » avec les solutions en place ou bien qu'il aurait rencontré « des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées » par rapport à la solution retenue auprès de l'opérateur librement choisi (CJCE, 8 avril 2008, Commission c. Italie, Aff. C-337/05).

⁷ Voir en ce sens : Etienne Fatôme, Laurent Richer, « VEFA et marché public de travaux : le nouvel état du droit », Contrats et Marchés publics, août-septembre 2016, 6.

teur aurait parfaitement pu ne pas vendre son terrain et réaliser lui-même l'ouvrage, cette seconde condition devrait-elle être considérée comme satisfaite ?

Une révision souhaitable des textes

Ces incertitudes d'interprétation peuvent compromettre la sécurité juridique des nombreux montages qui, en pratique, se fondent fréquemment sur ce mécanisme. Compte tenu de ce que les conditions posées par l'article R.2122-3 du CCP résultent directement du texte européen, il est malheureusement difficile de réformer le dispositif à l'échelon national. On peut néanmoins espérer que la révision prochaine des directives européennes en matière de commande publique sera l'occasion de clarifier les conditions d'application de ces dispositions.

Dans le prolongement de cette clarification, cette même révision des directives européennes pourrait également être l'occasion de préciser la notion de contrat « mixte » lorsqu'un tel contrat comporte un volet immobilier (l'acquisition d'une partie d'un immeuble à construire) et un volet commande publique (une prestation de travaux répondant aux besoins de l'acheteur). Conformément aux dispositions de l'article L.1312-1 du CCP, le recours à ce type de contrat est possible lorsque (i) les volets travaux et immobilier sont indissociables l'un de l'autre et (ii) que les travaux constituent une prestation accessoire de la vente. Or c'est bien le cas dans l'hypothèse visée à l'article R.2122-3 du CCP : la prestation de travaux est à la fois secondaire (car portant sur une partie minoritaire de l'immeuble) et indissociable de la vente (indissociabilité matérielle de la partie acquise par rapport au reste de l'immeuble, et indissociabilité fonctionnelle des travaux qui ne peuvent être réalisés que par l'opérateur en charge de la réalisation des travaux de la partie principale de l'immeuble).

4. Favoriser le développement des marchés de partenariat

Le marché de partenariat est une forme de marché public permettant de confier à un opérateur économique une mission globale sous maîtrise d'ouvrage privée. Celle-ci peut avoir pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels néces-

saires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Outre cette mission obligatoire, le marché de partenariat peut également notamment comprendre des prestations annexes de conception, d'aménagement, de maintenance ou encore d'exploitation⁸.

“

Reste à poursuivre et structurer une réflexion commune associant juristes spécialisés et représentants des acteurs publics et privés et des pouvoirs publics.

”

L'intérêt d'étaler dans le temps le coût d'investissement

L'un des avantages principaux de ce type de contrat tient au préfinancement de l'opération par le partenaire privé. En effet, contrairement aux autres contrats de la commande publique, le marché de partenariat permet au pouvoir adjudicateur de rémunérer son cocontractant de manière différée, sous la forme de « loyer », à compter de la mise à disposition des ouvrages construits. Cette possibilité de « lisser » la rémunération pendant la phase d'exploitation permet ainsi aux personnes publiques d'étaler dans le temps le coût de leurs investissements.

Assouplir les conditions d'accès

Le recours à ce type de marché est néanmoins assorti de conditions très contraignantes pour l'acheteur public. Celui-ci doit notamment démontrer que le recours à ce type de contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet et cette condition est appréciée très strictement par le juge administratif. En outre, le recours au marché de partenariat n'est autorisé que si la valeur estimée du marché dépasse un seuil fixé en fonction de

⁸ Article L.1112-1 du CCP

l'objet principal du marché⁹.

Sur le modèle de la loi du 30 mars 2023 autorisant à titre expérimental le tiers financement pour les contrats de performance énergétique, il pourrait être opportun de donner de la souplesse à ce dispositif en levant – temporairement ou non – ces contraintes afin de favoriser son utilisation par un plus grand nombre d'acteurs.

5. Créer des sociétés d'économie mixte de promotion immobilière

Les personnes publiques ne peuvent prendre des participations dans des sociétés commerciales avec des opérateurs privés que lorsqu'un texte spécifique les y autorise, et lorsque c'est le cas les conditions de prise de participation sont généralement très encadrées. Ainsi par exemple, si le CCH autorise les OHLM à acquérir des logements auprès d'une société constituée avec un promoteur, c'est notamment à la condition que ce dernier ait préalablement développé, seul, le programme de l'opération.

Une évolution du droit souhaitable.

Sur le modèle et dans le prolongement des sociétés d'économie mixte à opération unique (« SEMOP ») que les collectivités territoriales peuvent constituer avec des opérateurs économiques pour exécuter des contrats de la commande publique, le législateur pourrait créer des sociétés d'économie mixte de promotion immobilière (« SEMPI ») dont l'objet porterait sur le développement d'opérations immobilières, notamment de logements. L'actionnariat de ces SEMPI serait constitué d'une ou

plusieurs personnes publiques et d'un ou plusieurs opérateurs privés sélectionnés après mise en concurrence. Compte tenu de la diversité des contrats nécessaires au développement d'un projet immobilier, cette SEMPI pourrait être titulaire de plusieurs contrats au bénéfice de ses actionnaires¹⁰ comme de tiers.

Une sécurisation au regard du droit de la commande publique.

Des critères précis permettraient de déterminer en amont si, compte-tenu de l'influence exercée par la (les) personne(s) publique(s) actionnaire(s) la SEMPI doit être ou non qualifiée de pouvoir adjudicateur soumise aux règles de la commande publique. Cette évolution permettrait de sécuriser les partenariats institutionnels entre personnes publiques et promoteurs, en traitant les sujets de mise en concurrence en amont, lors de la sélection du partenaire associé, et non plus en aval, lors de l'acquisition de tout ou partie du programme immobilier.

On l'aura compris, les pistes d'évolution ainsi proposées résultent de l'observation de la pratique et des questions juridiques que soulèvent fréquemment les montages par lesquels acteurs et privés décident de développer ensemble des opérations immobilières. Pour approfondir et le cas échéant concrétiser ces pistes d'évolution, reste maintenant à poursuivre et structurer une réflexion commune associant juristes spécialisés et représentants de ces acteurs publics et privés et des pouvoirs publics.

Points clefs

1. Sécuriser la mise en œuvre des VEFA d'opportunité.
2. Actualiser les dispositions légales en matière d'acquisition de logements sociaux.
3. Simplifier le recours aux marchés de travaux négociés sans mise en concurrence.
4. Favoriser le développement des marchés de partenariat.
5. Créer des sociétés d'économie mixte de promotion

⁹ 2 millions d'euros HT pour les équipements autres que des ouvrages, 5 millions HT pour certains ouvrages de bâtiment ou 10 millions HT dans les autres cas.

¹⁰ Les SEMOP actuelles ne peuvent être titulaire que d'un seul contrat de la commande publique.

Business & Partners - Une publication Les Echos Publishing / Lacourte Raquin Tatar - Janvier 2024

LesEchos

PUBLISHING

LACOURTE RAQUIN TATAR