

## Contrats dédiés aux opérations de construction

(Version de juillet 2018)

### 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 qui ne sont pas soumis, en principe, à l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et aux textes réglementaires pris pour son application.

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 4](#) de l'ordonnance [n° 2015-899](#) du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics 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

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 est publiée au Journal officiel de la République française ; 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 » (art. 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

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

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 par l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « MOP », et par le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 (art. 90 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics).

### 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** (art. 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et 27 du décret du 25 mars 2016).

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 5-1 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, introduit par l'article 83 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, l'ensemble des acheteurs soumis à la loi MOP doivent recourir à l'organisation de concours d'architecture. 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 à l'article 88 du décret du 25 mars 2016), puis passation d'un **marché négocié** (défini à l'article 30, I, 6° du même décret) avec le ou les lauréats du concours. Les autres acheteurs **choisissent librement la procédure** de passation de leur marché public de maîtrise d'œuvre parmi les procédures formalisées (article 25 ou 26 du décret du 25 mars 2016) 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 (article 30 de ce décret).

## 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. 33](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015). 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 33 précité.

Pour les acheteurs soumis à la loi MOP, ces marchés publics constituent une exception au principe de dissociation des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur consacré par l'[article 7](#) de cette loi, selon lequel « *pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur* ». Pour cette raison, le recours aux marchés publics de conception-réalisation par des acheteurs soumis à la loi MOP est strictement encadré : ils ne peuvent y recourir « *que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique 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. 18](#), I, de la loi MOP, dont les exigences sont reprises à l'[art. 33](#), I, 2<sup>ème</sup> alinéa de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

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

Les **marchés publics de conception-réalisation** d'un montant égal ou supérieur aux seuils mentionnés à l'[article 42](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et passés par des acheteurs soumis à la loi MOP sont conclus selon une des **procédures formalisées** définies aux articles [25](#) et [26](#) du décret du 25 mars 2016 avec toutefois l'**intervention d'un jury** dans certaines hypothèses ([art. 91](#), II de ce décret). En-deçà de ces seuils, ces acheteurs peuvent recourir à une **procédure adaptée** ([art. 91](#), III du décret).

#### → A noter

Pour plus de détails sur le recours à ce type de marchés, il convient de se référer aux fiches techniques de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (ci-après DAJ), disponibles en ligne :

- [fiche technique](#) relative à la passation des marchés de conception-réalisation :
- [fiche technique](#) relative à l'allotissement et aux contrats globaux :

## 2.4. Les marchés publics globaux de performance

### 2.4.1. Recours aux marchés publics globaux de performance

Ces marchés publics « *associent 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. 34](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015). 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 32](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui pose 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. 60](#), I de l'ordonnance). Cette caractéristique distingue fondamentalement ces marchés des marchés de partenariat (v. *infra*, point **2.6.**). Ils ne dérogent pas à la **règle de la séparation de la rémunération** des prestations de construction de celle des prestations d'exploitation ou de maintenance ([art. 92](#), I du décret du 25 mars 2016).

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 34](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 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** prévues à l'article 92 du décret du 25 mars 2016.

En particulier, ceux d'un montant égal ou supérieur aux seuils mentionnés à l'[article 42](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont conclus, lorsqu'ils comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi MOP, selon la même procédure que celle applicable aux marchés publics de conception-réalisation ([art. 92](#), III du décret du 25 mars 2016), 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 à l'[article 35](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, permettent à certains acheteurs (principalement l'État, les établissements publics de santé, 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'entretien et/ou la maintenance des ouvrages construits. Ils ne permettent pas de recourir au paiement différé ([art. 60](#), I de l'ordonnance du 23 juillet 2015), 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 (art. 35, 1° de l'ordonnance du 23 juillet 2015) ; 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. 35, 2°) ; les immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris (art. 35, 3°) ; les immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles (art. 35, 4°) ; les établissements pénitentiaires (art. 35, 5°) ; les centres de rétention et les zones d'attente (art. 35, 6°) ; 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. 35, 7°) ; la revitalisation artisanale et commerciale au sens de l'[article 19](#) de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 (art. 35, 8°) ; la construction et l'aménagement des infrastructures de transport public du Grand Paris ou dont la maîtrise d'ouvrage est confiée à la Société du Grand Paris (art. 35, 9°).

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

Ces contrats, qui sont désormais expressément qualifiés de marchés publics par l'ordonnance du 23 juillet 2015, sont assujettis, **pour leur passation**, aux **règles de droit commun** prévues par cette ordonnance et le décret du 25 mars 2016.

## **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 la deuxième partie de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et la deuxième partie du décret du 25 mars 2016. 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. 67](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015). 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. 83](#), I de l'ordonnance du 23 juillet 2015). 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. 68](#), 1<sup>er</sup> al. de l'ordonnance du 23 juillet 2015). 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. 86](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

**Le recours à ce type de contrat global est toutefois très encadré** ([art. 74](#), [75](#) et [76](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015). 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. 151](#) du décret du 25 mars 2016, 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 l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 (v. [art. 66](#) de l'ordonnance et [art. 143](#) du décret).

## 3. Concessions de travaux

---

Les contrats de concession sont définis, en droit interne, par les articles 5 et 6 de l'**ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** 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 est publiée au Journal officiel de la République française ; 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. 6](#) de l'ordonnance du 29 janvier 2016).

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 de ce 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 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 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). Le concédant exerce sur le concessionnaire et sur le déroulement des opérations un pouvoir de contrôle permanent (art. [L. 300-5](#) du même 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 par la « *vente, la location ou la concession de 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](#)).

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 de ce code) [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](#), 2<sup>e</sup> 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 l'ordonnance du 29 janvier 2016 et du décret du 1<sup>er</sup> février 2016, relatifs 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 l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016, relatifs 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](#)) ;
- 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) dont ils détiennent la totalité du capital (art. [L. 327-1](#) 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 de [l'article 9](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée.

### → *Pour approfondir*

V. sur le site internet de la DAJ de Bercy, les fiches techniques sur [les contrats entre entités du secteur public](#), p. 7, et sur [les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices](#) (mises à jour respectivement les 21 juin et 8 novembre 2016).

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 1<sup>er</sup> 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 le bien immédiatement, fait acheter un bien par le crédit-bailleur. Le crédit-preneur loue ensuite le bien durant une période correspondant généralement à la durée d'amortissement de celui-ci. 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 du bien acheté par le crédit-bailleur au crédit-preneur ; 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 fait l'objet de plusieurs restrictions issues de la jurisprudence, en particulier :

- en vertu de l'article 2 de la loi [n° 85-704](#) du 12 juillet 1985 (loi MOP), le maître d'ouvrage public pour lequel un ouvrage est construit remplit « *une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre* » ; toutefois, il a été jugé 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 BEA 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](#)) ;
- dans une décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a jugé que « le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipée pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques, et au bon usage des deniers publics » ; le recours au crédit-bail, dérogatoire au droit commun de la domanialité publique, doit donc demeurer exceptionnel (CC, décision [n° 2003-473 DC](#) du 26 juin 2003, cons. 18).

## 5.3. Règles de passation des contrats de crédit-bail

Contrairement à l'état du droit qui prévalait avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les marchés de services financiers qui ont pour objet un achat ou une location immobilière n'entrent pas dans le champ d'application des règles de passation qui s'imposent aux marchés publics. Ils relèvent en effet de **l'exclusion définie au 2° de l'article 14 de cette ordonnance** (art. 10, a de la directive [2014/24/UE](#)). Il en est ainsi des services financiers attachés à un contrat de crédit-bail lorsqu'il porte 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.

Le contrat de VEFA n'est pas, en principe, un marché public soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 (il relève de **l'exclusion prévue au 2° de l'article 14 de cette ordonnance**), et ne peut donc être considéré comme un contrat administratif par détermination de son [article 3](#). 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 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 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 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

La VEFA n'est en principe pas soumise à des règles de publicité et de mise en concurrence particulières. Le recours à la VEFA ne saurait toutefois servir à contourner les règles applicables en matière de marchés 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 l'ordonnance du 23 juillet 2015. Il en irait de même de tout autre contrat de VEFA qui remplirait la définition du marché public de travaux donnée au I de [l'article 5](#) de cette ordonnance (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](#)).