

# Minutes pratiques

## > QUESTION/ RÉPONSE

### Immobilier

## Quelle est l'incidence de la réforme de la commande publique sur les contrats des organismes HLM ?

Inf. 10

#### LA QUESTION

Quels changements la réforme du droit de la commande publique impose-t-elle aux organismes HLM dans leurs habitudes contractuelles ?

#### LA RÉPONSE

La réforme leur impose un nouveau mode de sélection de l'équipe de maîtrise d'œuvre et encadre le recours à la vente en l'état futur d'achèvement au regard de la nouvelle définition des marchés publics.

1. La pratique contractuelle des organismes HLM a dû se rénover suite à la réforme du droit de la commande publique (*Ord. 2015-899 du 23-7-2015*; *Décret 2016-360 du 25-3-2016 modifié par le décret 2017-516 du 10-4-2017*; *Loi 2016-925 du 7-7-2016*; *Décret 2017-456 du 29-3-2017*). D'une part, en matière de passation des contrats de maîtrise d'œuvre, une négociation avec le ou les lauréats d'un concours restreint est imposée. D'autre part, le recours à la vente en l'état futur d'achèvement (Vefa) a été soumis pour partie au droit de la commande publique.



**Marie Knittel**,  
juriste-conseil  
en droit public  
étude Lacourte,  
chargée  
d'enseignement  
à l'Université  
d'Angers,



**Laure Camus**,  
responsable  
du service  
juridique  
de l'Ordre  
des architectes  
d'Île-de-France

loi 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite « loi MOP »), l'organisation d'un concours restreint qui conduira à l'attribution d'un marché négocié, lorsque le montant est égal ou supérieur aux seuils des procédures formalisées. Ainsi, les organismes HLM devront donc veiller à rester vigilants au seuil de 221 000 € HT (seuil applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2018) lorsqu'ils lancent leur marché de maîtrise d'œuvre pour une construction neuve de bâtiment (*Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique : JO 31-12 texte n° 171*).

Les organismes HLM ne sont toutefois pas tenus d'organiser un concours lorsque le marché de maîtrise d'œuvre concerne la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants, la réalisation d'un projet urbain ou paysager, l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ou relatif à des

### Une nouvelle obligation de recourir au concours pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre

2. Jusqu'alors, la réglementation de la commande publique permettait aux organismes HLM de recourir librement au concours pour la passation de leurs marchés de maîtrise d'œuvre. Désormais, la réforme impose aux maîtres d'ouvrage soumis à la

ouvrages d'infrastructures, ou s'il n'est confié aucune mission de conception au titulaire (*Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 90, II-1°-a-b-c-d modifié par le décret 2017-516 du 10-4-2017*).

**3. Un nouveau mode de sélection.** Sous l'empire du Code des marchés publics, le concours restreint était encadré par l'article 70 dudit Code. Les candidats adressaient les plis contenant leurs candidatures. Les candidats admis à concourir étaient ensuite invités à remettre leurs prestations et une enveloppe séparée contenant leur offre de prix pour la réalisation du marché. Le jury évaluait la conformité des prestations avec le règlement de concours et dressait un procès-verbal. Après réception de cet avis et des procès-verbaux du jury, et après examen de l'enveloppe contenant le prix, le ou les lauréats du concours étaient choisis par le pouvoir adjudicateur. La négociation pouvait alors commencer; le marché qui faisait suite au concours était attribué. Avec la réforme, le concours est désormais envisagé comme une technique particulière d'achat qui permet de sélectionner un ou plusieurs lauréats et conduit à la passation d'un marché négocié de maîtrise d'œuvre sans publicité ni mise en concurrence préalable. Il est défini par l'article 8 de l'ordonnance relative aux marchés publics, comme permettant à l'acheteur de choisir, «après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données».

**4. Une obligation à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017.** Conformément à l'article 31 du décret 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique, cette obligation s'applique uniquement aux marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017. A contrario, si une consultation a été engagée avant le 1<sup>er</sup> juillet 2017, ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication avant cette date, les organismes HLM ne sont pas tenus de recourir au concours. De même pour les marchés de maîtrise d'œuvre en cours d'exécution, ils continueront à être soumis à la réglementation en vigueur avant la publication des décrets du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et du 10 avril 2017 précités. La question se pose de savoir si un marché subséquent ou l'émission d'un bon de commande s'appuyant sur un accord-cadre lancé avant le 1<sup>er</sup> juillet 2017 est soumis à cette nouvelle réglementation. La réponse est négative. L'acheteur ne sera pas soumis à la nouvelle réglementation, dès lors que la mise en concurrence a été lancée sous l'empire de l'ancienne réglementation.

**5. Un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence avec le ou les lauréats du concours.** Dans la mesure où le marché de maîtrise d'œuvre répond à un besoin dont le montant est égal ou supérieur à 221 000 € (seuil applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018), il est négocié avec le ou les lauréats du concours restreint organisé dans les conditions de l'article 88 du décret du 25 mars 2016 (*Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 90, II-1° modifié par le décret 2017-516 du 10-4-2017*). Aux termes de l'article 30, I-6° dudit décret, le concours permet de sélectionner un ou des lauréats admis à participer à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence.

À notre sens, la réglementation impose désormais la mise en œuvre de la procédure suivante.

**6. L'avis de concours.** Lorsque le montant du besoin à satisfaire est égal ou supérieur aux seuils des procédures formalisées, les organismes HLM publient un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne. Rien ne fait obstacle à une publicité supplémentaire sur un autre support; elle devra cependant indiquer impérativement les références de l'avis de concours. L'avis doit contenir les informations mentionnées à l'annexe V, partie E de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014. Il s'agit notamment des critères de sélection des participants, des critères qui seront appliqués lors de l'évaluation des projets, ou encore de la date limite pour les demandes de participation.

L'avis de concours mentionne également expressément que l'acheteur entend attribuer le marché au lauréat ou à l'un des lauréats du concours en application du 6° du I de l'article 30 (*Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 88, I*).

**7. Un concours restreint.** Sous l'empire du Code des marchés publics, l'avis devait fixer un nombre minimum de candidats admis à concourir sans que ce nombre puisse être inférieur à trois et pouvait fixer un nombre maximum. Avec le décret du 25 mars 2016, le nombre de candidats invités à participer au concours doit être suffisant pour garantir une concurrence réelle (*Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 88, II*). Un minimum d'au moins trois participants permettrait d'assurer une concurrence effective.

**8. La remise des candidatures.** Bien que le décret du 25 mars 2016 ne donne aucune indication sur le délai de remise des candidatures dans le cadre d'un concours, il impose un délai minimum de trente jours pour les procédures formalisées. Il convient de noter que sous l'empire du Code des marchés publics les délais de réception des candidatures et des offres en procédure de concours étaient ceux de l'appel d'offres. Avec la réforme, bien que le concours ne soit pas une procédure formalisée mais une technique particulière d'achat au sens du décret, ce délai de trente jours doit selon nous être retenu pour un concours car il permet aux participants la remise d'un dossier de qualité.

**9. L'examen des candidatures et des prestations par le jury.** Le jury n'a pas de pouvoir décisionnel, mais rend un avis motivé après avoir examiné les candidatures. Il appartient au maître d'ouvrage de fixer la liste des candidats qui sont admis à concourir (*Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 88, III*). Une fois les candidats sélectionnés, le maître d'ouvrage leur communique le règlement du concours, le projet du marché ainsi que le programme. Le délai de remise des prestations n'est pas mentionné. Selon nous, l'acheteur doit déterminer un délai qui ne peut encore une fois être inférieur à ceux que l'on retrouve en procédures formalisées. Ce délai doit bien évidemment être suffisant pour permettre aux candidats sélectionnés de remettre une prestation répondant aux exigences des organismes HLM. Le délai de remise de prestation doit donc nécessairement être proportionné à l'exigence affichée de l'acheteur. Il doit avant tout permettre aux candidats de rendre des prestations qualitatives.

Les prestations sont anonymes et sont examinées par le jury qui classe les projets et les consignent dans le procès-verbal (PV). Une fois cette tâche accomplie, l'anonymat des candidats est levé. Le jury peut inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a, au préalable, consignées dans le PV. Au regard du principe de transparence, seuls les points consignés dans le procès-verbal pourront être abordés avec les candidats. Un nouveau PV retrace, dans ce cas, l'intégralité du dialogue entre les membres du jury et les candidats.

**10. Le choix du ou des lauréats.** L'acheteur choisit le ou les lauréats du concours au vu du ou des PV et de l'avis du jury et publie au JOUE un avis de résultats de concours dans les trente jours à compter de la date de la décision (*Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 88, IV et 104*). Il est rare que le maître d'ouvrage décide de ne pas suivre le classement du jury. Cependant, si tel est le cas, il appartient à l'acheteur de motiver sa décision. Le décret prévoit l'hypothèse de la pluralité de lauréats au concours. En effet, rien ne fait obstacle à ce que le choix de l'acheteur se porte sur plusieurs lauréats. Dans ce cas de figure, les lauréats seront invités à présenter leur offre, le maître d'ouvrage engagera alors la négociation.

**11. La négociation.** Il a souvent été mentionné que la négociation en marché public pouvait porter sur tous les éléments de l'offre tels que les délais, le prix, ou encore les clauses d'exécution du marché. Il convient de rester vigilant sur l'étendue de la négociation. Si elle doit permettre un échange entre le lauréat et le maître d'ouvrage, elle ne doit pas être assimilée à un marchandage sur la rémunération du maître d'œuvre. La négociation ne doit pas non plus permettre d'imposer des conditions de réalisation inexécutables, ce qui reviendrait à mettre en péril l'exécution du marché, ou encore servir de prétexte à la modification des caractéristiques principales du marché.

**12. L'attribution du marché.** En procédure formalisée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre, en lui indiquant les motifs de ce rejet. Un délai de onze à seize jours doit être respecté avant de signer le marché public. Celui-ci pourra être ensuite notifié au titulaire et un avis d'attribution sera publié.

**13. La prime.** Les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime (*Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 88, IV*). Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats, affecté d'un abattement au plus égal à 20%. Autrement dit, le montant de la prime ne peut être inférieur à 80% du prix estimé des études demandées aux participants. La prime est allouée aux candidats sur proposition du jury (*Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 90, III-al. 1*). Les organismes HLM sont désormais soumis à cette nouvelle obligation.

## Un nouvel encadrement de l'utilisation de la Vefa

**14. Avant la réforme.** La Vefa dans quels cas? La vente en l'état futur d'achèvement (Vefa) est très utilisée par les organismes HLM et leurs notaires afin de répondre à leur objectif de réalisation de logements sociaux. En 2015, selon une enquête réalisée par la caisse des dépôts et des consignations, plus du quart de la production de logements sociaux était le fruit de Vefa (*Éclairages, Logements sociaux produits en VEFA : retours d'expérience, étude n° 7, Caisse des dépôts et consignations mai 2015*).

**15. Les conditions traditionnelles de recours à la Vefa.** Avant le 1<sup>er</sup> avril 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance relative aux marchés publics (*Ord. 2015-899 23-7-2015; Décret 2016-360 du 25-3-2016*), l'utilisation de la Vefa par ces opérateurs s'appréciait au regard de la définition de l'obligation de maîtrise d'ouvrage publique et de celle des marchés publics en droit interne et communautaire.

**16. L'obligation de maîtrise d'ouvrage publique.** Avant la réforme, les personnes morales de droit public et certaines personnes morales de droit privé se voyaient imposer une obligation de maîtrise d'ouvrage publique lorsque l'ouvrage était construit pour elles, en fonction de leurs besoins, sur un terrain qui ne leur appartenait pas. Étaient en particulier concernés les organismes HLM, notamment lorsque, en tant que personnes morales de droit privé, ils acquéraient des logements aidés par l'État sauf lorsqu'ils procédaient à l'acquisition d'ouvrages de bâtiment via un contrat de vente d'immeuble à construire (*Loi 85-704 du 12-7-1985 art. 1*).

Le juge administratif a précisé que les personnes publiques et les organismes HLM pouvaient conclure une Vefa de gré à gré si les trois conditions suivantes n'étaient pas cumulativement remplies (*CE sect. 8-2-1991 n° 57679 : Lebon p. 41*) :

- l'objet de l'opération est la construction d'un immeuble pour le compte de la personne publique;
- l'immeuble est destiné à devenir entièrement sa propriété;
- l'immeuble est conçu en fonction de ses besoins propres.

Cette construction jurisprudentielle a ainsi permis aux personnes publiques et aux organismes HLM d'acquérir de gré à gré, sous maîtrise d'ouvrage privée et en l'état futur d'achèvement, des locaux répondant à leurs besoins. En outre, pour faciliter la construction de logements sociaux, le législateur a ultérieurement expressément autorisé les organismes HLM à recourir à la Vefa pour 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 (*CCH art. L 433-2, voir Circ. UHC/FB 12 du 13-6-2000 n° 200-42 relative à la mise en œuvre des dispositions du décret 2000-104 du 8-2-2000 modifiant le CCH et relatif aux dispositions concernant l'attribution de prêts et subventions pour la construction, l'acquisition et l'amélioration de logements en accession à la propriété, l'amélioration de logements existants et la réalisation ou l'amélioration des logements locatifs sociaux*).

En conséquence, sous l'empire de la loi MOP, au regard du critère de la maîtrise d'ouvrage publique, deux opportunités de Vefa étaient envisageables de gré à gré qui ne remplissaient pas les critères visés ci-dessus : soit l'acquisition d'un immeuble

imbriqué dans un vaste projet immobilier, soit l'acquisition sur le marché en l'absence de besoin exprimé par l'acheteur.

**17. La définition du marché public.** Avant la réforme, la qualification en droit interne de marché de travaux était liée à la maîtrise d'ouvrage publique (*C. marchés publics art. 1 ancien, abrogé par l'ord. 2015-899 du 23-7-2015 art. 102*). Tel n'était pas le cas en droit communautaire; le marché de travaux englobait aussi la maîtrise d'ouvrage privée (*Dir. UE 2004/18/CE du 31-3-2004 art. 2b*).

Parmi les critères communautaires permettant de déterminer l'existence d'un contrat soumis à la commande publique, on retient notamment l'objet principal du contrat (*CJUE 10-7-2014 aff. 213/13*) et la réponse aux besoins du pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire de l'acheteur public (*CJUE 25-3-2010 aff. C-451/08 point 67*). Sur ce dernier point, des aménagements, indications techniques ou demandes de permis de construire modificatif tendraient à prouver que l'acheteur exerce une influence déterminante sur la conception de l'ouvrage. Celle-ci serait inexistante dans le cas de l'acquisition d'un immeuble simple de bureaux. Elle serait plus difficile à exclure dans le cas de bâtiments complexes soumis à des contraintes plus fortes imposées par l'acquéreur lui-même. Or, en pratique, les organismes HLM collaborent fréquemment à la définition du produit qu'ils achètent en Vefa, afin de correspondre aux standards imposés aux logements dont ils ont la charge.

Ainsi, avant la réforme, une Vefa pouvait être qualifiée de marché de travaux en droit communautaire et donc soumise à publicité et mise en concurrence au-delà des seuils et, à l'inverse, ne nécessiter aucune procédure en droit interne. La dichotomie entre la définition de marché public interne et communautaire était source d'insécurité juridique.

**18. Après la réforme.** Quel avenir pour la Vefa? Un nouveau principe de soumission à publicité et mise en concurrence. En transposant les directives communautaires relatives aux marchés publics, le Gouvernement a aligné la définition interne des marchés publics de travaux sur la définition communautaire. Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016, la maîtrise d'ouvrage publique n'est plus une condition de qualification des marchés de travaux en droit interne (*Ord. 2015-899 du 23-7-2015 art. 5; Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 188*). Cette nouvelle définition élargit le champ d'application des marchés publics de travaux aux Vefa. Or, les opérations d'acquisition en l'état futur d'achèvement imbriquées dans un ensemble immobilier complexe plus vaste avaient été exclues du champ de la commande publique par la jurisprudence administrative, quand bien même le besoin de l'acheteur était exprimé (*voir n° 16*). En conséquence, désormais, lorsqu'une personne publique ou organisme HLM achète un immeuble à construire, il convient de vérifier que la construction

n'est pas un marché public de travaux soumis à publicité et mise en concurrence. Seule une opération immobilière purement privée dont l'acheteur n'est pas à l'initiative n'est pas soumise au droit de la commande publique.

**19. Un palliatif prévu dans le décret?** La réforme prévoit une exception qui permet de recourir aux Vefa de gré à gré dans ce nouveau contexte. Les acheteurs peuvent passer un marché public de gré à gré lorsque les travaux ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour des raisons techniques (*Décret 2016-360 du 25-3-2016 art. 30 I 3°*). 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. Ces raisons ne peuvent être invoquées que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public. Il s'agit là probablement d'un des seuls schémas de Vefa de gré à gré désormais envisageable, en dehors du cas où un acheteur ne fait que saisir une opportunité immobilière ou de l'application des textes propres aux organismes HLM.

On voit bien ici l'importance de cette exception en pratique. Elle devra être interprétée et mise en œuvre avec prudence. Un promoteur immobilier pourrait considérer trop facilement être le seul en capacité de réaliser les travaux d'adaptation pour un client personne publique ou organisme HLM, en raison de sa connaissance de l'immeuble et de la complexité de l'intervention simultanée de plusieurs maîtres d'œuvre.

D'autant que désormais, les Vefa concluent par des personnes publiques ou organismes HLM constituent un marché public, contrat administratif par détermination de la loi. Dès lors, en ce qui concerne l'exception visée, il ne s'agit plus d'envisager des Vefa, contrats privés, mais bien des marchés publics non soumis à publicité et mise en concurrence, et dont le régime juridique aura vocation à s'appliquer.

**20. La pérennité des opérations de Vefa par les organismes HLM?** Depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la commande publique, les hypothèses de mise en œuvre de Vefa par un organisme HLM, non soumise à publicité et mise en concurrence, semblent plus rares. De surcroît, leur mise en œuvre doit être justifiée et présente un risque de requalification du contrat probablement plus important qu'auparavant.

Gageons que la jurisprudence permette de cerner précisément les modalités de passation de cette «Vefa publique». En l'état, il n'est pas certain que cet outil contractuel continue à être utilisé aussi fréquemment par les personnes publiques et les organismes HLM.



**Le conseil :** En pratique, au regard des nouveaux textes applicables et d'une éventuelle interprétation jurisprudentielle, les organismes HLM devront faire preuve de rigueur quant à cette nouvelle technique particulière d'achat qui leur est applicable. Les notaires, quant à eux, devront analyser avec prudence le contexte de mise en œuvre d'une Vefa par leurs clients personne publique ou organisme HLM.