



[Tribune] Le bail en l'état futur d'achèvement, un montage contractuel adaptable au code de la commande publique ?

Le contrat de BEFA pourrait être requalifié en marché public de travaux, selon Jean-Christophe Lubac, Avocat Associé, et François Bas, Avocat Collaborateur (Sartorio Avocats). Même si la procédure de passation reste complexe et soumise à une large part d'adaptation...

Issu de la liberté contractuelle, le bail en l'état futur d'achèvement est un grand contrat en matière immobilière présentant des intérêts financiers et juridiques indéniables. C'est un ensemble contractuel composé de deux actes : d'une part, un bail, souvent de nature commerciale, entre un "utilisateur / preneur" et un "promoteur / vendeur" ; d'autre part, un acte de VEFA entre le "promoteur / vendeur" et "l'acquéreur / investisseur". Ce montage a été utilisé principalement pour la construction de centres commerciaux et de bureaux.



Définition du contrat de BEFA



Me Jean-Christophe Lubac

Dans ce montage, l'"utilisateur / preneur" sollicite un "promoteur / vendeur" afin que celui-ci acquière lui-même un terrain afin de réaliser un immeuble répondant au besoin de l'utilisateur qui le prendra à bail. Le promoteur conçoit et réalise l'immeuble selon un cahier des charges défini par l'utilisateur et bénéficie de la possibilité de le céder en vente à l'état futur d'achèvement à un tiers, "l'acquéreur / investisseur »".

Les deux actes, bail et VEFA, sont liés et indivisibles au motif qu'ils concourent à la réalisation d'une même opération ce qui implique que l'intention commune des parties s'interprète en fonction de celle-ci comme le souligne l'article 1189 du Code civil et qu'ils forment à notre sens des contrats interdépendants, ainsi, si le premier disparaît alors le second dont l'exécution devient impossible par la disparition du premier est caduc comme le prévoit désormais

l'article 1186 du code civil.

Les deux actes peuvent être passés simultanément ou, dans un premier temps, le bail avec cahier des charges peut être conclu, puis le promoteur fait son affaire de céder l'immeuble en cours de réalisation à un investisseur. Dans ce dernier scénario, si les parties veulent exclure cette indivisibilité, elles doivent le stipuler expressément.

Les deux actes, bail et VEFA, sont liés et indivisibles au motif qu'ils concourent à la réalisation d'une même opération

Étapes fondamentales

Le BEFA repose sur plusieurs étapes fondamentales tenant à l'achèvement, la réception, la livraison et la mise à disposition, qui doivent être bien précisées par les parties.

- L'achèvement est constaté même si le bien n'est pas parfaitement conforme à ce qui a été stipulé dans le contrat et qu'il demeure quelques malfaçons mineures comme le prévoit l'article R. 261-1 du Code de la construction et de l'habitation (CCH).

- La réception concerne les rapports entre le constructeur et le vendeur.

- La livraison s'adresse aux rapports entre vendeur et acquéreur. La mise à disposition est relative aux rapports entre le bailleur et le locataire.

- A la réception de l'immeuble au terme de la VEFA, le "promoteur / vendeur", qui est le bailleur initial, transfère le bail à "l'acquéreur / investisseur", qui devient le bailleur. Ce transfert de contrat s'effectue par une clause de cession de contrat sur le fondement des articles 1216 et suivants du Code civil ou une clause précisant que le vendeur se porte-fort de la ratification du contrat de bail par l'accédant en vertu de l'article 1204 du code civil.

La particularité de ce bail ? : il porte sur une chose future au motif que l'immeuble pris à bail n'existe pas lors de sa conclusion et que le contrat de bail est conclu avant même l'obtention du permis de construire

Particularité

La particularité de ce bail tient dans le fait qu'il porte sur une chose future au motif que l'immeuble pris à bail n'existe pas lors de sa conclusion et que le contrat de bail est conclu avant même l'obtention du permis de construire. Cela implique de définir le bien concerné avec précision, notamment sur la surface du bien et un descriptif le plus précis possible de la chose donnée à bail.

L'"utilisateur / preneur" ne dispose donc pas de la propriété du sol et n'est pas maître d'ouvrage, mais vient seulement définir dans un cahier des charges le bien qu'il souhaiterait prendre à bail et le « promoteur / vendeur » recherche le terrain, l'acquière, le réalise son sa maîtrise d'ouvrage et dispose de la possibilité de la céder en VEFA à un tiers investisseur.

C'est à ce montage inventé par le secteur privé qu'il convient de se demander si une personne publique soumise au code de la commande publique peut exprimer régulièrement le besoin de prendre à bail un bien immobilier, dont elle aura elle-même défini l'objet et un secteur géographique dans lequel elle souhaite le louer, et ce sans jamais disposer du terrain.

Qualification d'un BEFA au regard du code de la commande publique

Dans le cadre du montage de BEFA ainsi présenté, la personne publique prendrait le rôle d'« utilisateur / preneur ».

L'intérêt pour une personne publique est évident dès lors qu'elle n'a pas à engager immédiatement de fonds puisque le financement de l'ouvrage à construire est assuré par le "promoteur / vendeur", qui se rémunère par sa cession à investisseur. Ce dernier bénéficiera du paiement successif des loyers de l'utilisateur. Le montage du BEFA permet ainsi à une collectivité publique d'exploiter un ouvrage adapté à ses besoins et

Le montage du BEFA permet à une collectivité d'exploiter un ouvrage adapté à ses besoins et conformes à ses exigences qu'elle n'aura

conformes à ses exigences qu'elle n'aura pas financé lors de sa construction.

pas financé lors de sa construction.

En principe, un contrat de BEFA conclu par une personne publique constituerait un marché de service de location qui échappe aux règles principales des marchés publics en vertu de l'[article L. 2512-5 du code de la commande publique](#). Tel ne nous paraît toutefois pas le cas lorsque l'immeuble à construire pris à bail correspond à un besoin exprimé par la personne publique.

Dans pareille hypothèse, le contrat de BEFA pourrait être requalifié en marché public de travaux. En effet, depuis l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016, la maîtrise d'ouvrage publique n'est plus un critère de la définition de marché public de travaux ([CCP art. L. 1111-2](#)).

Le critère déterminant du marché public de travaux est désormais que l'ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par l'acheteur. Cette nouvelle définition du marché public implique que les contrats conclus par des acheteurs publics qui n'assuraient pas la maîtrise d'ouvrage des travaux, à l'instar des contrats de VEFA mais aussi de BEFA, peuvent désormais rentrer dans le champ de la commande publique. Ainsi, le contrat de BEFA envisagé devrait inévitablement être requalifié de marché public de travaux puisqu'il a pour principal objet de confier à un opérateur économique la réalisation de travaux répondant aux exigences d'une personne publique.

Le caractère onéreux propre aux contrats de la commande publique est également acquis dès lors que le prix de la construction sera réglé par le bailleur-investisseur et *in fine* par la personne publique par le versement de loyers. En ce sens, il ressort de la jurisprudence européenne ([CJUE, 29 octobre 2009, Commission c/ RFA, aff. C-536/07](#)) que l'absence d'acquisition de l'immeuble à construire par la personne publique n'empêche pas la qualification de marché public dès lors que ledit immeuble répond aux exigences qu'il a préalablement fixées.

A contrario, la seule hypothèse permettant de faire échapper le contrat de BEFA à la qualification de marché public de travaux concerne le cas où l'ouvrage réalisé qui sera loué ne répond pas aux exigences fixées par la collectivité publique et où elle n'exerce aucune influence déterminante ni sur la nature de l'ouvrage ni sur sa conception. Mais, l'intérêt du contrat de BEFA est justement de permettre à l'utilisateur-preneur, ici la collectivité publique, de guider le "promoteur / vendeur" et de peser sur la conception de l'ouvrage à louer afin qu'il corresponde exactement à ses besoins.

Il nous faut donc conclure que le contrat de bail avec un cahier des charges imposé au promoteur par la collectivité publique devrait, dans la grande majorité des cas, être qualifié de marché public de travaux et soumis à la passation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

En principe, un contrat de BEFA conclu par une personne publique constituerait un marché de service de location qui échappe aux règles principales des marchés publics

Le contrat de bail avec un cahier des charges imposé au promoteur par la collectivité publique devrait, dans la grande majorité des cas, être qualifié de marché public de travaux

Passation du contrat de BEFA par un acheteur public



Me François Bas

Un tel constat n'empêche toutefois pas d'imaginer la conclusion d'un BEFA, c'est-à-dire du contrat de bail avec un cahier des charges, qui respecterait les règles de la commande publique.

La passation de ce contrat ne nous paraît tout d'abord pas contrevenir aux dispositions de la loi MOP (Désormais codifiée aux articles L. 2410-1 et suivants du code de la commande publique) au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat "Région Midi Pyrénées " ([CE 8 février 1991, Région Midi Pyrénées, req. n° 57679](#)) dès lors que l'immeuble à construire n'est pas destiné à devenir la propriété de la personne publique.

Ensuite, la personne publique peut envisager de lancer une procédure de passation d'un marché global qui s'affranchit de l'obligation d'allotir. La conclusion d'un contrat de bail avec cahier des charges paraît compatible avec l'obligation d'allotir dès lors qu'il implique une prestation tenant à la fois à l'identification d'un terrain, la conception et la construction qui forment un tout et ne paraît pas permettre « l'identification de prestations distinctes » au sens de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique.

De même, l'absence de division des travaux en lots peut être justifiée par le risque de « rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations » visé à l'article L. 2113-11 du code de la commande publique.

Ce marché met à la charge du titulaire - "promoteur / vendeur", la recherche du terrain conformément aux attentes de la personne publique en échange de seul engagement à prendre à bail l'immeuble une fois achevé et d'accepter la cession du contrat du bail au bailleur- investisseur dès la signature du bail.

Le titulaire - "promoteur / vendeur" - est également chargé de construire l'immeuble selon un cahier des charges précisé par la personne publique dont il restera propriétaire jusqu'à la passation de l'acte de VEFA au "bailleur / investisseur". La contrepartie, au sens de l'[article L. 1111-1 du code de la commande publique](#), de la construction est donc assurée par la possibilité pour le titulaire de vendre l'immeuble à construire par le truchement d'une VEFA, par exemple à une société foncière.

Enfin et surtout, le marché comprend le bail portant sur l'immeuble à construire conclu sur une longue période afin de donner des garanties à l'« investisseur / bailleur ».

Le bail peut par exemple revêtir la forme d'un bail emphytéotique ou d'un bail classique régi par les dispositions des articles 1713 et suivants du code civil. Ce montage nous paraît donc être compatible avec les règles de passation de la commande de la commande publique.

Le titulaire - "promoteur / vendeur" - est également chargé de construire l'immeuble selon un cahier des charges précisé par la personne publique dont il restera propriétaire jusqu'à la passation de l'acte de VEFA au "bailleur / investisseur"

La question du paiement différé

Reste un obstacle de taille relatif à l'interdiction des paiements différés prévue à l'[article L. 2191-5 du code de la commande publique](#). Cette interdiction peut être relativisée sur deux aspects.

D'une part, l'interdiction de paiement différé a pour objet d'interdire le financement privé des ouvrages acquis par une personne publique. Or, l'immeuble ne deviendra pas la propriété de la personne publique et la contrepartie correspondant à la réalisation de l'immeuble sera acquitté par l'investisseur-bailleur dans le cadre de la VEFA.

D'autre part et en tout état de cause, l'interdiction concerne l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements et ne soulèvera donc pas de difficulté pour les autres personnes publiques ni pour les personnes privées soumises au code de la commande publique à l'instar des sociétés d'économie mixte ou des sociétés d'Habitation à loyer modéré.

Si elle est complexe et reste soumise à une large part d'adaptation, la passation d'un contrat de BEFA par une personne publique dans le cadre du code de la commande publique est donc tout à fait envisageable.