

Choisir le mode contractuel le plus adapté : conseils et recommandations...

Dans le cadre des montages immobiliers, les personnes publiques ont non seulement à disposition une multiplicité d'outils mais elles disposent en outre de la liberté contractuelle. Cependant cette liberté n'est pas totale, le choix des personnes publiques est contraint par des règles d'ordre public et leurs objectifs.

Évoquer la question du choix contractuel pour les personnes publiques présuppose la réunion de deux conditions implicites, mais nécessaires : celle, tout d'abord, de l'existence d'une multiplicité de contrats ou de montages contractuels disponibles (sans pluralité, il ne peut y avoir de choix à opérer), et celle, ensuite, de la liberté reconnue aux personnes publiques de choisir, précisément, entre ceux-ci, et d'échapper, ainsi, à la nécessité de recourir à un instrument juridique imposé. Même si elle n'est pas totale (car encadrée par un certain nombre de principes d'ordre public), cette liberté dessine, néanmoins, un « champ du possible » dans lequel les personnes publiques doivent s'orienter pour déterminer l'outil juridique le plus pertinent.

Un choix opérationnel rendu possible par la liberté contractuelle des personnes publiques et la multiplicité des instruments juridiques

Les trente dernières années sont, en matière d'action publique, caractérisées par un recours important à l'outil contractuel. Si les causes en sont multiples et diverses, la raréfaction des ressources publiques en est, certainement, une des plus importantes. Elle est, en effet, à l'origine d'une recherche systématique de partenariat avec le secteur privé, qui induit à son tour de privilégier un mode d'intervention alternatif à l'acte unilatéral, et une démarche d'innovation dans le domaine contractuel. Cette dernière peut être le fait de la pratique (invention des contrats « aller-retour », des contrats non détachables, de la cession foncière avec charge, par exemple) ou être proposée par le Législateur lui-même, parfois en se réappropriant la pratique (par exemple, marchés globaux sectoriels, contrats de partenariat devenus

Auteur

Aldo Sevino
Avocat associé
Cabinet ASEA

marchés de partenariat). Cette évolution élargit considérablement le « champ du possible » contractuel dans lequel peut s'exercer le choix des personnes publiques.

Foisonnement des solutions contractuelles

L'action publique s'inscrit dans une tendance de fond caractérisée par la multiplication, et l'hétérogénéisation des supports contractuels. Cette tendance « centrifuge » a vu ainsi émerger des contrats au régime spécifique (contrats de partenariat déjà cités, par exemple), mais, également, des montages contractuels, c'est-à-dire des solutions articulant des contrats existants (la cession foncière avec charge, le bail en l'état futur d'achèvement (BEFA), et le contrat « aller-retour » en sont les plus manifestes illustrations⁽¹⁾).

Deux exemples issus de la pratique, et dont l'utilisation a été confortée par le Législateur, illustrent cette dynamique « centrifuge ».

Le premier concerne le contrat « aller-retour » déjà mentionné. Avant d'être remis en cause⁽²⁾, le recours à ce montage né de la pratique, avait été validé par le Conseil d'État⁽³⁾. Le Législateur avait, ensuite, soutenu ce montage, en permettant de rendre éligibles au FCTVA, les loyers payés par les collectivités territoriales, supplantant le principal inconvénient de cet outil⁽⁴⁾.

L'autre exemple est le recours à la VEFA qualifiée de « publique » par la doctrine. Le Conseil d'État avait clairement posé comme condition de recours par une personne publique à ce contrat issu du droit privé que l'immeuble ne soit pas conçu spécifiquement pour répondre aux besoins exclusifs de la collectivité⁽⁵⁾. Cela avait contraint les personnes publiques à acquérir des « volumes » dans des opérations immobilières, puis à passer des marchés publics de travaux pour adapter ceux-ci à leurs besoins spécifiques. Là encore, le Législateur et le Gouvernement sont venus conforter cette pratique, au travers d'une innovation du Code de la commande publique qui permet, désormais, sous certaines conditions, à la collectivité publique de confier au vendeur en VEFA, les travaux

d'adaptation, sans publicité ni mise en concurrence⁽⁶⁾. Un ouvrage spécifique peut donc être réalisé pour répondre aux besoins de la personne publique par la combinaison suivante : VEFA portant sur une coque vide + Marchés publics de travaux confiés au même opérateur (vendeur).

Il sera, néanmoins, relevé que la force centrifuge précédemment décrite est en partie compensée, dans le même temps, par une tendance à une simplification, et à une rationalisation qui tend parfois à l'homogénéisation des outils contractuels. Cette force « centripète » conduit, ainsi, à une certaine réduction du nombre de contrats ou à leur soumission à un régime juridique commun. Au titre de la suppression de certains contrats ou montages, nous avons déjà cité la volonté de limiter, voire d'interdire, le recours aux contrats « aller-retour ». Mais, cette recherche de rationalisation s'exprime, surtout, par l'application à des contrats ou des montages par nature hétérogènes, d'un régime juridique plus ou moins identique. L'exemple est illustré par le Code de la commande publique qui, dans sa version actuelle⁽⁷⁾, vise à soumettre les contrats de partenariat (devenus à cette occasion marchés de partenariat pour signifier leur appartenance à cette catégorie juridique bien identifiée), ainsi que les concessions et les marchés publics, à un même régime⁽⁸⁾. Enfin, cette force centripète permet, parfois, d'étendre un régime juridique à des contrats de nature différente. L'exemple récent est donné par les conventions occupation domaniale, ou du moins de certaines d'entre elles, soumises désormais à un régime de publicité et de mise en concurrence⁽⁹⁾.

Liberté de choix contractuel des personnes publiques

Les personnes publiques disposent d'un principe de liberté de choix de leur mode d'action. Cette liberté

(1) À la différence des nouvelles formes contractuelles, les montages contractuels (autrefois dénommés « complexes ») privilégient le recours à des outils juridiques existants, afin soit de les combiner (cession foncière avec charge, contrat « aller-retour », soit de les « détourner » de leur usage habituel (VEFA publique).

(2) Voir dans ce numéro, A. Boullaut, « Recours à la cession foncière avec charges : quel risque de requalification ? ».

(3) CE Sect. 25 février 1994, SOFAP-MARIGNAN, req. n° 144641 et 145406 ; CE Avis 31 janvier 1995, n° 356960.

(4) En application des dispositions de l'article L. 1615-13 du CGCT, la collectivité territoriale ou l'établissement public qui avait conclu un bail emphytéotique d'un montant inférieur à 10 millions d'euros HT (CGCT, art. D. 1615-7) bénéficiait du FCTVA, au fur et à mesure des versements, à hauteur de la part de la rémunération versée au cocontractant (comptes 235 et 1675), telle que prévue par le bail, correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA et destiné à être intégré dans le patrimoine de la personne publique.

(5) CE Sect. 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées, req. n° 57679.

(6) CCP, art. R. 2122-3 : « L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...) 2° Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location 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 ; (...) »

(7) Version issue de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique et du décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du Code de la commande publique, modifiés

(8) Évidemment, il pourra être relevé que ce régime bien que relevant d'un même Code connaît de nombreuses spécificités dont témoignent d'ailleurs le maintien de dénominations juridiques différentes.

(9) L'article L. 2122-1-1 du CGPPP dispose que : « Sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester. (...) ».

implique, d'une part, celle de contracter, et donc, celle de recourir au procédé contractuel, plutôt qu'à l'acte unilatéral, ou à l'action en régie, et celle de choisir le type de contrat, et d'autre part, la liberté de déterminer le contenu du contrat, en d'autres termes les clauses contractuelles (obligations des parties). Enfin, la liberté implique, dans une certaine mesure, la possibilité de choisir son cocontractant^[10].

S'agissant de la liberté de contracter ou non, le Conseil d'État a, depuis longtemps, rappelé que la personne publique peut agir par ses propres moyens, et qu'elle n'est donc pas tenue de contracter avec des opérateurs privés^[11]. Cette position est renforcée, par ailleurs, pour ce qui est du secteur concurrentiel, par l'évolution de la jurisprudence en matière d'intervention économique et commerciale des personnes publiques^[12].

S'agissant du choix du mode contractuel, la personne publique peut, sous certaines conditions (voir § 2 ci-dessous) décider de recourir à des contrats privés^[13] ou des contrats publics. La décision dépend, principalement, de l'attente de la personne publique, ou pour le dire en des termes de commande publique, de ses besoins. Si la personne publique souhaite répondre précisément à un besoin qu'elle a préalablement identifié, et dont elle est à l'initiative, elle devra, en principe (mais il existe un certain nombre d'exception ou de cas limites), recourir à la commande publique^[14]. Si en revanche, la personne publique souhaite se limiter à accompagner, soutenir, ou promouvoir des opérations privées, en les encadrant plus ou moins fortement, elle pourra s'appuyer sur des mécanismes hors commande publique (subvention à des associations ou aides économiques à des entreprises, cession foncière avec charge, ...)^[15].

S'agissant de la liberté de définir le contenu des clauses contractuelles, les personnes publiques se sont toujours vues reconnaître le droit de recourir ou non à des CCAG par exemple et éventuellement d'y déroger (au travers

un CCAP, par exemple). Elles sont donc libres de définir les modalités de reconduction des contrats, les pénalités applicables, les délais d'exécution, etc., dans les limites de certaines dispositions d'ordre public (durée de la concession déterminée en fonction de l'investissement réalisé et donc de son amortissement^[16], par exemple).

S'agissant, enfin, de la liberté de choisir son cocontractant, elle est reconnue par la possibilité laissée aux personnes publiques, y compris dans le cadre de la commande publique, de fixer les critères de choix, la pondération de ceux-ci, la méthode d'évaluation, le nombre de candidats pouvant être retenus, le droit de négocier (dans les concessions et, aujourd'hui, également dans les marchés publics avec un élargissement des possibilités de recours au marchés négociés)^[17].

Un choix contraint par des règles d'ordre public et les objectifs des personnes publiques

Le choix du mode contractuel le plus adapté dépend, de manière négative, des règles d'ordre public qui s'imposent aux collectivités, et de manière positive, des objectifs recherchés par celles-ci.

Le cadre juridique auquel sont soumises les personnes publiques

Choisir le mode contractuel le plus pertinent, c'est d'abord écarter les contrats ou les montages contractuels qui s'avèreraient irréguliers. Il est, dès lors, indispensable au moment d'arbitrer entre les modes opératoires, d'identifier les contraintes qui s'imposent aux personnes publiques, étant précisé que celles-ci jouissent, réciproquement, de droits exorbitants qui facilitent la réalisation de leurs opérations notamment immobilières.

● Un régime juridique plus contraignant par certains aspects

Les limites à la liberté contractuelle des personnes publiques sont nombreuses et variables selon la nature de la personne (collectivité territoriale, État, établissement public, etc.). Elles concernent, tout d'abord, les obligations pesant sur les organismes soumis à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise

[10] J-M Pontier, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 837.

[11] CE 29 avril 1970, UNIPAIN, req. n° 77935 ; jurisprudence confirmée par un arrêt d'Assemblée du 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image et autres, req. n° 317827, 317952, 318013 et 318051.

[12] CE Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, req. n° 275531 ; CE sect., 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, req. n° 06781, CE Avis, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n° 222208.

[13] CE Sect. 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées, req. n° 57679.

[14] Ainsi, par exemple en matière immobilière, l'article L. 1111-2 du CCP définit le marché de travaux, notamment comme celui qui a pour objet « 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. »

[15] De la même manière, la collectivité peut au travers de l'acte unilatéral, soit agir pour répondre à un besoin propre (exemple, dans le domaine de l'aménagement, création et réalisation d'une ZAC) ou simplement encadrer, orienter des opérations privées (exemple toujours tiré du domaine de l'aménagement : définition du règlement d'urbanisme, OAP, etc.).

[16] CCP, art. L. 3114-7 : « La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire. »

[17] Cette liberté est encore plus importante, si l'on songe aux autres modes contractuels (hors commande publique), comme l'occupation domaniale pour lesquels il n'existe qu'une simple obligation de publicité et de mise en concurrence. Et, c'est encore plus vrai, si l'on pense à la cession foncière par des collectivités, ou la VEFA, pour laquelle il n'y a, aujourd'hui, aucune contrainte spécifique.

d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP, aujourd'hui codifiée dans le Code de la commande publique⁽¹⁸⁾. Ce dispositif de valeur législative implique notamment l'interdiction pour la personne publique de se départir de son rôle de maître de l'ouvrage, ce qui limite notamment le recours à certaines formes contractuelles telles que la VEFA.

L'autre principale contrainte est posée par le Code de la commande publique qui impose, par principe, une obligation de publicité et de mise en concurrence avant la conclusion d'un marché ou d'une concession, même si les exceptions ou les dérogations, en la matière, sont nombreuses. Enfin, il faut également tenir compte des contraintes issues du droit de la domanialité publique et de la comptabilité publique, ainsi que des dispositions du CGCT (interdiction de déléguer certains services publics, obligation de créer certains services publics dits « obligatoires », etc.).

● Un cadre d'intervention, par d'autres aspects, plus favorable

Si les personnes publiques sont soumises à de nombreuses contraintes qui les poussent, parfois, à rechercher des montages alternatifs à la commande publique, elles jouissent également de certaines facilités, notamment pour la réalisation de leurs opérations immobilières. Ainsi, elles ne sont pas tenues, à la différence d'un opérateur privé, à la recherche systématique d'une rentabilité. Et, même si la contrainte économique déjà évoquée, interdit, aujourd'hui, aux personnes publiques de faire abstraction de la dimension financière d'une opération, elles n'ont pas à atteindre un objectif de maximisation équivalent à celui d'un promoteur, et sont donc libres d'engager des projets qui seraient jugés insuffisamment rentables par le secteur privé⁽¹⁹⁾.

De même, alors que pour un promoteur privé, la recherche d'un terrain susceptible d'accueillir un projet immobilier est une étape stratégique⁽²⁰⁾ (*a fortiori*) dans un contexte de raréfaction du foncier⁽²¹⁾, les personnes publiques se trouvent dans une situation bien plus confortable, pour mener à bien leurs projets immobiliers : Possibilité de maîtriser plus facilement le foncier (constitution de réserve foncière, soutien des EPF et EPFL, opérations d'aménagement telles que des ZAC, droit de préemption et procédure d'expropriation) ; mais, également, bénéfice de règles d'urbanisme dérogatoires pour la réalisation d'équipement publics, exonération de nombreuses taxes et participations exigibles des autres constructeurs, etc.

(18) Aux articles L. 2410-1 à L. 2432-2 et R. 2412-1 à R. 2432-7 du CCP.

(19) Cf. A. Sevino, *Montages immobiliers publics*, EFE, 2018, 2^e éd.

(20) Voir A. Sevino, *Montages d'opérations immobilières*, EFE, 8^e éd., 2019.

(21) Voir récemment l'objectif de « zéro artificialisation des sols » (ZAN) posé par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

La pluralité des objectifs pouvant être recherchés par les personnes publiques

À partir du champ du possible dessiné par le cadre législatif et réglementaire qui leur est applicable, le choix du mode contractuel le plus adapté implique que la personne publique soit en mesure de déterminer précisément ses attentes. Car « s'il n'est pas de vent favorable pour celui qui ne sait pas où il va » (Sénèque), il n'y a pas non plus de contrat « pertinent » pour la personne publique qui n'a pas su identifier les objectifs à atteindre.

● Des objectifs divers, parfois exclusifs les uns des autres

Pour arbitrer entre les montages qui s'offrent à elles, les personnes publiques doivent prioritairement identifier leurs objectifs. S'agit-il, par exemple, de maîtriser parfaitement le projet (et donc d'assumer la maîtrise d'ouvrage de l'opération et à tout le moins la définition du projet) ? Convient-il, plutôt, de rechercher prioritairement des financements privés ou un préfinancement privé ? La personne publique souhaite-t-elle devenir propriétaire de l'ouvrage ou simplement pouvoir en disposer ? A-t-elle pour principal objectif d'accélérer la réalisation de l'opération et donc réduire les délais ? Etc. Autant d'attentes que la personne publique doit clairement circonscrire.

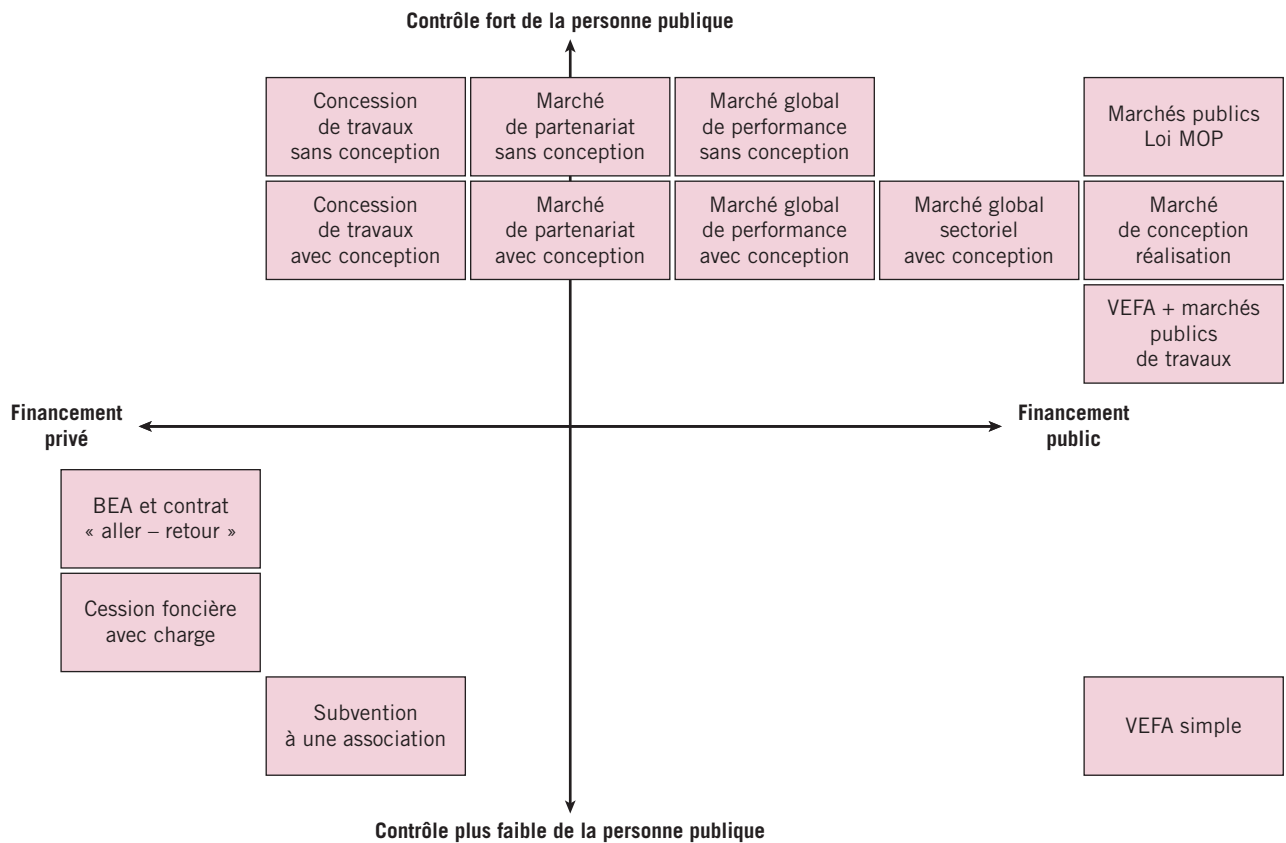
Et, ce d'autant que ces objectifs peuvent parfois être exclusifs les uns des autres. Vouloir accélérer la réalisation d'un projet peut impliquer d'abandonner, lorsque cela est possible, la maîtrise d'ouvrage au profit d'un opérateur privé qui ne sera pas tenu de soumettre le choix du maître d'œuvre et des entreprises de travaux à une procédure de mise en concurrence. Il en est ainsi, par exemple, de la cession foncière avec charge ou de l'achat en VEFA. Mais, un tel choix risque de faire perdre à la personne publique le contrôle précis du projet. De même, la recherche de financements privés, sous la forme, par exemple, d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux, implique de laisser à l'opérateur la possibilité de définir plus largement le projet de manière à en garantir la rentabilité... Et, donc potentiellement à s'éloigner du projet « idéal » de la personne publique.

● Une tentative de représentation synthétique des choix contractuels

S'il y a donc un enseignement à retenir, c'est qu'il n'existe pas un « bon montage contractuel » qui fonctionnerait pour tous les cas de figures, mais des réponses juridiques, plus ou moins adaptées, aux objectifs recherchés. Ainsi, si l'on classe, par exemple, les contrats et les montages contractuels disponibles pour la construction d'un équipement public, selon qu'ils impliquent ou non un financement privé d'une part, et qu'ils permettent, ou non, un contrôle important de la personne publique sur le projet, d'autre part, les solutions envisageables sont les suivantes :

Contrôles et financements

	Avec contrôle important de la personne publique sur le projet	Avec contrôle plus faible de la personne publique sur le projet
Financement Public	<ul style="list-style-type: none"> – Marchés publics loi MOP (Marchés de MOE + marchés de travaux) – Marchés globaux performantiels ou marchés globaux sectoriels – VEFA avec marchés de travaux sans mise en concurrence 	<ul style="list-style-type: none"> – Marché public de « Conception – Réalisation » – Marchés globaux performantiels ou sectoriels – VEFA simple (sans marché de travaux complémentaires)
Financement Privé	<ul style="list-style-type: none"> – Marché de partenariat avec conception conservée par la personne publique – Concession de travaux avec conception conservée par la personne publique – Contrat « aller-Retour » – BEFA – Crédit-bail immobilier – Bail à construction 	<ul style="list-style-type: none"> – Marché de partenariat avec conception confiée au partenaire privé – Concession de service public – Cession foncière avec charge – Subvention à une association ou aide économique à une entreprise – Convention d'occupation domaniale (AOT et BEA)



Bien évidemment, si les objectifs recherchés par la personne publique sont différents (objectif de réduction des délais, limitation du risque financier, implication d'autres acteurs dans la définition du projet, rentabilité économique, etc.), les solutions envisageables pourraient être, elles-mêmes, fort différentes et le diagramme de choix également.

Conclusion

Le choix du montage contractuel dépend, comme nous l'avons vu, des objectifs de la personne publique. Ce choix initial n'est qu'un aspect des décisions à prendre qui ne doit pas occulter le fait qu'une fois opéré, la personne publique doit encore procéder à de nombreux arbitrages. Elle doit, notamment, choisir :

- la procédure à suivre (quand il existe plusieurs procédures comme pour les marchés publics : marchés globaux, marchés simples, procédure d'AO ouvert ou restreint, dialogue compétitif, etc.) ;
- les modalités d'organisation de la procédure ou de la forme de la consultation : allotissement ou non, délais de réponses, critères de sélection, éléments demandés à l'appui des candidatures et des offres (concours d'architecte : degré de production d'un projet), marchés à bons de commande, etc. ;
- la structure en charge de l'opération : la personne publique elle-même (régie), la contractualisation avec un tiers extérieur, la contractualisation avec un tiers « associé » (SEM, SEMOP, SPL, SCIC, Association dépendant de la personne publique, GIP, EPCC, EPIC).

Le choix du mode contractuel le plus adapté nécessite un travail d'ingénierie contractuelle pour lequel les collectivités ne sont pas toujours armées.