FICHE 7

Contrats dédiés aux opérations de construction

(Version 2022/2023)

Sommaire

1. Notion et usage économique des contrats dédiés aux opérations de construction

2. Le droit commun : les marchés publics

2.1. Marchés publics de travaux

2.2. Marchés publics de maîtrise d’œuvre

2.2.1. *Objet* des *marchés publics de maîtrise d’œuvre*

2.2.2. *Règles de passation des marchés publics de maîtrise d’œuvre*

2.3. Marchés publics de conception-réalisation

2.3.1. *Recours* aux *marchés publics de conception-réalisation*

2.3.2. *Règles de* passation *des marchés publics de conception-réalisation*

2.4. Les marchés publics globaux de performance

2.4.1. *Recours aux marchés publics globaux de performance*

2.4.2. *Règles de passation des marchés publics globaux de performance*

2.5. Les marchés publics globaux sectoriels

2.5.1. *Recours aux marchés publics globaux sectoriels*

2.5.2. *Règles* de *passation des marchés publics globaux sectoriels*

2.6. Les marchés de partenariat

2.6.1. Recours aux marchés de partenariat

2.6.2. Règles *de passation des marchés de partenariat*

3. Concessions de travaux

4. Concessions d’aménagement

4.1. Recours aux concessions d’aménagement

4.2. Règles de passation des concessions d’aménagement

5. Crédit-bail

5.1. Notion de crédit-bail

5.2. Le recours au crédit-bail

5.3. Règles de passation des contrats de crédit-bail

6. Vente en l’état futur d’achèvement (VEFA)

6.1. Notion de VEFA

6.2. Recours à la VEFA

6.3. Règles de passation des contrats de VEFA

1. Notion et usage économique des contrats dédiés aux opérations de construction

Trois raisons peuvent justifier la réalisation d'une opération de construction par une personne publique :

- la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage répondant à un besoin exprimé par la personne publique ;
- la possibilité pour la personne publique de saisir une opportunité immobilière ;
- la volonté de soutenir le marché de la construction en y favorisant les investissements publics et privés.

Outre la procédure de droit commun des marchés publics de travaux (v. fiche *« Marchés publics »*), il existe une **grande variété de dispositifs contractuels** dédiés aux opérations de construction.

Ces montages contractuels présentent notamment l'intérêt de permettre des **solutions innovantes de financement** des opérations de construction.

La présente fiche expose les **principaux dispositifs** envisageables.

2. Le droit commun : les marchés publics

Les marchés publics sont définis, en droit interne, à l'article L. 1111-1 du code de la commande publique et, en droit de l'Union, par les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil (v. fiche *« Marchés publics »*). Le règlement d'exécution (UE) n° 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 a établi un « document unique de marché européen », formulaire par lequel les entreprises candidatent à un marché public.

2.1. Marchés publics de travaux

Selon la définition qu'en donne l'article L. 1111-2 du code de la commande publique, les **marchés publics de travaux** constituent des marchés publics ayant pour objet « *1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure [à l'annexe n° 1 à ce] code ; 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 s'entendant comme « *le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique* ».

Dans la généralité des cas, une personne publique passe un marché public de travaux dans le but de faire exécuter des travaux sur un ouvrage dont elle est propriétaire ou dans celui de réaliser un ouvrage dont elle deviendra propriétaire. La définition très large du marché public de travaux n'implique toutefois pas nécessairement cette propriété. Peuvent ainsi entrer dans le champ de cette définition des contrats passés par des personnes publiques pour l'exécution de travaux ou la réalisation d'ouvrages qui bénéficieront à des tiers.

2.2. Marchés publics de maîtrise d'œuvre

2.2.1. Objet des marchés publics de maîtrise d'œuvre

Aux termes de l'article R. 2172-1 du code de la commande publique, les **marchés publics de maîtrise d'œuvre** sont des marchés publics ayant pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission de maîtrise d'œuvre définie à

l'article L. 2431-1 du même code. Le contenu de la mission de maîtrise d'œuvre est précisé par les articles L. 2431-2, L. 2431-3 et R. 2431-1 à R. 2431-36 de ce code .

2.2.2. Règles de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre

Les **marchés publics de maîtrise d'œuvre d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées** (v. fiche « *Marchés publics* », point **1**) peuvent être passés selon une **procédure adaptée** (articles L. 2123-1, R. 2123-1 et R. 2123-4 à R. 2123-6 du code de la commande publique et, pour la définition de ces seuils, annexe n° 2 à ce code).

Les règles de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre dont le montant est **supérieur à ces seuils** dépendent de l'acheteur concerné. En application de l'article L. 2172-1 du code de la commande publique, les acheteurs investis d'une mission de maîtrise d'ouvrage publique (v. art. L. 2410-1 et suivants du code de la commande publique) doivent en principe recourir à l'organisation de concours d'architecture. Conformément à l'article R. 2172-2 du code de la commande publique, le marché public de maîtrise d'œuvre est alors passé dans le cadre d'une procédure comprenant deux temps : organisation d'un **concours restreint** (défini aux articles R. 2162-15 et suivants du code de la commande publique), puis passation d'un **marché négocié** (art. R. 2122-6 du même code) avec le ou les lauréats du concours. Conformément à l'article R. 2172-3 du code de la commande publique, les autres acheteurs **choisissent librement la procédure** de passation de leur marché public de maîtrise d'œuvre parmi les procédures formalisées (articles R. 2124-1 et suivants du code de la commande publique) ou recourent à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable si sont remplies les conditions auxquelles est subordonnée la possibilité d'y recourir (articles R. 2122-1 et suivants du même code).

2.3. Marchés publics de conception-réalisation

2.3.1. Recours aux marchés publics de conception-réalisation

Les **marchés publics de conception-réalisation** permettent à l'acheteur de « *confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux* » (art. L. 2171-2, 1er alinéa du code de la commande publique). Cette formule contractuelle permet à l'acheteur de confier une prestation globale et lui évite de segmenter les projets techniquement complexes. Ces marchés publics excluent cependant l'exploitation de l'ouvrage par le titulaire du contrat.

Les marchés publics de conception-réalisation sont des marchés publics de travaux car ils ont pour objet principal la réalisation d'un ouvrage et sont expressément qualifiés comme tels par l'article L. 2171-2 précité.

Pour les acheteurs investis d'une mission de maîtrise d'ouvrage publique, ces marchés publics constituent une exception au principe de dissociation des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur de travaux consacré par le second alinéa de l'article L. 2431-1 du code de la commande publique, selon lequel « *la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle confiée aux opérateurs économiques chargés des travaux* ». Pour cette raison, le recours aux marchés publics de conception-réalisation par de tels acheteurs est strictement encadré : ils ne peuvent y recourir « *que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* » et ils ne peuvent l'attribuer qu'à un groupement d'opérateurs économiques, sauf si le marché public porte sur des ouvrages d'infrastructures (art. L. 2171-2, 2e alinéa du code de la commande publique). Ces conditions ne sont toutefois pas applicables à certains marchés

publics de conception-réalisation relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat (art. L. 2171-2, 3e alinéa).

2.3.2. Règles de passation des marchés publics de conception-réalisation

Conformément à l'article R. 2171-15 du code de la commande publique, les **marchés publics de conception-réalisation** d'un montant égal ou supérieur aux seuils mentionnés à l'article L. 2124-1 du code de la commande publique et passés par des acheteurs investis d'une mission de maîtrise d'ouvrage publique sont conclus selon une des **procédures formalisées** définies aux articles R. 2124-2 à R. 2124-6 du code de la commande publique avec toutefois **l'intervention d'un jury** dans certaines hypothèses (art. R. 2171-16 du code de la commande publique). En-deçà de ces seuils, ces acheteurs peuvent recourir à une **procédure adaptée**.

2.4. Les marchés publics globaux de performance

2.4.1. Recours aux marchés publics globaux de performance

Ces marchés publics « *associe[nt] l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance (…) définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique* » (art. L. 2171-3 du code de la commande publique). Ces marchés publics peuvent avoir pour objet une prestation consistant dans la réalisation d'une opération de construction, à laquelle la personne publique souhaite associer des prestations d'exploitation ou de maintenance.

Les **marchés publics globaux de performance** succèdent ainsi aux CREM (marchés de conception, réalisation, exploitation ou maintenance) et aux REM (marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance) prévus par l'ancien article 73 du code des marchés publics.

Ces marchés publics, parce qu'ils impliquent un fort degré d'intégration des prestations, dérogent aux dispositions de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique qui posent le principe de l'allotissement. En revanche, l'**interdiction de paiement différé**, et donc l'impossibilité d'un financement privé des travaux ou ouvrages, subsiste (art. L. 2191-5 du code de la commande publique). Cette caractéristique distingue fondamentalement ces marchés des marchés de partenariat (v. *infra*, point **2.6.**). Les marchés publics globaux de performance ne dérogent pas davantage à la **règle de la séparation de la rémunération** des prestations de construction de celle des prestations d'exploitation ou de maintenance (art. L. 2191-6 et art. R. 2171-2 du code de la commande publique).

Les acheteurs peuvent recourir aux marchés publics globaux de performance tant pour les projets portant sur des bâtiments que pour ceux portant sur des infrastructures telles que l'éclairage public ou la construction-réhabilitation et l'exploitation de canalisations et de réseaux publics, dès lors que les conditions prévues à l'article L. 2171-3 du code de la commande publique sont remplies.

Dans tous les cas, le marché public global de performance doit comporter des **engagements de performance mesurables**.

2.4.2. Règles de passation des marchés publics globaux de performance

Les marchés publics globaux de performance sont soumis à des **règles de passation spécifiques**.

En particulier, ceux d'un montant égal ou supérieur aux seuils mentionnés à l'article L. 2124-1 du code de la commande publique et passés par des acheteurs investis d'une mission de maîtrise d'ouvrage publique

sont conclus selon la même procédure que celle applicable en pareille hypothèse aux marchés publics de conception-réalisation (art. R. 2171-15 du code de la commande publique), c'est-à-dire selon une procédure formalisée faisant en principe intervenir un jury (v. *supra* point **2.3.2.**).

2.5. Les marchés publics globaux sectoriels

2.5.1. Recours aux marchés publics globaux sectoriels

Ces contrats, prévus aux articles L. 2171-4 à L. 2171-6 du code de la commande publique, permettent à certains acheteurs (principalement l'État, les établissements publics de santé, les organismes de sécurité sociale, les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale de droit public) de confier à un même prestataire une mission globale, qui va de la conception à la construction, l'aménagement, l'entretien ou la maintenance d'ouvrages. Ils ne permettent pas de recourir au paiement différé (art. L. 2191-5 et L. 2191-6 du code de la commande publique), ce qui les distingue des marchés de partenariat.

Ces contrats dérogeant, par leur caractère global, au principe de l'allotissement, **leur champ d'application est défini limitativement**. Ils concernent principalement les domaines suivants : les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense, à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ou affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles (art. L. 2171-4, 1° du code de la commande publique) ; les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur (art. L. 2171-4, 2°) ; les établissements pénitentiaires (art. L. 2171-4, 3°) ; les centres de rétention et les zones d'attente (art. L. 2171-4, 4°) ; les infrastructures linéaires de transport de l'Etat, hors bâtiments (art. L. 2171-4, 5°) ; les bâtiments ou équipements affectés à l'exercice des missions des établissements publics de santé, des organismes de sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique (art. L. 2171-5) ; la construction et l'aménagement des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage est confiée à la Société du Grand Paris, ainsi que les opérations de construction et de valorisation immobilière non directement liées à ces infrastructures qui relèvent de sa compétence (art. L. 2171-6).

2.5.2. Règles de passation des marchés publics globaux sectoriels

Ces contrats, qui sont expressément qualifiés de marchés publics par le code de la commande publique, sont assujettis, **pour leur passation**, aux **règles de droit commun** prévues par ce code.

2.6. Les marchés de partenariat

2.6.1. Recours aux marchés de partenariat

Les **marchés de partenariat** sont une **catégorie particulière de marchés publics**, dont l'objet est de confier une mission globale au cocontractant de la personne publique. Ils sont régis par des dispositions spécifiques prévues par le livre II de la deuxième partie du code de la commande publique. Ils prennent le relais des contrats de partenariats, initialement introduits dans l'ordre juridique par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

→ Pour une présentation générale de ces contrats, voir la fiche *« Marchés publics »*.

En matière immobilière, ces contrats permettent, tout à la fois, de réaliser une opération de construction, transformation, rénovation, démantèlement ou destruction d'un ouvrage nécessaire au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et de financer cette opération. Le titulaire du contrat assure alors la maîtrise d'ouvrage de l'opération. La mission qui lui est confiée peut aussi s'étendre à tout ou partie de la conception de l'ouvrage, à son aménagement, son entretien, sa maintenance, sa gestion ou son exploitation, voire à la gestion d'une mission de service public ou à la fourniture de prestations concourant à l'exercice de cette mission (v. définition du marché de partenariat, art. L. 1112-1 du code de la commande publique). La rémunération du titulaire est étalée sur toute la durée du contrat et elle est liée à des objectifs de performance qui lui sont assignés (art. L. 2213-8 du code de la commande publique). Le titulaire du marché de partenariat peut être autorisé à acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération par voie d'expropriation (art. L. 2231-1 du code de la commande publique). Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public ou privé de l'acheteur, le titulaire peut aussi être autorisé à le mettre en valeur, notamment en consentant des autorisations d'occupation du domaine public ou en concluant des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé (art. L. 2233-1 du code de la commande publique).

Le recours à ce type de contrat global est toutefois très encadré (v. en particulier art. L. 2211-1 et suivants, art. L. 2211-5, L. 2211-6 et L. 2212-1 à L. 2212-4 du code de la commande publique). La décision de conclure un marché de partenariat est ainsi subordonnée, d'une part, à une évaluation préalable ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet, d'autre part, à une étude de soutenabilité budgétaire.

La procédure de passation ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes envisageables de réalisation du projet. Enfin, la conclusion d'un marché de partenariat n'est possible que lorsque la valeur du marché excède des seuils fixés par décret (v. art. R. 2211-1 du code de la commande publique, lequel prévoit des seuils s'échelonnant de 2 millions à 10 millions d'euros selon l'objet du marché).

2.6.2. Règles de passation des marchés de partenariat

Mises à part les règles encadrant le recours aux marchés de partenariat rappelées ci-dessus, ces contrats ne font pas l'objet de règles de passation particulières. Il s'agit de marchés publics soumis aux **règles de passation de droit commun** prévues par le code de la commande publique (v. art. L. 2200-1 et R. 2200-1 du code de la commande publique).

> ***→ A noter***
>
> Pour plus de détails sur le recours aux marchés globaux, il convient de se référer à la fiche technique que leur consacre la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (ci-après DAJ), disponible en ligne à l'adresse suivante : https://www.economie.gouv.fr/daj/marches-globaux-2019.

3. Concessions de travaux

Les contrats de concession sont définis, en droit interne, par l'article L. 1121-1 du code de la commande publique et, en droit de l'Union, par la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil. Pour une présentation générale des contrats de concession, voir la fiche « *Contrats de*

concession » (en particulier les points **1.1.** consacré à la notion de concession et **1.2.** pour les procédures de passation).

Les **contrats de concession de travaux** constituent des contrats de concession ayant pour objet « *1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure [à l'annexe n° 1 à ce] code ; 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'autorité concédante* » (art. L. 1121-2 du code de la commande publique).

Si le contrat de concession de travaux est très proche, par son objet, du marché public de travaux, il s'en distingue par des **traits communs à tous les contrats de concession** : le transfert au cocontractant d'un risque d'exploitation (s'agissant d'un contrat de concession de travaux, le risque lié à l'exploitation d'un ouvrage) et l'existence d'une contrepartie consistant dans l'octroi au cocontractant soit d'un droit d'exploitation (s'agissant d'un contrat de concession de travaux, le droit d'exploiter l'ouvrage qui fait l'objet du contrat), soit d'un tel droit assorti d'un prix.

4. Concessions d'aménagement

4.1. Recours aux concessions d'aménagement

La concession d'aménagement est le contrat administratif par lequel une personne publique confie à un aménageur, sous la maîtrise d'ouvrage de celui-ci, la réalisation d'opérations d'aménagement, c'est-à-dire d'opérations ayant pour objet *« de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser la mutation, le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels* » (art. L. 300-1 du code de l'urbanisme).

Le concessionnaire assure « *la maîtrise d'ouvrage des travaux, bâtiments et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution* » (art. L. 300-4 de ce code). La concession d'aménagement peut prévoir que le concessionnaire se procure les biens nécessaires à l'opération par voie d'expropriation ou puisse les acquérir par préemption (art. L. 300-4 précité). La rémunération du concessionnaire est assurée grâce au recours à la *« vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession* » (même article). Il est également possible pour l'autorité concédante de participer au financement de l'opération par des apports en terrain ou des apports financiers (art. L. 300-5). Dans ce cas, le concédant exerce sur le concessionnaire et sur le déroulement des opérations un pouvoir de contrôle permanent (même article).

Ce régime permet à la collectivité concédante de se décharger de la maîtrise d'ouvrage, d'assurer la cohérence des opérations de construction entre elles et d'effectuer des économies d'échelle. La concession d'aménagement est le mode de réalisation privilégié d'une zone d'aménagement concertée (art. L. 311-1 et suivants du code de l'urbanisme) [v. fiche *« Urbanisme économique* »].

4.2. Règles de passation des concessions d'aménagement

Le législateur a prévu que toute concession d'aménagement doit faire l'objet d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (art. L. 300-4, 2e alinéa).

Les modalités de cette procédure sont précisées dans la partie réglementaire du code de l'urbanisme (art. R. 300-4 à R. 300-11-9).

Les concessions d'aménagement dans lesquelles **le concessionnaire assume un risque économique** lié à l'opération d'aménagement constituent, au regard du droit de l'Union européenne et du droit interne, des contrats de concession. En conséquence, ce sont les dispositions de la troisième partie du code de la commande publique, relatives aux contrats de concession, qui s'appliquent (art. R. 300-4 du code de l'urbanisme). S'y ajoutent des règles particulières : notamment, publication systématique d'un avis d'appel à la concurrence conforme à un modèle arrêté par les autorités de l'Union (art. R. 300-5) ; transmission à chaque candidat d'un document décrivant les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement, le programme global prévisionnel des équipements et constructions projetés et les conditions de mise en œuvre de l'opération (art. R. 300-7).

Les concessions d'aménagement dans lesquelles **le concessionnaire n'assume pas un risque économique** lié à l'opération d'aménagement s'analysent comme des marchés publics. Les règles applicables dépendent alors du franchissement du seuil des procédures formalisées applicables aux marchés publics de travaux (v., pour le rappel de ce seuil, la fiche « *Marchés publics* », point **1**) :

- lorsque le montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat est égal ou supérieur à ce seuil, ce sont les dispositions de la deuxième partie du code de la commande publique, relatives aux marchés publics, ainsi que, s'agissant des collectivités territoriales, celles des articles L. 1414-1 à L. 1414-4 du CGCT, qui s'appliquent, sous réserve d'un certain nombre d'adaptations (art. R. 300-11-2 du code de l'urbanisme) ;
- lorsque le montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat est inférieur à ce seuil, la concession doit faire l'objet d'une publicité et d'une procédure adaptée (art. R. 300-11-3).

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) (ou, le cas échéant, des sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national (SPLA-IN) avec l'Etat ou un de ses établissements publics) dont ils détiennent la totalité du capital (art. L. 327-1 et art. L. 327-3 du code de l'urbanisme) habilitées à réaliser toute opération d'aménagement au sens du code de l'urbanisme (art. L. 300-1) exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur leur territoire.

En principe, les SPLA se trouvent en quasi-régie avec les collectivités territoriales qui les créent. Ces dernières ne sont donc pas tenues d'appliquer les règles de passation relatives, selon le cas, aux contrats de concession ou aux marchés publics lorsqu'elles ont recours à ces SPLA.

S'agissant des contrats passés par les SPL/SPLA pour leurs achats, il convient de vérifier dans chaque cas de figure si la société concernée doit être regardée comme un acheteur au sens des dispositions des articles L. 1210-1 et L. 1211-1 du code de la commande publique.

→ *Pour approfondir*

V. sur le site internet de la DAJ de Bercy, les fiches techniques sur **les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public**, et sur **les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices**.

V. également la fiche *« Sociétés locales à statut spécifique »* du présent guide.

5. Crédit-bail

5.1. Notion de crédit-bail

Né aux États-Unis sous le nom de *leasing*, le crédit-bail a été introduit en France par l'article 1er de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 (aujourd'hui, article L. 313-7 du code monétaire et financier). Le crédit-bail constitue une technique contractuelle de financement par laquelle le crédit-preneur, ne disposant pas de la capacité financière pour acheter immédiatement un bien dont il désire avoir la disposition, fait acheter ce bien par le crédit-bailleur. Celui-ci lui donne ensuite le bien en location durant une période correspondant généralement à sa durée d'amortissement. Le crédit-bailleur conserve une garantie sur le bien puisqu'il en demeure propriétaire jusqu'à la fin du bail, à l'issue duquel le crédit-preneur peut acheter le bien à sa valeur résiduelle, le restituer au crédit-bailleur ou éventuellement poursuivre sa location.

Les personnes publiques peuvent se retrouver en situation de **crédit-preneur** et, plus rarement, en position de crédit-bailleur (seront uniquement développées les modalités de la première hypothèse).

Le crédit-bail constitue un dispositif contractuel complexe dans la mesure où il met en œuvre, généralement, trois acteurs et quatre actes contractuels différents.

Les trois acteurs sont le vendeur du bien, le crédit-bailleur et le crédit-preneur.

Les quatre actes contractuels sont : le mandat généralement donné par le crédit-bailleur au crédit-preneur en vue de l'achat par le premier du bien destiné à être donné en location au second ; l'achat du bien par le crédit-bailleur au vendeur ; la location au crédit-preneur du bien acheté par le crédit-bailleur ; la promesse de vente du bien à la fin du bail faite par le bailleur au preneur, à sa valeur résiduelle (prenant en compte le montant des loyers versés).

Les collectivités locales peuvent envisager, au titre des aides à l'immobilier d'entreprise visées par l'article L. 1511-3 du CGCT, de financer et construire, dans le cadre d'un crédit-bail, un immeuble adapté aux besoins d'une entreprise. Cet immeuble sera loué sur une longue période (quinze ans en moyenne), et le crédit-preneur bénéficiera d'une option d'achat pour l'immeuble et le terrain. Les loyers pourront correspondre aux échéances des emprunts contractés par la collectivité locale pour financer l'immeuble.

5.2. Le recours au crédit-bail

Le crédit-bail présente de multiples intérêts :

- pour le **crédit-preneur public**, cette technique de financement ne nécessite qu'un apport de fonds limité, l'investissement réalisé étant échelonné par des loyers payés par la personne publique au crédit-bailleur ;
- pour le **crédit-bailleur privé**, cette technique offre des garanties importantes, dans la mesure où il reste propriétaire du bien jusqu'au terme du bail et se trouve donc prémuni contre la défaillance du preneur.

Le recours des personnes publiques au crédit-bail, qui faisait initialement l'objet de restrictions, est aujourd'hui largement admis, qu'il porte sur des biens mobiliers ou immobiliers.

Les personnes publiques qui recourent au contrat de crédit-bail pour répondre à leurs besoins en matière immobilière doivent cependant avoir conscience qu'elles ne peuvent, en principe, être regardées comme ayant la qualité de maître de l'ouvrage des immeubles mis à leur disposition par le biais d'un tel contrat. Il a été jugé, en effet, que lorsqu'une personne privée construit, pour le compte d'une personne publique, un ouvrage dont elle conserve la propriété pour une longue durée après la réception de celui-ci, alors la personne publique ne joue pas le rôle de maître d'ouvrage (v. dans le cas d'une location-vente avec option d'achat, CE, 12 octobre 1988, *Ministère des Affaires sociales c/ Société Sergic,* n° 82053, ou dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif prévoyant la construction, par son titulaire, d'un bien destiné à être loué à la personne publique contractante, à laquelle il devait revenir en fin de bail, CE sect., 25 février 1994, *SA Sofap-Marignan Immobilier,* n°s 144641 et 145406).

5.3. Règles de passation des contrats de crédit-bail

Les marchés de services qui ont pour objet un achat ou une location immobilière n'entrent pas, quelles qu'en soient les modalités financières, dans le champ d'application des règles de passation qui s'imposent dans le droit commun des marchés publics. Ils relèvent en effet de **l'exclusion définie au 1° de l'article L. 2512-5 du code de la commande publique**. De tels marchés de services sont seulement soumis aux règles dérogatoires du titre II du livre V de la deuxième partie du code de la commande publique, qui ne comportent aucune disposition relative à la procédure de passation. Il en est ainsi des contrats de crédit-bail lorsqu'ils portent sur l'acquisition ou la location de biens immobiliers.

Cependant, un contrat de crédit-bail conclu par une personne publique afin de financer la **construction** d'un ouvrage nécessaire au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général pourrait entrer dans la définition du marché de partenariat (v. *supra* point **2.6.**), auquel cas, les règles relatives à ce type de contrat trouveraient à s'appliquer.

6. Vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)

6.1. Notion de VEFA

La vente en l'état futur d'achèvement (ci-après VEFA) a été créée par la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967, désormais codifiée au code de la construction et de l'habitation (art. L. 261-1 à L. 261-22 et R. 261-1 à R. 261-33) et pour partie au code civil (art. 1601-1 à 1601-4).

En vertu de l'article 1601-3 du code civil, la VEFA est un contrat dédié à une opération de construction, par lequel le vendeur transfère immédiatement ses droits sur le sol à l'acquéreur, ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à construire deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution, l'acquéreur étant tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. La maîtrise d'ouvrage des opérations est à la charge du vendeur, jusqu'à la réception des travaux. La VEFA appartient, avec la vente à terme, à la catégorie des ventes d'immeubles à construire.

Lorsqu'il est passé par une personne publique, le contrat de VEFA relève en principe, comme le contrat de crédit-bail, de **l'exclusion prévue au 1° de l'article L. 2512-5 du code de la commande publique**. Il en résulte qu'il n'est soumis, normalement, qu'aux règles dérogatoires du titre II du livre V de la deuxième partie du code de la commande publique. A cet égard, il n'est pas, en principe, un contrat administratif

par détermination de son article L. 6. Au regard des critères jurisprudentiels du contrat administratif, le contrat de VEFA constitue **normalement un contrat de droit privé**. Une requalification en marché public de travaux peut toutefois être effectuée dans certaines hypothèses (cf. *infra*).

6.2. Recours à la VEFA

En vertu du principe de liberté contractuelle, érigé au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (CC, décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Financement de la sécurité sociale pour 2011*, cons. 37), et qui s'applique aux collectivités publiques (CC, décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Réforme de l'hôpital*, cons. 9), celles-ci sont, en principe, libres de recourir au contrat de VEFA pour acquérir des biens immobiliers destinés à être affectés aux missions de service public dont elles ont la charge.

Aucune disposition législative n'interdit par ailleurs aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de VEFA. Toutefois, le recours à la VEFA ne doit pas aboutir à un détournement du droit de la commande publique (CE, sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Synd. de l'architecture de la Haute Garonne*, n° 57679 – v. *infra* point **6.3.**).

Le principal intérêt du recours à la VEFA réside dans la souplesse qu'elle procure. Le vendeur bénéficie d'une rémunération à mesure de l'avancement des travaux et non à l'achèvement de la construction. L'acquéreur se décharge de la maîtrise d'ouvrage des travaux au profit du vendeur. De plus, la VEFA permet d'étaler le paiement des travaux. En choisissant un tel procédé, la personne publique s'affranchit des règles traditionnelles régissant la construction d'un « immeuble public ». De plus, si la personne publique ne dispose pas des terrains nécessaires à la construction du bâtiment envisagé, la VEFA permet de s'affranchir du recours à une procédure d'expropriation, et ainsi, d'augmenter la célérité de l'opération. En pratique toutefois, le recours à la VEFA par les collectivités publiques s'avère rare. Le plus souvent, c'est une société d'économie mixte locale qui a recours à la VEFA et qui s'interpose entre la collectivité et le vendeur.

Un régime spécifique de VEFA existe en matière de logement social (art. L. 432-2 du code de la construction et de l'habitation).

6.3. Règles de passation des contrats de VEFA

Comme dit ci-dessus, le contrat de VEFA n'est en principe soumis, lorsqu'il est conclu par une personne publique, qu'aux règles prévues par le titre II du livre V de la deuxième partie du code de la commande publique, qui ne comportent pas d'obligations de publicité et de mise en concurrence. Le recours à la VEFA ne saurait toutefois servir à contourner les règles de droit commun applicables en matière de marchés publics de travaux. Ainsi, les collectivités publiques « *ne sauraient recourir à de tels contrats lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et lorsqu'il a été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique* » (CE, sect., *Région Midi-Pyrénées c/ Synd. de l'architecture de la Haute Garonne*, préc. ; CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses,* n° 280370). Un contrat de VEFA qui aurait en réalité un tel objet devrait être **requalifié en marché public de travaux**, auquel cas sa passation devrait respecter les règles applicables aux marchés publics de travaux prévues par le code de la commande publique. Il en irait de même de tout autre contrat de VEFA qui remplirait la définition du marché public de travaux donnée à l'article L. 1111-2 de ce code.

Le critère déterminant du marché public de travaux est que l'ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par l'acheteur, les moyens utilisés en vue de cette réalisation étant indifférents (CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-536/07). L'ouvrage est considéré être réalisé conformément aux besoins de l'acheteur lorsque ce dernier a pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou encore a exercé une influence déterminante sur la conception de celui-ci (pour un exemple de requalification en marché public de travaux d'un ensemble contractuel comprenant un contrat de VEFA, voir CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05). Ainsi, si la réalisation de l'ouvrage projeté répond à des spécifications définies de manière suffisamment détaillée par l'acheteur, ce montage sera qualifié de marché de travaux au sens du code de la commande publique.