

NEWSLETTER

AVRIL 2024



À NE PAS MANQUER CE MOIS-CI ...

ARCHITECTURE ET CONSTRUCTION

- Thomas Cazenave a lancé les travaux du Conseil de l'immobilier de l'État sur le projet de foncière de l'État pour une gestion immobilière responsable, durable et sobre – **Page 2**

DROIT DE L'URBANISME

- En droit, qu'est-ce qu'une friche ? – **Page 4**
- Transfert de l'instruction des autorisations d'urbanisme et compétences propres de la Commune – **Page 6**

CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

- Distinction entre sous-traitant et fournisseur – **Page 7**
- Éléments d'équipement d'un ouvrage : la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence en matière de garantie décennale – **Page 8**
- Le Conseil d'Etat se prononce sur un nouveau projet de loi de simplification de la commande publique – **Page 9**

COLLECTIVITES TERRITORIALES

- L'indemnité d'occupation irrégulière du domaine public – **Page 11**

ARCHITECTURE ET CONSTRUCTION

Thomas Cazenave a lancé les travaux du Conseil de l'immobilier de l'État sur le projet de foncière de l'État pour une gestion immobilière responsable, durable et sobre

Lors de la séance du Conseil de l'immobilier de l'État du 29 février 2024, Thomas Cazenave, ministre délégué, chargé des Comptes publics, a lancé les travaux du Conseil de l'immobilier de l'État sur le projet de création d'une foncière pour l'immobilier de l'État.

Pour accompagner ce chantier de transformation, le ministre entend s'appuyer sur l'expertise du Conseil de l'immobilier de l'État, présidé par le député Jean-Paul Mattei, et composé de parlementaires et de personnalités qualifiées.

L'objectif est d'optimiser la gestion d'un patrimoine colossal (94 millions de m² bâtis dont 23 millions de m² de bureaux) et de relever le défi de sa transition environnementale. La création d'une foncière doit permettre d'instaurer une réelle fonction de propriétaire afin de garantir la pertinence des investissements, valoriser le patrimoine et responsabiliser l'occupant sur le coût de son immobilier. Elle doit accompagner l'objectif de réduction de 25 % les surfaces de bureaux occupées par les services et opérateurs de l'État, qui est une nécessité pour réussir la transition écologique des bâtiments de l'État. La concentration des moyens sur un parc rationalisé facilitera la rénovation et l'adaptation des espaces de travail des agents et d'accueil du public (source : communiqué de Presse du Ministère de l'Économie).

Cette initiative s'inscrit dans une récente série de projets de création de foncières publiques.

Ainsi, dans le secteur particulièrement problématique du logement, le législateur a ouvert à certains acteurs et principalement aux collectivités territoriales, la possibilité de créer des organismes fonciers solidaires (OFS)¹. Ces organismes sont des foncières à caractère « social » dont l'objet est de conserver « éternellement » la propriété foncière et/ou immobilière de biens affectés à des logements abordables. L'outil permet l'accès à la propriété immobilière de ménages aux revenus modestes. Sa particularité est de placer le foncier entre les mains d'un organisme solidaire qui a vocation à le louer de manière à alléger le coût de l'opération pour les ménages, ceux-ci n'ayant à supporter que le financement de la construction immobilière. Cette solution se différencie du montage consistant à différer l'achat du foncier. Dans ce dernier cas, l'individu dispose de droit à construire en application d'un bail à construction ou d'un bail emphytéotique. Fort de son droit réel, le preneur du bail emprunte et fait construire. Au terme du remboursement de son emprunt lié à la seule construction, il peut à nouveau s'endetter pour acquérir le foncier. Il n'y a donc dans ce montage qu'un simple différé d'acquisition foncière. Dans le cas de l'OFS, la situation est très différente. L'OFS qui met à disposition son foncier sur la base d'un bail réel solidaire (BRS) n'a pas vocation à céder celui-ci. Le preneur du BRS n'acquiert donc jamais la propriété foncière. Il pourra ultérieurement vendre son droit de

¹ Loi ALUR ; Code de l'urbanisme, articles L. 329-1 et R. 329-1 à R. 329-5

propriété sur l'immeuble à un tiers qui se verra automatiquement transféré le bénéfice du BRS pour une durée équivalente.

De même, la société foncière s'est également imposée comme un outil pertinent d'appui à la politique de redynamisation territoriale lancées dans le cadre du plan de relance.²

Cette tendance ne devrait pas connaître de ralentissement. En effet, l'objectif dit de

« zéro artificialisation nette des sols » (ZAN) fixé à l'horizon de 2050 rend nécessaire une maîtrise foncière forte de la part des collectivités. Or, la foncière publique a précisément pour objet de répondre à ce besoin de maîtrise foncière pérenne.

Un grand nombre de collectivités se sont d'ailleurs attelées à la constitution d'un tel outil qui a vocation à occuper une place laissée vacante par les EPFL.

² L'Etat promet, dans le cadre de ce plan, la création de 100 foncières. La Banque des territoires qui accompagnent les collectivités dans leurs actions

de revitalisation des centres-villes et des centres-bourg appelle s'est engagée à investir 300 millions d'euros dans le développement de ces sociétés.

DROIT DE L'URBANISME

En droit, qu'est-ce qu'une friche ?

Décret n° 2023-1259 du 26 décembre 2023

La langue du droit s'éloigne parfois de la langue courante. A titre d'illustration, chacun sait qu'en droit, les « fruits » ne tombent pas des arbres, mais qualifient des « biens de toute sorte (sommes d'argent, biens en nature) que fournissent et rapportent périodiquement les biens frugifères » (G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 9^{ème} éd., 2011, p. 479)

Le Législateur et, à la faveur du décret commenté, le pouvoir réglementaire, ont fait le choix de d'éloigner la langue du droit de la langue courante à propos de la notion de « friche ».

Le dictionnaire Larousse définit la friche comme « un terrain non cultivé ». En langage courant, la friche se rapporte donc à la vocation agricole (inexploitée) d'un terrain. Le même dictionnaire n'admet qu'une friche puisse concerner un terrain bâti que par référence à l'expression « friche industrielle », à savoir une « zone industrielle momentanément sans emploi et qui peut servir à des implantations d'entreprises. »

Or, la loi *Climat et Résilience* a introduit un article L. 111-26 au code de l'urbanisme retenant la définition suivante de la notion de friche :

« Au sens du présent code, on entend par "friche" tout bien ou droit immobilier, bâti ou non bâti, inutilisé et dont l'état, la configuration ou l'occupation totale ou partielle ne permet pas un réemploi sans

un aménagement ou des travaux préalables. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret. »

Il en résulte qu'en droit, une friche n'a pas une vocation agricole. Confirmant cette analyse, le décret commenté a introduit au Règlement National d'Urbanisme (RNU) une section 9 qui dispose notamment que : « Ne peuvent être considérés comme des friches au sens du présent code les terrains non bâtis à usage ou à vocation agricole ou forestier. » (c. urb., art. D. 111-54).

Si cette distance prise à l'égard du sens courant attribué au terme « friche » peut surprendre, elle s'explique par le fait que, dans le cadre de l'objectif Zéro Artificialisation Nette (ZAN), les pouvoirs publics cherchent à identifier des espaces sur lesquels il est possible de bâtir sans artificialisation des sols. En clair, la friche répond à la volonté de « bâtir la ville sur la ville »

A ce stade, on a bien compris qu'une friche n'est pas une jachère ni, plus largement, un terrain agricole à l'abandon. Reste à déterminer ce qu'est une friche.

A cet égard, le décret commenté offre deux méthodes d'identification d'une friche.

D'une part, une friche correspond « notamment » (ce qui signifie que la liste

n'est pas exhaustive) à l'une des hypothèses suivantes :

- « 1° Une concentration élevée de logements vacants ou d'habitats indignes ;
- 2° Un ou des locaux ou équipements vacants ou dégradés en particulier à la suite d'une cessation définitive d'activités ;
- 3° Une pollution identifiée pour laquelle son responsable ou l'exploitant du site, son ayant-droit ou celui qui s'est substitué à lui a disparu ou est insolvable ;
- 4° Un coût significatif pour son réemploi voire un déséquilibre financier probable entre les dépenses d'acquisition et d'interventions, d'une part et le prix du marché pour le type de biens concernés, ou compte tenu du changement d'usage envisagé, d'autre part » (c. urb., art. D. 111-54).

D'autre part, « l'Etat, une collectivité territoriale ou son groupement, un établissement public ou une agence d'urbanisme » sont chargés de dresser un inventaire des friches et de le mettre à disposition du public (c. urb., art. D. 111-55). Trop récente pour être effective, en pratique cette obligation donnera vraisemblablement lieu à la publication de « cartofriches » (« Portail de l'artificialisation des sols », site du gouvernement) publiées sur le site des collectivités locales, à l'instar du plan local d'urbanisme.

Transfert de l'instruction des autorisations d'urbanisme et compétences propres de la Commune

Conseil d'Etat, 27 février 2024, n° 459519

C'est une chose aujourd'hui bien connue et de longue date pratiquée que, les Communes, par nature compétentes pour instruire et délivrer les autorisations d'urbanisme déposées sur leurs territoires, peuvent, en application de l'article L. 5211-4-1 du Code général des collectivités territoriales, transférer leur compétence d'instructeur aux établissements public de coopération intercommunale.

Que ce soit du fait de la complexification constante des règles contenues dans les plans locaux d'urbanisme ou du manque de ressources à disposition, un nombre toujours croissant de Communes fait le choix de déléguer l'instruction des autorisations d'urbanisme à des services instructeurs intercommunaux.

Ce transfert ne porte toutefois que sur l'instruction des autorisations et en aucun cas sur la délivrance de ces mêmes autorisations, laquelle demeure la compétence propre de la Commune, et plus précisément du maire.

C'est ce qu'est venu rappeler le Conseil d'Etat dans sa décision du 27 février 2024 au sujet de la saisine, lors du dépôt d'une autorisation d'urbanisme valant autorisation d'exploitation commerciale, de la commission départementale d'aménagement commercial.

Une telle saisine, imposée par l'article R. 423-13-2 du Code de l'urbanisme, ne peut en aucun cas être effectuée par le service instructeur intercommunal mais uniquement par l'autorité compétente pour délivrer les autorisations d'urbanisme, c'est à dire la Commune.

Cette décision sonne donc comme étant une pique de rappel à l'ensemble des Communes ayant transféré l'instruction des autorisations d'urbanisme visant à la plus grande vigilance de ces dernières compte-tenu de l'ensemble des prérogatives qui demeurent attachées à la compétence de délivrance des autorisations d'urbanisme.

CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

Distinction entre sous-traitant et fournisseur

CE, 17 octobre 2023, commune de Viry-Châtillon, n° 465913

L'arrêt commenté apporte d'utiles précisions à la distinction entre fournisseur et sous-traitant. L'enjeu essentiel de cette distinction – qui était d'ailleurs l'enjeu du litige dans l'affaire commentée – se rapporte au bénéfice du paiement direct qui, dans le cadre d'un marché public de travaux, vaut à l'égard du sous-traitant à l'encontre du maître d'ouvrage (loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, art. 6), mais dont le fournisseur est exclu.

Employant une formulation de principe, le Conseil d'Etat retient que :

« Des biens présentant des spécificités destinées à satisfaire des exigences particulières d'un marché déterminé ne peuvent être regardés, pour l'application de ces dispositions, comme de simples fournitures. »

Ainsi, le sous-traitant conçoit un produit « sur-mesure » dans le cadre d'un marché alors que le fournisseur vend des produits standardisés qui auraient pu indifféremment être cédés à d'autres entrepreneurs sur d'autres chantiers.

Ce faisant, le Conseil d'Etat s'inspire, sans y faire explicitement référence, à la jurisprudence judiciaire, laquelle a déjà eu l'occasion d'écarter la qualité de fournisseur au profit de celle de sous-traitant en relevant la réalisation d'« un travail spécifique en vertu

d'indications particulières rendant impossible de substituer au produit commandé un autre équivalent » (cass. civ. 3ème, 5 février 1985, n° 83-16675).

Appliquant cette distinction entre sous-traitant et fournisseur tirée de la satisfaction à des exigences particulières du marché, le Conseil d'Etat ajoute qu'en l'espèce, la société « *était intervenue sur le chantier pour participer à [la] pose* » des menuiseries. Il en déduit que cette société revêtait bien la qualité de sous-traitant.

Cette précision apportée à la faveur de la mineure du raisonnement fait apparaître qu'outre le critère – essentiel – de la satisfaction des exigences particulières du marché, le critère de l'intervention directe sur le chantier renforce la caractérisation de la sous-traitance.

Il restera à déterminer si ce critère de la participation matérielle dans le déroulement du chantier, suffit à lui seul à la caractérisation de la sous-traitance ou s'il n'est qu'un élément surabondant du critère de la satisfaction des exigences particulières du marché.

Éléments d'équipement d'un ouvrage : la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence en matière de garantie décennale

Cour de cassation, 21 mars 2024, n° 22-18.694

A l'occasion d'un arrêt du 15 juin 2017, n° 16-19.640, la Cour de cassation avait par un important revirement de jurisprudence, considéré que « *les désordres affectant les éléments d'équipements, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existants, [relevaient] de la responsabilité décennale lorsqu'ils [rendaient] l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination* ».

Cette jurisprudence a jusqu'à récemment, pu être appliquée à des éléments d'équipements tels que des pompes à chaleur ou des inserts de cheminée ou bien encore, des poêles à bois, dont la défaillance avait eu pour conséquence de porter atteinte à la solidité de l'ouvrage ou de le rendre impropre à sa destination.

La Cour de cassation, par cette décision de 2017, espérait :

- D'une part, simplifier les critères d'application de la responsabilité décennale ;
- D'autre part, assurer une meilleure protection des maîtres d'ouvrage réalisant notamment des travaux de rénovation ou d'amélioration de l'habitat existant.

Considérant que ces deux objectifs n'ont pas été atteints, la Cour de cassation dans un arrêt du 21 mars 2024, n° 22-18.694, est finalement revenue sur sa jurisprudence de 2017.

Elle précise que désormais, « **si les éléments d'équipement installés en remplacement ou par adjonction sur un ouvrage existant ne constituent pas en**

eux-mêmes un ouvrage, ils ne relèvent ni de la garantie décennale ni de la garantie biennale de bon fonctionnement, quel que soit le degré de gravité des désordres, mais de la responsabilité contractuelle de droit commun, non soumise à l'assurance obligatoire des constructeurs ».

La Cour précise enfin, que cette « *jurisprudence nouvelle s'applique aux instances en cours* » dès lors que celle-ci ne porte pas « *d'atteinte disproportionnée à la sécurité juridique [ou] au droit d'accès au juge* ».

Le Conseil d'Etat se prononce sur un nouveau projet de loi de simplification de la commande publique

Conseil d'Etat, avis n° 408246, 22 avril 2024

Le Conseil d'Etat a été saisi par le Gouvernement, le 4 avril 2024, d'un projet de loi de simplification dont certaines dispositions portent spécifiquement sur le droit de la commande publique.

1. Le projet de loi envisage d'une part, de faciliter l'accès de toutes les entreprises à la commande publique.

i. Pour cela, le Gouvernement propose notamment d'imposer aux personnes morales de droit public, à l'exception des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements, ainsi qu'aux organismes de sécurité sociale **d'utiliser**, lorsqu'ils passent des marchés publics ou des concessions, **le « profil d'acheteur »** mis gratuitement à leur disposition par l'Etat.

L'objectif est que d'ici 2028, cette plateforme appelée « Place » soit ouverte aux hôpitaux, aux opérateurs de l'Etat et aux organismes de Sécurité sociale. Les collectivités territoriales pourront également, volontairement rejoindre cette plateforme.

ii. Le Gouvernement souhaite en outre, **unifier le contentieux de la commande publique devant le juge administratif.**

Pour mémoire, conformément à l'article L. 6 du Code de la commande publique, sont, en principe, qualifiés de contrats administratifs, les contrats relevant de ce code et conclus par des personnes morales de droit public.

Le contentieux de la passation et de l'exécution de ces contrats de droit public

relève de la compétence du juge administratif.

Le projet de loi prévoit **d'étendre cette qualification aux contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de droit privé**, à savoir notamment les « *personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* », au sens du 2° de l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique.

Cela pourrait concerner tous les contrats de la commande publique passés par des entreprises publiques, les organismes de sécurité sociale, les sociétés d'habitation à loyer modéré, les Sociétés d'économie mixte locales, les Sociétés publiques locales ou bien encore, les associations principalement financées sur ressources publiques.

Le Conseil d'Etat valide la création de ce « bloc de compétences » au profit du juge administratif mais pointe du doigt le fait que la mesure pourra engendrer des complications, le juge administratif pouvant être saisi, au titre de l'exécution des contrats relevant actuellement du juge judiciaire, de questions nouvelles pour lui. Il conviendra notamment de s'interroger sur les conditions de mise en œuvre des règles générales de la commande publique énoncées à l'article L. 6 du Code, à ces contrats nouvellement qualifiés d'administratifs (quid de la modification ou de la résiliation unilatérale du contrat ou de la théorie de l'imprévision).

2. Le projet de loi a également pour ambition de faciliter l'essor de projets industriels et d'infrastructures stratégiques.

Le Gouvernement entend se servir de la commande publique comme levier pour lancer des projets d'infrastructures concourant à la transition énergétique. Afin de favoriser le développement de ces projets, le projet de loi prévoit la possibilité pour les acheteurs publics de **déroger aux obligations d'allotissement et de paiement direct des sous-traitants**, fixées aux articles L. 2113-10 et L. 2193-11 du Code de la commande publique.

Le Conseil d'Etat dans son avis du 24 avril, valide ces deux dérogations mais estime nécessaire que celles-ci soient recentrées « *d'une part sur les projets d'installation de production d'énergie renouvelable en mer et les études associées à la réalisation de telles installations et, d'autre part, sur les projets de création ou de modification d'ouvrages du réseau public de transport et de postes de transformation entre les réseaux publics de transport et de distribution* ».

L'indemnité d'occupation irrégulière du domaine public

Conseil d'Etat, 15 avril 2024, n° 470475

Quelles sont les règles régissant l'indemnisation d'une occupation irrégulière du domaine public ?

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 15 avril 2024, a pu rappeler les principes régissant les délais de prescription des demandes d'indemnisation pour occupation domaniale irrégulière.

Dans son jugement le Conseil d'Etat précise que la prescription est fixée par l'article 2224 du code civil : *" Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer "*

Le Conseil d'Etat pose ainsi que : *« Il résulte de ces dispositions, applicables aux actions tendant à obtenir la réparation du préjudice subi à raison de l'occupation sans titre du domaine public, qui ne sont pas relatives à des produits ou redevances du domaine public au sens de l'article L. 2321-4 du code général de la propriété des personnes publiques, que celles-ci se prescrivent par cinq ans à compter de la date à laquelle le gestionnaire du domaine public a eu ou devait avoir connaissance de cette occupation irrégulière. »*

Ainsi, une occupation irrégulière du domaine public peut donner lieu à indemnisation qu'à la condition qu'une action soit engagée ans les 5 ans, à partir du moment où la personne publique a eu ou aurait dû avoir connaissance de cette occupation irrégulière.

Le Conseil d'Etat rappelle aussi que *« la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public par le bénéficiaire d'une autorisation est payable d'avance et annuellement »*

Ainsi le délai de réclamation d'indemnisation par une occupation irrégulière pendant l'année X, courrait à partir de l'année X+1. Cette occupation serait prescrite à partir de l'année X+6 (5 année révolue).

C'est cette solution qu'a retenu le Conseil d'Etat en cassant l'arrêt de la Cour administrative d'Appel, portant sur l'indemnisation d'une occupation irrégulière, pour l'année 2014 quand la saisine du tribunal administratif datait quant à elle de 2020.