

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

Le 31 août 2017, le centre hospitalier Alpes-Isère (CHAI), qui souhaitait regrouper ses activités ambulatoires de psychiatrie infanto-juvénile ainsi que le centre d'accueil thérapeutique à temps partiel et les hôpitaux de jours consacrés à l'accueil d'enfants de moins de 12 ans, a conclu un bail en l'état futur d'achèvement avec la SCI Victor Hugo 21, propriétaire de deux bâtiments et de leur terrain d'assiette, situés à Seyssinet-Pariset (Isère). Ce contrat prévoyait la location à l'hôpital, pour une durée de quinze ans, avec une option d'achat, de ces deux bâtiments, dont l'un devait faire l'objet de travaux, ainsi que la location d'un nouveau bâtiment à construire sur le même terrain.

Mais, peu après l'achèvement des travaux d'aménagement et de construction, en décembre 2018, l'hôpital, craignant que les conditions de conclusion du contrat soient susceptibles de mettre en cause sa responsabilité pénale, a refusé de prendre possession des immeubles, suspendu le paiement des loyers et formé devant le TA de Grenoble un recours en contestation de la validité du contrat sur le fondement de votre jurisprudence dite *Béziers I* (CE, Assemblée, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, p. 509). La SCI Victor Hugo 21 a répliqué à ce recours en saisissant le juge des référés du TA de Grenoble d'une demande de condamnation du centre hospitalier à lui verser à titre de provision les loyers échus. Mais ce litige en référé-provision s'est finalement soldé devant vous par un non-lieu (n° 447205), le TA ayant, par un jugement du 31 mai 2021, rejeté le recours en contestation de la validité du contrat de l'hôpital et, faisant droit à une partie des conclusions reconventionnelles de la SCI, condamné le centre hospitalier à verser les loyers réclamés. Mais, sur appel du centre hospitalier, la CAA de Marseille, par un arrêt du 27 février 2023, a annulé le jugement pour défaut de réponse à un moyen. Statuant par la voie de l'évocation,

elle a ensuite qualifié le contrat de marché public et, estimant que les loyers et « surloyers » qu'il prévoyait constituaient une clause illicite de paiement différé, elle l'a annulé. Enfin, la cour a rejeté toutes les conclusions reconventionnelles qu'avait présentées la SCI, aussi bien sa demande de paiement des loyers échus que ses conclusions indemnitaires. C'est contre cet arrêt que la SCI Victor Hugo 21 s'est pourvu en cassation.

Son premier moyen ne vous retiendra guère. Il ressort des écritures du centre hospitalier devant le TA que celui-ci avait soulevé un moyen tiré du caractère illicite de l'option d'achat prévue par le contrat. Et nous ne voyons pas de raison de douter de l'opérance de ce moyen, que le pourvoi ne conteste d'ailleurs pas. Or le tribunal n'a pas analysé ce moyen dans les visas de son jugement et n'y a pas non plus répondu dans ses motifs. Nous ne sommes en effet pas convaincus par l'argumentation du pourvoi selon laquelle le point 7 du jugement devrait être lu comme répondant à ce moyen : aux points 5 à 7 de son jugement, c'est au moyen relatif à l'illicéité de la clause de paiement différé que le TA a répondu, et non pas au moyen relatif à l'illicéité de la clause d'option d'achat, qui constituait un moyen différent. Par suite, en estimant que le jugement était irrégulier pour avoir omis de répondre à un moyen, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce. Tel est en effet la nature du contrôle que vous exercez, comme juge de cassation, sur l'appréciation par le juge d'appel du caractère suffisant de la motivation du jugement qui lui est déféré (CE, 13 mars 1996, *G...*, n° 145214, p. 76).

Le deuxième moyen du pourvoi est plus intéressant et va vous conduire à examiner la possibilité de requalifier en marché public un contrat de bail en l'état futur d'achèvement - un BEFA selon l'acronyme consacré.

A ce propos, vous savez que les contrats immobiliers - ventes ou locations d'immeubles - ne sont pas, en principe, des marchés publics et ne sont pas soumis aux règles de transparence et de mise en concurrence, ainsi qu'en disposent l'article 10 de la directive 2014/24/UE, l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, applicable au présent litige, ou, désormais, l'article L. 2512-5 du code de la commande publique, l'absence de mise en concurrence étant justifiée par le caractère unique et non substituable de l'immeuble¹ : lorsqu'une personne publique choisit d'acquérir un immeuble, son choix porte sur un immeuble donné en un lieu donné et son besoin ne saurait être satisfait par un autre bien.

Ce principe peut toutefois connaître une exception lorsqu'un contrat immobilier s'accompagne de la réalisation de travaux répondant aux besoins de la personne publique. Dans ce cas, le contrat est qualifié de marché public de travaux si les travaux ne sont pas dissociables de la

¹ Nous renvoyons, pour plus de détails sur cette question, à l'étude des professeurs Fatôme et Richer, *Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second*, AJDA 2015, p. 1577

cession des droits immobiliers et qu'ils peuvent être regardés comme l'objet principal du contrat (CJUE, 29 octobre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-536/07 ; CJUE, 22 avril 2021, *Commission c/ République d'Autriche*, aff. C-537-19). Votre propre jurisprudence ne dit pas autre chose : « *si 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 (...) elles ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat (...) lorsque 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* » (nous citons là vos décisions CE, Section, 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, n° 57679, p. 41 et CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses*, n° 280370, T. pp. 620-890)

En revanche, vous ne pourrez guère vous appuyer sur la jurisprudence nationale, qui offre fort peu de précédents, pour ce qui est de déterminer si un contrat immobilier a pour objet des travaux répondant aux besoins précisés par la personne publique et doit ainsi être requalifié en marché public. Mais la jurisprudence de la CJUE, bien plus fournie que la vôtre, donne quant à elle une grille d'analyse assez précise. Un contrat doit ainsi être qualifié de marché public lorsque la personne publique « *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* » (CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, § 44). Pour apprécier l'influence du pouvoir adjudicateur, n'est pas pertinente la nature des droits qui lui sont conférés par le contrat – location, vente ou location avec option d'achat (voyez à cet égard l'arrêt *Commission c/ Autriche* précité, § 44-45). Quant aux modalités de rémunération de l'entrepreneur, elles ne sont pas déterminantes mais ne sont pas non plus « *dénués de pertinence* » (idem, § 52). De la même façon, la circonstance que la construction de l'immeuble n'était pas entamée lorsque le contrat a été conclu peut être un indice en faveur de la qualification de marché public, ainsi que cela ressort de l'arrêt *Impresa Pizzarotti* mais ne suffit pas pour autant à elle seule à établir cette qualification, comme en témoigne l'arrêt *Commission c/ Autriche*. Il est donc nécessaire, pour déterminer si la personne publique a eu une « *influence déterminante* » sur la conception de l'ouvrage, d'apprécier *in concreto* ce qu'elle a demandé à son cocontractant de réaliser. L'arrêt *Commission c/ Autriche* apporte à cet égard d'utiles précisions lorsqu'est en cause, comme en l'espèce, un bâtiment à construire. Il en ressort que l'influence est déterminante lorsqu'elle porte sur « *la structure architecturale [du] bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs* ». En revanche, « *les demandes concernant les aménagements intérieurs ne peuvent être considérées comme démontrant une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur* » (§ 53), c'est-à-dire si elles excèdent ce qu'un locataire de ce type d'immeuble exige habituellement, par exemple parce qu'elles « *visent des groupes déterminés de locataires ou des besoins spécifiques* » (§ 80).

Revenons donc au cas d'espèce, muni de cette grille d'analyse. La cour a relevé que le contrat en litige « *porte, outre sur la location du bâtiment A et la location partielle du bâtiment B, sur la construction d'un bâtiment C, en R+1, d'une surface de 487,36 mètres carrés* » et que de plus « *ce dernier bâtiment serait réalisé conformément à une notice descriptive sommaire et un cahier des prestations élaborés par le centre hospitalier et annexés au contrat* ». Elle en a déduit qu'« *un tel contrat, qui prévoit ainsi la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins exprimés par le centre hospitalier, avec une option d'achat pour ce dernier à l'issue d'une période de location de douze ans, constitue (...) un marché public de travaux.* ».

Le pourvoi reproche tout d'abord à la cour, sous l'angle de l'erreur de droit, de s'être fondée sur l'existence d'une option d'achat alors que cette circonstance, comme nous vous l'avons dit, est sans incidence sur la qualification du contrat. Mais vous pourrez écarter cette branche du moyen si vous pensez, comme nous, que la cour a simplement mentionné cette clause d'option d'achat en décrivant le contrat, sans entendre en faire un élément déterminant de sa qualification.

Quant à la seconde branche du moyen, par laquelle la société requérante critique la qualification donnée au contrat par la cour, elle ne nous semble pas non plus fondée. Précisons tout d'abord, même si le moyen n'est libellé que sous le timbre de la dénaturation, que nous pensons qu'il vous appartient bien de contrôler la qualification juridique à laquelle la cour s'est livrée en jugeant que le contrat constituait un marché public. En effet, vous avez certes jugé qu'en l'absence d'erreur de droit sur les critères applicables, c'est souverainement que les juges du fond apprécient si une opération d'acquisition répond, par ses caractéristiques de fait, aux critères qui font obstacle en droit au recours par les collectivités publiques à la vente en l'état futur d'achèvement (voyez votre décision précitée *Communauté de communes de Millau-Grands Causses*). Mais, pour autant, vous contrôlez, comme juge de cassation, la qualification donnée à un contrat par les juges du fond (CE, Section, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, n° 312354, p. 270). Et, à ce titre, vous contrôlez la qualification de contrat de la commande publique, par opposition, par exemple, à celle de contrat d'occupation domaniale (CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n° 364593, p. 144)². Il nous semblerait donc logique que vous contrôliez, de la même façon, si un contrat doit être qualifié de marché public de travaux ou s'il constitue, au contraire, un contrat immobilier exclu du champ des règles de de la

² Relevons aussi que le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique des faits constitutifs, dans un contrat confiant la gestion d'un service public à un opérateur économique, d'un transfert du risque lié à l'exploitation de ce service caractérisant une délégation de service public (CE, 24 mars 2022, *Commune de Toulouse*, n°449826, T. pp. 807-889). Par conséquent, puisque vous exercez un contrôle de qualification juridique des faits sur la frontière entre concession et marché public, il nous semble, *a fortiori*, que vous devez contrôler avec la même intensité la frontière entre contrat de la commande publique et contrat exclu du champ de la commande publique.

commande publique par l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 puis par l'article L. 2512-5 du code de la commande publique.

Et nous ne décelons en l'espèce aucune erreur de la part de la cour à avoir retenu la qualification de marché public de travaux pour le contrat en litige. Ce contrat, rappelons-le, porte sur un ensemble indivisible de deux bâtiments existants et d'un bâtiment à construire. En ce qui concerne le bâtiment B, qui existe déjà, le centre hospitalier n'occupera que le rez-de-chaussée, qui s'étend sur 116 m², et il n'y a pas de travaux prévus. Quant au bâtiment A, lui aussi déjà construit et dont l'hôpital occupera les 651 m², des travaux sont prévus pour « *l'adapter à une activité tertiaire* », notamment en ouvrant des fenêtres et en créant un escalier de secours. Ces travaux d'adaptation du bâtiment A ne seraient peut-être pas suffisants, à eux seuls, pour caractériser un marché public. Mais ils sont indissociables des demandes du centre hospitalier concernant le bâtiment C, bâtiment de 487 m² à construire après la conclusion du contrat. Or l'implantation même de ce bâtiment C, dans la continuité du bâtiment A dont il constitue une extension « en L », a été conçue pour répondre aux besoins d'utilisation de ce bâtiment A par l'hôpital. Quant aux aménagements intérieurs de ce bâtiment C, il nous semble ressortir des pièces du dossier soumis aux premiers juges qu'ils sont destinés à répondre aux besoins spécifiques des usagers accueillis par le centre hospitalier, en particulier les enfants. Et, d'ailleurs, puisque ces aménagements sont conçus pour répondre au projet de l'établissement public d'installer dans le bâtiment des activités médicales et non pas des services administratifs, ils sont en réalité, presque de ce seul fait, suffisamment spécifiques pour être regardés comme répondant aux besoins précis du pouvoir adjudicateur. Dans ces conditions, il nous semble que l'influence de la personne publique sur la conception des ouvrages a bien été déterminante, de sorte que le contrat devait, comme l'a jugé la cour, être qualifié de marché public de travaux.

Les troisième et quatrième moyens du pourvoi soulèvent quant à eux la seconde question intéressante du dossier, celle de la licéité d'une clause de paiement différé et, surtout, de sa portée sur la validité du contrat. Vous savez en effet que l'article 60 de l'ordonnance du 23 juillet 2015³, applicable au litige, prohibe tout échelonnement du paiement du prix d'un marché public. Cette interdiction, qui s'applique entre autres aux marchés publics des établissements publics de l'Etat et donc à ceux des établissements publics de santé, a depuis été reprise à l'article L. 2191-5 du code de la commande publique. Or, en l'espèce, la cour a relevé que le contrat conclu par l'hôpital et la SCI prévoyait que les travaux d'aménagements des bâtiments A et B et les travaux de construction du bâtiment C n'étaient pas rémunérés par le versement immédiat d'un prix mais par le versement de loyers ainsi que de « surloyers » venant s'ajouter au loyer de base pendant une période de dix années suivant la livraison du bâtiment C. Cette interprétation des stipulations contractuelles relevait de l'appréciation

³ Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

souveraine de la cour (CE, Section, 10 avril 1992, *Société nationale des chemins de fer français*, n°112682, p. 168). Et, à la lecture du contrat, elle ne nous semble - cette interprétation - entachée d'aucune dénaturation. La cour pouvait donc ensuite en déduire, sans aucune erreur de droit et dès lors qu'elle requalifiait à juste titre le contrat en marché public, que le contrat rentrait dans le champ de l'interdiction du paiement différé et qu'il méconnaissait cette interdiction.

Puis la cour, après avoir ainsi jugé que la clause de paiement différé était illicite, a estimé souverainement qu'elle était indivisible du reste du contrat, ce qui, au demeurant, nous paraît indéniable : il serait impossible d'annuler cette seule clause sans modifier substantiellement le contrat, soit en supprimant le prix soit en imposant son versement en une seule fois. Et la cour a ensuite jugé que cette illicéité de la clause affectait le contenu du contrat et était donc de nature à justifier son annulation. Précisons, à titre liminaire, qu'il nous semble que la cour s'est bien placée sur le terrain de l'illicéité du contenu du contrat et non pas sur celui du « *vice d'une particulière gravité* »⁴ au sens de votre jurisprudence *Béziers I*, lequel est lui aussi susceptible d'entraîner l'annulation du contrat, mais concerne en revanche les conditions de la conclusion du contrat et non pas son contenu même. La cour, certes, a quelque peu erré au point 13 de son arrêt en relevant que le montage contractuel retenu avait pour but d'échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence et en rappelant l'interdiction pour les établissements publics de santé de recourir à la procédure du marché public de partenariat, alors même qu'elle n'avait pas préalablement caractérisé un tel vice au cas d'espèce et que ce vice n'est pas de nature, en principe, à justifier l'annulation du contrat (CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n° 338551, p. 5)⁵. Mais ces motifs du point 13 de l'arrêt nous paraissent surabondants : si la cour a annulé le contrat, c'est bien, ainsi que cela ressort du point 12 de son arrêt, parce qu'elle a estimé que le contenu du contrat était illicite.

Et c'est bien cette portée donnée par la cour à l'illicéité de la clause de paiement différé que conteste la SCI Victor Hugo 21 par son quatrième moyen, lequel vous pose donc la question de savoir si la méconnaissance, par une clause indivisible du reste d'un marché public, de l'interdiction du paiement différé, est de nature à entacher d'illicéité le contenu de ce contrat.

A cet égard, nous pensons qu'il n'est pas déterminant que vous ayez jugé, par une décision *Département de l'Orne et Société Gespace France* du 30 juin 1999 (n°169336, 169545, p. 227), que le moyen tiré de la méconnaissance de l'interdiction des clauses de paiement différé n'est pas un moyen qu'il appartient au juge de relever d'office. D'une part, cette décision est

⁴ Vice de consentement ou irrégularité particulièrement grave entachant la procédure de passation

⁵ Sauf à ce qu'il révèle une volonté de la personne publique de favoriser un candidat (dans le contentieux *Tarn-et-Garonne*, voir sur ce point CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, n° 413584, p. 63)

antérieure à la jurisprudence *Béziers I*, qui a redéfini les vices d'ordre public dans le contentieux contractuel, et elle n'est donc plus forcément valable aujourd'hui. D'autre part et surtout, aux termes même de votre décision *Béziers I*, quand le juge est conduit à prononcer l'annulation du contrat, ce peut être indifféremment « *en raison (...) d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui* ».

Il est en revanche plus éclairant, pour répondre à la question, que vous ayez, par votre décision *Cerba* du 9 novembre 2018 (*Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie*, n° 420654 et 420663, p. 407) donné une définition restrictive de la notion de contenu illicite du contrat. Nous la citons : « *Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement* ».

Il nous semble que vous êtes bien dans un cas de figure comparable lorsqu'est en cause, comme en l'espèce, une clause de paiement différé indivisible du reste du contrat. Certes, dans cette hypothèse, le vice du contrat ne porte pas sur l'objet du contrat *stricto sensu* – les prestations achetées – mais sur sa contrepartie – le prix de ces prestations. Il s'agit toutefois bien là de l'autre élément essentiel du contrat. Et si, dans la décision *Cerba*, vous vous êtes efforcés de circonscrire l'illicéité du contenu du contrat du point de vue des obligations mises à la charge de son titulaire, vous n'avez pas entendu exclure que ce vice puisse aussi affecter, de façon symétrique, les obligations de la personne publique, à savoir le prix qu'elle est convenue de payer. Ce n'est d'ailleurs pas par hasard que votre jurisprudence, lorsqu'elle liste les vices de nature à entraîner l'annulation du contrat, mentionne l'illicéité du contenu du contrat plutôt que celle de son objet. Et nous croyons que, dès lors que le paiement est un élément essentiel du contrat, la circonstance qu'il soit, du fait de son caractère différé, contraire à la loi, entache bien d'illicéité le contenu du contrat : en pareil cas, l'exécution du contrat constitue, par elle-même, une violation de la loi. Ajoutons au demeurant que nous ne voyons pas bien quelle autre portée que l'annulation pourrait être donnée à l'illicéité d'un paiement différé, la résiliation d'une modalité de paiement n'ayant, en réalité, guère de sens.

Nous pensons donc, au total, que la cour, en jugeant que le contenu du contrat en litige était illicite et en annulant pour cette raison le contrat, n'a pas commis d'erreur de droit et pas davantage inexactement qualifiés les faits de l'espèce. Il n'est en effet pas besoin de vous rappeler, à ce propos, que, s'agissant des conséquences qu'il convient de tirer, pour le contrat, des vices dont il est entaché, vous contrôlez en cassation non seulement l'erreur de droit mais aussi la qualification juridique des faits (CE, 10 février 2016, *Société SMC2 et autres*, n° 382148 et 382154, T. pp. 825-835-911).

Nous serons bien plus brefs sur les deux derniers moyens du pourvoi, dirigés contre les motifs par lesquels la cour a rejeté les conclusions indemnitaires de la SCI Victor Hugo 21.

Celle-ci soutient tout d'abord que la cour aurait commis une erreur de droit en jugeant que, lorsque le juge annule un contrat, aucune obligation d'indemnisation du cocontractant de l'administration ne pèse sur la personne publique. Mais, contrairement à ce que sous-entend le pourvoi, la cour n'a pas dénié à la SCI Victor Hugo 21 tout droit à indemnisation, elle a simplement relevé que celle-ci ne pouvait pas se prévaloir utilement de votre jurisprudence relative à l'obligation de l'administration d'indemniser son cocontractant en cas de résiliation pour motif d'intérêt général à l'appui de sa demande d'indemnisation, puisque cette demande avait été formée pour le cas où le juge annulerait le contrat, et que ce cas est, à l'évidence, fort différent de celui où la personne publique résilie le contrat pour un motif d'intérêt général.

Enfin, si la cour a relevé que la SCI Victor Hugo 21 n'avait pas mis en cause la responsabilité quasi-délictuelle du centre hospitalier, nous ne croyons pas, contrairement à ce que soutient le pourvoi, qu'elle ait, ce faisant, méconnu la portée de ses écritures. Le pourvoi tente de s'appuyer le fait que figure, dans les mémoires produits par la société devant la cour, la phrase suivante : « *« Si par incroyable le contrat devait néanmoins être anéanti ou résilié le contentieux devrait se régler sur le terrain extracontractuel »* ». Mais cette allusion d'à peine une phrase est trop vague pour que l'on puisse reprocher à la cour d'avoir interprété les écritures de la SCI, au regard des nombreux autres mémoires produits, comme signifiant qu'elle demandait, à titre principal, l'exécution du contrat et invoquait, à titre subsidiaire, le terrain quasi-contractuel de l'enrichissement sans cause, sans invoquer en revanche aucune faute quasi-délictuelle.

PCMNC :

- au rejet du pourvoi ;
- et à ce que vous mettiez à la charge de la société Victor Hugo 21 la somme de 3000 euros à verser au centre hospitalier Alpes-Isère au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.