

Le recours à la double vente par les personnes publiques

Par **Timothée Bassi**, avocat associé, cabinet Bassi Herlédan

La technique de la « double vente » constitue une forme de cession de terrain contre locaux à construire. Développée dans le cadre d'opérations immobilières privées, elle peut présenter de multiples intérêts pour les personnes publiques. Toutefois, le recours à cette technique est rigoureusement encadré par les règles applicables à ces dernières en matière de commande publique et de maîtrise d'ouvrage.

Qu'est-ce qu'une double vente ?

La double vente est - comme son nom l'indique - un ensemble contractuel formé par deux contrats de vente. D'une part, le propriétaire initial du terrain le vend à un cocontractant (souvent un promoteur), à charge pour lui d'y réaliser des travaux de construction. D'autre part, le vendeur du terrain acquiert auprès de ce même cocontractant tout ou partie des locaux convenus en leur état futur d'achèvement.

Même si ce cas est moins fréquent, on peut également recourir à cette technique à propos d'un ouvrage existant. Il s'agirait alors, pour le propriétaire initial, de céder cet ouvrage afin d'y faire réaliser des travaux de rénovation ou d'amélioration, et de l'acquérir en tout ou partie après achèvement de ces travaux.

Quels sont les avantages de la double vente ?

Lorsque la seconde vente porte sur une partie seulement de l'ouvrage réalisé par le cocontractant - ce qui est nécessairement le cas pour les personnes publiques, comme exposé ci-dessous -, la double vente présente des avantages d'ordre financier.

D'abord, cela permet de bénéficier d'économies d'échelle, puisque les locaux acquis en l'état futur d'achèvement s'inscrivent dans le cadre d'une opération plus vaste. Ensuite - et surtout -, la valeur

du terrain nu vient en déduction du prix à payer pour l'acquisition de ces locaux. Voire, si la valeur financière des locaux est inférieure à celle du terrain nu, le propriétaire initial du terrain nu obtient à la fois des locaux en l'état futur d'achèvement et une soulte.

Par ailleurs, ce montage permet d'externaliser la maîtrise d'ouvrage, ce qui n'est pas dépourvu d'intérêt en pratique.

Quelles sont les conséquences de l'externalisation de la maîtrise d'ouvrage ?

Dès lors qu'elle externalise la maîtrise d'ouvrage, la personne publique n'assume pas les attributions énumérées à l'article L. 2421-1 du Code de la commande publique [CCP] (qui reprend en cela l'ancienne loi MOP : détermination de l'emplacement de l'ouvrage, élaboration du programme, etc.). L'article R. 261-7 du Code de la construction et de l'habitation (CCH) rappelle d'ailleurs que le choix des architectes, entrepreneurs et autres techniciens fait partie des pouvoirs que conserve le vendeur maître d'ouvrage, de même que la passation des conventions et la réception des travaux. Ainsi, la personne publique n'a pas à conclure de multiples contrats de services (maîtrise d'œuvre, contrôle technique, coordination SPS, etc.) et de travaux (a fortiori dans le cadre d'un marché alloti). En cela,

l'externalisation de la maîtrise d'ouvrage dispense les personnes publiques de s'attacher les effectifs et les compétences nécessaires à la conduite d'une opération immobilière souvent complexe.

Par ailleurs, la personne publique qui externalise la maîtrise d'ouvrage n'assume pas la responsabilité (sans faute) qui pèse sur les maîtres d'ouvrage publics lors de la réalisation des travaux de construction (CE, 3 octobre 1980, n° 10478, publié au recueil Lebon ; CE, 26 février 2001, n° 196759, mentionné aux tables du Recueil).

Dans quels cas une personne publique peut-elle recourir à la double vente ?

Pour recourir à la double vente, une personne publique doit préalablement s'assurer que diverses conditions sont remplies.

D'abord, l'immeuble initialement détenu par la personne publique (souvent un terrain nu) doit être cessible. Cela suppose, en principe, qu'il relève de son domaine privé (art. L. 3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques - CG3P). La personne publique doit donc veiller à l'absence de domania- lité publique par anticipation (CE, 13 avril 2016, n° 391431, publié au Recueil) et, en cas de désaffectation et déclassement préalable, à l'absence de réaffectation

→

Ce qu'il faut retenir

- ▶ La double vente est un montage contractuel prévoyant, d'une part, la vente d'un terrain nu assorti de l'obligation, incombant au cessionnaire, d'y réaliser un ouvrage, et d'autre part, en sens inverse, la vente de tout ou partie de cet ouvrage en l'état futur d'achèvement.
- ▶ Ce montage emporte une externalisation de la maîtrise d'ouvrage. Par conséquent, lorsque le propriétaire initial du terrain nu est une personne publique, la seconde vente ne peut porter que sur une partie de l'ouvrage réalisé par son cocontractant.
- ▶ Selon l'équilibre économique de l'opération, ce montage constituera soit un marché public de travaux, soit un contrat de concession. Il devra donc, en principe, faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

ultérieure et certaine à l'utilité publique (CE, 1^{er} février 1995, n° 127969, mentionné aux tables du Recueil). Elle devra également veiller au respect du principe d'incessibilité à vil prix des biens publics. Ensuite, l'externalisation de la maîtrise d'ouvrage doit être permise. En effet, dans sa décision « Région Midi-Pyrénées », le Conseil d'Etat a interdit l'externalisation de la maîtrise d'ouvrage « lorsque l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres » (CE Sect., 8 février 1991, n° 57679, publié au Recueil). Dans un avis de 1995, il a réaffirmé cette position en précisant que ces conditions étaient cumulatives (avis CE, Sect. int. et TP, 31 janvier 1995, n° 356.960). Ceci implique que la double vente n'est possible, pour les personnes publiques, que dans la mesure où les locaux acquis en l'état futur d'achèvement ne constituent qu'une partie de l'ouvrage construit par son cocontractant, et ne sont pas individualisés par rapport au reste des constructions. En outre, afin d'éviter toute forme de détournement de procédure, la partie conservée par le cocontractant ne devra pas être purement résiduelle.

Quelle est la qualification de la double vente au regard du droit de la commande publique ?

L'article L. 2 du CCP dispose : « Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. » Puisque la double vente répond par hypothèse à un besoin exprimé par la personne publique, et prévoit une forme de rémunération pour le cocontractant, ce montage correspondra, selon son équilibre économique, soit à un marché public, soit à une concession. De plus, les travaux étant par hypothèse postérieurs à la conclusion du contrat, celui-ci ne devrait pas pouvoir être qualifié de contrat de service au sens de l'arrêt « Impresa Pizzarotti » (CJUE, 10 juillet 2014, aff. C-213/13), ni par conséquent échapper

aux règles du CCP sur le fondement de ses articles L. 2512-5 ou L. 3212-4.

Marchés et concessions ne diffèrent que par leur équilibre économique, les seconds mettant à la charge du cocontractant « un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service », à la différence des premiers (article L. 1121-1 du CCP). A ce titre, il faut donc observer, selon les caractéristiques de l'opération, si le titulaire a, ou non, la certitude d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés : dans le premier cas il s'agira d'un marché public, dans le second, d'une concession.

Dès lors qu'il conserve une partie de l'ouvrage, le cocontractant doit céder ou louer les locaux correspondants, ce qui l'amène à supporter un risque de commercialisation. Mais ce risque sera plus ou moins fort selon les circonstances : importance de la partie d'ouvrage conservée par le cocontractant, niveau de tension du marché immobilier dans la zone géographique concernée, etc. Au fond, la qualification du contrat supposera donc une analyse au cas par cas.

Par conséquent, ce montage doit-il être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence ?

En principe, oui, sous réserve d'exceptions propres au contexte de l'opération (urgence impérieuse, précédente procédure infructueuse, etc.).

Certes, puisque ce montage inclut une acquisition d'immeuble par la personne publique, on pourrait a priori s'interroger sur l'exception prévue à l'article R. 2122-3 du CCP. Celle-ci vise le cas de « l'acquisition ou 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 [...] lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché ». Mais contrairement à une Vefa ordinaire, la double vente suppose que la personne publique est initialement propriétaire du terrain. Ces conditions

seront donc difficiles à réunir, en particulier celle tenant à l'absence de solution de remplacement raisonnable, même si une approche au cas par cas devra sans doute être privilégiée.

Existe-t-il des alternatives à la double vente ?

Il existe un outil voisin de la double vente, communément appelé « méthode des tantièmes », dont la logique générale se rapproche de la double vente, mais selon un procédé juridique distinct.

Dans cette forme de vente de terrain contre locaux à construire, le propriétaire du terrain nu ne vend qu'une quote-part indivise de son terrain, et cette vente est assortie d'une obligation de construire à la charge du cessionnaire. Une fois réalisé, l'ouvrage se trouve alors lui-même détenu en indivision par l'effet de l'accession, avant de pouvoir faire l'objet d'un partage à concurrence des quotes-parts respectives des propriétaires indivis, soit suivant le régime de la copropriété, soit suivant une division en volumes selon la configuration des lieux.

Les avantages de cette forme de vente de terrain contre locaux à construire sont comparables à ceux de la double vente, outre qu'avec la méthode des tantièmes, le propriétaire initial du terrain conserve une maîtrise (certes partielle) du foncier, le cessionnaire n'étant jamais son unique propriétaire. En revanche, elle présente un degré de complexité plus important. ●

Retrouvez les trois autres fiches consacrées aux montages immobiliers publics :

- « L'acquisition en Vefa par les personnes publiques », « Le Moniteur » du 13 mai 2022 ;
 - « La location en Befa par les personnes publiques », 24 juin 2022 ;
 - « La cession-bail par les personnes publiques », 30 septembre 2022.
- Disponibles sur www.lemoniteur.fr/immobilier-public/