



## [Tribune] La prise en charge des travaux dans les opérations de prise à bail des collectivités publiques

**La location d'immeubles n'est pas soumise aux principales règles de la commande publique. Mais attention, rappellent Jean-Christophe Lubac, Avocat Associé, spécialiste en droit public et immobilier et François Bas, Avocat Sénior (Sartorio Avocats), ce n'est parfois plus le cas lorsque l'acheteur public demande à son bailleur de réaliser des travaux afin d'adapter le local pris à bail aux besoins de leur activité.**

La location d'immeubles n'est pas soumise aux principales règles de la commande publique. Il s'agit là d'un principe incontestable (d'ailleurs consacré à l'[article L. 2512-5 du code de la commande publique](#) - CCP) justifié par la nature du besoin exprimé par l'acheteur public qui se prête difficilement au jeu de la mise en concurrence. Pour certaines collectivités publiques, et notamment les établissements publics nationaux, la prise à bail est le moyen le plus efficace pour implanter à moindre coût leurs services déconcentrés sur l'ensemble du territoire.



Bien souvent, ces collectivités ont pris l'habitude de demander à leur bailleur de réaliser des travaux afin d'adapter le local pris à bail aux besoins de leur activité. C'est ainsi que le bailleur s'engage dès la conclusion du bail à réaliser des travaux sous sa maîtrise d'ouvrage, parfois d'importance, selon les exigences définies par la collectivité publique locataire et, par exemple, en contrepartie d'un surloyer. Un tel montage permet de lisser le coût des travaux. Pendant longtemps, cette pratique n'a pas soulevé de problème particulier dès lors que la réalisation des travaux sous la maîtrise d'ouvrage du bailleur (et non sous la maîtrise d'ouvrage d'un pouvoir adjudicateur) échappait à la qualification de contrat de marché public, ce qui n'est plus le cas désormais.

### Le bail avec travaux, un contrat mixte de la commande publique



Me François Bas

La passation de ce type de contrat de location est remise en cause depuis que la maîtrise d'ouvrage publique n'est plus un critère de définition de marché public de travaux à la suite de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 ([CCP, art. L. 1111-2](#)). La qualification de marché public de travaux est ainsi acquise si l'ouvrage est réalisé conformément aux besoins exprimés par l'acheteur public, notamment s'il en a défini les caractéristiques ou exercé une influence déterminante s'agissant de sa conception ([CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, C-451/08](#)). Le juge administratif a eu l'occasion de le rappeler récemment s'agissant d'un contrat de Bail en l'Etat futur d'Achèvement (BEFA) <sup>(1)</sup>.

**Des opérations qui reposent pourtant formellement sur une location d'un bien immobilier sont désormais susceptibles d'être qualifiées de marché public dès lors qu'elles revêtent un caractère mixte et prévoient la réalisation de travaux**

Des opérations qui reposent pourtant formellement sur une location d'un bien immobilier sont désormais susceptibles d'être qualifiées de marché public dès lors qu'elles revêtent un caractère mixte et prévoient la réalisation de travaux. Les contrats de bail avec travaux présentent donc un caractère hybride en ce que, d'une part, la réalisation des travaux est soumise aux règles classiques de mise en concurrence et de publicité et, d'autre part, la location en tant que telle échapperait à ces mêmes règles.

Le régime des marchés mixtes est prévu aux articles [L. 2000-1](#) et [L. 2000-2](#) du Code de la commande publique selon le caractère dissociable ou non des prestations. Selon la Direction des Affaires Juridiques de Bercy, le caractère dissociable s'apprécie de façon casuistique et peut notamment résulter de raisons techniques ou économiques (fiche « [Contrats de la commande publique et autres contrats](#) », mise à jour au 1er avril 2019)

### L'application des règles de publicité et de mise en concurrence en fonction du caractère dissociable des prestations et de l'objet principal du marché



Me Jean-Christophe Lubac

Le pouvoir adjudicataire doit s'interroger en premier lieu sur le caractère dissociable ou non des travaux afin d'apprécier les règles de passation applicable au montage contractuel choisi.

Si les travaux impliquent seulement un réaménagement de locaux ne relevant pas des obligations légales du bailleur, ils pourront être qualifiés de dissociables du contrat de location. Dans une telle hypothèse, le contrat de bail et le marché de travaux peuvent être passés séparément dès lors qu'aucune raison d'ordre économique ou technique ne justifie l'inverse. En effet, l'une des raisons d'ordre économique ou technique qui pourrait justifier la prise en charge par le bailleur de certains travaux tiendrait dans le fait que ceux-ci relèvent de la responsabilité du bailleur comme les grosses réparations, le respect des normes de constructions et d'accessibilité...

**Le pouvoir adjudicataire doit déterminer si le contrat a ou non principalement pour objet des travaux qui entendent satisfaire un besoin de la personne publique concernée, ou si l'essentiel réside dans la location de l'immeuble**

Si le pouvoir adjudicataire décide néanmoins de passer un seul contrat qualifié de marché mixte, celui-ci sera soumis, en principe, à une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence en application des seuils de procédure des marchés de travaux. A ce titre, depuis l'entrée en vigueur de l'article 142 de la [loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique](#) (dite " loi ASAP) le seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux a été relevé temporairement à 100 000 euros Hors Taxes jusqu'au 31 décembre 2022.

En revanche, si les travaux impliquent la construction en totalité de l'immeuble mis à disposition, ils pourront être qualifiés d'indissociables du contrat de bail dès lors que l'exécution des travaux est un préalable indispensable à la prise à bail. Dans ce scénario, les dispositions applicables au marché dépendent de l'objet principal du contrat.

Le pouvoir adjudicateur doit donc déterminer si le contrat a ou non principalement pour objet des travaux qui entendent satisfaire un besoin de la personne publique concernée, ou si l'essentiel réside dans la location de l'immeuble. Dans le cadre par exemple d'un BEFA, l'objet principal du contrat de bail sera de mettre à disposition un local adapté aux exigences de l'acheteur public, surtout si la maîtrise d'ouvrage du bailleur réalise la totalité de l'immeuble pour satisfaire aux besoins de son preneur. Dans ce cas de figure le montant estimatif des travaux excédera probablement le seuil de la procédure formalisée de 5 350 000 € Hors Taxes.

Au total, le marché mixte sera donc le plus souvent soumis aux règles des marchés publics de travaux puisque, soit les prestations de travaux seront mineures et qualifiées de dissociables des obligations du bailleur, soit parce que les travaux seront conséquents et en constitueront nécessairement l'objet principal. Fort de ce constat, les collectivités publiques doivent soumettre leurs opérations de prise à bail aux règles de publicité et de mise en concurrence préalables lorsqu'elles mettent à la charge du bailleur la réalisation de travaux pour adapter le bien à leurs besoins.

**Les collectivités publiques doivent soumettre leurs opérations de prise à bail aux règles de publicité et de mise en concurrence préalables lorsqu'elles mettent à la charge du bailleur la réalisation de travaux pour adapter le bien à leurs besoins**

## Deux montages possibles

**La solution "classique"** - Le premier consiste à dissocier les prestations de location et de travaux. Un contrat de bail sera d'abord conclu de gré à gré dans lequel le bailleur consentira à l'acheteur public de réaliser des travaux d'aménagement sous sa maîtrise d'ouvrage. L'acheteur public pourra ensuite passer une procédure de marché public de travaux pour adapter le local à ses exigences et le cas échéant déléguer sa maîtrise d'ouvrage à un mandataire. Il s'agit là de la solution « classique » permettant de respecter les principes de la commande publique. Néanmoins, dans un tel scénario, le bailleur ne réalisera pas les travaux qui seront assumés par l'acheteur public.

**La solution "audacieuse"** - Le second, plus audacieux, implique de procéder à une mise en concurrence en vue de la conclusion d'un bail portant sur un immeuble qui correspondrait aux exigences de l'acheteur public. Les bailleurs disposant d'un bien correspondant ou adaptable aux besoins de l'acheteur public pourront alors se porter candidat.

L'acheteur public doit d'abord définir clairement ses besoins avant de lancer la procédure de passation et ainsi informer les bailleurs intéressés. Il précise notamment les caractéristiques de l'immeuble qu'il recherche, son périmètre de localisation ainsi que la date de mise à disposition et la durée du bail attendues. En principe, l'acheteur pourra, au regard des seuils, opter pour une procédure adaptée si ses exigences portent seulement sur l'aménagement intérieur des locaux.

Ensuite, l'acheteur pourra négocier les termes du contrat de bail, dans le respect des caractéristiques énoncées dans les documents de la consultation, avec un ou plusieurs bailleurs candidats. Il peut également engager une négociation avec le seul candidat arrivé premier à l'issue de l'analyse des offres sans porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats (TA Rennes, 17 décembre 2020, n° 2005292).

A l'issue de la procédure de mise en concurrence, les travaux nécessaires pour répondre aux exigences de l'acheteur public et convenus au contrat de bail pourront être réalisés par le bailleur sélectionné et ce, sous sa maîtrise d'ouvrage.

Le montant des loyers ne méconnaît pas, à notre sens, le principe de l'interdiction de paiement différé prévu à l'[article L. 2191-5 du code de la commande publique](#) dès lors que, par sa nature hybride tenant à sa qualification également de bail, cette interdiction ne peut pas s'appliquer. En effet, une telle interdiction, qui ne concerne pas tous les acheteurs publics, n'est pas pertinente s'agissant d'un contrat de bail dont le loyer représente forcément un paiement échelonné. Le prix du loyer n'est pas la contrepartie de la prestation de travaux, mais la contrepartie de la jouissance par le preneur d'un immeuble répondant à ses besoins pendant une durée contractuelle déterminée. Les prestations de travaux sont réalisées au bénéfice du bailleur qui reste propriétaire de l'ouvrage au terme du bail et continuera de bénéficier des travaux réalisés après le départ du preneur. La cour administrative d'appel de Nancy a d'ailleurs jugé en ce sens que les échéances de loyer prévues dans un contrat public de BEFA ne méconnaissent pas l'interdiction de procéder à des paiements différés ([CAA Nancy 18 novembre 2020, req. n° 20NC02103](#)).

## Une méconnaissance des dispositions de la loi MOP ?

Ce montage n'est, à notre sens, pas soumis aux dispositions de la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP), désormais codifiées aux [articles L. 2410-1 et suivants du code de la commande publique](#). En effet, dans l'hypothèse décrite, les travaux seraient réalisés sous la maîtrise d'ouvrage du bailleur et non sous maîtrise d'ouvrage publique.

De même, il ne s'agirait pas davantage d'un détournement de la loi MOP en ce que l'immeuble sera loué et non acquis par l'acheteur public. A cet égard, nous pouvons faire référence à la jurisprudence "Région Midi Pyrénées" ([Conseil d'Etat, Section du 8 février 1991, req. n° 57679](#)) applicable en matière de Vente en l'Etat Future d'Achèvement public qui admet leur légalité, sauf si elle constitue un détournement des règles de la commande publique et de la loi MOP. Quatre conditions cumulatives permettent de mettre en exergue un tel manquement, lorsque :

- l'objet de l'opération est la construction d'un immeuble ;
- l'immeuble est construit pour le compte de la personne publique ;
- l'immeuble est entièrement destiné à devenir la propriété de la personne publique ;
- l'immeuble a été conçu en fonction des besoins propres du pouvoir adjudicateur.

Ces principes ont d'ailleurs encore été rappelés très récemment par la cour administrative d'appel de Nancy (CAANancy 15 avril 2021, req. n°19NC02073). En l'occurrence, l'opération envisagée ne constitue qu'une prise à bail et n'implique pas nécessairement la construction d'un immeuble ni même à ce que ledit immeuble devienne la propriété de l'acheteur public à l'achèvement des travaux. Les dispositions de la loi MOP ne nous paraissent pas applicables et n'empêchent donc pas le bailleur d'assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux.

Un tel montage permettrait ainsi la réalisation de travaux sous maîtrise d'ouvrage privée à la suite d'une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence.

(1) « Le contrat litigieux ne se limite pas à la location d'un bien immobilier, mais comprend, pour la période précédant la mise à disposition du bien, des travaux de construction et d'aménagement destinés à répondre aux »

*besoins définis par le centre hospitalier Y, selon un programme fonctionnel établi par lui. A ce titre, il entre dans le champ d'application des dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, qui soumettent, en principe, les marchés de travaux à des obligations de publicité et de mise en concurrence. » (CAA Nancy, 18 novembre 2020, req. n° 20NC02103).*