

La VEFA publique

Paul-Maxence Murgue-Varoquier
Docteur en droit

Éditions Edilaix

Le code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes des paragraphes 2 et 3 de l'article L122-5, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, sous réserve du nom de l'auteur et de la source, que « les analyses et les courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information », toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans consentement de l'auteur ou de ses ayants droit, est illicite (art. L122-4). Toute représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, notamment par téléchargement ou sortie imprimante, constituera donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L 335-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

ISBN : 978-2-36503-060-1

© Éditions EDILAIX

www.edilaix.com



Sommaire

- **Préface**

- **Introduction**

- **Partie 1**

- **Le recours à la VEFA publique**

- I) Le conflit de maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'une VEFA publique
 - II) L'articulation de la VEFA publique avec la maîtrise d'ouvrage publique
 - III) Le cas particulier des VEFA publiques des bailleurs sociaux

- **Partie 2**

- **La qualification de la VEFA publique**

- I) La qualification automatique de la VEFA publique en marché public
 - II) La distinction « VEFA-marché de travaux » et « VEFA-marché de services »

- **Partie 3**

- **Le régime de la VEFA publique**

- I) La passation d'une VEFA publique
 - II) La conclusion de la VEFA publique
 - III) L'exécution de la VEFA publique

- **Partie 4**

- **Le contentieux de la VEFA publique**

- I) Le contentieux des VEFA publiques de droit administratif
 - II) Le contentieux des VEFA publiques de droit privé
 - III) Le contentieux pénal des VEFA publiques

- **Partie 5**

- **VEFA publique et opérations complexes**

- I) La VEFA publique dans les ventes de terrain contre remise de locaux
 - II) La VEFA publique dans les montages « aller-retour »
 - III) La VEFA publique dans les opérations en BRS « opérateur »

Préface

Ouverte voici plus de trois décennies, la question de savoir dans quelle mesure les personnes publiques peuvent recourir à la vente en l'état futur d'achèvement – technique contractuelle issue du Code civil et du Code de la construction et de l'habitation – pour leurs acquisitions immobilières a sécrété des jurisprudences remarquées, à compter du fameux arrêt « Région Midi-Pyrénées » (CE, 8 févr. 1991). Par la suite, le juge administratif précisera également les conditions d'utilisation par les Administrations de procédés voisins, comme la VIR ou le BEFA. Surtout, la matière évoluera fortement sous la pesée du droit de l'Union européenne, en particulier des directives du 26 février 2014. Le droit positif résultant (notamment) de la sédimentation de ces strates présente une technicité assez rébarbative.

Il faut donc au praticien, afin de se retrouver dans un tel maquis (plein d'épineux), un guide vraiment fiable. L'ouvrage qu'il tient entre les mains répond à cet impératif de sécurité juridique. C'est au demeurant le premier du genre, car si les VEFA publiques ont jusqu'à maintenant donné lieu à des écrits épars (articles, notes de jurisprudence), aucune synthèse n'existait sur un sujet dont les enjeux s'avèrent considérables.

L'auteur, Monsieur Paul-Maxence Murgue-Vároclier, a suivi un cursus académique brillant à l'université Jean Moulin Lyon III, parcours qui s'est clos avec une thèse de doctorat sur le critère organique en droit administratif, préparée sous la direction du professeur Sylvie Caudal et publiée à la LGDJ en 2018. Qualifié aux fonctions de maître de conférences, il enseigne aujourd'hui dans plusieurs universités, mais s'est fortement rapproché du notariat en intégrant le CRIDON Lyon, dont il dirige le département Droit public, Droit de l'environnement et Droit des OSBL (organismes sans but lucratif). Cet exercice professionnel lui a offert l'occasion dans les dernières années d'identifier maintes problématiques juridiques en relation avec l'immobilier public, nourrissant une activité d'écriture intense, toujours très rigoureuse et excellemment informée.

Ces qualités rarement réunies sous la même plume – la vision universitaire, celle du praticien (précieuse ici sur des aspects tels que la volumétrie, la dimension procédurale, le BRS opérateur...) –, Paul-Maxence Murgue-Vároclier en fait bénéficier le lecteur au fil de

pages conjuguant caractère didactique et expertise très « affûtée ». Les aspects de droit des biens (MOP, contraintes domaniales), de droit des contrats et de contentieux se trouvent parfaitement saisis. Au-delà de développements attendus, l'auteur consacre des focus bienvenus à des points généralement peu traités, tels le recours à la VEFA par les bailleurs sociaux, les aménagements intérieurs de l'ouvrage, la VEFA minoritaire ou celle d'opportunité, le cas des personnes privées de la sphère publique ou encore la dimension pénale.

Que le droit privé – terreau originel – ne constitue pas l'objet principal du propos (comme l'annonce clairement le titre) n'interdit pas au préfacier deux remarques touchant la relation public/privé. D'une part, la dynamique du sujet conduit à relativiser l'antienne d'une privatisation de l'action publique immobilière, le droit de la commande publique – majoritairement administratif – ayant continûment gagné du terrain au XXI^e siècle. D'autre part, on voit bien là tout l'intérêt d'une discipline frontalière – faut-il parler de « droit public notarial » ou de « droit notarial public » ? – dont Paul-Maxence Murgue-Vároclier est devenu sans conteste l'un des meilleurs spécialistes.

Philippe Yolka
Professeur de droit public, université Grenoble Alpes

Introduction

1. Contrat spécial de la construction, la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) s'impose aujourd'hui comme un instrument contractuel incontournable de la politique immobilière des personnes publiques. En 1991, le commissaire du gouvernement Marcel Pochard écrivait déjà : « *le recours à la technique de la vente en l'état futur d'achèvement s'est fortement développé au cours des dernières années de la part de nombreuses administrations publiques essentiellement de l'Etat en vue de la construction ou de la réhabilitation d'immeubles ou de parties d'immeubles destinés à abriter des services publics* »¹. Si, trois décennies plus tard, le constat demeure valable, le mouvement s'est largement amplifié. Au-delà de l'Etat et de ses établissements publics, le recours au contrat de VEFA par les personnes publiques s'est décentralisé : les collectivités territoriales (communes, départements, régions...), les établissements publics locaux, ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale (communautés de communes, métropoles...) l'utilisent très régulièrement pour répondre à leurs besoins immobiliers. En outre, cette technique d'acquisition d'immeubles à construire s'est diffusée dans tout le secteur public : les bailleurs sociaux, les sociétés publiques locales (SPL) ou encore les sociétés d'économie mixte (SEM) ont recours au contrat de VEFA à titre habituel pour mener à bien leurs missions (notamment dans le domaine du logement).

2. **Définition du contrat de VEFA.** Principal outil de commercialisation des immeubles neufs, la VEFA, créée par la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967, est un contrat spécial de la construction par lequel le vendeur transfère à l'acquéreur la propriété du sol et des constructions éventuellement existantes au jour de la signature du contrat, puis l'ouvrage à construire, au fur et à mesure de son édification, par accession. Le vendeur s'oblige à livrer à l'acquéreur, dans le délai prévu au contrat, un immeuble conforme à sa commande et aux règles de l'art, en étant investi à cette fin, des « *pouvoirs du maître d'ouvrage* » jusqu'à la réception des travaux. En contrepartie, l'acquéreur procède au versement progressif du prix en cours de chantier. La VEFA se

1- M. Pochard, concl. sur CE, 8 févr. 1991, *Région Midi-Pyrénées*, RFDA 1992, p. 48.

définit ainsi comme un contrat nommé (réglementé par la loi), synallagmatique (chacune des parties s'obligeant réciproquement l'une envers l'autre), conclu à titre onéreux (chaque contractant recevant de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'il procure) et à exécution successive (les prestations étant échelonnées dans le temps). Elle emprunte à la vente et au louage d'ouvrage compte tenu de son objet hybride consistant à la fois en un transfert de propriété (obligation de donner) et en une prestation de construction (obligation de faire) ; au surplus, un mandat accessoire est confié au vendeur pour la conclusion de certains actes juridiques, ce qui fait de la VEFA un contrat « complexe ». Deux typologies de VEFA ont été consacrées en 1967 : la VEFA en secteur protégé, lorsque l'immeuble à construire, dont le paiement du prix intervient avant achèvement, est destiné à l'habitation ou à une destination mixte, d'habitation et professionnelle (cette dernière renvoyant à une destination de type « civile libérale »), et la VEFA en secteur libre, qui recouvre toutes les hypothèses dans lesquelles ces deux critères cumulatifs ne sont pas réunis. En secteur protégé, la nature du contrat est imposée et son contenu réglementé de manière impérative (formalisme, calendrier de paiement, garantie financière d'achèvement, définition de l'achèvement...), tandis qu'en secteur libre, les parties conservent leur liberté contractuelle, sous réserve de l'application de certaines règles (par exemple, l'application de la garantie des vices et défauts de conformité apparents).

3. Identité de la VEFA parmi les contrats de vente d'immeuble à construire. Avec la vente à terme, la VEFA est l'un des deux contrats nommés de vente d'immeuble à construire. La VEFA – définie à l'article 1601-3 du Code civil – se distingue cependant de la vente à terme – définie à l'article 1601-2 du Code civil – sur deux points essentiels. D'une part, l'acquéreur en VEFA devient immédiatement propriétaire du terrain et des constructions existantes lors de la signature du contrat, puis acquiert progressivement – par accession¹ – la propriété des ouvrages à venir « *au fur et à mesure de leur exécution* »². Dans la vente à terme, le transfert de propriété « *s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble* »³, en rétroagissant au jour de la signature de l'acte de vente. D'autre part, l'acquéreur en VEFA est tenu de payer le prix en fonction de l'avancement des travaux, alors que le prix n'est versé au

1- C. civ., art. 552, al. 1 : « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ».

2- *Ibid.*, art. 1601-3.

3- *Ibid.*, art. 1601-2 : « *il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente* ».

vendeur qu'à l'achèvement dans le cadre d'une vente à terme, bien que l'acquéreur soit tout de même amené à procéder à des dépôts de garantie sur un compte consigné en cours de chantier, selon le même calendrier impératif en secteur protégé que celui applicable en VEFA¹. Parce qu'elle fait participer l'acquéreur au financement de l'ouvrage à édifier, en permettant au vendeur de ne pas faire l'avance de la totalité du coût de l'opération sur sa trésorerie ou en recourant à l'emprunt, la VEFA constitue la technique contractuelle la plus utilisée par les promoteurs, au détriment de la vente à terme ; les deux contrats présentant pour le reste des contraintes de régime analogues en secteur protégé.

4. Distinction de la VEFA avec d'autres contrats ayant pour objet des travaux immobiliers. Pour l'appréhender parmi d'autres instruments juridiques de construction ou de réhabilitation d'immeubles, la VEFA peut être distinguée de trois autres contrats.

5. Elle se distingue, d'abord, du bail en l'état futur d'achèvement (BEFA). Il s'agit d'un contrat innommé – issu de la pratique – comportant un double objet : la réalisation, par le bailleur, de travaux de construction ou de réhabilitation d'un immeuble et la location, au profit du preneur, de l'immeuble construit ou réhabilité. Les loyers versés rémunèrent à la fois – et indistinctement – la construction et la mise à disposition de l'ouvrage. Si ce contrat est très utilisé dans le secteur privé², les personnes publiques y ont également recours dans le but, notamment, d'étaler dans le temps le financement des travaux³, ce qui pose d'importantes difficultés quant à la compatibilité de l'opération avec le droit de la commande publique⁴. Bien que le BEFA partage avec la VEFA sa nature juridique hybride, les conventions se distinguent toutefois par le fait que seule la seconde a un effet translatif de propriété, le BEFA ne conférant qu'un droit d'usage au preneur

1- L'article L. 261-12 du Code de la construction et de l'habitation dispose que « le contrat de vente à terme peut seulement stipuler que des dépôts de garantie seront faits, à mesure de l'avancement des travaux, à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur par un organisme habilité à cet effet. Les fonds ainsi déposés sont incessibles, insaisissables et indisponibles dans la limite des sommes dues par l'acheteur, sauf pour le paiement du prix ». Celui-ci intervient en un seul versement définitif, à la livraison, une fois l'achèvement régulièrement constaté.

2- Le montage contractuel est souvent couplé à un contrat de VEFA au profit d'un investisseur qui assume alors le coût des constructions : G. Durand-Pasquier, « Les points de vigilance du couple VEFA-BEFA », *RDI*, 2024, p. 125.

3- P. Riglet, J.-L. Tixier, « Le bail de locaux en l'état futur d'achèvement », *RDI*, 2014, p. 546

4- P.-M. Murgue-Varoclier, « BEFA et marché public de travaux : une incompatibilité juridique », *JCP A*, 2024. 2177.

(même si certains contrats stipulent une option d'achat de l'immeuble à son profit).

6. La VEFA se distingue ensuite du contrat de promotion immobilière (CPI). Créé par la loi n° 71-579 du 16 juillet 1971, ce contrat – qui figure aujourd'hui aux articles 1831-1 à 1831-5 du Code civil (repris aux articles L. 221-1 à L. 221-5 du CCH) – est un « *mandat d'intérêt commun* » par lequel le maître d'ouvrage, propriétaire du terrain, confie à un promoteur le soin de réaliser un programme de construction. Si la VEFA comme le CPI portent bien sur une opération de construction, le cocontractant du promoteur immobilier, dans le cadre du CPI, est, à l'origine, propriétaire du terrain. Tel n'est pas le cas dans une VEFA, la propriété du terrain (et des éventuelles constructions existantes) étant transférées à l'acquéreur lors de la conclusion du contrat. En tout état de cause, les voies de recours au CPI par les personnes publiques sont très étroites, au regard notamment du régime de la maîtrise d'ouvrage publique¹.

7. Enfin, la VEFA se distingue de la vente d'immeuble à rénover (VIR). Créée par l'article 80 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, la VIR – dont le régime est codifié aux articles L. 261-1 à L. 261-11 du CCH – partage avec la VEFA son effet translatif de propriété tout en imposant au vendeur une obligation de réalisation de travaux après la vente. Le vendeur conserve la maîtrise d'ouvrage de l'opération et perçoit des paiements avant la livraison. Cependant, contrairement à la VEFA, le contrat de VIR doit porter exclusivement sur un immeuble bâti (et non sur un terrain nu) et son champ d'application est réservé au « secteur protégé ». En outre, la VIR a pour objet la rénovation (et non la construction) d'un immeuble. L'importance des travaux à réaliser sur l'immeuble (notamment lorsqu'ils visent à rendre à l'état neuf le « gros œuvre ») pourra toutefois avoir pour effet d'imposer aux parties la conclusion d'un contrat de VEFA, les travaux étant dans ce cas assimilables à une « construction neuve ». Lorsque la VIR est utilisée par une personne publique, il fait peu de doute que le contrat recevra la qualification de marché public de travaux.

8. Recours à la VEFA par les personnes publiques. Dans l'arrêt *Région Midi-Pyrénées*, le Conseil d'Etat a énoncé en principe qu'« aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement prévu à l'article

1- Sur cette question, v. N. Dourlens, R. de Moustier, « Le recours aux contrats de promotion immobilière par les opérateurs publics », *Contrats-Marchés publ.*, 2018, étude 6.

1601-3 du code civil »¹. Si la solution pourrait *a priori* paraître restrictive puisqu'elle ne vise que les « collectivités publiques », la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement permet de se convaincre qu'elles s'appliquent à toutes les personnes publiques. À l'instar des personnes privées (particuliers et entreprises), les personnes publiques sont donc juridiquement autorisées (sous conditions) à acquérir des immeubles à construire en VEFA. Par convention de langage, on parle ainsi de « VEFA publique »². La VEFA constitue d'ailleurs un mode amiable d'acquisition d'immeuble à titre onéreux, que le Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) permet implicitement aux personnes publiques d'utiliser. Son article L. 1111-1 alinéa 2 dispose en effet que « *les acquisitions de biens et droits à caractère immobilier s'opèrent suivant les règles du droit civil* », ce qui peut notamment concerner le contrat de l'article 1601-3 du Code civil.

9. En pratique, le recours à la VEFA par les personnes publiques – qu'il s'agisse des personnes publiques locales (communes, EPCI, établissement public local...) ou nationales (l'Etat et ses établissements publics) – est particulièrement fréquent. Cet instrument contractuel est utilisé pour réaliser des acquisitions d'immeubles de diverses natures. Il peut s'agir de locaux imbriqués dans un immeuble de logements construit par un promoteur (cellule commerciale en rez-de-chaussée pour y installer des services publics locaux : crèche municipale, médiathèque, cantine scolaire...). La VEFA publique peut également porter sur l'acquisition – partielle ou totale (on parle alors de VEFA « en bloc ») – de bâtiments standardisés destinés à un usage de bureaux (administration centrale, annexe d'une mairie...). Elle peut aussi avoir pour objet des ouvrages plus spécifiques directement conçus pour les besoins de son acquéreur public (hôpital, tribunal, commissariat ou gendarmerie, siège social d'une collectivité territoriale, parfois même salle de concerts ou de spectacles...), faisant alors craindre un risque de requalification de l'opération en marché public de travaux (et éventuellement la commission d'un délit pénal – le délit d'octroi d'avantage injustifié, mieux connu sous la dénomination

1- CE, sect., 8 févr. 1991, n° n° 57679, *Région Midi-Pyrénées, Lebon* p. 41 ; *AJDA* 1991. 579, obs. X. Delcrois ; *D.* 1991. 373, obs. P. Terneyre ; *RDI* 1991. 204, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; *RFDA* 1992. 48, concl. M. Pochard ; *JCP* 1991, II, 21738, note E. Fatôme ; *RD publ.* 1991. 1137, note J.-M. Auby ; *CJEG* 1991. 251, note F. Llorens.

2- Par ex., v. le dossier « Les VEFA publiques », *RDI*, 2021, p. 320. On a aussi pu parler de « VEFA administrative », mais l'expression est trompeuse car toutes les VEFA publiques ne sont pas des contrats administratifs.